

**O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO HUMANO E O CONTROLE DE  
CONVENCIONALIDADE – A NECESSIDADE DE REVER BALIZAS DO TEMA 1.234  
STF PARA A GARANTIA DO DIREITO À VIDA.**

**Júlio César Ballerini Silva**

**RESUMO**

O presente artigo analisa criticamente o Tema 1234 do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva do controle de convencionalidade e da teoria dos direitos fundamentais, sustentando que o direito à saúde, embora tradicionalmente classificado como direito social, deve ser compreendido como direito humano fundamental correlato ao direito à vida. Examina-se a vedação ao retrocesso social (efeito cliquet) como limite à aplicação da reserva do possível, destacando-se a incompatibilidade entre restrições estatais à tutela da saúde e a persistência de elevados níveis de desperdício de recursos públicos. Propõe-se uma releitura do tema à luz da jurisprudência internacional e da doutrina contemporânea, com especial atenção ao dever de eficiência e racionalidade do gasto público.

**Palavras-chave:** direito à saúde; direitos humanos; controle de convencionalidade; reserva do possível; vedação ao retrocesso.

**ABSTRACT**

This article critically examines the Brazilian Supreme Court's Theme 1234 in light of international human rights law and the doctrine of conventionality control. It argues that the right to health, although traditionally categorized as a social right, must be understood as a fundamental human right intrinsically linked to the right to life. The study challenges the application of the "reserva do possível" (budgetary constraint doctrine) when it results in the denial of essential healthcare, especially in contexts marked by inefficient public spending. It also explores the prohibition of social regression (effet cliquet) and the role of Brazilian judges, particularly after CNJ Recommendation No. 168/2026, in ensuring compliance with Inter-American human rights standards—even when this implies revisiting binding precedents such as Theme 1234. The article draws upon national and international doctrine and Inter-American Court of Human Rights case law to support a rights-centered interpretation.

## **Introdução**

Após uma longa tradição de proteção da saúde e da vida das pessoas que necessitavam de acesso à garantia da rede pública para obter tratamentos e medicamentos de alto custo para continuarem a existir, se observou a promulgação do tema repetitivo 1.234 STF que tornou extremamente complexa e dificultosa a busca por medidas efetivas de garantia do direito à saúde.

Há travas e mais travas, como a exigência de um prévio acesso burocrático, em que se não se acessar previamente e por escrito o órgão público, com consulta a órgãos que tem prazos de análise que, por vezes, em circulação por várias instâncias administrativas são a diferença entre a vida e a morte, sobretudo em tratamentos de alto custo.

Assim, o debate contemporâneo acerca da efetividade do direito à saúde no Brasil ganhou relevo com a fixação do Tema 1234 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo conteúdo, embora orientado à racionalização das demandas, suscita relevantes questionamentos sob a ótica da proteção internacional dos direitos humanos.

A questão central reside em saber se é juridicamente admissível restringir o acesso a prestações de saúde sob o argumento da reserva do possível, especialmente em um contexto de ampla disponibilidade de recursos desviados ou mal geridos, em discussão que parte da necessidade de aplicar uma revisão por conta do Estatuto da Magistratura Brasileira Interamericana, com a prolação da Recomendação 168 de março de 2.026 pelo Conselho Nacional de Justiça que determina que magistrados brasileiros passem a ter que aplicar em suas decisões os cânones aceitos pela CIDH.

Ou seja, a repercussão geral 1.234 STF pode entrar em conflito com regras de convencionalidade, em matéria de preservação da saúde? Esta a pergunta retórica que norteia o presente artigo.

## **O Direito à Saúde como Direito Humano Fundamental**

Embora previsto no artigo 6º da Constituição Federal como direito social, o direito à saúde possui natureza de direito humano fundamental, sendo diretamente correlato ao direito à vida (art. 5º, caput, CF). Nesse sentido, já se posiciona Ingo Wolfgang Sarlet para quem “Os direitos sociais fundamentais, em especial o direito à saúde, constituem dimensões essenciais da dignidade da pessoa humana.”

Aliás para Robert Alexy, dentro dessa ideia de fundamentalidade do direito à vida, seria de se destacar que direitos fundamentais exigem máxima realização possível. Mesmo que se viesse, por argumentar que não se cuidaria de decorrência obrigatória de direito fundamental, mas que se cuidasse o direito à saúde de um direito social, ainda seria muito importante apontar o quanto aponta J. J. Gomes Canotilho para quem direitos sociais possuem dimensão de irreversibilidade (se assim não fosse, inclusive, seria possível e não é na realidade, o chamado retrocesso social).

Aliás, em basilar entendimento do direito constitucional atual, não se pode esquecer, que o artigo 5º, caput CF, enquanto liberdade pública não pode ser interpretada de modo restrito (*in numerus clausus*), devendo ter interpretação *in numerus apertus* para que não se tenha vulneração do que o STF tem interpretado como efeito cliquet (vedação de retrocesso em situação de garantia de direitos humanos).

Esse princípio, de acordo com Canotilho, significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.). Nesse sentido aponta Flávio Martins, a respeito do tema, dizendo muito em pouco:

O fenômeno pode ser chamado de “proibição do retrocesso”, “vedação do retrocesso”, “ratchet effect” (no inglês) ou “efeito cliquet” (no francês). Essas últimas expressões, que numa tradução literal, são “efeito catraca” (expressão que, decorrente do alpinismo, significa o movimento que só permite o alpinista ir para cima, ou seja, subir, já que os pinos de sustentação estão sempre acima do alpinista). A expressão foi usada na jurisprudência do Conselho Constitucional francês (*cliquet effet*) para fornecer proteção especial para certas liberdades,

declarando inconstitucional a lei que, em vez de torná-los mais eficazes, restringem-nos excessivamente. Por exemplo, na Decisão n. 83.165 DC, de 20 de janeiro de 1984, o Conselho Constitucional considerou inconstitucional a revogação total da lei da liberdade acadêmica, de 12 de novembro de 1968, sem substituição de uma nova lei para amparar os respectivos direitos. Um dos maiores defensores da proibição do retrocesso foi o professor de Coimbra José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual, após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado. Nas palavras do professor português: “a ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional a um direito subjetivo. (...) O reconhecimento dessa proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efetivado justificará a sanção da inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social””.

Assim, pelo princípio da vedação do retrocesso dos direitos fundamentais, é vedado ao legislador com destaque para as citações realizadas pelo Ministro Luiz Fux do STF, na ADI4350/DF:

O princípio da vedação ao retrocesso social revela-se, na compreensão de Felipe Derbli, como uma: [... “Constitui o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso social a vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. [...]” Segundo as valiosas lições de Canotilho: “[...]O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo

essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.”

Não se pode negar que a questão de garantia de acesso à Justiça (Mauro Cappeletti e Bryant Garth) seja inequivocamente uma questão atinente à discussão dos direitos humanos no país, logo deveria ser interpretada *in numerus apertus*.

No meu livro (Júlio César Ballerini Silva, *Direito à Saúde*) aponto de modo expresso que “O direito à saúde não pode ser reduzido a uma prestação programática, pois se projeta diretamente sobre a preservação da vida, assumindo natureza de direito humano materialmente fundamental.”

Relevante ainda para que se tenha em mente a dimensão do que se discute neste artigo, para Luigi Ferrajoli a vida e a integridade não podem ser relativizadas por decisões políticas (vou além, me parece que o direito à vida seria um dos raros tipos de direito que não se possa relativizar tendo um sentido absoluto pois via de regra[1], sem vida não há mais, em tese, que se falar em personalidade).

Para Gustavo Zagrebelsky o constitucionalismo contemporâneo exige centralidade da dignidade, enquanto Norberto Bobbio aduz que o problema atual dos direitos humanos é sua efetivação. Ronald Dworkin com sabedoria destaca que direitos funcionam como “trunfos” contra políticas públicas arbitrárias.

Assim a própria ideia de que o Estado possa limitar o acesso à saúde pareceria uma situação insólita beirando as raias da teratologia, desta feita Cass Sunstein assevera que direitos não podem ser negados sem análise concreta de eficiência estatal. O clássico Richard Posner aponta que a ineficiência estatal compromete legitimidade das decisões.

Há enorme verdade nessa linha assertiva de pensamento eis que se concorda com o quanto apontado por Walter Ceneviva, em seu *Manual de Direito Constitucional*, eis que o administrador não foi obrigado a se candidatar a cargos eletivos ou a

aceitar cargos em comissão, mas se o fez, tem o dever de administrar de modo eficiente.

Não parece haver eficiência (e isso é dever do Estado lato sensu nos termos do artigo 37 CF) quando se permite que bilhões sejam gastos em publicidade governamental, para aduzir que pessoas que estejam a beira da morte, em situações aflitivas, sejam confinadas a filtros extremamente rigorosos em estruturas burocráticas que sejam morosas, sob pena de se institucionalizar a pena de morte no país, para pessoas que adoeceram e não tem condições de se manterem vivas sem que o Estado custeie tratamento.

Para Martha Nussbaum as capacidades básicas incluem saúde como condição de dignidade. Amartya Sen discorre sobre a questão do desenvolvimento que envolve liberdade real de viver com saúde. Antônio Augusto Cançado Trindade assevera que direitos humanos vinculam diretamente a atuação dos juízes nacionais.

Além disso, a Convenção Americana de Direitos Humanos, interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhece a proteção à vida como núcleo estruturante de todos os demais direitos.

### **O Tema 1234 do STF e suas Tensões com o Controle de Convencionalidade**

O Tema 1234 do STF, ao estabelecer critérios restritivos para o fornecimento de tratamentos e medicamentos, aproxima-se de uma lógica de contenção fiscal. Contudo, sob o prisma do controle de convencionalidade, as decisões internas devem ser compatíveis com tratados internacionais e não podem reduzir o nível de proteção já alcançado.

Ou seja, a partir da coercitividade que o próprio Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 168/26, tem direcionado a todos os magistrados do país, não bastará que se cumpra o direcionamento que o STF deu à questão do tema 1.234, no que colidir com orientações da CIDH.

Quanto a isso, inclusive, seria de se apontar um entendimento da Corte IDH, no julgamento do conhecido Caso “Ximenes Lopes vs. Brasil”, em que a temática seria diretamente ligada à omissão do país em não observar as condições de descaso com a vida de um idoso. O Estado deve garantir acesso efetivo a serviços de saúde, sob pena de violação ao direito à vida e à integridade pessoal.

Dessa forma, a interpretação do Tema 1234 que implique restrição material ao acesso à saúde pode se revelar incompatível com a ordem internacional de proteção dos direitos humanos.

### **A Vedação ao Retrocesso (Efeito Cliquet)**

A teoria do efeito cliquet impede que o Estado reduza o nível de proteção social já alcançado. Canotilho “Os direitos sociais possuem uma dimensão de irreversibilidade, impedindo o retrocesso injustificado das conquistas sociais.”

Assim, qualquer interpretação do Tema 1234 que limite acesso a tratamentos antes disponíveis ou restrinja políticas públicas já consolidadas, será materialmente inconstitucional

### **A Reserva do Possível e seus Limites**

A reserva do possível não pode ser invocada de forma abstrata. Robert Alexy aponta quanto a isso: “A restrição de direitos fundamentais exige justificção proporcional e não pode se basear em meras alegações genéricas de insuficiência de recursos.”

A crítica central ao argumento se refere um argumento que não poderia ser tido como juridicamente aceitável quando negar tratamento essencial enquanto subsiste desperdício massivo de recursos públicos.

Pense-se por exemplo numa situação em que se negue um tratamento de dois milhões de reais necessário para curar o câncer de uma pessoa que trabalhou toda uma vida, pagando todos os seus impostos e que não tem meios de arcar com esse

pagamento, surgiria, assim, a necessidade de avaliar se o governo destina esse dinheiro para publicidade institucional (efetivo desperdício de dinheiro, geralmente com gastos elevados em anos eleitorais), ora, logicamente que isso revela em que medida se deva entender a crítica a ideia de que direitos essenciais não possam ser sacrificados em detrimento do desperdício de dinheiro público.

E o Brasil tem um enorme problema quando se pensa que além do desperdício, se viva em tempos de corrupção endêmica, nos mais variados escalões como diariamente noticiado (isso implica em fatos notórios e públicos) tanto pelas redes sociais como pela mídia tradicional (os mass media).

Quem aponta isso, insista-se, não seria este articulista, mas toda uma rede de informação, inclusive por índices oficiais, em quadro que não existia, ainda mais nesta intensidade quando o tema foi aprovado, o que autoriza a sua imediata revisão.

A escassez não pode ser argumento seletivo. Quando o Estado escolhe onde gastar, escolhe também quem viverá. E essa escolha, no Estado de Direito, não pode ser arbitrária.

## **O Problema do Desperdício de Recursos Públicos**

**A discussão sobre limites financeiros deve ser acompanhada da análise da eficiência estatal.**

Infelizmente a corrupção e o desperdício andam juntos. Como geralmente não se punem atos que não sejam intencionais neste campo, o desperdício é utilizado como desculpa não intencional para gastos indevidos, em que geralmente alguém se beneficia (como diria Milton Friedman, Prêmio Nobel de Economia de 1.987, não existe almoço grátis, alguém sempre pagou por ele). Para Cass Sunstein “O Estado não pode justificar a limitação de direitos fundamentais sem demonstrar uso eficiente e racional dos recursos disponíveis.”

E na mesma linha argumentativa aponta o conhecido Richard Posner no sentido de que “a alocação ineficiente de recursos públicos compromete a legitimidade das decisões estatais que afetam direitos fundamentais.”

Nessa medida, soa como evidentemente desproporcional negar tratamentos que salvam vidas enquanto bilhões são gastos em políticas ineficientes, em violação direta ao princípio da proporcionalidade.

A Administração Pública, como é sabido orienta-se pela observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, no primeiro o administrador não pode atuar segundo seus valores pessoais, optando por adotar providências segundo o seu exclusivo entendimento, devendo considerar, primeiramente, valores ordinários, comuns a toda a coletividade. A propósito, a professora Lúcia Valle Figueiredo conclui, em seu “Curso de Direito Administrativo”, pág. 47[2].

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade obriga a permanente adequação entre os meios e os fins, banindo-se medidas abusivas ou de qualquer modo com intensidade superior ao estritamente necessário. O publicista Juarez Freitas assim registra, in “O controle dos atos administrativo e os princípios fundamentais”, 2ª. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 1999, p. 57[3]). Bem lembrado, por Márcio Elias Fernando Rosa, em seu “Direito Administrativo”, Editora Saraiva, quando leciona:

“A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, expressamente adota o princípio em seu art. 2º, parágrafo único, VI. Assim como o princípio da razoabilidade, o da proporcionalidade interessa em muito nas hipóteses de atuação administrativa interventora na propriedade, no exercício do poder de polícia e na imposição de sanções.”

A ponderação entre custo e vida humana deve observar máxima proteção à dignidade e mínima restrição possível. Para Luigi Ferrajoli: “Os direitos fundamentais não podem ser subordinados a escolhas políticas arbitrárias.”

O Tema 1234 do STF, se interpretado de forma restritiva, se revela incompatível com o controle de convencionalidade, seria violador, em si próprio, da vedação ao

retrocesso, sem contar que se descortina, nessa linha de análise, como desproporcional frente à realidade orçamentária.

Não é razoável deixar um ser humano morrer numa fila, para fazer propaganda (no sentido político) sob a rubrica de institucional de um banco estatal ou de uma estatal falida. E esses fatores são extremamente relevantes no cenário de completo desalinho de contas públicas no histórico recorde de endividamento estatal com uma arrecadação igualmente gritante como nunca vista.

Há desperdício e esse desperdício está matando pessoas que contribuíram com impostos a vida toda. **A proteção do direito à saúde não pode ser reduzida por argumentos genéricos, deve ser interpretada como extensão do direito à vida e exige atuação judicial efetiva.**

O direito à saúde deve ser compreendido como projeção do direito à vida. E isso reiterando a ideia central no sentido de que, mesmo formalmente classificado como direito social (art. 6º CF), o direito à saúde possui conteúdo material de direito humano fundamental, na medida em que se projeta diretamente sobre a proteção da vida.

Assim, também em reiteração, o Tema 1234, ao buscar racionalizar o fornecimento de medicamentos, introduz critérios que podem restringir o acesso à saúde. Todavia, tais restrições, agora reforçadas autorizando uma revisão, pois não podem colidir com o padrão interamericano e isso é óbvio, nem precisaria ser dito, pois não podem violar o direito à vida

## **CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A RECOMENDAÇÃO CNJ Nº 168/2026**

A Recomendação CNJ nº 168/2026 que igualmente não existia ao tempo em que se editou e aprovou o tema 1.234 STF reforça, agora, o dever dos magistrados de aplicar tratados internacionais, observar precedentes da Corte Interamericana e fundamentar decisões com base em direitos humanos.

Isso traz como consequência jurídica avançada, o que se quer trazer o leitor à reflexão, que o juiz brasileiro pode e deve confrontar precedentes internos, inclusive repercussões gerais, para evitar que o país passe pelo escrutínio da Corte Interamericana de Direitos Humanos como réu. A questão é muito grave.

O conceito de soberania global tem sido intensamente desafiado por novas situações geopolíticas que tem sido encetadas e diante da inação de órgãos como a ONU em situação de incapacidade de algum tipo de ação. O Estado não pode mais impor ou pretender bancar desastros que violem certos paradigmas.

O evento de taxação do país por conta de descontrole de corrupção, dentre outros problemas, revela o estado de cautela e a responsabilidade adicional pela qual tenderão a passar de modo cada vez mais intenso os magistrados brasileiros.

Desta forma, como outra **tese central** se tem a ideia de que a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos autoriza o magistrado a afastar, no caso concreto, a aplicação de precedentes internos incompatíveis com o sistema interamericano.

## **JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

De relevo seria de se destacar o julgamento do Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (2006) pela CIDH em que o Brasil restou condenado porque atuou de modo falho na garantia de prestação de serviços aptos em questão de saúde mental. O Estado deve garantir acesso efetivo a serviços de saúde adequados, como se pode extrair deste julgamento.

Malgrado não cuide diretamente de uma questão de saúde, não seria muito deixar de apontar o quanto consignado no julgamento do Caso Loayza Tamayo vs. Peru que, malgrado analisar a questão do terrorismo, pontuou no sentido de que violação de direitos fundamentais por decisões estatais arbitrárias não seria admitido.

Ora se o Estado não pode admoestar uma pessoa com sucessivas ordens de prisão e soltura pelos mesmos fatos, com mais razão ainda o Estado não poderia ter direito de vida e morte em relação aos seus cidadãos.

Se é notório, por sucessivas notícias, que o Estado gasta mal, desperdiçando recursos, deixando medicamentos perderem validade, se encontrando envolvido com casos e mais casos de corrupção e na medida que basta ligar a tevê para que se tenha demonstrações efetivas de propaganda e publicidade de órgãos estatais, implica em ato arbitrário governamental gerar a morte de pessoas à míngua.

E sempre seria de se lembrar que o país expressamente proíbe penas de morte em tempos de paz, de modo expresso na Carta Política. Por isso ganha relevo, o caso muito próximo e similar que se destaca a seguir, que seria o Caso Poblete Vilches vs. Chile (2018) em que a CIDH reconheceu o direito à saúde como direito autônomo, bem como que o Estado deve assegurar acesso a serviços de saúde sem discriminação.

De igual sorte, a CIDH no julgamento do Caso Cuscul Pivaral vs. Guatemala (2018) apontou o dever estatal de se garantir o atendimento médico à população. Pelo óbvio que não bastaria apenas garantir o direito de se consultar com um médico se o Estado não fornecer meios de cura, isso pondero, sob o ponto de vista lógico, pois não haveria mínima concretude na garantia deste direito – no Brasil, infelizmente, pessoas tem morrido à mingua aguardando em filas de atendimento – como amplamente divulgado pela mídia tradicional (mass media), o que reduz a possibilidade de se aduzir que haveria fake news.

Ora quem não pode pagar e precisa de seu pedido analisado em dias, se tiver que passar por todos os filtros e travas que o julgamento do tema repetitivo 1.234 impôs, como acionamento e negativa do órgão (só aí já foram mais de 30 dias, se o órgão responder) ou exigência de laudos prévios ou consultas a órgãos técnicos como condição para uma liminar (ou seja, o caso é urgente e isso representa vida ou morte), a probabilidade (aqui a previsibilidade do dano é imensa, sobretudo em casos de câncer), se tem que o Estado violará o direito de uma pessoa que pagou impostos a vida toda e ainda assim morreu esperando ser atendida.

E ainda não menos importante, de se pontuar o resultado do julgamento do Caso Vera Vera vs. Equador em que se aponta a responsabilidade estatal por falhas no atendimento médico. Esse tema, malgrado diga diretamente com a situação da indenização por erros médicos, é matéria bastante afim com a questão da necessidade de resguardar o acesso aos tratamentos e meios de cura – há uma linha tênue entre se causar a morte ou a lesão em um ser humano por equívoco e por omissão.

A luz da convencionalidade, portanto, se convida o país a discutir a possibilidade de revisão da orientação do referido tema repetitivo, pois não basta o Estado estabelecer linhas de extrema burocratização para evitar que empresas farmacêuticas explorem em valor de tratamentos de alto custo, permitindo que a população adoença de modo grave ou morra.

Talvez a ideia de judicializar políticas públicas que estava na gênese da discussão nos finais dos anos de 1.990 quando a discussão fomentou a judicialização da saúde, deva levar a uma guinada de interpretação jurisprudencial e busca de negociação com as empresas para que, talvez pela via de redução tributária, os laboratórios permitam uma fabricação nacional e disponibilizem a custos menores para atendimento às pessoas que não tenham condições de pagar por tratamentos particulares.

O Estado brasileiro tem sido questionado por uma total incompetência generalizada quando a ordem constitucional lhe impõe eficiência, o mínimo que se espera é que um Estado evite a morte de seus cidadãos que pagam, sem poder, uma das maiores, senão a maior, carga tributária do planeta para receber um tratamento, com raras exceções (não por culpa ou responsabilidade de médicos e enfermeiros, mas de políticos e gestores) um tratamento extremamente indigno.

### **VEDAÇÃO AO RETROCESSO (EFEITO CLIQUET)**

Ora, se na dimensão da convencionalidade o direito à saúde desponta como autônomo, e se do ponto de vista lógico, não existe vida sem saúde (aquela é muito abreviada sem essa), o país deveria pensar em fundamentalizar o direito à saúde em sua Carta Política (atualmente tem o status de direito social nos termos do artigo 6º CF, com a garantia de acesso universal – artigo 196).

Mas muitos autores (eu mesmo em meus livros sobre o tema) e magistrados já vem considerando uma simbiose entre vida e saúde na ordem constitucional, de modo que se na falta de saúde não há vida, a falta de garantia de concretude da saúde vulnera a proteção social já alcançada.

Ora, conhecida a ideia, aceita na unidade constitucional do país, de que apliquemos a vedação do retrocesso (não se pode reduzir o nível de proteção já alcançado) e as inúmeras travas apresentadas na tese firmada no tema 1.234, em nome de distribuir uma suposta lógica do possível (o que é falacioso num país que desperdiça tantos recursos com inutilidades e futilidades) induzem que em nome da vedação ao retrocesso, o tema seja revisitado de acordo com aspectos de convencionalidade como se propõe neste pequeno artigo.

Para Canotilho se tem como inegável que direitos sociais possuam também um núcleo irreversível, e nessa medida, com todo o respeito do mundo devotado ao STF, enquanto Corte Constitucional, a interpretação restritiva do Tema 1234 acabaria por violar essa vedação na forma indicada.

## **RESERVA DO POSSÍVEL E DESPÉRDÍCIO PÚBLICO**

Não é juridicamente legítimo negar tratamento essencial enquanto há desperdício de recursos públicos. Para Posner a Ineficiência estatal invalida justificativas restritivas, enquanto para Sunstein, direitos não podem ser negados sem prova de escassez real.

A posição da ONU e dos principais organismos internacionais de direitos humanos é cada vez mais firme no sentido de que corrupção, desperdício de recursos públicos, captura patrimonial do Estado e má gestão orçamentária não são apenas problemas administrativos, mas podem constituir verdadeiras violações de direitos humanos, sobretudo quando afetam a concretização do chamado mínimo existencial.

Pelo óbvio que algum atropelo ou falha administrativa não leva a esse tipo de julgamento, mas quando isso se torna uma política estatal de desperdício para

gerar uma cadeia de dependência é que a questão pende a repercutir a necessidade de algum tipo de ação ou revisão em sede internacional pelos órgãos próprios.

Essa compreensão vem sendo construída especialmente pela ONU, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pela OCDE e pelo Banco Mundial.

## **A CORRUPÇÃO COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS**

A ONU, por meio da United Nations Office on Drugs and Crime, sustenta que a corrupção compromete diretamente o acesso à saúde, o acesso à educação, o acesso à moradia, o acesso à água potável, a proteção ambiental e o próprio acesso à justiça.

O raciocínio é bastante simples já que quando recursos públicos destinados a políticas essenciais são desviados ou desperdiçados, o resultado concreto é a supressão de direitos fundamentais da população. Por essa razão, diversos Relatores Especiais da ONU passaram a tratar corrupção e má governança como questões de direitos humanos.

## **O PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS**

O United Nations impõe aos Estados o dever de utilizar o "máximo de seus recursos disponíveis" para assegurar progressivamente: saúde, educação, alimentação, previdência e habitação.

O Comitê da ONU responsável pela interpretação do Pacto entende que os Estados não podem justificar a não implementação de direitos fundamentais quando há demonstração de utilização inadequada, ineficiente ou desviada dos recursos públicos. Daí surge a noção moderna de "máximo de recursos disponíveis"

Se há corrupção sistêmica ou desperdício grave, o Estado deixa de cumprir obrigação internacional assumida perante a comunidade internacional.

## **A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

A Inter-American Commission on Human Rights tem afirmado que a corrupção possui efeito desproporcional sobre grupos vulneráveis pobres; crianças; idosos; mulheres; populações indígenas e pessoas com deficiência.

Segundo a Comissão: A corrupção aprofunda desigualdades estruturais e impede a efetividade dos direitos humanos. Em diversos relatórios temáticos, a CIDH associa corrupção e exclusão social.

## **A CORTE INTERAMERICANA E O DEVER DE BOA GOVERNANÇA**

Embora a Corte Interamericana não possua ainda um caso paradigmático exclusivamente sobre corrupção e mínimo existencial, vários julgados caminham na direção de exigir transparência, eficiência administrativa e proteção efetiva dos recursos públicos.

Destacam-se, o julgamento do Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú

E Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú nos quais a Corte enfatizou a obrigação estatal de tornar efetivos direitos sociais e patrimoniais reconhecidos pelo ordenamento jurídico. A lógica subjacente é que o Estado não pode criar direitos apenas formalmente sem lhes dar efetividade prática.

Pelo óbvio que a corrupção, o desvio e o desperdício tornam esses direitos irrealizáveis para a maior parte da população sobretudo para os minus habendi. Mesmo internamente esse tipo de coisa pela nossa própria ordem constitucional violaria a própria garantia de solidariedade e de vedação de formação de guetos de exclusão e marginalização social (artigo 3º e seus consectários da nossa própria Carta Política).

## **O CONCEITO DE MÍNIMO EXISTENCIAL**

O mínimo existencial representa o conjunto de condições materiais indispensáveis para uma vida digna. Inclui alimentação, saúde, moradia, educação básica, saneamento e segurança mínima. A doutrina constitucional brasileira (Ingo Sarlet, Ana Paula de Barcellos, Ricardo Lobo Torres, dentre outros) conecta esse conceito à dignidade humana.

Sob a ótica internacional, a privação do mínimo existencial pode representar uma violação do direito à vida digna, a violação da dignidade humana, discriminação indireta; e uma exclusão social estrutural.

## **DESPERDÍCIO DE RECURSOS PÚBLICOS E DIREITOS HUMANOS**

Os organismos internacionais vêm ampliando a compreensão de corrupção para além do mero desvio ilícito. Hoje se fala também em Corrupção estrutural quando instituições são capturadas por interesses privados. Corrupção sistêmica quando práticas ilícitas se tornam recorrentes. Má gestão grave quando recursos públicos são empregados de forma irracional ou incompatível com a finalidade constitucional.

O desperdício incompatível com direitos humanos quando a ineficiência estatal compromete a concretização de direitos fundamentais. Nessa perspectiva, um governo que gaste recursos de forma irrazoável enquanto deixa parcelas da população sem acesso ao mínimo existencial pode ser alvo de críticas internacionais mesmo sem prova de corrupção criminal clássica.

## **A OCDE E A BOA GOVERNANÇA**

A Organisation for Economic Co-operation and Development trabalha com a ideia de integridade pública; accountability; governança eficiente e transparência. Segundo a organização a perda de recursos públicos por corrupção ou ineficiência reduz a capacidade estatal de fornecer serviços essenciais. A preocupação é econômica e também democrática.

Por isso, parte relevante da doutrina sustenta que: corrupção e desperdício sistemático de recursos públicos podem ser analisados não apenas como violações administrativas ou penais, mas também como violações constitucionais e convencionais de direitos humanos.

A posição predominante da ONU, da CIDH, da Corte Interamericana, da OCDE e de outros organismos internacionais se dá no sentido de que: Corrupção e desperdício de recursos públicos enfraquecem direitos humanos. O Estado deve utilizar o máximo de recursos disponíveis para assegurar o mínimo existencial. A má gestão grave pode gerar responsabilidade internacional quando compromete direitos fundamentais. Populações vulneráveis sofrem impacto desproporcional desses fenômenos.

Também se pondera no sentido de que a boa governança, a transparência e a eficiência administrativa passaram a ser vistas como instrumentos de proteção dos direitos humanos. O combate à corrupção deixou de ser apenas tema de moralidade administrativa para tornar-se também questão de dignidade humana e efetividade dos direitos fundamentais.

Essa construção tem sido cada vez mais utilizada em ações estruturais, ações populares, ações civis públicas, ADPFs e demandas de controle de convencionalidade, especialmente quando se busca demonstrar que a destinação inadequada de recursos públicos impede a concretização do mínimo existencial de grupos vulneráveis.

## **CONCLUSÃO**

O Tema 1234 deve ser reinterpretado e a necessidade de cumprimento de convencionalidade permitem a revisão neste momento, com análise de vieses ainda não enfrentados como as variáveis que ora se apresenta para fomentar o debate a respeito do tema, eis que, como regra, não pode limitar o direito à saúde e deve ser compatibilizado com a CADH

O Poder Judiciário brasileiro tem agora, sem que isso interfira em seu poder de motivação, o dever de buscar compatibilidade de seu raciocínio com a observância da convencionalidade e pode assim, afastar precedentes incompatíveis com preceitos da CIDH, pelo que deve priorizar a vida e a dignidade.

Isso porque o país corre risco de ser demandado por violação ao Pacto de San José, bem como responsabilizado perante outros organismos internacionais, por mortes prematuras frutos de descaso, num país que atravessa enorme crise com desperdício de recursos públicos, corrupção e filas intermináveis de atendimento no setor de saúde, com falta de medicamentos básicos, onde deveria garantir mesmo tratamento de alto custo para quem precisa.

Sem isso o país não cumpre nem mesmo o princípio pro persona, e ainda não coloca o ser humano na centralidade de suas discussões, convido o leitor a tal ordem de reflexões em nome da nobre função de salvar vidas, sobretudo dos mais necessitados.

Notas de Rodapé (ABNT):

1. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais.
2. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional.
3. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais.
4. FERRAJOLI, Luigi. Direitos e Garantias.

[1] Em tese se poderia dizer que após a morte (disposições de última vontade) ou mesmo antes do nascimento com vida, possa haver alguns aspectos a preservar.

[2] “Em síntese: a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade”.

[3] “O administrador público, dito de outra maneira, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos”