



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fábio de Souza Silva

**Tutela judicial do direito à saúde**

Rio de Janeiro

2010

Fábio de Souza Silva

**Tutela judicial do direito à saúde**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: “Estado, Processo e Sociedade Internacional”.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres

Rio de Janeiro

2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S586t Silva, Fábio de Souza.  
Tutela judicial do direito à saúde / Fábio de Souza Silva. - 2010.  
204 f.

Orientador: Ricardo Lobo Torres.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito à saúde - Teses. 2. Tutela jurisdicional - Teses. 3.  
Responsabilidade do Estado – Teses. I. Torres, Ricardo Lobo, 1935- . II.  
Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 614:342.7

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Fábio de Souza Silva

### **Tutela judicial do direito à saúde**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: “Estado, Processo e Sociedade Internacional”.

Aprovado em: 09 de agosto de 2010.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres - Faculdade de Direito da UERJ

Banca examinadora:

---

Prof. Dr. Daniel Antonio de Moraes Sarmento  
Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Ana Paula de Barcellos  
Faculdade de Direito da UERJ

---

Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Fernanda Duarte Lopes Lucas da Silva  
Faculdade de Direito da UFF

Rio de Janeiro

2010

## RESUMO

Silva, Fábio de Souza. *Tutela judicial do direito à saúde*. 2010. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

A dissertação trata da tutela judicial do direito à saúde, focando o dever estatal de praticar ações e prestar serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Os seus onze capítulos, além da introdução, podem ser classificados em três grupos, de acordo com seus objetivos: propedêuticos, descritivos e propositivos. Inicialmente, o trabalho constrói uma definição do direito à saúde e revela a existência de suas múltiplas dimensões, para optar pela investigação da dimensão subjetiva individual, integrada tanto por conteúdos jusfundamentais, quanto por parcelas não inseridas no rol dos direitos fundamentais. Em seguida, a dissertação constata que a proteção do direito à saúde é uma atividade holística, que envolve sistemas de conhecimento distintos, especialmente o judicial, o da medicina social e o da gestão pública. Como corolário, inicia a parte descritiva, expondo a postura de cada um desses sistemas a respeito da judicialização da saúde. A partir dessa análise, inspirado na ideia de cooperação entre todos os atores da proteção à saúde, o trabalho propõe cinco parâmetros para a atuação judicial: valorização dos demais sistemas peritos; mínimo existencial sanitário; hipossuficiência econômica; responsabilidade subsidiária do ente maior; e potencial de universalização. Como conclusão, oferece um roteiro de aplicação desses parâmetros, sempre se pautando na ideia de judicialização cooperativa.

Palavras-chave: Saúde. Tutela judicial. Judicialização. Críticas. Parâmetros.

## **ABSTRACT**

The dissertation deals with the judicial protection of the right to health, focusing on the state duty to perform actions and provide services for its promotion, protection and recovery. The eleven chapters, besides the introduction, can be classified into three groups according to their goals: propaedeutics, descriptives and propositionals. Initially, the essay builds a definition of the right to health and reveals its multiple dimensions, to opt for the investigation of the individual and subjective dimension, integrated by contents fundamentals and non-fundamentals. Then, the essay notes that the protection of the right to health is a holistic activity involving different knowledge systems, especially the judiciary, social medicine and public management. As a corollary, it initiates the descriptive part, exposing the position of each of these knowledge systems about the judicialization of health. From this analysis, inspired by the idea of cooperation between all actors of the health protection, the paper proposes five parameters for judicial action: respect to other knowledge systems; health's minimum existential; lack of resources to pay for treatment; subsidiary liability of States and Union; and potential for universalization. In conclusion, the dissertation provides a guide for implementing these parameters, always based on the idea of a cooperative judicialization.

**Keywords:** health. Judicial protection. Judicialization. Criticisms. Parameters.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	9
1	<b>DIREITO À SAÚDE.....</b>	15
1.1	<b>Existe um direito à saúde?.....</b>	15
1.2	<b>Direito à saúde como direito fundamental .....</b>	20
1.2.1	<u>O que são direitos fundamentais?.....</u>	21
1.2.2	<u>Há direitos sociais fundamentais?.....</u>	23
1.2.3	<u>O direito à saúde é um direito fundamental social?.....</u>	26
1.3	<b>Evolução histórica da proteção à saúde no Brasil.....</b>	27
1.3.1	<u>Saúde na colônia e no império: primeiras experiências dos serviços de saúde brasileiros .....</u>	28
1.3.2	<u>Políticas de saúde: instrumento do projeto civilizatório.....</u>	29
1.3.3	<u>Saúde e progresso: vinculação necessária, precedência duvidosa.....</u>	33
1.3.4	<u>Sanitaristas informam: a ditadura é prejudicial à saúde.....</u>	34
1.3.5	<u>Saúde e democracia: contribuição do movimento sanitário para o restabelecimento democrático.....</u>	36
2	<b>TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE SISTEMAS.....</b>	41
2.1	<b>Noções básicas sobre a teoria dos sistemas.....</b>	42
2.2	<b>Direito como sistema autopoietico.....</b>	44
2.3	<b>O acoplamento estrutural e o papel da Constituição.....</b>	45
2.4	<b>Direito, Saúde e Gestão Pública: acoplamento estrutural na Constituição de 1988.....</b>	48
3	<b>SISTEMA JUDICIAL.....</b>	50
3.1	<b>Análise jurisprudencial.....</b>	50
3.1.1	<u>Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.....</u>	51
3.1.2	<u>Tribunal Regional Federal da 2ª Região.....</u>	53
3.1.3	<u>Superior Tribunal de Justiça.....</u>	53
3.1.4	<u>Supremo Tribunal Federal.....</u>	55
3.2	<b>Conselho Nacional de Justiça.....</b>	58
3.3	<b>Uma experiência comparada: a sentença T-760, de 2008, da Corte Constitucional Colombiana.....</b>	59
3.4	<b>Análise sociológica da atividade do sistema judicial: quem são os seus destinatários?.....</b>	60

4	<b>SISTEMA DA MÉDICO-SOCIAL.....</b>	64
4.1	<b>Modelo biológico de saúde.....</b>	64
4.2	<b>Demandas artificiais.....</b>	66
4.3	<b>O poder judiciário e o uso racional dos medicamentos: uma crítica do sistema médico-social.....</b>	70
5	<b>SISTEMA DA GESTÃO PÚBLICA</b>	71
5.1	<b>Ofensa à separação de poderes</b>	71
5.1.1	<u>Origem do contencioso administrativo francês: o modelo adotado pela crítica dos gestores públicos.....</u>	72
5.1.2	<u>A centralidade dos direitos fundamentais e a mudança de finalidade do contencioso administrativo.....</u>	75
5.1.3	<u>Contencioso administrativo: contribuição para a melhoria da administração pública.....</u>	76
5.2	<b>Reserva do possível e desequilíbrio orçamentário.....</b>	78
5.3	<b>Desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais.....</b>	80
5.4	<b>Desequilíbrio federativo.....</b>	82
6	<b>PARÂMETRO 1: VALORIZAÇÃO DOS DEMAIS SISTEMAS PERITOS.....</b>	86
6.1	<b>Análise da existência e do conteúdo das políticas públicas de saúde.....</b>	87
6.1.1	<u>Incorporação administrativa de novas tecnologias ao SUS.....</u>	88
6.1.2	<u>Incorporação judicial de novas tecnologias ao SUS.....</u>	90
6.2	<b>Preferência pelos protocolos e diretrizes adotados pelo SUS.....</b>	92
6.3	<b>Formulação do parâmetro</b>	93
7	<b>PARÂMETRO 2: MÍNIMO EXISTENCIAL SANITÁRIO.....</b>	95
7.1	<b>O conteúdo do mínimo existencial.....</b>	97
7.1.1	<u>A justiça como equidade de John Rawls e as parcelas distributivas....</u>	97
7.1.2	<u>Robert Alexy e o conteúdo essencial dos direitos.....</u>	103
7.1.3	<u>Ricardo Lobo Torres: cidadania multidimensional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.....</u>	107
7.1.4	<u>Antonio Enrique de Pérez Luño e as dimensões da igualdade.....</u>	110
7.1.5	<u>Liborio L. Hierro e a teoria das necessidades.....</u>	120
7.1.6	<u>Definição do conteúdo do mínimo existencial.....</u>	122
7.2	<b>Mínimo existencial sanitário.....</b>	124

7.2.1	<u>A ponderação em abstrato de Ana Paula de Barcellos</u> .....	125
7.2.2	<u>Ronald Dworkin e o seguro prudente</u> .....	127
7.2.3	<u>Ingo Sarlet e a garantia de uma vida saudável</u> .....	131
7.2.4	<u>A posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão</u> .....	132
7.2.5	<u>Identificação do conteúdo do mínimo existencial sanitário</u> .....	135
7.2.5.1	Teorias da necessidade geral.....	135
7.2.5.2	Teorias da necessidade individual.....	137
7.2.5.3	Uma solução intermediária.....	139
7.2.5.3.1	Prestações básicas de saúde.....	140
7.3	<b>Formulação do parâmetro</b> .....	142
8	<b>PARÂMETRO 3: HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA</b> .....	143
8.1	<b>Existe o direito à gratuidade das prestações de saúde?</b> .....	143
8.1.1	<u>Acesso igualitário</u> .....	147
8.2	<b>Construção do parâmetro</b> .....	149
9	<b>PARÂMETRO 4: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE MAIOR</b>	152
9.1	<b>Federação brasileira</b>	152
9.2	<b>Descentralização e subsidiariedade</b>	155
9.3	<b>Política nacional e responsabilidade municipal: uma federação cooperativa</b>	160
9.3.1	<u>Federação cooperativa e princípio da subsidiariedade</u>	161
9.3.2	<u>Cooperação, descentralização e subsidiariedade na saúde</u>	163
9.3.3	<u>Obrigação subsidiária: o segundo corolário do princípio da subsidiariedade</u>	165
9.4	<b>Controle judicial, descentralização e subsidiariedade: formulação do parâmetro</b>	166
10	<b>PARÂMETRO 5: POTENCIAL DE UNIVERSALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS</b>	170
10.1	<b>A pretensão de correção das decisões judiciais</b>	171
10.2	<b>Potencial de universalização: um pressuposto argumentativo</b>	176
10.3	<b>Formulação do parâmetro</b>	178
11	<b>CONCLUSÃO</b>	182
11.1	<b>Roteiro de decisão sobre demandas sanitárias</b>	185
11.2	<b>Considerações finais</b>	188
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	191

## INTRODUÇÃO

Ser ou não ser, essa é que é a questão:  
 Será mais nobre suportar na mente  
 As flechadas da trágica fortuna  
 Ou tomar armas contra um mar de escolhos  
 E enfrentando-os, vencer? Morrer – Dormir:  
 Nada mais; e dizer que pelo sono  
 Findam as dores, como os mil abalos  
 Inerentes à carne – é a conclusão  
 Que devemos buscar. Morrer – Dormir.  
 Dormir! Talvez sonhar – eis o problema,  
 Pois os sonhos que vieram nesse sono  
 De morte, uma vez livres deste invólucro  
 Mortal, fazem cismar. Esse é o motivo  
 Que prolonga a desdita desta vida.<sup>1</sup>

A vida é um bem valioso – provavelmente, o mais valioso dos bens. A sua conservação fundamenta teorias sobre a constituição do Estado, pautadas na ideia de que a sociedade se organiza para permitir ao homem obter as condições necessárias à sobrevivência.<sup>2</sup> Mesmo as visões amparadas em uma realidade transcendental valorizam de modo extremado a oportunidade da existência corpórea, como forma de garantir um bem-estar futuro.

Assim, independentemente das opções religiosas ou concepções transcendentais, os homens valorizam a vida. Mesmo aqueles que acreditam na existência de uma saúde espiritual,<sup>3</sup> regozijam-se com o prolongamento saudável da vida física. Enfraqueceu-se a dúvida entre ser ou não, pois ganhou força extraordinária a opção pelo ser.

Observa-se, como consequência, um admirável esforço da inteligência humana em favor da vida. A cada dia, a extraordinária evolução científica produz novas descobertas capazes de superar doenças e estender o tempo de existência dos seres humanos. Medicamentos e diversos tratamentos surgem como resultado da crescente capacidade do homem em lidar com os desafios da natureza.

Há um paradoxo, todavia. Os avanços tecnológicos renovam as esperanças e a sensação de segurança, logo frustradas por uma dramática

---

<sup>1</sup> SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 89.

<sup>2</sup> Essa é a ideia de fundo extraída das teorias contratualistas, de Hobbes a Rawls, que, apesar das grandes variações, sustentam que os homens se uniram e definiram regras capazes de garantir, ao menos, as suas vidas.

<sup>3</sup> Há diversas obras que associam a saúde espiritual à saúde física. Como exemplo, cf. CHUENGSAITANSUP, Komatra. Spirituality and health: an initial proposal to incorporate spiritual health in health impact assessment. *Environmental Impact Assessment Review*, n. 23, Elsevier, 2003, p. 3-15. Disponível em <<http://www.shi.or.th/images/misc/200606112210350.pdf>>, acesso em 19 de abril de 2009.

realidade: a existência de tratamento não garante a possibilidade de tratar-se, pois os altos custos das inovações impedem o acesso de significativa parcela da população às ofertas das ciências biomédicas.<sup>4</sup>

A felicidade proporcionada pela descoberta cede lugar à decepção e à tristeza, muitas vezes existenciais. Uma descoberta médico-científica passa, rapidamente, a integrar o rol dos bens mais importantes para a vida de um indivíduo doente. Mesmo que até ontem sequer imaginasse a existência do tratamento capaz de salvar sua vida, revelada a possibilidade de cura, o acesso àquele cuidado médico transforma-se em prioridade, mais importante que todo – ou quase todo – o restante que a sociedade pode lhe oferecer.

A extrema relevância do acesso ao cuidado médico justifica o esforço da coletividade, por meio do Estado, para garantir ao indivíduo o tratamento necessário. Surge, assim, uma nova função estatal: viabilizar o acesso dos cidadãos aos recursos terapêuticos. Trata-se de medida necessária, principalmente em cenários de desigualdades, onde o melhor da medicina é destinado aos poucos que podem pagar. Afinal, injustiça não é padecer de uma enfermidade, mas padecer de uma enfermidade que, com uma repartição mais igualitária de recursos, poderia ser evitada.<sup>5</sup>

Entretanto, essa dinâmica nem sempre é harmônica, pois alguns integrantes da orquestra social atuam em som destoante, desafinando o concerto. Por vezes, os cidadãos almejam receber prestações que a sociedade não está disposta – e não tem o dever – de fornecer. Em outros momentos, Leviatã se negará a movimentar recursos estatais para o atendimento da necessidade sanitária, utilizando argumentos como deficiência orçamentária, desnecessidade do tratamento, não comprovação de eficácia, entre diversos outros.

Forma-se, assim, uma situação de tensão. Os recursos terapêuticos manejados por Asclépio<sup>6</sup> muitas vezes não chegam aos cidadãos por uma opção

---

<sup>4</sup> Com uma visão poética, Rachel de Queiroz narra: “*A gente então vai, mas vêm os outros. E esses outros a cada dia logram vida mais longa – graças ao mais importante de nossos dons: a inteligência, que trabalha incessantemente para vencer os inimigos da carne [...] E não dou nem um século, e estaremos (ou estarão pelo menos os ricos) vivendo tranqüilamente até a marca dos 900 [...] Eu disse tranqüilamente? Mas isso não posso garantir. E nem mesmo posso garantir que seja bom.*” QUEIROZ, Rachel de. *A longa vida que já vivemos*. Rio de Janeiro: Ágora Comunicação Integrada, 1998, p. 78.

<sup>5</sup> HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 100.

<sup>6</sup> “*Nos primórdios da Grécia, três eram as figuras principais ligadas à arte da cura: Apolo, Asclépio e Hipócrates. Apolo, filho de Zeus e irmão gêmeo de Ártemis, era o mais formoso e amável dos deuses, era o deus da Poesia, da*

política de Leviatã. Asclépio concordará muitas vezes com a opção, seja por duvidar da eficácia ou da efetividade do tratamento, seja por considerar mais razoável fornecer prestações menos modernas (e mais baratas), porém suficientes ao cuidado médico. Em outros momentos, porém, a decisão política se distanciará da análise técnica, rejeitando prestações essenciais à manutenção da vida dos cidadãos.

Nas mãos de Leviatã, de Asclépio ou de ambos, o cidadão se aflige em busca dos recursos que julga necessários para a sobrevivência. É certo que o Poder Público tem liberdade para tomar a decisão político-técnica que julgar mais eficaz para garantir a saúde dos cidadãos em geral. Todavia, como para toda liberdade há limites, também essas decisões estão submetidas a parâmetros que não podem ser desrespeitados. Mesmo Asclépio e Leviatã devem observar regras que estão fora de sua margem de discricionariedade.

Caso desrespeitem esses limites, ficam submetidos à fiscalização de Thêmis, que tem o poder de, dentro de uma margem mais ou menos ampla, modificar as decisões sobre as políticas públicas de saúde. A atuação judicial, porém, deve respeitar as opções políticas inseridas nos limites democráticos das atividades dos órgãos responsáveis pelas escolhas. Apenas quando rompidas as barreiras da discricionariedade é que o controle judicial deve sindicá-la a atuação da Administração ou do legislador.

O equilíbrio entre o controle judicial, a atividade política e a técnica médica, entretanto, não é simples. Os limites não são delimitados de modo hialino e a tentação de Thêmis se sobrepõe a Asclépio e a Leviatã se coloca a cada instante.

O fato é que a busca da tutela judicial para a obtenção de serviços de saúde apresenta-se cada vez mais freqüente e traduz-se em um crescente número de processos judiciais, por meio dos quais são emitidas ordens para

---

*Música, das Artes e da Medicina. De seu amor por Coronis – filha de Flegias, rei dos Lapitas – nasceu Asclépio. Narra Ovídio que Coronis traiu Apolo com Isquias. Ao ser informado pelo corvo, transtornado pelo ódio, Apolo, para transpassar o coração da infiel. Antes de morrer ela revela que em seu ventre espera um filho de Apolo, para quem implora clemência. Da pira mortuária que havia depositado o corpo de sua amada, Apolo retira seu filho a quem batiza de Asclépio, conferindo o simbolismo que o viria a transformá-lo no deus da Medicina. Seu nascimento é a vitória da vida sobre a morte.” SILVA, Márcio José Andrade de. Um galo a Asclépio. Filosofia especial, São Paulo, Ano II, n 07, 2008, p. 7.*

fornecimento de medicamentos,<sup>7</sup> realização de cirurgias, oferecimento de tratamentos ou, até mesmo, funcionamento de postos de saúde e hospitais.<sup>8</sup>

A presente dissertação objetiva elaborar parâmetros para uma tutela judicial do direito à saúde, capazes de harmonizar todos os sistemas, permitindo que a proteção do cidadão ocorra sempre com respeito aos limites democráticos e técnicos.

Para chegar ao objetivo, há uma divisão implícita do trabalho em três partes: propedêutica, descritiva e propositiva.

Nas considerações propedêuticas, investiga-se sobre o direito à saúde, comprova-se a sua existência e caracteriza-se-o, ao menos em parte, como um direito social fundamental. Uma reconstrução histórica também é utilizada como instrumento facilitador da compreensão atual do problema. Esses são os assuntos tratados no capítulo 1.

Outrossim, também é demonstrado que a proteção da saúde não é atividade de um único sistema de conhecimento. Ao contrário, são diversas áreas do saber atuando holisticamente na concretização desse direito. O capítulo 2 identifica os três sistemas mais importantes nesse contexto: judicial, gestão pública e medicina social, revelando uma área de interseção entre eles, bem como pontos de tensão.

Com o capítulo 3 inaugura-se a parte descritiva do trabalho, com o estudo do sistema judicial, para identificar os argumentos utilizados pelos tribunais e analisar jurisprudência, sem olvidar o relevante aspecto sociológico da identificação dos destinatários da tutela judicial. O objetivo é esclarecer como funciona o sistema judicial.

Já o capítulo 4 dedica-se a verificar os argumentos do sistema médico-social em relação à judicialização da saúde, pautados principalmente nas ideias de prevenção contra as demandas artificiais e o esforço pelo uso racional de medicamentos. Revelar-se-á a preocupação com a pressão de agentes econômicos interessados na venda de tecnologias mais caras, mesmo sem um benefício razoável ao paciente. Quando tais agentes não conseguem se impor

---

<sup>7</sup> BORGES, Danielle da Costa Leite. UGÁ, Maria Alice Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, 2009. Disponível em < [http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci\\_arttext](http://www.revistasusp.sibi.usp.br/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci_arttext)>, acesso em 10 de abril de 2010.

<sup>8</sup> BRASIL. Justiça Federal. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 18ª Vara Federal. Processo nº 2008.51.01.004637-6. Data da decisão: 02/04/2008. Disponível em <[www.jfjf.gov.br](http://www.jfjf.gov.br)>, acesso em 20 de junho de 2008.

perante Asclépio e Leviatã, muitas vezes utilizam cidadãos desavisados ou iludidos para tentar o apoio de Thêmis aos seus projetos.

O capítulo 5 trata do sistema da gestão pública e descreve as quatro críticas dos administradores sanitários à atuação dos juízes: ofensa à separação de poderes, reserva do possível, desorganização administrativa e desequilíbrio federativo.

A parte propositiva da dissertação formula os parâmetros para a atuação judicial na tutela da saúde. O primeiro deles, desenvolvido no capítulo 6, é a valorização dos demais sistemas (medicina social e gestão pública), seguindo-se uma proposta de judicialização cooperativa.

O capítulo 7 apresenta o segundo parâmetro: o mínimo existencial sanitário. Percorre-se um trajeto teórico para a definição desse instituto, bem como para considerá-lo essencial nos casos em que o juiz tenha que substituir as vontades de Asclépio e Leviatã.

A hipossuficiência econômica surge como terceiro parâmetro no capítulo 8, que justifica a exigência da ausência de recursos e delimita as hipóteses em que ela será exigida.

O capítulo 9 oferece o quarto parâmetro, a responsabilidade subsidiária do ente federativo maior, decorrente da análise da estrutura da federação brasileira e do projeto constitucional para a saúde pública.

Finalmente, o capítulo 10 apresenta o último parâmetro, consubstanciado no potencial de universalização das decisões judiciais, exigência decorrente de um pressuposto argumentativo.

A conclusão traça um liame entre os cinco parâmetros descobertos na pesquisa, reforçando a ideia de um processo de cooperação entre os três sistemas, a fim de se alcançar uma efetiva concretização do direito à saúde. Para tanto, oferece um roteiro de aplicação dos critérios e desenvolve a ideia de uma judicialização cooperativa.

Desse modo, acredita-se que o trabalho forneça uma proposta útil para a tutela judicial da saúde. É verdade que já há significativos esforços para resolver essa complexa equação, advindos especialmente das ciências jurídicas. Acredita-se, porém, que os parâmetros propostos, construídos sobre uma base interdisciplinar, possam ser bem recebidos não apenas pelo sistema judicial, mas também pelos gestores públicos e médicos sociais.

A dissertação, portanto, não constrói uma ferramenta apenas para Thêmis, mas, também, para Asclépio e Leviatã, a fim de que possam se unir em favor do titular do direito à saúde: o cidadão.

## 1 DIREITO À SAÚDE

O debate sobre a tutela judicial do direito à saúde depende de uma investigação prévia sobre esse direito, pois seria incoerente buscar parâmetros para a atuação judicial sem definir o objeto da tutela. O capítulo 1 busca definir o direito à saúde, traçando seus limites e analisando sua evolução histórica.

Esse estudo prévio permitirá identificar a existência de um direito fundamental à saúde, relacionado ao mínimo existencial sanitário, e um direito social à saúde, integrado por conteúdos superiores ao mínimo, com diferentes graus de proteção e sindicabilidade judicial.

Outrossim, por meio da revisão histórica do processo de construção do direito à saúde no Brasil, será possível situar o debate com mais precisão no contexto atual, montando-se um arcabouço de informações capazes de viabilizar uma melhor compreensão da atuação dos sistemas peritos envolvidos na questão.

### 1.1 Existe um direito à saúde?

CRFB, art. 196 - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O texto constitucional brasileiro afirma que a saúde é direito de todos e, mais que isso, um dever do Estado. Mas, existe realmente um direito à saúde?

Desde logo, é importante destacar a existência de alguns bens que não podem ser objeto de direitos, por estarem fora do domínio humano. Esse é o caso da saúde, assim como é o da felicidade. O direito não pode garantir uma vida feliz, tampouco saudável.

Não foi sem motivo que Thomas Jefferson, ao redigir a declaração de independência americana, deixou de afirmar que a felicidade é direito de todos, para reconhecer, apenas, o direito dos indivíduos a buscá-la. Garante-se o meio e não o resultado.

Também no que tange à saúde, as garantias jurídicas estão relacionadas aos meios, ou seja, garante-se o direito de acesso aos instrumentos disponíveis

à proteção da saúde.<sup>9</sup> Trata-se de uma consequência lógica da pequenez humana diante da natureza, pois, apesar de o cuidado ser sempre possível, as ciências médicas têm limites para a cura.

Assim, a expressão constitucional não pode ser interpretada como um direito à obtenção incondicional de saúde – algo absolutamente impossível. Seu verdadeiro significado está relacionado ao acesso aos cuidados para a proteção da saúde. Por esse motivo, qualquer que seja a definição que se dê à expressão saúde, o direito à saúde apenas pode ser definido como um direito a prestações sanitárias,<sup>10</sup> positivas ou negativas, necessárias à proteção da saúde do indivíduo ou da coletividade.

Essa é, portanto, a primeira fronteira a ser traçada na definição do direito em questão: trata-se, na realidade, de um *direito à proteção da saúde*.<sup>11</sup>

Porém, o que é saúde?

Segundo a Constituição da Organização Mundial de Saúde, a saúde não é a mera ausência de doenças ou enfermidades, mas o estado de completo bem-estar físico, mental e social.<sup>12</sup> De acordo com essa visão ampla, sua promoção não se esgota nas prestações sanitárias, pois depende de políticas públicas relacionadas a outros campos da atuação estatal, como aquelas necessárias à conquista de paz, moradia, educação, alimentação, renda, ecossistema saudável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade.<sup>13</sup>

Essa ideia extremamente ampla fez com que Hernández, Perulles e Crespo propusessem a distinção entre dois significados de saúde:

a) De uma parte, a saúde entendida como estado de plenitude psicofísica, em torno da qual se poderá estabelecer o estado de ótimo vital das pessoas. Neste contexto, as ações públicas devem se orientar para o cumprimento deste objetivo, a fim de alcançar essa plenitude psicofísica da pessoa, sendo esse, em definitivo, o marco central do desenvolvimento e execução das políticas sanitárias.

<sup>9</sup> HERNANDEZ, Eduardo Martínez Y. PERULLES, Luis Francisco García. CRESPO, Enrique Barón. *Tratado del derecho a la protección de la salud*. 2ª Ed. Madri: Servicio de publicaciones facultad de derecho da Universida Complutense Madrid, 2004, p. 81.

<sup>10</sup> LAUDE, Anne. MATHIEU, Bertrand. TABUTEAU, Didier. *Droit de la santé*. 2ª edição. Paris: PUF, 2009, p. 2.

<sup>11</sup> A utilização por textos normativos e acadêmicos da expressão “direito à saúde” autoriza a sua utilização nesta dissertação, porém sempre significando o direito à proteção da saúde.

<sup>12</sup> “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e, não a mera ausência de doença ou enfermidade.” ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constitution. Tradução livre. Disponível em <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241650472\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241650472_eng.pdf)>, acesso em 15 de abril de 2010.

<sup>13</sup> Essas são os recursos e as condições fundamentais para a saúde, segundo a Carta de Ottawa. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Ottawa Charter for Health Promotion, de 21 de novembro de 1986. Disponível em <[http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa\\_charter\\_hp.pdf](http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa_charter_hp.pdf)>, acesso em 08 de novembro de 2009.

b) Por outro lado, temos a consideração da saúde com base em uma ideia de normalidade orgânica e funcional, que será o veículo através do qual o ser humano conseguirá completar sua integração social por meio do trabalho e de suas relações com os demais.<sup>14</sup>

A ideia de *plenitude psicofísica* – presente na Constituição da Organização Mundial da Saúde – parece extrapolar os limites do *direito à saúde*, para identificar-se com o conceito de *bem-estar*. Por isso, não pode ser considerada um marco apenas para as políticas sanitárias, mas para a atuação estatal em diversos outros campos.<sup>15</sup>

Isso significa que inúmeras atividades estatais objetivarão a plenitude psicofísica do indivíduo, tais como aquelas vinculadas à moradia, à educação, à renda e à preservação do meio ambiente. Mas todas elas, apesar de se inter-relacionarem, constituem direitos autônomos, tutelados por meio de instrumentos distintos. Também a saúde, como *normalidade orgânica e funcional*, deve ser considerada um desses objetivos, mas sempre de modo autônomo.

É evidente que a saúde depende da educação, mas também a existência de um aluno saudável é essencial para a atividade educacional. A obtenção de renda é importante para a proteção da saúde, mas a ausência desta é capaz de impossibilitar a conquista daquela. Desse modo, soa equivocado incluir todas as prestações sociais do Estado no conceito de saúde, sob pena de considerá-lo “*menos a ver com o campo regional da saúde e mais a ver com o campo global da sociedade*”.<sup>16</sup>

Não se pretende fazer uma interpretação demasiadamente restritiva do direito à saúde, limitando-o a um *processo vital*<sup>17</sup>. Afinal, é possível incluir em seu conteúdo mais que prestações para a manutenção da vida e, até mesmo, mais que um mínimo existencial sanitário. Porém, devem ser excluídas aquelas prestações sem qualquer relação com a saúde, entendida como o estado de

---

<sup>14</sup> HERNANDEZ; PERULLES; CRESPO, *op. cit.*, p. 83. Tradução livre.

<sup>15</sup> Simbólica é a afirmação de Gustavo Binbenojm de que o mínimo existencial congrega o “*conjunto de ações voltadas à preservação e promoção da dignidade psicofísica da pessoa humana*”, o que demonstra que a *plenitude psicofísica* estende-se muito além da saúde. Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 73.

<sup>16</sup> LEFEVRE, Fernando. LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti. *Promoção de saúde: a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, p. 29.

<sup>17</sup> LAUDE; MATHIEU; TABUTEAU, *op. cit.*, p. 3.

normalidade orgânica e funcional. Essa ideia se adéqua ao art. 196 da CRFB que relaciona a saúde à redução de doenças e de outros agravos.

Tais reflexões tornam um pouco mais aparentes as fronteiras do direito à saúde, que fica configurado como um *direito à proteção da normalidade orgânica e funcional*.

Vale destacar que o direito à saúde, mesmo com a delimitação proposta, é multifacetário, apresentando-se em diversas dimensões, desde um prisma objetivo, passando pela caracterização de interesse legítimo<sup>18</sup> e alcançando a condição de direito subjetivo, individual e coletivo, positivo e negativo.

A primeira faceta da proteção à saúde revelou-se como uma dimensão objetiva, manifestada não como um direito, mas como mero interesse legítimo. Isso porque a ideia de saúde vinculava-se ao pensamento liberal do século XIX, menos interessado no bem-estar dos indivíduos e mais focado na saúde coletiva. “A preocupação maior era a saúde da cidade e do produto; a assistência ao trabalhador era uma consequência dessa política”.<sup>19</sup>

Assim, medidas radicais de polícia sanitária eram justificadas, objetivando o combate às epidemias. Isolamento hospitalar, interdição e demolição de prédios, multa e prisão, bem como a vacinação obrigatória

---

<sup>18</sup> Conceituar interesse legítimo é missão de extrema dificuldade, principalmente no Brasil, onde a dogmática jurídica não está familiarizada com o instituto. Todavia, é possível extrair do ensinamento de Amílcar de Araújo Falcão ao menos uma ideia capaz de produzir uma aproximação razoável ao conceito. Segundo o autor, há interesse legítimo do cidadão quando “*persiste na norma jurídica o objetivo de tutelar um interesse público ou coletivo. Concede-se, todavia, uma proteção indireta aos interesses individuais, quando esses ocasionalmente se individualizam em alguém. Interesse legítimo, pois, aquele interesse individual, estritamente ligado a um interesse público e protegido pelo ordenamento jurídico somente através da tutela desse último*”. FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: DASP, 1960, p. 46-47. Adotando critério semelhante, mas com peculiaridades de extremo valor, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva afirma: “*O interesse legítimo estaria relacionado com comportamentos da Administração Pública, gerais e impessoais (abstratos ou concretos), positivos ou negativos, e que, pela sua própria natureza, interferissem na esfera da sociedade ou de uma coletividade. Estão, pois, intimamente vinculados a interesses difusos e coletivos, e o que almejam controlar equipara-se (não equivale-se) ao direito objetivo. (...) Os direitos subjetivos têm como pressuposto natural a existência dos interesses legítimos; são considerados direitos subjetivos porque neles há individualização de um bem comum alcançado pela expressão “interesses legítimos”. Todo comportamento da Administração repercute em três níveis, progressivamente: geral abstrato (difuso), geral concreto (coletivo) e individual. O direito subjetivo é aquele constituído neste terceiro nível, originado de um comportamento da Administração que interfere diretamente na esfera individual do cidadão, mas que, para tanto, necessariamente, já interferira, em um nível preliminar, em maior ou menor grau, na esfera da sociedade ou de uma coletividade. Isto, porém, só se torna evidente quando o bem perseguido pelo cidadão exige da Administração a modificação de um comportamento que até então vinha dispensando indistintamente à sociedade ou a uma coletividade. Porém, há situações em que o exercício do direito reclamado não necessita da alteração de um comportamento daquela natureza; isto ocorre, não devido à existência de uma categoria de direitos subjetivos públicos unicamente individuais, mas sim porque, naquele caso, os pontos controvertidos são estritamente individuais.*” In SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. *Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa – relatório nacional: Brasil. In: Colóquio Internacional Brasil-Espanha-França, 2008, Niterói.*

<sup>19</sup> BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa. MOURA, Ana Lúcia de. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 32.

passaram a ser admitidos tanto no Brasil,<sup>20</sup> quanto na Europa.<sup>21</sup> É esse contexto que justifica a tutela da saúde por meio da criminalização de condutas como a periclituação da vida e da saúde (Código Penal, arts. 130 a 132).

Essa dimensão objetiva persiste atualmente – apesar de uma formatação mais adequada à ponderação com interesses individuais – e pode ser inferida no próprio art. 196 da CRFB. O esforço estatal para a redução das moléstias e para a garantia de acesso universal aos serviços de saúde constitui um interesse público, que confere de modo indireto uma proteção a interesses individuais. Existe, portanto, interesse legítimo do cidadão nessas políticas, pois a tutela da sua saúde é corolário da proteção do interesse público.

Isso significa que existe um direito objetivo à saúde, que condiciona a atuação estatal em todas as suas manifestações, especialmente no campo legislativo e administrativo. O atuar do Poder Público deve estar voltado para esse fim, sendo inconstitucional – por ofensa ao direito objetivo – a formulação ou a execução de uma política contrária a esses objetivos.

Entretanto, o direito à saúde é dotado, também, de uma dimensão subjetiva, o que quer significar a possibilidade de se extrair dele a proteção de uma posição jurídica. Como ensina Martin Borowski, a expressão *subjetivo* constitui uma qualificação do *direito*, que significa a sempre presente possibilidade de exigência perante os tribunais. De um modo mais claro, os direitos subjetivos são necessariamente exigíveis pela via judicial, enquanto os demais direitos (não subjetivos) apenas o são de modo contingente<sup>22</sup>.

Isso significa que o direito à saúde, em toda a sua extensão, possui uma dimensão objetiva. Em alguns pontos, a esse aspecto objetivo é acrescentada uma dimensão subjetiva, pois passam a representar uma posição jurídica tutelável judicialmente, configurando um direito subjetivo, que pode apresentar

---

<sup>20</sup> BRASIL. Decreto nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904. É curioso destacar que o mesmo instrumento normativo (Decreto nº 1.151/1904) criou o “Juízo de feitos da saúde pública”, cuja competência abrangia todas as ações, cíveis e criminais, em matéria de higiene e salubridade pública, inclusive despejos, demolição, interdição e desapropriação de obras ou propriedades, cobrança de multas ou taxas sanitárias, julgamento de crimes e contravenções de higiene e salubridade públicas, além de qualquer outra ação em que a saúde pública pudesse ser interessada. A Justiça Sanitária foi extinta em 1911, após julgamento de 3.732 casos, número bastante significativo para a época, constituindo relevante instrumento para a manifestação contrária às práticas da polícia sanitária. Assim, ao contrário das demandas atuais que buscam compelir o Estado a prestar serviços de saúde, a Justiça Sanitária era provocada para impedir a atuação estatal. Sobre a Justiça Sanitária, cf. QUEIROZ, Eneida Quadros. *Justiça sanitária – cidadãos e judiciário nas reformas urbana e sanitária – Rio de Janeiro (1904-1914)*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal Fluminense (UFF) – Instituto de Ciência Humanas e Filosofia, Niterói, 2008.

<sup>21</sup> HERNANDEZ; PERULLES; CRESPO, *op. cit.*, p. 76.

<sup>22</sup> BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 46.

tanto uma dimensão negativa, consubstanciada na possibilidade de se exigir do Estado um *não-fazer* (o Estado não pode atuar em prejuízo à saúde do indivíduo<sup>23</sup>), quanto uma dimensão positiva, por meio da qual o cidadão pode exigir uma prestação sanitária.

Na realidade, é no Estado Social do pós-guerra que se inaugura essa nova dimensão do direito à saúde, que passa a ser caracterizado como um direito subjetivo público, representando a possibilidade de se exigir do estado medidas necessárias à proteção da saúde, incluindo prestações positivas.<sup>24</sup>

O reconhecimento desse novo direito subjetivo pelos ordenamentos jurídicos ocorreu pela sua incorporação aos textos constitucionais, como a Constituição Francesa de 1946 (preâmbulo), a Italiana de 1947 (art. 32, § 1º), a Portuguesa de 1976 (art. 64.1) e a Espanhola de 1978 (art. 43). Também no âmbito internacional diversos instrumentos passaram a reconhecer o direito à saúde, como a Constituição da Organização Mundial da Saúde, de 1946; a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (art. 25.1); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; e o Protocolo de San Salvador, de 1998.

É esta última dimensão do direito à saúde (subjetiva e positiva) que vem ocupando a maior parte da produção doutrinária e jurisprudencial. Diferentemente do passado, em que as pessoas temiam a atuação do Estado, o problema que se coloca no momento é a omissão pública no fornecimento de cuidados. Destarte, como a presente dissertação objetiva traçar parâmetros para a tutela judicial do direito à saúde, optou-se por dirigir as investigações para esse foco.

## **1.2 Direito à saúde como direito fundamental**

Identificada a existência de um direito subjetivo público à proteção da normalidade orgânica e funcional, é necessário passar à investigação sobre a caracterização de sua fundamentalidade. Alguns aspectos já nos fornecem pistas que apontam para uma resposta positiva.

---

<sup>23</sup> Exemplo interessante da dimensão negativa do direito à saúde consiste nas restrições à internação compulsória de portadores de transtornos mentais, previstas na Lei 10.216, de 06 de abril de 2001.

<sup>24</sup> HERNANDEZ; PERULLES; CRESPO, *op. cit.*, p. 77.

Em primeiro lugar, importa destacar que ao menos uma das dimensões dos direitos fundamentais caracteriza-se como direitos subjetivos públicos,<sup>25</sup> exatamente como ocorre com o direito à saúde. Outrossim, o art. 2º, da Lei 8.080, 19 de setembro de 1990, o inclui expressamente no rol dos direitos fundamentais, acompanhando a Constituição da Organização Mundial da Saúde.

Mas tais elementos fornecem apenas indícios do caráter fundamental do direito à saúde. É necessário investigar o assunto com um pouco mais de profundidade, perquirindo sobre o que são direitos fundamentais e se direitos sociais podem ser dotados de fundamentalidade. Só então será possível analisar com mais precisão a situação do direito à saúde. Alerta-se, no entanto, que o objetivo desta dissertação não é analisar as teorias sobre direitos fundamentais, mas, tão somente, traçar uma revisão instrumental a um dos objetivos do capítulo.

### 1.2.1 O que são direitos fundamentais?

Mas uma vez, insiste-se: o trabalho não pretende oferecer qualquer contribuição original para a resposta à pergunta “o que são direitos fundamentais?”. Não se objetiva, sequer, uma revisão completa da literatura sobre o tema. O que se pretende é, apenas, buscar um conceito razoavelmente aceito de direitos fundamentais, que permita responder à questão “o direito à saúde é fundamental?”.

Esse esforço é importante, pois não é suficiente a declaração por um ato normativo para o reconhecimento efetivo da fundamentalidade de um direito. Afinal, quando falamos que um direito é fundamental, nos referimos tanto à sua recepção pelo direito positivo, quanto a uma pretensão moral justificada, baseada na ideia de dignidade da pessoa humana, a qual é construída sobre quatro valores: liberdade, igualdade, segurança e solidariedade.<sup>26</sup>

Percebe-se, pois, que um direito fundamental transita por um duplo domínio: moral e Direito.

Nesse sentido, Gregorio Peces-Barba Martínez afirma que os direitos fundamentais têm uma dupla faceta: (a) uma pretensão moral justificada,

---

<sup>25</sup> CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001, p. 32.

<sup>26</sup> PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Leciones de derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004, p. 29 e 35.

facilitadora da autonomia e da independência pessoal, isto é, a dignidade humana; e (b) um subsistema dentro do sistema jurídico – o Direito dos direitos fundamentais – que incorpora a pretensão moral justificada a uma norma e atribui, a titulares concretos, direitos subjetivos, liberdades, potestades ou imunidades.<sup>27</sup>

Utilizando raciocínio semelhante, Antonio Enrique de Pérez Luño distingue as expressões direitos humanos e direitos fundamentais, vinculando a primeira a questões morais ou, mais precisamente, ao “*conjunto de facultades e instituições que, em cada momento histórico, integram as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas*”.<sup>28</sup> Já os direitos fundamentais são os direitos humanos garantidos pelo ordenamento jurídico positivo.

O pensamento do autor espanhol, todavia, apresenta um equívoco, pois vincula a ideia de direito fundamental à sua incorporação pelo *direito positivo*, ignorando que o Direito é muito mais amplo que os textos legais. A utilização de um critério formal (positivação) é falha, em razão da dúvida que sempre existirá sobre a completude do rol incorporado à Constituição, à lei ou ao tratado.<sup>29</sup>

Afirmar que os direitos fundamentais transitam entre o Direito e a moral não significa a positivação dos direitos humanos, mas a sua juridicização, capaz de torná-los vinculantes. Esse caráter vinculante pode decorrer da Constituição e de tratados internacionais, mas pode, também, ser extraído de princípios não positivados, integrantes do ordenamento jurídico. Justifica-se, portanto, a afirmação de Alexy: “*compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios*”.<sup>30</sup>

Percebe-se, pois, que, para a caracterização de um direito fundamental, não é suficiente a sua proximidade com a ideia de dignidade da pessoa humana (conceito substancial), pois é necessário o seu reconhecimento pelo

---

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 44.

<sup>28</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique de. *Los derechos fundamentales*. 9ª Ed. Madri: Tecnos, 2007, p. 46.

<sup>29</sup> BOROWSKI, *op. cit.*, p. 34-35.

<sup>30</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 144.

ordenamento jurídico. Entretanto, esse reconhecimento não precisa ocorrer por meio de um texto normativo (conceito formal), podendo ter base em normas não positivadas, que independam da vontade majoritária.<sup>31</sup>

Nesse sentido, Martin Borowski expõe um conceito procedimental de direitos fundamentais, definindo-os como aqueles que têm uma importância tão grande capaz de impedir que a opção de garanti-los, ou não, seja confiada às maiorias parlamentares ordinárias<sup>32</sup>. Esse grau de importância será medido de acordo com a intensidade de sua vinculação com a ideia de direitos humanos.

Porém, como definir quais são esses direitos? Como identificar a sua aproximação moral com a dignidade humana? A resposta exige a observação do contexto histórico e social sob uma ótica racional e a localização, nesse cenário, dos direitos essenciais à vida digna aos indivíduos.

Luis Prieto Sanchís sugere um procedimento para essa identificação dos direitos fundamentais: estariam incluídos nesse rol – flexível e variável no tempo e no espaço – os direitos contemplados por um consenso racional, alcançado argumentativamente em uma situação contra-fática, em que os cidadãos, todos dotados de aptidão para a elaboração de uma fundamentação racional, participassem efetivamente.<sup>33</sup>

A análise sistemática permite adotar, nesta dissertação, a seguinte definição de direitos fundamentais: *conjunto de direitos necessários à promoção e à manutenção da dignidade humana, incorporados ao ordenamento jurídico independentemente da maioria legislativa, definidos por meio de um consenso racional contra-fático, variável no tempo e no espaço, entre todos os cidadãos.*

### 1.2.2 Há direitos sociais fundamentais?

Partindo do conceito de direitos fundamentais adrede exposto, é necessário perquirir se os direitos sociais podem ser contemplados por esse

<sup>31</sup> Interessante a contribuição de Riccardo Guastini, que oferece uma visão singular, ao sustentar o duplo caráter da expressão “direitos fundamentais”. Por um lado, corresponde aos direitos que dão fundamento ao sistema jurídico, classificados como materialmente constitucionais: (a) os que disciplinam as relações entre o Estado e os cidadãos; e (b) os que versam sobre a organização dos poderes públicos. Por outro, o termo direitos fundamentais representa os direitos que não requerem um fundamento jurídico positivo, em razão da sua vinculação moral. Cf. GUASTINI, Riccardi. “Derechos”: una contribucion analítica. In: SAUCA, Jose Maria. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III – Boletín Oficial des Estado, 1994, p. 127.

<sup>32</sup> BOROWSKI, *op. cit.*, p. 36-37. No mesmo sentido, cf. ALEXY, *op. cit.* (*Teoria dos direitos...*), p. 510.

<sup>33</sup> [SANCHÍS] PRIETO, Luis. Notas sobre el concepto de derechos fundamentales. In: SAUCA, Jose Maria. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III – Boletín Oficial des Estado, 1994, p. 188-189.

consenso racional como essenciais à promoção e à manutenção da dignidade humana.

Inicialmente, faz-se mister definir o que são direitos sociais. Para tanto, é possível adotar quatro critérios: (a) direitos prestacionais – o conteúdo da obrigação dos direitos sociais é de caráter positivo, de dar ou fazer; (b) existência de titulares específicos – os direitos sociais são destinados ao homem em determinada situação social (trabalhador, idoso, miserável etc.); (c) direitos de igualdade material – direito a gozar um regime jurídico diferenciado para compensar uma desigualdade material; e (d) predomínio da dimensão objetiva sobre a subjetiva.<sup>34</sup>

Porém, como alerta Sanchís, seria difícil que um direito social atendesse a todos os quatro critérios, motivo pelo qual, assim como o autor espanhol, a presente dissertação opta pela característica que mais se destaca e parte da ideia de direitos sociais como “*direitos prestacionais em sentido estrito, isto é, aquele cujo conteúdo obrigacional consiste em um dar ou em um fazer bens ou serviços que, em princípio, o sujeito titular poderia obter no mercado, caso tivesse os meios suficientes para tanto*”.<sup>35</sup>

Mas essa definição ainda não responde à questão proposta. Esses direitos sociais, de cunho prestacional, são direitos fundamentais? Ora, o conceito de direitos fundamentais adotado no item anterior não faz qualquer objeção à inclusão de um direito social no rol da fundamentalidade, desde que seja considerado essencial à promoção e à manutenção da dignidade humana por meio de um consenso racional contra-fático.

É evidente que nem todas as prestações sociais serão incluídas nesse rol. Mas, por outro lado, também emerge hialina a existência de prestações estatais sem as quais os indivíduos ficariam desprovidos das condições mínimas necessárias a uma vida digna. Daí a conclusão de que, alguns direitos sociais serão fundamentais.

Alexy admite a existência de direitos fundamentais sociais, mas alerta que estes podem estar pautados em normas de estruturas diferentes, oriundas da

---

<sup>34</sup> SANCHÍS PRIETO, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, setembro a dezembro de 1995, p. 14-20. O autor elenca um quinto critério, o caráter da obrigação. Todavia, consideramos que os demais critérios já incluem a indigitada característica dos direitos sociais, motivo pelo qual optamos por adotar apenas quatro critérios.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 21. Tradução livre.

combinação de três critérios: (a) garantia de direitos subjetivos ou apenas de uma obrigação para o Estado de modo objetivo; (b) caráter vinculante ou não; (c) direitos e deveres definitivos ou *prima facie*. O grau de proteção varia de acordo com a combinação dessas características normativas. A proteção mais intensa ocorre quando há um direito subjetivo definitivo vinculante, que é caso do direito a um mínimo existencial.<sup>36</sup>

Ainda para o mesmo autor, a definição de quais são os direitos fundamentais definitivos do indivíduo é uma questão de ponderação de princípios. De um lado, a liberdade fática e, de outro, a competência decisória do legislador, a separação de poderes e a liberdade jurídica de terceiros, bem como outros direitos sociais e interesses coletivos. O resultado da ponderação, obviamente, variará caso a caso, mas provavelmente acobertará com a definitividade os direitos sociais mínimos, como o mínimo existencial.<sup>37</sup>

As ideias do autor germânico merecem, todavia, uma crítica. Para construí-la, parte-se de duas conclusões anteriormente expostas: (a) os direitos sociais são direitos a prestações; e (b) os direitos fundamentais são incorporados ao ordenamento jurídico independentemente de decisão legislativa. Assim, ao invés de classificar um dever objetivo *prima facie* do Estado como um direito social fundamental, parece mais razoável excluir desse conceito aquelas prestações cuja implementação dependa de deliberação legislativa, pois têm importância menor que o princípio da separação de poderes.

Isso quer significar que a ponderação proposta por Alexy não define apenas a definitividade do direito, mas a sua própria fundamentalidade. Somente aquelas prestações mais importantes que a separação de poderes e os demais interesses apontados pelo autor germânico podem ser classificadas como fundamentais. O corolário desse raciocínio é que apenas os direitos sociais mínimos (os que integram o mínimo existencial) serão considerados fundamentais.

---

<sup>36</sup> ALEXY, *op. cit.* (*Teoria dos direitos...*), p. 501-502.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 512.

O pensamento tem amparo em Borowski, quando afirma que “*o objeto típico dos direitos [fundamentais] sociais é o mínimo existencial, assim como um grau mínimo de educação e cobertura médica*”.<sup>38</sup>

No mesmo sentido, é válido destacar o comentário de Fernando Facury Scaff, a partir das ideias de Alexy:

Verifica-se, portanto, vários pontos de contato entre os conceitos de mínimo existencial e de direitos fundamentais sociais em sociedades periféricas como a brasileira, que possui uma enorme desigualdade econômica e social. No Brasil, como em vários países periféricos, as carências sociais e econômicas por parte de grandes parcelas da população e as desigualdades sociais dentro do mesmo país atingem níveis alarmantes, que faz com que seja necessário um esforço ingente para a ultrapassagem desta situação de iniquidade.<sup>39</sup>

Os dois autores alemães (Alexy e Borowski) vinculam esse mínimo à liberdade fática. Porém, considerando que a dignidade humana está amparada em quatro pilares – liberdade, igualdade, segurança e solidariedade<sup>40</sup> – opta-se, ao menos por ora, pela não vinculação à ideia liberal, deixando-se para discorrer sobre o tema no capítulo 7.

Por enquanto, fica-se apenas com a seguinte resposta à pergunta que dá título a este tópico: sim, há direitos fundamentais sociais. São todos aqueles que integram o mínimo existencial.

### 1.2.3 O direito à saúde é um direito fundamental social?

No item 1.1, concluiu-se que o direito à saúde corresponde ao *direito à proteção da normalidade orgânica e funcional*. Também já se afirmou que esse direito possui uma dimensão subjetiva e positiva, que o caracteriza como prestacional. Desse modo, parece evidente a sua configuração como um direito social, o que é confirmado pelo art. 6º, da CRFB.

Não é difícil perceber que algumas dessas prestações são tão essenciais e importantes que a decisão de garanti-las, ou não, não pode ficar nas mãos da maioria legislativa. Isso porque, considerando uma situação contra-fática, na

<sup>38</sup> BOROWSKI, *op. cit.*, p. 145.

<sup>39</sup> SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto (org.). *Diálogos constitucionais – Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 153.

<sup>40</sup> MARTINEZ, *op. cit.*, p. 35.

qual todos os cidadãos tivessem capacidade de argumentação racional, essas prestações necessariamente seriam incorporadas ao ordenamento jurídico, por serem essenciais à promoção e à manutenção da dignidade humana, integrando o mínimo existencial.

Por outro lado, em relação a outras prestações não se obteria esse consenso, devendo a decisão sobre a sua incorporação ao ordenamento jurídico ser transferida para o debate político majoritário.

Isso significa que o direito à saúde é um gênero com duas espécies: (a) direito fundamental à saúde, correspondente às prestações que integram um mínimo existencial sanitário;<sup>41</sup> e o (b) direito social à saúde, vinculado a prestações que dependem da integração legislativa.

### **1.3 Evolução histórica da proteção à saúde no Brasil**

A análise da trajetória histórica da proteção à saúde no Brasil – ainda que sem a pretensão de um estudo exauriente – constitui valioso instrumento para a compreensão da tutela do direito à saúde hoje, pois permite uma melhor identificação dos avanços e das dificuldades nesse campo. Essa investigação conduz à conclusão de que o estágio atual não é fruto do acaso ou de ideias descontextualizadas, mas uma construção histórica.

Considerando as características desse processo evolutivo, identificou-se seis períodos históricos. O primeiro envolve as épocas colonial e imperial; o segundo engloba a República Velha e a Era Vargas; em um terceiro momento, analisa-se a experiência democrática pré-golpe militar; o quarto período coincide com a fase ditatorial; a abertura democrática anterior à Constituição de 1988 é analisada no quinto período; por fim, o sexto período trata da fase pós-constitucional.

O presente capítulo analisa a evolução das políticas públicas de saúde até a Constituição de 1988 ou, mais precisamente, até a edição da Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e da Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Os desdobramentos posteriores são objeto de considerações no restante da dissertação.

---

<sup>41</sup> O tema mínimo existencial sanitário está tratado no capítulo 7.

### 1.3.1 Saúde na colônia e no império: primeiras experiências dos serviços de saúde brasileiros

Os serviços de saúde no período colonial eram precários, não apenas pelo estágio da ciência médica à época, mas, sobretudo, pela escassez de profissionais, que inviabilizava uma estrutura de atenção à saúde da população.

Na realidade, as prestações sanitárias tiveram origem nas Santas Casas, tendo sido a primeira delas a Santa Casa da Misericórdia de Santos, fundada por Braz Cubas e inaugurada em 1543.<sup>42</sup> No Rio de Janeiro, o Hospital Geral da Santa Casa foi fundado por José de Anchieta, em 1582.<sup>43</sup>

Com grande vinculação a essas instituições, os jesuítas desempenhavam relevante papel na medicina colonial, que contava também com outros agentes de cura: os físicos, os cirurgiões, os barbeiros e os boticários. Os primeiros (físicos), formados por universidades européias, constituíam o menor grupo e eram raros no território brasileiro. Os cirurgiões eram práticos submetidos a um exame perante as autoridades sanitárias (comissários do físico-mor ou do cirurgião-mor), a fim de obter sua “carta de examinação”. O barbeiro podia receber a permissão oficial para realizar cirurgias (tornando-se cirurgião-barbeiro) ou restringir-se à aplicação de ventosas, sarjaduras e sanguessugas, corte de cabelo ou barba e extração de dentes. Já aos boticários cabia a preparação e o comércio de medicamentos.<sup>44</sup>

O cenário sanitário apenas foi modificado com a chegada da família real ao Brasil, em 1808. A fixação da corte portuguesa em território brasileiro produziu a necessidade de criação de uma estrutura sanitária mínima, bem como estimulou a vinda de profissionais europeus. Mais que isso, deflagrou o processo de institucionalização do setor de saúde,<sup>45</sup> inclusive com a

---

<sup>42</sup> IVAMOTO, Henrique Seiji. Santa Casa da Misericórdia de Santos. *Acta Medica Misericordiae*. Santos: outubro de 1998. Disponível em <[http://www.scms.org.br/noticia.asp?codigo=42&COD\\_MENU=24](http://www.scms.org.br/noticia.asp?codigo=42&COD_MENU=24)>, acesso em 17 de julho de 2009.

<sup>43</sup> SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO. *História*. Disponível em <<http://www.santacasarij.org.br/1582.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

<sup>44</sup> ESCOLA DE CIRURGIA DA BAHIA. In: FIOCRUZ. Dicionário histórico-biográfico das ciências da saúde no Brasil (1832-1930). Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/escirba.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

<sup>45</sup> BAPTISTA, *op. cit.* (História...), p. 31.

inauguração, ainda em 1808, da Escola de Cirurgia da Bahia<sup>46</sup> e da Escola Anatômica, Cirúrgica e Médica do Rio de Janeiro.<sup>47</sup>

A inspiração dessas medidas, todavia, não era o bem-estar dos indivíduos, pois a preocupação maior era com a saúde da cidade, sendo a proteção individual apenas um corolário.<sup>48</sup>

A independência não trouxe grande avanço para os serviços sanitários do Império. Porém, é importante destacar uma relevante conquista simbólica: os “socorros públicos” foram contemplados no texto da Constituição de 1824 (Art. 179, XXI – “*A Constituição também garante os socorros publicos*”).

### 1.3.2 Políticas de saúde: instrumentos do projeto civilizatório

O período da República Velha (1889-1930), inaugurado logo em seguida à abolição da escravatura e apenas poucos anos após a independência do país (1822), marca a utilização das políticas públicas de saúde como instrumentos de um projeto civilizatório.

Isso porque o país enfrentava problemas para a formação de um sentimento nacional e a construção de uma autoridade estatal sobre o território<sup>49</sup>, em razão do forte poder político e econômico das oligarquias locais, que impediam a penetração do poder do Estado. Por outro lado, a ideia de uma *inferioridade climática e racial*<sup>50</sup> contribuía para a inexistência de vinculações patrióticas, sendo frequentes comentários como o do naturalista

<sup>46</sup> “A Escola de Cirurgia da Bahia foi criada a pedido de José Corrêa Picanço, pernambucano, cirurgião da Real Câmara, lente jubilado da Faculdade de Medicina da Universidade de Coimbra. Como membro da corte portuguesa, Picanço retornou ao Brasil em 1808. Neste mesmo ano, o Príncipe-Regente D. João, atendendo a seu pedido, fundou a Escola de Cirurgia da Bahia na cidade de Salvador pela decisão régia de 18/02/1808, expedida pelo Ministro do Reino D. Fernando José de Portugal, ao Capitão-general da Bahia Conde da Ponte (João Saldanha da Gama)”. ESCOLA DE CIRURGIA DA BAHIA. In: FIOCRUZ. *Dicionário Histórico-Biográfico das Ciências da Saúde no Brasil (1832-1930)*. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/escirba.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

<sup>47</sup> “A Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro foi criada pelo príncipe regente D. João, por Carta Régia, assinada em 5 de novembro de 1808, com o nome de Escola de Anatomia, Medicina e Cirurgia e instalada no Hospital Militar do Morro do Castelo. Até então a filosofia colonial dificultava o ensino superior no Brasil, por considerá-lo ameaça aos interesses da corte.” FACULDADE DE MEDICINA DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. *História*. Disponível em <[http://www.medicina.ufrj.br/colchoes.php?id\\_colchao=1](http://www.medicina.ufrj.br/colchoes.php?id_colchao=1)>, acesso em 17 de julho de 2009.

<sup>48</sup> BAPTISTA, Tatiana *op. cit.* (História...), p. 32.

<sup>49</sup> LIMA, Nísia Trindade. FONSECA, Cristina M. O. HOCHMAN, Gilberto. A saúde na construção do Estado nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 30.

<sup>50</sup> *Ibid.*

Saint-Hilaire, no sentido de que “*havia um país chamado Brasil; mas absolutamente não havia brasileiros*”.<sup>51</sup>

Desse modo, o coronelismo local se sentia pouco vinculado ao poder central, considerando-o dispensável para a administração de seus interesses e de seu protetorado. Outrossim, a população – especialmente no interior – apresentava um conformismo com as precárias condições sociais, resignando-se diante da ideia de que a miséria decorria do clima e da “raça” brasileiros.

Os problemas sanitários, todavia, provocavam reação distinta. Em primeiro lugar porque a busca por saúde e as tentativas de evitar a morte não permitiam o mesmo grau de resignação existente em outras matérias. A soma dessa peculiaridade com o impacto econômico das doenças na produção agropecuária conscientizou as elites políticas locais dos deletérios efeitos do quadro sanitário para seus projetos político-econômicos. Cabe destacar que a produção do café – base da economia à época – apresentava uma crescente necessidade de mão-de-obra, cuja captação era ameaçada pelas epidemias entre os trabalhadores.<sup>52</sup>

Ocorre que as políticas de saúde e saneamento para o combate às doenças transmissíveis dependiam do fortalecimento da autoridade estatal, especialmente do governo federal. Como os coronéis não tinham como assumir esse papel, sentiram-se pressionados a admitir a presença do Estado. É dessa forma que a política sanitarista transformou-se em um dos mais importantes projetos nacionalistas e de reforma social, contribuindo para a integração nacional.<sup>53</sup>

Desse modo, a responsabilidade pelo atraso nacional gradativamente deixou de ser atribuída à inferioridade racial dos brasileiros e foi substituída pela crença na doença generalizada,<sup>54</sup> provocando a mobilização das elites intelectuais e políticas em favor do saneamento do interior.

---

<sup>51</sup> SAINT-HILAIRE, Auguste. *Viagens pelo distrito dos diamantes e litoral do Brasil*. Tradução de Leonam de Azeredo Pena. Companhia Editora Nacional, 1941, p. 431. Disponível em <<http://books.google.com.br>>, acesso em 19 de julho de 2009.

<sup>52</sup> BAPTISTA, *op. cit.* (História...), p. 32.

<sup>53</sup> Como exemplo, destaca-se o papel das expedições científicas realizadas pelo Instituto Oswaldo Cruz e outras instituições, que desconstruíram a ideia do sertão como um espaço saudável, ficando demonstrada a necessidade da presença do poder público para a garantia da saúde dos sertanejos. Cf. *Ibid.*, p. 34.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 35.

Destarte, o país experimentou uma espécie de reforma da saúde, marcada pela criação de órgãos dedicados ao cuidado sanitário, como a Diretoria Geral de Saúde Pública (DGSP), em 1897, e o Instituto Soroterápico Federal, em 1900, posteriormente renomeado Instituto Oswaldo Cruz. Outrossim, o período ficou caracterizado por ações de saneamento e urbanização, ao menos na capital, bem como de combate a epidemias, inclusive por meio de campanhas de vacinação obrigatória, inspiradas por Oswaldo Cruz, que à época encontrou grande resistência, a ponto de causar, até mesmo, uma revolta popular (Revolta da Vacina<sup>55 56</sup>).

A análise das medidas sanitárias adotadas nesse período demonstra que seu objetivo principal continuava a ser a proteção da cidade. O indivíduo apenas recebia atenção médica como mera consequência dessa política. Assim, medidas radicais de polícia sanitária eram justificadas, com o objetivo de combater as epidemias. Isolamento hospitalar, interdição e demolição de prédios, multa e prisão, bem como a vacinação obrigatória, previstos no Decreto nº 1.151, de 5 de janeiro de 1904, que reforma o Código Sanitário, eram as principais formas de atuação do Estado na promoção da saúde.

É curioso destacar que o mesmo instrumento normativo (Decreto nº 1.151/1904) criou o “Juízo de feitos da saúde pública”, cuja competência abrangia todas as ações, cíveis e criminais, em matéria de higiene e salubridade pública, inclusive despejos, demolição, interdição e desapropriação de obras ou

---

<sup>55</sup> “Em 1904, uma epidemia de varíola assolou a capital. Somente nos cinco primeiros meses, 1800 pessoas tinham sido internadas no Hospital São Sebastião. Embora uma lei prevendo imunização compulsória das crianças contra a doença estivesse em vigor desde 1837, ela nunca fora cumprida. Assim, a 29 de junho de 1904, o Governo enviou ao Congresso projeto reinstaurando a obrigatoriedade de vacinação antivariólica.

*Suas cláusulas previam vacinação antes dos seis meses de idade e para todos os militares, revacinação de sete em sete anos e exigência de atestado de imunização para candidatos a quaisquer cargos ou funções públicas, para quem quisesse se casar, viajar ou matricular-se numa escola. Davam ainda à polícia sanitária poderes para convidar todos os moradores de uma área de foco a se imunizarem. Quem se recusasse seria submetido à observação médica em local apropriado, pagando as despesas de estadia. O projeto estipulava ainda punições e multas para médicos que emitissem atestados falsos de vacinação e revacinação, obrigava diretores de colégio a obedecerem as disposições sobre imunização dos estudantes e instituiu a comunicação de todos os registros de nascimento. Estas medidas draconianas estarreceram a população e a oposição a Oswaldo Cruz atingiu seu ápice. Os jornais lançaram violenta campanha contra a medida. Parlamentares e associações de trabalhadores protestaram e foi organizada a Liga contra a Vacinação Obrigatória. No dia 13 de novembro, estourou a Revolta da Vacina. Choques com a polícia, greves, barricadas, quebra-quebra, tiroteios - nas ruas, a população se levantou contra o governo. No dia 14, a Escola Militar da Praia Vermelha aderiu à rebelião, mas após intenso tiroteio os cadetes foram dispersados. Na Saúde, o Port Arthur carioca, os protestos continuaram. Finalmente, o Governo decretou estado de sítio e, no dia 16, conseguiu derrotar o levante, mas suspendeu a obrigatoriedade da vacina. Oswaldo Cruz acabou vencendo a batalha. Em 1907, a febre amarela estava erradicada do Rio de Janeiro. Em 1908, violenta epidemia de varíola levou a população em massa aos postos de vacinação. O Brasil finalmente reconhecia o valor do seu sanitarista.” FIOCRUZ. Oswaldo Cruz. In vivo. Disponível em <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=114&sid=6>>, acesso em 16 de julho de 2009.*

<sup>56</sup> Para uma análise histórica e política da Revolta da Vacina, cf. CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

propriedades, cobrança de multas ou taxas sanitárias, julgamento de crimes e contravenções de higiene e salubridade públicas, além de qualquer outra ação em que a saúde pública pudesse ser interessada. A Justiça Sanitária foi extinta em 1911, após julgamento de 3.732 casos, número bastante significativo para a época, constituindo relevante instrumento para a manifestação contrária às práticas da polícia sanitária. Assim, ao contrário das demandas atuais que buscam compelir o Estado a prestar serviços de saúde, a Justiça Sanitária era provocada para impedir a atuação estatal.<sup>57</sup>

A criação de um aparato e a concretização de medidas de saúde pública demonstram que os sanitaristas ganharam força e obtiveram conquistas importantes durante a Primeira República. Dentre elas, destaca-se a criação do Departamento Nacional de Saúde Pública (DNSP), em 1920, formatador da base para a criação de um sistema nacional da saúde verticalizado e concentrado nas ações do governo central.<sup>58</sup>

O primeiro governo Vargas seguiu a tendência centralizadora, reforçando o papel da esfera federal na prestação dos serviços de saúde. O Decreto nº 19.402, de 14 de novembro de 1930, criou o Ministério dos Negócios da Educação e Saúde Pública (MESP) responsável pelos “*assuntos relativos ao ensino, saúde pública e assistência hospitalar*”.<sup>59</sup> Desse modo, o DNSP passou à condição de órgão do MESP, até que em 1937 foi substituído pelo Departamento Nacional de Saúde (DNS), no mesmo ano em que o MESP foi sucedido pelo Ministério da Educação e da Saúde (MES).

Paralelamente, iniciou-se outra forma de tutela da saúde, por meio de entidades de previdência social. A Lei Eloy Chaves – em realidade, o Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923 – cria as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os trabalhadores das estradas de ferro,<sup>60</sup> aos quais era garantido o direito de receber “socorros médicos” para si e seus dependentes, além de medicamentos obtidos por preço especial.<sup>61</sup> O Decreto 5.109, de 20 de

---

<sup>57</sup> Sobre a Justiça Sanitária, cf. QUEIROZ, *op. cit.*

<sup>58</sup> O DNSP foi dirigido até 1926 por Carlos Chagas. Cf. BAPTISTA, *op. cit.* (História...), p. 36-37.

<sup>59</sup> Decreto 19.402, de 14 de novembro de 1930, art. 2º - “*Este Ministério terá a seu cargo o estudo e despacho de todos os assuntos relativos ao ensino, saúde pública e assistência hospitalar*”. A pasta foi ocupada entre 1934 e 1945 por Gustavo Capanema Filho.

<sup>60</sup> Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923, art. 1º Fica creada em cada uma das empresas de estradas de ferro existentes no paiz uma Caixa de Aposentadoria e Pensões para os respectivos empregados.

<sup>61</sup> Decreto Legislativo 4.682, de 24 de janeiro de 1923, art. 9º - Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da Caixa com os descontos referidos no art. 3º letra "a" terão direito: 1- a

dezembro de 1926, estende a cobertura médico-previdenciária aos trabalhadores das empresas de navegação marítima e fluvial.<sup>62</sup> Em 1928, a Lei 5.484 cria as Caixas de Aposentadorias e Pensões para os trabalhadores das empresas de serviços telegráficos e rádio-telegráficos.

Em 1930, mesmo ano de criação do MESP, o Governo Vargas criou o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC), por meio do Decreto 19.433, de 26 de novembro, ao qual estavam subordinados os Institutos de Aposentadorias e Pensões (IAPs), sucessores das Caixas de Aposentadorias e Pensões. Os IAPs não se limitavam aos trabalhadores de uma empresa específica, mas abrangiam toda a categoria profissional, o que permitia a manutenção de hospitais e ambulatórios próprios.

Estava-se diante de uma divisão que traduzia mais que uma mera especificação de funções. Tratava-se, na verdade, de “*um formato diferenciado de reconhecimento de direitos sociais*”.<sup>63</sup> Enquanto a assistência médica individual previdenciária, destinada aos trabalhadores inseridos no mercado formal de trabalho (essencialmente urbanos), estava a cargo do MTIC, aqueles não cobertos pela Previdência Social, identificados como pré-cidadãos<sup>64</sup> (pobres, desempregados, trabalhadores informais e rurais) eram atendidos pelos serviços de saúde pública vinculados ao MESP.

As duas formas de atuação, entretanto, marcaram um modelo de gestão de saúde pública cuja normatização estava concentrada no poder central, enquanto a execução pulverizou-se entre os Estados. Desse modo, o governo central mantinha vínculo com os poderes políticos locais, coordenando a sua atuação e reforçando o caráter centralizador do estado nacional.

### 1.3.3 Saúde e progresso: vinculação necessária, precedência duvidosa

Durante a experiência democrática existente entre 1945 e 1964, caracterizada pela sede de progresso, “*instituíam-se a ideia de que a saúde era*

---

socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo tecto e sob a mesma economia; 2- a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração; 3- aposentadoria; 4- a pensão para seus herdeiros em caso de morte.

<sup>62</sup> Decreto Legislativo 5.109, de 20 de dezembro de 1926, art. 1º, § 1º - dispositivos da presente lei são extensivos a todas as empresas de navegação marítima ou fluvial e às de exploração de portos pertencentes a União, aos Estados, aos municípios e a particulares, em tudo quanto lhes possa ser applicavel.

<sup>63</sup> LIMA; FONSECA; HOCHMAN, *op. cit.*, p. 41.

<sup>64</sup> *Ibid.*

*um bem de valor econômico, e de que investimentos em ‘capital humano’ eram fundamentais para o desenvolvimento e progresso nas nações, especialmente dos países pobres”.*<sup>65</sup> A saúde da população, portanto, era uma condição para o desenvolvimento nacional e adquiria importância cada vez maior no debate político.

A criação do Ministério da Saúde, por meio da Lei 1.920, de 25 de julho de 1953, reforça a tendência de maior politização das decisões sobre as ações de saúde, que passaram a ser objeto de interações entre os sanitaristas e a estrutura político-partidária.<sup>66</sup> O discurso prevalecente consistia, portanto, em afirmar que a saúde precedia e condicionava o progresso do país e, por isso, independia do desenvolvimento econômico.<sup>67</sup>

Gradativamente, porém, ganha força a ideia desenvolvimentista, que considera a saúde uma consequência do progresso econômico. Em outras palavras, estava estabelecido um debate entre a noção de saúde como causa do desenvolvimento econômico e social versus o pensamento de que a conquista sanitária seria um efeito do progresso.<sup>68</sup>

Os debates, entretanto, não resistiram ao regime ditatorial militar, cuja prioridade era a assistência médica previdenciária.

#### 1.3.4 Sanitaristas informam: a ditadura é prejudicial à saúde

Apesar da cobertura previdenciária ter sido padronizada ainda em 1960, pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960, foi apenas em 1966 – sob o novo regime – que os IAPs foram unificados em um único Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), por meio do Decreto-Lei nº 72, de 21 de novembro, que tornou-se a destinação de todas as contribuições previdenciárias, bem como

---

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>67</sup> É simbólica a mensagem de Juscelino Kubitschek ao Congresso Nacional na abertura da sessão legislativa de 1956: “Embora não seja possível dar saúde, no seu conceito mais amplo – que não é apenas a ausência de doença ou enfermidade, mas um estado de completo bem-estar físico, mental e social –, torna-se, no entanto, possível evitar os sofrimentos de muitas delas por meio de medidas simples, de custo reduzido.” *Ibid.*, p. 53.

<sup>68</sup> É válido comparar a mensagem de Juscelino Kubitschek, adrede colacionada, com o discurso de João Goulart, na sessão inaugural da 3ª Conferência Nacional de Saúde, em 1963: “*a política que o Ministério da Saúde deseja implantar na orientação das atividades médico-sanitárias do País se enquadra precisamente dentro da filosofia de que a saúde da população brasileira será uma consequência do processo de desenvolvimento econômico nacional, mas que para ajudar nesse processo o Ministério da Saúde deve dar uma grande contribuição, incorporando os Municípios do país em uma rede básica de serviços médico-sanitários, que forneçam a todos os brasileiros um mínimo indispensável à defesa de sua vida...*” *Ibid.*, p. 54.

o responsável pela gestão das aposentadoria, pensões e assistência médica de todos os trabalhadores formais.

O INPS passou a gerir o Regime Geral de Previdência Social, bem como o Plano Básico de Previdência Social, criado pelo Decreto-Lei 564, de 01 de maio de 1969, em favor dos trabalhadores rurais.<sup>69</sup> Todavia, no que tange aos serviços de saúde, a indigitada autarquia continuava restrita aos trabalhadores formais urbanos, pois a assistência médica do plano básico seria prestada pelo Fundo de Assistência e Previdência do Trabalhador Rural (FUNRURAL<sup>70</sup>) (Decreto-Lei 564/1969, art. 7º).

Ainda com a mesma inspiração, a Lei 6.439, de 01 de setembro de 1977, cria o Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal com atribuição de prestar assistência médica aos trabalhadores urbanos (art. 6º, I), incluindo os servidores públicos (art. 6º, II), bem como aos trabalhadores rurais (art. 6º, III) e à população carente, por meio de programas específicos.

Relegada a um segundo plano, a saúde pública (não previdenciária) tornou-se ineficiente, contrastando com as grandes quantias aplicadas no fomento – muitas vezes questionável – da assistência médica previdenciária, que experimentou na década de 1970 o seu maior crescimento.<sup>71</sup> A redução dos investimentos na saúde não previdenciária durante os anos do regime autoritário demonstra o acerto dessa assertiva. Em 1964, o investimento na área correspondeu a 3,65% do orçamento da União. Em 1968, houve uma redução para 2,21%, em 1970, para 1,6% e, em 1974, chegou a 0,9%.<sup>72</sup>

<sup>69</sup> O Plano Básico de Previdência Social foi criado, originalmente, para atender aos empregados e trabalhadores avulsos do setor rural da agroindústria canavieira e das empresas de outras atividades que, pelo seu nível de organização, pudessem ser incluídas (art. 2º, Decreto-Lei 564/1969). Ainda em 1969, o Decreto-Lei 704, de 24 de julho, ampliou o universo de trabalhadores rurais beneficiados.

<sup>70</sup> O FUNRURAL foi criado pelo art. 158, do Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214, de 02 de março de 1963), regido pelo Instituto de Aposentadorias e Pensões dos Industriários (IAPI), que previa como benefícios, além da assistência médica, a assistência à maternidade, o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez ou velhice, a pensão por morte e o auxílio-funeral (art. 164). Para prestar a assistência médica e a assistência à maternidade o IAPI estava autorizado a celebrar convênios com clínicas ou entidades hospitalares, bem como com outras instituições de previdência. Posteriormente, o Decreto-Lei 276, de 28 de fevereiro de 1967, em seu art. 2º, especifica que “a prestação de assistência médico-social ao trabalhador rural e seus dependentes far-se-á na medida das possibilidades financeiras do FUNRURAL e consistirá em: a) assistência médico-cirúrgica-hospitalar-ambulatorial; b) assistência à maternidade, por ocasião do parto; c) assistência social”.

<sup>71</sup> ESCOREL, Sarah. NASCIMENTO, Dilene Raimundo. EDLER, Flávio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 61.

<sup>72</sup> CONTADOR, Vicente. A conjuntura política nacional e o Movimento Municipalista na área de saúde da década de 70. In: *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das universidades e dos municípios*. Brasília: CONASEMS, 2007, p. 34.

Os indicadores do regime ditatorial na área da saúde “*refletiam as mazelas de um modelo econômico excludente e concentrador de rendas e de capital*”.<sup>73</sup> A gestão de saúde, nos moldes utilizados pelo regime militar, logo se mostrou insustentável. A opção pela medicina curativa e o desperdício de recursos financeiros demonstravam a clara necessidade de mudanças.

### 1.3.5 Saúde e democracia: contribuição do movimento sanitário para o restabelecimento democrático

Os desacertos das políticas públicas de saúde no regime militar estimularam a criação de um movimento sanitário, o qual se somou a outros movimentos sociais com um objetivo em comum: “*a luta pelos direitos civis e sociais percebidos como dimensões imanentes à democracia*”.<sup>74</sup>

Destarte, mais do que um esforço acadêmico e de reforma das políticas de saúde, o movimento sanitarista representou uma verdadeira “*oposição silenciosa à ditadura militar*”,<sup>75</sup> que encontrou campo fértil nos Departamentos de Medicina Preventiva de algumas universidades, especialmente, UFF, UNICAMP, USP e UEL, traduzindo uma aproximação das Ciências Médicas e Biológicas e as Ciências Sociais.<sup>76 77</sup>

Uma de suas principais bandeiras era a crítica ao modelo curativo e a consequente *medicalização* da medicina, que aumentava (e ainda aumenta) exageradamente os custos dos tratamentos, tornando-os inacessíveis a grandes parcelas da população. Em substituição a uma medicina cada vez mais elitizada, o movimento sanitário apregoava medidas como a atenção primária realizada por pessoal não profissional e a valorização da medicina tradicional.<sup>78</sup>

As ideias do movimento sanitário não estavam isoladas no contexto brasileiro. A Declaração de Alma-Ata (Cazaquistão), de 1978, deixa evidente a

---

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>74</sup> ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, *op. cit.*, p. 60-62.

<sup>75</sup> CONTADOR, *op. cit.*, p. 39.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 36 e 38-39.

<sup>77</sup> Na realidade, a medicina preventiva, disciplina incluída no currículo das faculdades pela reforma universitária de 1968, “foi o locus a partir do qual começou a se organizar o movimento sanitário, que buscava conciliar a produção do conhecimento a prática política, ao mesmo tempo em que ampliava seu campo de ação, envolvendo-se com organizações da sociedade civil nas suas demandas pela democratização do país.” ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, *op. cit.*, p. 63.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 63.

preocupação da Organização Mundial de Saúde com a grave desigualdade existente nas condições de saúde, seja entre diferentes países, seja no plano interno, classificada como política, social e economicamente inaceitável. Como solução, indica o incremento da atenção primária à saúde.<sup>79</sup>

Percebe-se, com relativa clareza, que, com o movimento sanitário e a medicina social, a saúde extravasa a porta dos consultórios, os centros cirúrgicos e os balcões das farmácias, para ganhar as ruas e as assembleias, abrindo-se à deliberação da sociedade. Deixa de ser exclusivamente um problema clínico, para assumir, também, um viés político.

Essa dinâmica passa a receber significativo impulso com a criação do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde (CEBES), em 1976, entidade com objetivos acadêmicos e políticos, com atuação em diversas frentes: da produção e divulgação de conhecimentos ideologicamente parciais e de propostas de modificação das políticas de saúde à ocupação de espaços institucionais e aproximação com parlamentares.<sup>80</sup> A atuação do CEBES viabilizou a realização do I Simpósio sobre Política Nacional de Saúde, pela Comissão de Saúde da Câmara de Deputados.<sup>81</sup> Nesse evento ocorreu o primeiro debate público a respeito de um sistema único de saúde, sendo certo que o documento produzido pelo CEBES, para contribuição à discussão, transformou-se na cartilha do movimento sanitarista.

Também a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva (ABRASCO), criada em 1979, funcionou como celeiro de ideias do movimento sanitarista, especialmente a valorização da medicina preventiva e social. A ABRASCO ofereceu residência médica com esse enfoque, celebrou convênio com o INAMPS e várias universidades e, como consequência, influenciou acadêmicos e gestores sanitários.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> “Assim como a Medicina Comunitária, as propostas surgidas da Conferência, partem de uma lógica racionalizadora para os serviços de saúde, pretendendo responder aos investimentos necessários à assistência, com menores custos possíveis. Este cálculo é baseado em grande medida por uma determinada conjuntura de recessão econômica vivida pelo capitalismo. A lógica pensada, é a de que os estados não mais teriam recursos suficientes para continuar financiando os sistemas de saúde. Seria necessário então, articular uma proposta minimamente eficiente, de baixo custo, e capaz de ganhar a adesão entre os diversos segmentos da sociedade, contemplando amplas camadas da população com ações básicas de assistência em saúde.” FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias. PSF: Contradições de um programa destinado à mudança do modelo technoassistencial. In: FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias *et al.* *O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. São Paulo: HUCITEC, 2003.

<sup>80</sup> RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003, p. 35.

<sup>81</sup> ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, *op. cit.*, p. 71.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 68.

Ainda em 1980, foi realizada a VII Conferência Nacional de Saúde,<sup>83</sup> com objetivo de elaborar um programa nacional de assistência básica à saúde, sob forte influência do movimento sanitário, inspirado na Declaração de Alma-Ata e com a preocupação de universalizar o acesso aos serviços de saúde. Apesar de o governo militar não ter incorporado às suas políticas públicas as medidas definidas na VII Conferência Nacional de Saúde, caminhava-se para uma inevitável reforma do sistema de saúde, no mesmo ritmo em que o país aproximava-se da abertura democrática.

Seguindo essa trilha evolutiva, já em 1986, foi realizada a histórica<sup>84</sup> VIII Conferência Nacional de Saúde, com a participação de mais de quatro mil pessoas, na qual foi afirmada a saúde como um direito, consistente na *“garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade”*.<sup>85</sup>

Foi na VIII Conferência Nacional de Saúde que se formulou a proposta concreta de criação de um sistema único de saúde, a ser informado por princípios específicos,<sup>86</sup> tais como a universalização em relação à cobertura

---

<sup>83</sup> “As Conferências Nacionais de Saúde vêm sendo organizadas em virtude de a Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937, que deu nova organização ao Ministério da Educação e Saúde, haver estabelecido que o governo as convocaria a cada dois anos. As duas primeiras conferências se realizaram no Rio de Janeiro, sob os auspícios daquele Ministério, nos anos de 1941 e 1950. A 3ª Conferência foi também realizada naquela cidade, em 1963, já pelo Ministério da Saúde, criado em 1953 e instalado em 1954. Somente em 1967 é que, por proposta do Conselho Nacional de Saúde, teve lugar a 4ª Conferência, ainda no Rio de Janeiro. A partir daí as Conferências Nacionais de Saúde passaram a se realizar em Brasília, efetuando-se a 5ª e a 6ª em 1975 e 1977, respectivamente. A convocação da 7ª Conferência Nacional de Saúde teve por finalidade submeter a amplo debate os propósitos do governo quanto às ações a serem empreendidas, pelo Ministério da Saúde, com respeito à implantação e desenvolvimento de um programa nacional de serviços básicos de saúde que, sob a responsabilidade direta do setor público e sem prejuízo de um setor privado independente, vise oferecer à população brasileira um grau de cobertura de saúde que lhe permita levar uma vida social e economicamente produtiva. Por outro lado, quis o governo brasileiro marcar, com a vinda do Diretor-Geral da Organização Mundial da Saúde, o seu formal e definitivo engajamento no esforço de caráter mundial a que todos os países, com base na Conferência de Alma-Ata, de setembro de 1978, e na 32ª Assembléia Mundial da Saúde, de maio de 1979, se comprometeram a realizar dentro do lema “Saúde para todos até o ano 2000”, em prol da elevação do nível de saúde de suas populações. Desejou, por fim, o governo oferecer à Nação uma prova de sua determinação em imprimir à sua ação, no vasto campo da saúde, perfeita coerência e efetiva coordenação, através de ampla participação social e institucional, a ser orientada por uma nova política nacional de saúde devidamente integrada no processo de desenvolvimento do País.” CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Relatório Final. In: VII CNS, 1980, Brasília. Disponível em <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/7conf\\_nac5\\_rel.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/7conf_nac5_rel.pdf)>, acesso em 21 de julho de 2009.

<sup>84</sup> “Esta conferência foi um marco histórico da política de saúde brasileira, pois, pela primeira vez, contava-se com a participação da comunidade e dos técnicos na discussão de uma política setorial.” BAPTISTA, Tatiana *op. cit.* (História...), p. 49.

<sup>85</sup> CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Relatório Final. In: VIII CNS, 1986, Brasília. *Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde*. Disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>, acesso em 21 de julho de 2009.

<sup>86</sup> “Divisor de águas na história da saúde no Brasil, nessa Conferência foram delineados princípios norteadores do que viria a ser o SUS proposto pela Constituição de 1988.” CONTADOR, *op. cit.*, p. 39.

populacional a começar pelas áreas carentes e totalmente desassistidas; equidade em relação ao acesso dos que necessitam de atenção; atendimento de qualidade compatível com o estágio de desenvolvimento do conhecimento e com recursos disponíveis; fortalecimento do papel dos municípios; e a descentralização na gestão dos serviços.

A ideia do sistema único de saúde, todavia, não foi implantada imediatamente, tendo sido antecedida pelo Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), criado pelo Decreto nº 94.657, de 20 de julho de 1987, fundado na cooperação intergovernamental prevista no § 3º, art. 13, da Constituição de 1967 e no § 5º, do art. 10, do Decreto-Lei nº 200, de 1967.<sup>87</sup> Apesar de representar o início das ideias propugnadas pela VIII Conferência Nacional de Saúde,<sup>88</sup> em especial a universalização, o SUDS não explicitava uma política de municipalização, pois mantinha os recursos da saúde no âmbito federal<sup>89</sup>.

Porém, o legado mais relevante da VIII Conferência Nacional de Saúde foi a influência na construção do texto constitucional. Em realidade, o indigitado evento pode ser considerado parte integrante do processo constituinte,<sup>90</sup> sendo certo que *“a área da saúde conseguiu chegar à Assembléia Nacional Constituinte com sua proposta discutida, legitimada e completa, do ponto de vista do ideário do movimento sanitário”*,<sup>91</sup> cujas ideias, em boa medida, foram traduzidas, não sem grandes embates, nos artigos 196 a 200, da Constituição de 1988.

Um dos resultados práticos da VIII Conferência Nacional de Saúde foi a criação da Comissão Nacional de Reforma Sanitária (CNRS),<sup>92</sup> por meio da

---

<sup>87</sup> SANTOS, Lenir. ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007, p. 31.

<sup>88</sup> SANTOS; ANDRADE, *op. cit.*, p. 32.

<sup>89</sup> ESCOREL; NASCIMENTO; EDLER, *op. cit.*, p. 80. No mesmo sentido, RODRIGUEZ NETO, *op. cit.*, p. 79.

<sup>90</sup> *“Quando se fala em processo Constituinte vivido pela sociedade brasileira, descarta-se a exclusividade da elaboração da nova Constituição pelos próprios parlamentares constituintes. Assume-se que, bem ou mal, pouco ou muito, houve uma participação direta de outros segmentos da sociedade na definição dos rumos, das teses e dos preceitos que passaram a integrar a nova Constituição.(...) Apesar de a 8ª Conferência Nacional de Saúde não ter feito propostas específicas para a nova Constituição, definiu o quadro de referência que passaria a informar, a partir de então, o conjunto de sugestões e reivindicações que o movimento sanitário passaria a apresentar no processo Constituinte. Vale registrar a referência feita a ela pelo presidente José Sarney no seu discurso realizado na ocasião: a 8ª Conferência Nacional de Saúde deveria constituir-se ‘numa verdadeira pré-constituinte da Saúde’.”* RODRIGUEZ NETO, *op. cit.*, p. 20 e 53.

<sup>91</sup> ESCOREL. NASCIMENTO. EDLER. *op. cit.*, p. 80. No mesmo sentido, RODRIGUEZ NETO, *op. cit.*, p. 51.

<sup>92</sup> ESCOREL, Sarah. BLOCH, Renata Arruda. As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 99.

Portaria Interministerial MEC/MS/MPAS nº 02, de 22 de agosto de 1986, que assumiu a tarefa de elaborar proposta de texto constitucional para a saúde. Em razão da influência do movimento sanitário, a proposta da CNRS harmonizou-se com as diretrizes da mencionada conferência.

As discussões na Assembleia Constituinte foram permeadas por grandes disputas entre o movimento sanitarista e os defensores da iniciativa privada. Os primeiros debates foram travados na subcomissão de saúde, seguridade e meio ambiente, composta de vinte e um constituintes e seus suplentes, cuja maior parte não tinha propostas claras sobre saúde e desconhecia o cenário desse serviço.<sup>93</sup> Como a subcomissão possuía uma pauta mais ampla que a discussão sanitária, vários de seus integrantes tinham como foco de seu interesse discussões sobre meio ambiente, previdência social e assistência social.

Ainda assim, não obstante a forte pressão dos representantes das ideias liberais, as diretrizes do movimento sanitário prevaleceram no relatório da subcomissão. Para tanto, o sucesso do SUDS teve considerável peso, pois angariou a simpatia dos Estados e dos Municípios.<sup>94</sup> Com a transposição do debate para a comissão da ordem social, surgiu e consolidou-se a ideia de incluir a saúde como um dos ramos da seguridade social, principalmente em razão de questões de financiamento.<sup>95</sup> Na comissão de sistematização e no plenário continuaram os confrontos entre os sanitaristas e a iniciativa privada,<sup>96</sup> mas as ideias do movimento sanitário, com poucas exceções, foram adotadas no texto constitucional.

Promulgada a Constituição da República, de 1988, os debates se voltaram para a regulação do SUS, que acabou sendo cindida em duas leis: Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, e Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990. Desde então, o SUS afirmou-se como um grande projeto público de inclusão social.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> RODRIGUEZ NETO, *op. cit.*, p. 61.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 66-67.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 70-84.

<sup>97</sup> SANTOS, Nelson Rodrigues dos. A reforma sanitária e o sistema único de saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em debate – revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, Rio de Janeiro, v. 33, 2009, p. 17.

## 2 TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE: UM CONFLITO ENTRE SISTEMAS

O direito à saúde, segundo a diretriz constitucional, é tutelado mediante políticas sociais e econômicas, que garantem aos cidadãos medidas preventivas e curativas. Como analisado no capítulo anterior, algumas dessas prestações integrarão o direito fundamental à saúde e não poderão deixar de estar contempladas nas políticas públicas sanitárias. Outras, todavia, integrarão o direito social à saúde, ficando sua oferta condicionada à discricionariedade do legislador e do gestor sanitário.

Essa constatação conduz a duas conclusões importantes: (a) a tutela do direito à saúde pode ocorrer por diversas vias, inexistindo necessidade de atuação judicial, ao menos quando os gestores públicos criem, executem e fiscalizem adequadamente as políticas públicas sanitárias; e (b) a transferência para o Judiciário da tutela do direito à saúde acarreta o controle do conteúdo ou da execução de políticas públicas sanitárias.

As políticas públicas se caracterizam como programas originados de uma visão global do Estado com o objetivo de cumprir objetivos de interesse dos cidadãos. Em valioso trabalho, Maria Paula Dallari Bucci oferece um conceito que contribui para a presente pesquisa:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>98</sup>

Percebe-se, pois, que a noção de política pública, ao invés de referir um ato da Administração, traduz um processo (sequência de atos) que envolve

---

<sup>98</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39. Contribuição relevante também é oferecida por Patrícia Helena Massa-Arzabe: “... as políticas públicas podem ser colocadas sempre sob o ângulo da atividade, como conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldadas, implantadas e avaliadas, dirigidas à realização de direito e de objetivos social e juridicamente relevantes, notadamente plasmados na distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos.” MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63.

diversos atos, desde a análise das possibilidades financeiras e materiais até a escolha dos meios necessários e eficazes para o cumprimento de um objetivo. Ou seja, trata-se de um plano de atuação estatal geral e holístico,<sup>99</sup> que envolve diversas áreas de conhecimentos específicos de variados ramos do saber.

Em razão do caráter holístico, a formulação e a execução de políticas públicas é essencialmente interdisciplinar e envolve debates muito distantes das lições extraídas dos livros jurídicos. Por esse motivo, também o controle dessas políticas deve estar aberto a todos esses argumentos.

Isso quer significar que o controle de políticas públicas é essencialmente uma atividade que relaciona distintos sistemas de conhecimento. Logo, se por um lado, é legítimo o seu controle judicial como instrumento de proteção dos direitos fundamentais, por outro, essa legitimidade só se confirmará no caso concreto se o atuar judicial se adequar a essa dinâmica holística.

Inspirando-se em Peter Häberle, é possível afirmar que a tutela da saúde deve ser promovida por uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição e dos defensores dos direitos fundamentais, com um controle pluralístico, capaz de integrar ao processo judicial a realidade<sup>100</sup> (ou as diversas visões da realidade).

O objetivo deste capítulo 2 é comprovar que, especificamente, no que tange às políticas sanitárias, existe uma influência decisiva dos sistemas da medicina social e da gestão pública, com os quais o sistema judicial deve dialogar, a fim de obter soluções legítimas e adequadas para a problemática da tutela do direito à saúde. Para tanto, faz-se mister uma breve consideração sobre a teoria dos sistemas, bem como a análise da relação do Direito com os mencionados sistemas de conhecimento.

## 2.1 Noções básicas sobre a teoria dos sistemas

O ser humano recebe, de modo contínuo, estímulos sensoriais, os quais ao serem interpretados, viabilizam uma projeção dos efeitos da experiência ou

---

<sup>99</sup> “Holismo: abordagem, no campo das ciências humanas e naturais, que prioriza o entendimento integral dos fenômenos, em oposição ao procedimento analítico em que seus componentes são tomados isoladamente [Por ex., a abordagem sociológica que parte da sociedade global e não do indivíduo.]” HOLISMO. In: HOUAISS, Antonio (Ed.). Dicionário Houaiss da língua portuguesa – versão eletrônica. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=holismo&stype=k>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

<sup>100</sup> HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 30.

da ação que o estimulou. Todavia, muitas vezes torna-se extremamente difícil (ou mesmo impossível) precisar os efeitos que advirão de uma determinada experiência, pois essas são marcadas pela complexidade e pela contingência.

Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas.<sup>101</sup>

Diante dessa situação, desenvolvem-se estruturas para lidar com o problema da complexidade e da contingência, permitindo a criação de regras abstratas<sup>102</sup> capazes de facilitar a previsão dos efeitos de uma ação ou experiência: os sistemas. A função dos sistemas é a redução da complexidade e da contingência, para facilitar a atualização das possibilidades advindas de ações ou experiências.

Um desses sistemas, todavia, enfrenta um desafio ainda maior: o sistema social. Quando o homem busca projetar os efeitos de uma ação ou experiência relacionada a outro ser humano, provoca um aumento tanto da complexidade, quanto da contingência, uma vez que as possibilidades atualizadas por outros homens se juntam às possibilidades projetadas pelo próprio indivíduo, dando origem a uma dupla contingência.

Assim, o sistema social – em razão da dupla contingência – lida com expectativas sobre o comportamento alheio, que poderão se confirmar ou não. Não basta, portanto, realizar experiências, é preciso que o indivíduo tenha uma expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele.<sup>103</sup> Esse sistema estabiliza as expectativas objetivas pelas quais as pessoas se orientam, transformando-as em regras. Com isso, torna desnecessária (ou menos necessária) a orientação por meio de expectativas, reduzindo riscos.<sup>104</sup> As regras já projetam as expectativas, dispensando o indivíduo de se arriscar a formular a sua própria projeção.

---

<sup>101</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volume I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>103</sup> “Frente à contingência simples erigem estruturas estabilizadas de expectativas, mais ou menos imunes a desapontamentos (...) Frente à dupla contingência necessita-se outras estruturas de expectativas, de construção muito mais complicada e condicionada: as expectativas” in *Ibid.*, p. 48.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 52.

Em uma sociedade complexa, as inúmeras relações sociais determinam uma diferenciação funcional e a conseqüente criação de sistemas parciais não integráveis.<sup>105</sup> Por exemplo, direito, política, economia, medicina social e assistência social dedicam-se a formular regras para campos sociais distintos.

Nas palavras de Marcelo Neves:

... a supercomplexidade envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro lado, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes complexidade (que implica pressão seletiva), pressão seletiva (que importa contingência) e contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos.<sup>106</sup>

Os sistemas sociais parciais, ao se voltarem para funções específicas, criam códigos próprios e se fecham operacionalmente, em uma verdadeira autopoíese.<sup>107</sup>

## 2.2 Direito como sistema autopoietico

Os sistemas sociais, advindos da diferenciação funcional, são autopoieticos, o que significa que operam de modo fechado em seu interior, mas são abertos às entradas e às pressões do entorno com o qual se comunica.

Um sistema autopoietico é, portanto, autônomo em relação ao meio, pois ele próprio determinará quais elementos o integram. Essa seleção é realizada por meio de um código binário (*e.g.* falso/verdadeiro; direito/não direito), que exclui os elementos que não se adéquam às características do sistema.

A autopoíese determina, também, o fechamento do sistema, a fim de que apenas os elementos aceitos por meio do código binário passem a integrá-lo. Dessa forma, para o surgimento de um novo elemento no sistema, é necessário que o código do próprio sistema o admita. A referência para a evolução do

---

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 225.

<sup>106</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16.

<sup>107</sup> “A denominação autopoíese é a fusão de dois termos: ‘auto’, que se refere ao próprio objeto, e ‘poíese’, que diz respeito à reprodução/criação. A autopoíese é uma terminologia empregada inicialmente por dois biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela para designar os elementos característicos de um sistema vivo e sua estrutura.” TRINDADE, André. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 71.

sistema é, portanto, o próprio sistema (auto-referência<sup>108</sup>), o que provoca uma espécie de auto-reprodução, de circularidade.

O que se sustenta neste trabalho é que o Direito se caracteriza com um sistema social parcial autopoietico. Trata-se de uma ideia inspirada em Luhmann, mas desenvolvida originalmente por Gunther Teubner, que afirmou ser possível estabelecer uma analogia entre a teoria biológica da autopoiese e o sistema jurídico, que passa a ser entendido então como um subsistema social de segunda ordem.<sup>109</sup>

Analisando a obra de Teubner, Maurício Vieira Martins, fornece uma descrição do fenômeno segundo a visão do autor germânico:

... poderíamos afirmar que estamos diante não de uma independência causal do sistema jurídico, mas antes da sua capacidade de retraduzir aquelas determinações que ele recebe das demais instâncias objetivas (econômicas, políticas, etc) segundo a lógica peculiar que o comanda. De forma muito resumida, tal lógica poderia ser caracterizada por acionar o binômio legal/ilegal, produzido segundo critérios do ordenamento jurídico, como paradigma norteador para cada tomada de decisão que se apresente para o sistema. A capacidade de levar esta retradução a bom termo, buscando assimilar como fenômeno endógeno mesmo aquilo que chega do exterior ao sistema, é o que caracteriza propriamente a dinâmica autopoietica.<sup>110</sup>

A ideia do direito como um sistema autopoietico foi encampada por Luhmann,<sup>111</sup> ao analisar a Constituição como uma aquisição evolutiva.

### 2.3 O acoplamento estrutural e o papel da Constituição

A diferenciação funcional, acompanhada da autopoiese, apesar de provocar *a priori* uma simplificação, acaba por aumentar a complexidade social. Na realidade, essa assertiva está pautada em um duplo fundamento: (a) a diferenciação funcional, em princípio, simplifica o meio, porém torna mais complexos os sistemas; e (b) os diferentes sistemas parciais podem apresentar

<sup>108</sup> “Como vemos, a auto-referencialidade dá conta de uma dinâmica circular, onde os processos vigentes no interior de um sistema conseguem referir-se à própria lógica interna do sistema, e não mais a uma determinação exógena” MARTINS, Maurício Vieira. É o direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo. In: MELLO, Marcelo Pereira (org.). *Justiça e Sociedade*. Rio de Janeiro: LTr-UFF, p. 47.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 49. É importante destacar, todavia, que o VIEIRA sustenta o equívoco do pensamento de Teubner, afirmando inexistir autopoiese no direito.

<sup>111</sup> LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo *et al* (org.). *Il futuro della costituzione*. Roma: Einaudi, [1990], p. 112.

soluções colidentes para os mesmos problemas sociais,<sup>112</sup> provocando conflitos internos na sociedade.

Apesar de não integráveis, os sistemas parciais da sociedade tornam-se reciprocamente dependentes.<sup>113</sup> Assim, definições sobre políticas públicas de saúde estão diretamente relacionadas com conclusões extraídas dos sistemas político, jurídico e sanitário, além do econômico. Em verdade, a comunicação com outros sistemas torna-se um requisito da autopoiese,<sup>114</sup> como leciona Teubner:

Um fechamento radical do sistema – sob certas condições – significa sua abertura radical. Essa é uma das mais desafiadoras teses da teoria autopoietica. Quanto mais o sistema jurídico ganha em fechamento operacional e autonomia, mais ele ganha em abertura para os fatos sociais, demandas políticas, teorias da ciência social e necessidades humanas.<sup>115</sup>

Cada sistema social parcial está inserido em um meio composto por outros sistemas parciais. Esses sistemas são autônomos, porém exercem influência na conformação dos demais, em um processo de acoplamento estrutural, que “*serve para que os outros sistemas – que possuam conteúdos pertencentes também ao sistema jurídico – realizem trocas comunicativas*”.<sup>116</sup>

Sobre o acoplamento estrutural do sistema do Direito, afirma Luhmann:

... a diferenciação do direito não quer dizer que o direito não tem nada a ver com as outras estruturas, regulamentações e formas de comunicação social e estaria como que solto no ar; mas tão-só que agora o direito está mais conseqüentemente adequado à sua função específica de estabelecer a generalização congruente de expectativas comportamentais normativas, aceitando dos outros âmbitos funcionais apenas aquelas vinculações e aqueles estímulos que sejam essenciais para essa função especial.<sup>117</sup>

O ambiente social, portanto, impactará a evolução do direito, ainda que respeitado o seu caráter autopoietico. Nesse sentido, é válido trazer à colação o ensinamento de Marcelo Neves:

Isso porque as influências recíprocas entre sistemas, nas diversas formas de interpenetração, acoplamento estrutural e interferência, tornam a evolução do direito, mesmo no contexto de sua reprodução autopoietica, não apenas

<sup>112</sup> “As verdades cientificamente alcançáveis, por exemplo, podem colidir com necessidades econômicas e políticas, enquanto que, inversamente, não se dispõe de verdades suficientes para as necessidades de decisão no âmbito econômico e político.” LUHMANN, *op. cit.* (Sociologia... V.I), p. 226.

<sup>113</sup> *Id.*, p. 227.

<sup>114</sup> TRINDADE, *op. cit.*, p. 89.

<sup>115</sup> TEUBNER, Gunther. Introduction to autopoietic Law. In: TEUBNER, Gunther (organizador). *Autopoietic law: a new approach to law and society*. Nova Iorque: European University Institute, 1987, p. 2. Tradução livre.

<sup>116</sup> *Id.*

<sup>117</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Volume II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 19.

condicionada causalmente, mas também funcional-estruturalmente sensível ao ambiente social, embora não determinada diretamente por ele.<sup>118</sup>

De forma geral, é na seara constitucional que ocorre o acoplamento estrutural dos sistemas parciais jurídico e político. No caso brasileiro, muitos outros sistemas (como os da economia e da medicina social) também utilizam a mesma estrutura de acoplamento.

Na realidade, como adrede exposto, a Constituição transmite a ideia de um texto jurídico que fixa a constituição política de um Estado.<sup>119</sup> Ao fazê-lo, ela se destaca do restante do Direito, porque atribui a si própria a primazia (estrutura autológica) na identificação do que é ou não direito, mesmo quando o objeto dessa análise seja a própria legislação.<sup>120</sup> Assim agindo, traz para dentro do direito a função de definir o que é direito, substituindo sustentáculos externos como o jusnaturalismo ou outros critérios filosóficos. Ela constitui o sistema jurídico como sistema fechado.<sup>121</sup>

Esse texto jurídico também normatiza a influência política sobre o Direito, ao limitar as possibilidades de atuação legislativa.<sup>122</sup> Em outras palavras, ao definir os limites do Direito, a Constituição também indica o limite da política, que não pode ser inconstitucional. Desse modo, é ela que constitui o acoplamento estrutural entre Direito e política.

... a constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da autoreferência do sistema político e uma solução política para o problema da autoreferência do sistema jurídico.<sup>123</sup>

Apesar dos sistemas jurídico e político serem instituídos a partir da Constituição, ambos permanecem autônomos, autopoieticos, seguidores de códigos distintos (direito/não direito; poder/não poder) e com funções diferentes. Para explicar esse fenômeno, Luhmann utiliza a imagem de bolas de bilhar que, mesmo se entrecrocando frequentemente, continuam a percorrer separadamente seu caminho, demonstrando que os acoplamentos estruturais

---

<sup>118</sup> NEVES, *op. cit.*, p. 20.

<sup>119</sup> LUHMANN, *op. cit.* (La costituzione...), p. 85.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 88-89.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>123</sup> *Ibid.*, p. 110. Tradução livre.

entre sistema e ambiente são plenamente compatíveis com o fechamento operacional dos sistemas acoplados.<sup>124</sup>

Os acoplamentos estruturais – verdadeiras aquisições evolutivas<sup>125</sup> – produzem no sistema parcial um setor restrito capaz de ser perturbado por outro sistema acoplado, integrante do meio. Isso permite o surgimento de grandes chances de aprendizado entre os sistemas.<sup>126</sup>

#### **2.4 Direito, Saúde e Gestão Pública: acoplamento estrutural na Constituição de 1988**

A Constituição da República de 1988 não se limita a produzir o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político. Representando os anseios de vários setores, o texto constitucional incorpora conteúdos originados de diversos sistemas sociais, como educação, previdência, gestão pública e preservação ambiental. Porém, poucos sistemas conseguiram influenciar tanto o processo constituinte quanto o sanitário.

Como exposto no capítulo 1, as ideias do movimento sanitarista, sintetizadas na VIII Conferência Nacional de Saúde, foram decisivas na formulação dos dispositivos constitucionais sobre o tema. Desse modo, foram fixadas regras jurídicas sobre prestações de serviços de saúde. Temas que antes estavam restritos aos sistemas político (poder/ não poder) e sanitário (eficaz/ não eficaz) foram traduzidos para o código direito/ não direito e passaram a interessar também ao sistema jurídico.

Elementos que apenas estavam submetidos à análise da conveniência política e da adequação técnica (médica), passaram a constituir objeto de uma aferição jurídica, para a definição sobre se constituem ou não um direito.

Em síntese, o grande acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sanitário transformou profundamente a atuação dos dois ramos, influenciando fortemente a gestão pública. As prestações de saúde – ao menos aquelas dotadas de fundamentalidade – transformaram-se em direito e, em boa medida, reduziram-se as possibilidades do sistema de gestão optar por não implementá-

---

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 112.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 114-115.

las, sob pena de reversão da questão ao Judiciário, que passa a ter primazia para determinar se um serviço de saúde deve ou não ser prestado.

Por sua vez, para definir sobre a existência, ou não, desse direito, o sistema jurídico muitas vezes terá que levar em conta questões sobre a eficácia ou não do tratamento, bem como os impactos sobre a gestão pública.

Ocorre que, atualmente, as diferentes linhas de pensamento deixam transparecer um cenário de “inter-desconfiança” entre o Judiciário, a Administração Pública e os sanitaristas. Na realidade, trata-se de um conflito entre sistemas peritos<sup>127</sup> distintos, que acabam ignorando aspectos relevantes apenas identificados pelo conhecimento adquirido pelos integrantes do outro plano de conhecimento. Como leciona Anthony Giddens, “*os especialistas instruídos em uma abordagem particular podem freqüentemente ser críticos ou negligenciar os pontos de vista daqueles formados em outras*”.<sup>128</sup>

Por esse motivo, essas constantes provocações geradas pelo intenso acoplamento estrutural dos três sistemas sociais produzem a necessidade de um atuar do sistema jurídico cada vez mais aberto e ágil na incorporação de novos elementos, por meio da sua tradução ao código binário do direito.

É necessário, portanto, identificar as características do controle judicial das políticas públicas de saúde e compará-las com as críticas de cada um desses sistemas especialistas, contribuindo para o debate sobre as possibilidades e os limites da atuação judicial. Por isso, os próximos capítulos serão dedicados à análise da atuação do sistema judicial (capítulo 3) e das críticas do sistema da saúde coletiva (capítulo 4) e da gestão pública (capítulo 5).

---

<sup>127</sup> “Por sistemas peritos quero me referir a sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje.” In GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 30.

<sup>128</sup> GIDDENS, Anthony. BECK, Ulrich. LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 107.

### 3 SISTEMA JUDICIAL

Como exposto no capítulo anterior, por ser uma atividade interdisciplinar, o controle judicial de políticas públicas sanitárias depende da análise de três sistemas: judicial, saúde coletiva e gestão pública. Este capítulo 3 analisa o sistema judicial, por meio da avaliação do atuar dos tribunais, não apenas pela identificação dos argumentos jurídicos utilizados, mas, também, pela observação dos impactos sociais das decisões.

Importante notar que o sistema judicial, em razão do princípio da demanda, é movimentado pelos interesses dos cidadãos e, por isso, recebe forte influência da sociedade civil, devendo sempre considerar seus argumentos, expostos nas causas de pedir, seja para acatá-los, seja para refutá-los. Desse modo, a análise das decisões dos tribunais é uma forma de checar as vozes dos cidadãos que pleiteiam a tutela do direito à saúde.

Uma primeira característica do apelo social aos tribunais está no fato de, majoritariamente, consubstanciar-se em pedidos de medicamentos pautados em uma prescrição médica.<sup>129</sup> Por isso, alerta-se que a maior parte dos casos indicados na análise jurisprudencial refere-se à assistência farmacêutica.

#### 3.1 Análise jurisprudencial

O sistema judicial é generoso no que tange aos pedidos de prestações sanitárias. A análise da jurisprudência, no período de 2005 a 2009, é reveladora. No Superior Tribunal de Justiça, de 44 acórdãos pesquisados, 36 eram favoráveis à pretensão de fornecimento de remédios ou outros tratamentos.<sup>130</sup> A mesma pesquisa no Tribunal Regional Federal da 2ª Região demonstra haver 77 acórdãos favoráveis ao paciente e apenas 06 contra.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> VENTURA, Miriam *et al.*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n.1, 2010, p. 85. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-733120100001000006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-733120100001000006&script=sci_arttext)>, acesso em 10 de maio de 2010.

<sup>130</sup> Pesquisa realizada por meio da página do STJ na *internet* <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus nao "habeas corpus" nao "ressarcimento" nao "tabela". Foram excluídos da análise os acórdãos que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

<sup>131</sup> Pesquisa realizada por meio do Portal da Justiça Federal na *internet* <[www.justicafederal.jus.br](http://www.justicafederal.jus.br)>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus nao "habeas corpus" nao "ressarcimento" nao "tabela". Foram excluídos da análise os acórdãos que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

A pesquisa foi realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF),<sup>132</sup> do Superior Tribunal de Justiça (STJ),<sup>133</sup> do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2),<sup>134</sup> limitada ao período de 2005 a 2009. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o enorme número de decisões fez com que o estudo ficasse restrito aos enunciados sumulados.

Em todos os tribunais pesquisados, o número de decisões monocráticas ou acórdãos contrários às pretensões sanitárias dos cidadãos foi inexpressivo, sendo a única exceção o STJ, com aproximadamente 18% de seus acórdãos contrários aos pedidos dos pacientes.

### 3.1.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

No âmbito estadual, a jurisprudência do TJRJ é pródiga quanto às prestações sanitárias. Consolidou-se o entendimento sobre a existência de direito ao fornecimento de medicamentos, ainda que não inseridos nos regulamentos do SUS, que são interpretados como meramente exemplificativos<sup>135</sup>. Assim, segundo o enunciado nº 4/2009, “*a obrigação dos entes públicos de fornecer medicamentos não padronizados, desde que reconhecidos pela ANVISA e por recomendação médica, compreende-se no dever de prestação unificada de saúde e não afronta o princípio da reserva do possível*”.<sup>136</sup> Mais do que isso, segundo o enunciado nº 3/2009, a obrigação estatal se estende aos “*produtos complementares ou acessórios aos medicamentos, como os alimentícios e higiênicos, desde que diretamente relacionados ao tratamento da moléstia, assim declarado por médico que*

---

<sup>132</sup> Pesquisa realizada por meio da página do STF na *internet* <www.stf.jus.br>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus nao "habeas corpus" nao "ressarcimento". Foram excluídos da análise os acórdãos e as decisões monocráticas que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

<sup>133</sup> Cf. nota 132.

<sup>134</sup> Cf. nota 132.

<sup>135</sup> Como exemplo, cf. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primeira Câmara Cível. Apelação e reexame necessário nº 000325-06.2008.8.19.0061. Relatora: Desembargadora Mônica Tolledo de Oliveira. Decidido em 03/11/2009.

<sup>136</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Enunciado nº 4/2009. In: \_\_\_\_\_ *Aviso TJ nº 83/2009*. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGMz=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=&TRIPA=198^2009^44&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=198&ATO=44&START=&DGCON=>>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

*assista o paciente*".<sup>137</sup> Outrossim, a corte estadual é enfática ao afirmar a existência de solidariedade entre União, Estados e Municípios pelas prestações sanitárias.<sup>138</sup>

Representativos, também, são os dados colhidos por pesquisadores da Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca, vinculada à Fundação Oswaldo Cruz, em relação às antecipações de tutela nas demandas sanitárias propostas perante os órgãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre julho de 2007 e junho de 2008, referentes à área territorial do Município do Rio de Janeiro. Foram identificados 1.263 processos dentro desse corte temporal e espacial, dos quais 289 foram selecionados aleatoriamente para análise.<sup>139</sup>

Os resultados impressionam. Em todos os processos da amostra havia pedidos de tutela de urgência, deferida em 100% deles. Em 78,5% dos casos a tutela antecipada foi concedida integralmente para os medicamentos pleiteados. Em 18,3% dos casos garantiu-se, além dos insumos requeridos, o fornecimento de outros medicamentos, desde que comprovada a prescrição médica e em 1,7% dos processos exigiu-se que esses outros medicamentos fossem prescritos por médico do SUS. Em apenas 1,4% dos casos a concessão da medida de urgência foi parcial.<sup>140</sup>

Também foram analisadas as exigências dos juízes para a concessão das decisões antecipatórias. Em 96,9% dos processos bastaram os documentos apresentados com a inicial. Em 1,8% exigiu-se declaração ou atestado médico originado do SUS e em 1% dos casos houve a necessidade de apresentação de laudo, também originado do sistema público. Em 0,3% (1 caso) da amostra, houve a exigência de apresentação dos documentos originais.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Enunciado nº 3/2009. In: \_\_\_\_\_ *Aviso TJ nº 83/2009*. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGMz=WEBBACLE66&LAB=BIBxWEB&PORTAL=1&AMB=INTER&SUMULAxTJ=&TRIPA=198^2009^44&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=198&ATO=44&START=&DGCON=>>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

<sup>138</sup> RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Enunciado nº 65, da súmula da jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça. In: *DORJ*, 23/09/2003. Disponível em <<http://www.tjrj.jus.br/scripts/weblink.mgw?MGWLPN=DIGITAL1A&PGM=WEBBACLE44&PORTAL=1&LAB=BIBxWEB&AMB=INTER&SUMULAxTJ=1&TRIPA=71^0^65&PAL=&JUR=ESTADUAL&ANOX=&TIPO=71&ATO=65&START=&DGCON=>>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

<sup>139</sup> VENTURA *et al*, *op. cit.*, p. 88-89.

<sup>140</sup> *Id.*, p. 92.

<sup>141</sup> *Id.*, p. 93.

### 3.1.2 Tribunal Regional Federal da 2ª Região

No TRF-2, o número de 77 acórdãos favoráveis às pretensões dos cidadãos contrasta com apenas 06 decisões contrárias. A análise das fundamentações adotadas pela corte regional permite identificar quatro argumentos mais recorrentes: necessidade de hipossuficiência econômica (27 casos); solidariedade entre União, Estados e Municípios (60 casos); efetividade dos direitos sociais (26 casos) e irrelevância do equilíbrio orçamentário (05 casos).

Os números são curiosos, principalmente diante de posição manifestada em diversas fundamentações dos votos dos magistrados de que *“apenas as prestações que compõem o assim denominado ‘mínimo existencial’ e aquelas que configurem opções políticas juridicizadas dos poderes constituídos poderiam ser objeto de condenação dos entes públicos a implementá-las em prazo determinado”*.<sup>142</sup>

Em 78% dos casos analisados, o TRF-2 enfrentou a controvérsia sobre a legitimidade passiva nas causas envolvendo prestações sanitárias, tendo concluído em todos eles a favor da solidariedade. Nenhum dos acórdãos tratou da necessidade de prova da eficácia do tratamento. Já o argumento defensivo da inexistência de previsão orçamentária foi apreciado em 7,8 % dos casos, sendo acolhido em apenas 1,3% e rechaçado em 6,5%, muitas vezes com a seguinte fundamentação:

No que toca ao argumento de inexistência de previsão orçamentária, impõe-se a incidência do princípio da cedência recíproca, pelo que, conflitando a oneração financeira do ente político e pronto atendimento do paciente, há que se resolver em favor da manutenção da saúde — e, conseqüentemente, da vida — deste.<sup>143</sup>

### 3.1.3 Superior Tribunal de Justiça

Já no STJ, os 44 acórdãos pesquisados permitiram a identificação de três argumentos principais: necessidade de prova da eficácia (05 casos);

<sup>142</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada. Apelação Cível (AC) nº 200551010160202. Relator: Juiz Federal Marcelo Pereira. Decidido em 31/08/2009.

<sup>143</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Oitava Turma Especializada. Apelação Cível (AC) nº 200651170028793. Relator: Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund. Decidido em 16/07/2008.

hipossuficiência (05 casos); solidariedade entre União, Estados e Municípios (27 casos). Destaca-se, porém, em 01 decisão, a expressa menção à reserva do possível:

6. O entendimento de que o Poder Público ostenta a condição de satisfazer todas as necessidades da coletividade ilimitadamente, seja na saúde ou em qualquer outro segmento, é utópico; pois o aparelhamento do Estado, ainda que satisfatório aos anseios da coletividade, não será capaz de suprir as infindáveis necessidades de todos os cidadãos.

7. Esse cenário, como já era de se esperar, gera inúmeros conflitos de interesse que vão parar no Poder Judiciário, a fim de que decida se, nesse ou naquele caso, o ente público deve ser compelido a satisfazer a pretensão do cidadão. E o Poder Judiciário, certo de que atua no cumprimento da lei, ao imiscuir-se na esfera de alçada da Administração Pública, cria problemas de toda ordem, como desequilíbrio de contas públicas, o comprometimento de serviços públicos, dentre outros.

8. O art. 6º da Constituição Federal, que preconiza a saúde como direito social, deve ser analisado à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigação. De nada adianta uma ordem judicial que não pode ser cumprida pela Administração por falta de recursos.<sup>144</sup>

A solidariedade entre as três esferas da Federação foi analisada em 61% dos casos, sendo reconhecida em 54% e rechaçada em 7%. Cerca de 11% dos acórdãos abordaram a necessidade de hipossuficiência para a obtenção de tutela judicial para o fornecimento de prestações sanitárias, sempre para afirmá-la. O mesmo percentual (11%) condiciona o atendimento da pretensão à comprovação da eficácia do tratamento almejado.

No que tange ao último tópico (comprovação da eficácia do tratamento), é possível notar que se trata de uma exigência ocorrida em relação a moléstias específicas, dentre as quais destaca-se a retinose pigmentar. Trata-se de doença oftalmológica hereditária e progressiva, capaz de conduzir à perda da visão. Muitos pacientes buscam tratar-se do mal em um centro de referência em Cuba, o que levou o Ministério da Saúde a editar a Portaria MS/GM/763, de abril de 1994, proibindo tratamentos no exterior. O Superior Tribunal de Justiça foi chamado a decidir sobre o assunto no julgamento do mandado de segurança nº 8.895-DF,<sup>145</sup> precedente seguido nas decisões posteriores daquela corte.

---

<sup>144</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança (RMS) nº 28.962/MG. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Decidido em 25/08/2009. In: DJe de 03/09/2009.

<sup>145</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Mandado de segurança (MS) nº 8.895/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Decidido em 22/10/2003. In: DJ de 07/06/2004. Apesar de estar fora do recorte temporal para a obtenção dos dados quantitativos, justifica-se a análise desse precedente, em razão de sua influência nas posteriores decisões do STJ.

Esse foi um dos poucos casos em que o STJ adotou considerações técnicas para decidir sobre o direito à saúde, afirmando que “*a medicina social não pode desperdiçar recursos com tratamentos alternativos, sem constatação quanto ao sucesso nos resultados*”.<sup>146</sup> Isso porque, considerou-se a existência de parecer do Conselho Brasileiro de Oftalmologia, que afirma a inexistência de comprovação científica da eficácia do tratamento cubano. A análise dos votos dos ministros, todavia, revela a falta de consenso a respeito da influência dos dados técnicos sobre o julgamento. Os Ministros José Delgado e Luiz Fux insistiram no dever estatal de custeio do tratamento no exterior, apesar das discussões médicas. Nas palavras do Ministro José Delgado:

Não me impressiona a discussão científica a respeito porque não é o que está em jogo. O que me surpreende é que um cidadão está rigorosamente em vias de ficar cego, se já não ficou, sem direito à luz, sem direito ao sol, enfim, ao mínimo direito do cidadão, que é a visão.<sup>147</sup>

Apesar da divergência, o STJ consolidou seu entendimento sobre o caso da retinose pigmentar, reconhecendo que a discussão jurídica deve considerar os dados técnicos da medicina.<sup>148</sup>

### 3.1.4 Supremo Tribunal Federal

No Supremo Tribunal Federal, foram identificadas, entre 01/01/2005 e 17/11/2009, com a chave de pesquisa utilizada,<sup>149</sup> 09 decisões monocráticas, todas favoráveis aos cidadãos, nas quais constam 05 argumentos principais: universalidade do sistema único de saúde; solidariedade entre as três esferas da federação; necessidade de hipossuficiência econômica; irrelevância do equilíbrio orçamentário; efetividade dos direitos positivos.

As conclusões foram bastante semelhantes àsquelas de Daniel Wei Liang Wang, cuja pesquisa constatou que todos os acórdãos localizados sobre o tema

---

<sup>146</sup> *Id.*

<sup>147</sup> *Id.*

<sup>148</sup> Como exemplo, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1.028.835/DF. Relator Ministro Luiz Fux. Decidido em 09/02/2010. *In*: DJe de 02/03/2010. A matéria, porém, encontra-se pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, onde foi ventilada no REExt 368.564.

<sup>149</sup> Pesquisa realizada por meio da página do STF na *internet* <www.stf.jus.br>, em 17 de novembro de 2009, limitada ao período de 01/01/2005 a 17/11/2009, utilizando a seguinte chave de pesquisa: saúde e sus nao "habeas corpus" nao "ressarcimento". Foram excluídos da análise os acórdãos e as decisões monocráticas que versavam sobre questões processuais, bem como assunto que se afastam do objeto da dissertação, como auxílio a ex-combatentes, repasse de verbas, reajuste de tabela do SUS e erro médico.

concedem o medicamento ou o tratamento requerido, sem qualquer voto divergente.<sup>150</sup>

Entre as decisões da Presidência do STF, entretanto, foram localizados dois precedentes favoráveis à Administração Pública, ao suspenderem decisões judiciais que haviam determinado o fornecimento de medicamentos<sup>151</sup>. A possível nova tendência jurisprudencial, todavia, foi revertida em decisões posteriores.<sup>152</sup> Apesar disso, é inquestionável o aumento do peso de um dos argumentos das defesas fazendárias: o impacto das decisões judiciais nos orçamentos públicos. Embora o STF – exceto nas duas já citadas – confira maior peso ao direito à saúde dos postulantes que ao equilíbrio orçamentário, a corte passou a enfrentar o assunto com maior preocupação de fundamentação.

A preocupação com as repercussões das decisões judiciais na administração sanitária, entretanto, apenas recebeu maior atenção do STF após a audiência pública nº 4, realizada em abril e maio de 2009, quando, durante seis dias, foram ouvidos especialistas de diversas áreas a respeito da judicialização da saúde. Após esse marco – apesar da pouca influência no resultado final dos julgamentos, que continuaram favoráveis aos cidadãos – o tribunal, ao menos nas decisões da Presidência, assumiu um grande ônus argumentativo, pois inseriu no debate diversos temas tradicionalmente excluídos do discurso jurídico.

Como *leading case* da nova postura da suprema corte, a suspensão de tutela antecipada nº 175<sup>153</sup> apresenta vários critérios a serem observados nas decisões judiciais sobre prestações de serviços de saúde. Segundo o relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, o primeiro dado a ser verificado é a

---

<sup>150</sup> WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80\\_Daniel%20Wang.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf)>, acesso em 18 de novembro de 2009.

<sup>151</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 91. Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie. Decidido em 26/02/2007. *In*: DJ de 05/03/2007, p. 23. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança (SS) nº 3073. Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie. Decidido em 09/02/2007. *In*: DJ de 14/02/2007, p. 21.

<sup>152</sup> Como exemplos: (a) Suspensão de segurança (SS) nº 3231, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 28/05/2007, publicado em DJ 01/06/2007, p. 22; (b) Suspensão de segurança (SS) nº 3158, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 31/05/2007, publicado em DJ 08/06/2007, p. 22; (c) Suspensão de segurança (SS) 3183, Relatora: Presidente Min. Ellen Gracie, julgado em 05/06/2007, publicado em DJ 13/06/2007, p. 22. Para uma visão mais ampla das decisões da Ministra Ellen Gracie cf. TERRAZAS, Fernanda. Tabela comparativa das decisões da ministra do STF Ellen Gracie – medicamentos. *Informativo direito público e cultura jurídica - Sociedade Brasileira de Direito Público*, n. 11. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Tabela\\_comparativa\\_Ellen\\_Gracie.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Tabela_comparativa_Ellen_Gracie.pdf)>, acesso em 20 de novembro de 2009.

<sup>153</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, Relator: Presidente Min. Gilmar Mendes. Decisão em 17/03/2010. *In*: DJe-076, divulgado em 29/04/2010 e publicado em 30/04/2010.

existência, ou não, de política pública que alcance a prestação sanitária almejada. Em caso positivo, o controle judicial não será do conteúdo, mas do cumprimento da decisão administrativa ou legislativa.

Todavia, se o tratamento pleiteado não estiver contemplado pelas políticas do Sistema Único de Saúde, faz-se mister distinguir entre três situações: (a) omissão legislativa ou administrativa; (b) decisão administrativa pelo não fornecimento; (c) decisão legislativa pelo não fornecimento.

A importância dessa distinção pode ser notada, em primeiro lugar, nos casos em que há decisão legislativa proscendo o fornecimento do tratamento. É o que ocorre, por exemplo, quando não há registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitárias (ANVISA), segundo o art. 12, da Lei 6.360/1976. Assim, a ausência de registro na ANVISA constituiria um óbice *prima facie* à concessão judicial da prestação sanitária, em razão da deferência à decisão legislativa.

Por outro lado, é necessário verificar, também, se há decisão administrativa optando pela não disponibilização do tratamento no SUS. Nessa hipótese, Mendes afirma ser necessário identificar se Administração disponibiliza um tratamento alternativo, não indicado ao paciente; ou se não existe qualquer tratamento para a patologia. No último caso, o acesso ao serviço de saúde deve ser garantido. Mas, se, ao contrário, os protocolos clínicos e as diretrizes terapêuticas do SUS já indicarem um tratamento eficaz, apesar de diverso do almejado pelo paciente, não haverá cobertura.

Isso significa, portanto, a existência de uma deferência *prima facie* aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas do SUS. Mas a decisão ressalva a possibilidade de sua sindicabilidade em alguns casos, principalmente em razão da lentidão de sua atualização. A omissão normativa não pode ferir o princípio da integralidade do sistema ou, tampouco, justificar a diferença entre as opções oferecidas aos usuários da rede pública e aos da rede privada, o que permitiria a tutela judicial para corrigir essas falhas, mas sempre amparada em produção probatória.

Por outro lado, Mendes também afirma a existência de solidariedade entre as três esferas da federação e a necessidade de instrução das demandas sanitárias com provas técnicas.

O curioso é que entre a decisão monocrática proferida pelo Ministro relator em setembro de 2009,<sup>154</sup> com conteúdo quase idêntico ao voto analisado, e abril de 2010, o tribunal analisou mais de uma dezena de pedidos de suspensão de tutelas provisórias, mas apenas em dois casos os pedidos foram deferidos.<sup>155</sup>

Em ambos, a suspensão referiu-se a ordens judiciais em ações coletivas e tinha como núcleo central da fundamentação o argumento da impossibilidade de comandos genéricos, em uma clara manifestação de preferência pelas demandas individuais. Como exemplo, traz-se à colação fragmento presente tanto na suspensão de liminar (SL) nº 256, quanto na suspensão de tutela antecipada (STA) nº 424:

Entretanto, não se pode permitir que as decisões judiciais estabeleçam medidas muito amplas, com determinações genéricas que inviabilizem a própria ordem administrativa, por grave lesão à ordem e à economia públicas, sem prejuízo de eventuais pacientes que, demonstrando individualmente a existência de patologia e necessidade de um medicamento ou tratamento específicos, venham a exigir judicialmente a concretização do direito à saúde, conforme precedentes desta Corte, desde que de forma fundamentada e com adequada instrução processual.<sup>156</sup>

Na SL 256 a decisão chega a indeferir a suspensão para os casos individuais nominados na decisão vergastada, suspendendo a decisão, apenas, no que tange ao seu efeito coletivo.

### 3.2 Conselho Nacional de Justiça

A preocupação do sistema judicial com as demandas sanitárias extrapola a jurisprudência e avança para a estrutura administrativa do Poder Judiciário. Essa assertiva é comprovada pela recomendação nº 31, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 31 de março de 2010.

Aproveitando a experiência da audiência pública nº 04 e as sugestões de um grupo de trabalho formado no âmbito do próprio conselho, foi editado um ato recomendando aos tribunais que disponibilizassem “*apoio técnico composto*

---

<sup>154</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada (STA) nº 175. Relator: Presidente Min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática em 18/09/2009. In: DJe-182, divulgado em 25/09/2009 e publicado em 28/09/2009.

<sup>155</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de liminar (SL) nº 256. Relator: Presidente Min. Gilmar Mendes. Decisão monocrática em 20/04/2010. In: DJe-076, divulgado em 29/04/2010 e publicado em 30/04/2010. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada (STA) nº 424. Relator: Presidente Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática em 20/04/2010, publicada no DJe-076, divulgado em 26/04/2010, publicado em 30/04/2010.

<sup>156</sup> *Id.*

*por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas”* (item I.a). Além disso, foram formuladas recomendações sobre a forma dos juízes atuarem, especialmente quanto à instrução. Por fim, as recomendações também alcançaram os métodos de capacitação dos magistrados.

### **3.3 Uma experiência comparada: a sentença T-760, de 2008, da Corte Constitucional Colombiana**

Em 2008, a Corte Constitucional Colombiana ditou uma sentença com 411 laudas, e julgou, de uma vez, 22 ações de tutela sobre direito à saúde. Várias questões jurídicas foram resolvidas. Destaca-se que um terço das ações de tutela ajuizadas perante aquela corte versa sobre matéria sanitária, muitas vezes repetitiva.<sup>157</sup>

O tribunal constitucional tomou como ponto de partida o reconhecimento do direito à saúde como um direito fundamental, autônomo em relação ao direito à vida. Entretanto, não o afirma como um direito absoluto, salvo o seu aspecto nuclear, que deve ser garantido a todas as pessoas.<sup>158</sup> O que extrapola o núcleo do direito depende da lei ou do administrador para efetivar-se.

A corte garante uma série de corolários da proteção à saúde, tais como, o acesso oportuno a serviços de saúde eficazes e de qualidade; proteção especial às crianças; acesso aos serviços sem obstáculo pelo pagamento; acesso a serviços de diagnóstico; proteção contra enfermidades catastróficas e de alto custo; e direito à informação.<sup>159</sup>

Além disso, como consequência do reconhecimento da fundamentalidade da proteção à saúde, surgem os deveres das entidades que devem agir para evitar desrespeito ao mencionado direito.<sup>160</sup> Por isso, a decisão avalia os

---

<sup>157</sup> ESPINOSA, Manuel José Cepeda. Revisión a la jurisprudencia de la Corte Constitucional em materia de seguridad social en salud: sentencia T-760 de 2008. In: VILLAREAL, María Lucía Torres (coord.). *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 15.

<sup>158</sup> PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva direito constitucional 2008: a expansão do judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, nº 13, 2009, p. 23-25.

<sup>159</sup> RUIZ, Óscar José Dueñas. Observaciones alrededor de la sentencia T-760 de 2008. In: VILLAREAL, María Lucía Torres (coord.). *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p. 124.

<sup>160</sup> ESPINOSA, *op. cit.*, p. 26.

gestores sanitários e afirma a existência de falhas na regulação e na execução, para, em seguida, emitir ordens com o objetivo de saná-las.<sup>161</sup>

Mas, o ponto de maior interesse para a dissertação está no reconhecimento de que os economistas, a comunidade médica e os pacientes podem realizar aportes mais valiosos ao debate que o próprio Judiciário. Por esse motivo, a sentença determina a sua participação (médicos, pacientes e economistas) nas tomadas de decisões sobre o tema.<sup>162</sup>

### **3.4 Análise sociológica da atividade do sistema judicial: quem são os seus destinatários?**

A análise da atuação do sistema judicial não pode ficar restrita aos argumentos utilizados na fundamentação das decisões. É necessário verificar, também, os seus reflexos sociais. Para tanto, é fundamental identificar quem são os destinatários da prestação jurisdicional.

Virgílio Afonso da Silva e Fernanda Vargas Terrazas elaboraram pesquisa empírica sobre o perfil dos beneficiários das decisões judiciais que concederam prestações sanitárias. Como amostra, consideraram 160 decisões dos órgãos do Tribunal de Justiça de São Paulo, entre 1998 e 2006, especificamente relacionada a medicamentos para hepatite.<sup>163</sup>

Um dos dados analisados foi a renda familiar *per capita*, tendo sido constatado que, em 14,38% dos casos, o valor era inferior a 0,5 salário mínimo; 13,13% tinham renda entre 0,5 e 1 salário mínimo; 13,75% entre 1 e 1,5 salário mínimo; 21,88% situavam-se na faixa de 1,5 a 3 salários mínimos; 10,63% entre 3 e 5 salários mínimos e 11,88% possuíam renda familiar *per capita* superior a 5 salários mínimos. Outro dado interessante é que 49,38% dos beneficiários afirmaram pertencer à classe média e 20,63% à classe média baixa.

Também investigou-se a origem da prescrição do tratamento e constatou-se que em 60,63% dos casos os pedidos judiciais estavam amparados em

---

<sup>161</sup> PEREIRA, *op. cit.* (retrospectiva...), p. 25.

<sup>162</sup> ESPINOSA, *op. cit.*, p. 26.

<sup>163</sup> SILVA, Virgílio Afonso. TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1133620](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620)>, acesso em 21 de novembro de 2009.

prescrições originadas de hospitais ou clínicas privadas, enquanto em 13,13% o receituário era de hospital da rede pública regular e 26,25% de hospitais públicos de referência. Outrossim, apenas 40% eram usuários do sistema público de saúde.

Algumas outras informações também chamam especial atenção: 5,63% eram pós-graduados, 25% possuíam curso superior e 36,25% o ensino médio. 16,88% eram empregados formais, 01,25% empregados informais, 12,50% trabalhavam por conta própria, 7,5% eram servidores públicos, 2,5% empregadores, 35,63% pensionistas, 16,25% donas de casa, 2,5% estudantes, 3,13% desempregados, enquanto os que desenvolviam outras atividades eram 1,88%.

Os dados coletados na pesquisa citada conduzem à conclusão de que o acesso ao controle judicial da atividade estatal sanitária é franqueado com maior abertura às camadas da população menos necessitadas. Aqueles com menores renda e índice de escolaridade encontram maior dificuldade de acessar a Justiça e, conseqüentemente, não são os destinatários mais frequentes das decisões judiciais.

Como conclusão, Afonso da Silva e Terrazas confirmam suas duas hipóteses de trabalho: (a) as decisões judiciais sobre o direito à saúde beneficiam, sobretudo, os mais privilegiados; e (b) as cortes não são, na maior parte das vezes, uma voz institucional para os pobres. Assim, segundo a conclusão dos pesquisadores, a judicialização da saúde não se demonstrou um meio de democratização do acesso aos serviços sanitários, pois seus benefícios seriam usufruídos principalmente por pessoas cujos interesses já são considerados no processo político e utilizam o processo judicial apenas com um fórum adicional para aumentar essa proteção.<sup>164</sup>

Importante alertar, todavia, que a distorção não se encontra propriamente no atuar judicial, pois a pesquisa não revelou diferença de tratamento entre ricos e pobres, uma vez que a maior parte das pretensões é julgada procedente. O resultado é provocado pela dificuldade de acessar a Justiça, seja por falta de recursos financeiros, seja por deficiência de informações.<sup>165 166</sup>

---

<sup>164</sup> *Id.*, p. 15.

<sup>165</sup> *Id.*, p. 15.

Os dados obtidos em São Paulo contrastam radicalmente com as conclusões de Miriam Ventura, Luciana Simas, Vera Lúcia Edais Pepe e Fermin Roland Schramm, que desenvolveram a pesquisa adrede citada, no Rio de Janeiro. Os pesquisadores da FIOCRUZ constataram que, dos 289 processos analisados, 277 (95,8%) estavam amparados pela gratuidade de Justiça, indicativo da hipossuficiência econômica dos autores.<sup>167</sup>

A partir desses dados, a pesquisa conclui que o reconhecimento judicial da hipossuficiência econômica está presente na maioria das demandas sanitárias. Assim, nas palavras dos pesquisadores:

... a alta intensidade deste tipo de demanda não permite afirmar que ela, necessariamente, viole a equidade no acesso à saúde, mas aponta que tem favorecido o acesso ao sistema público de cidadãos sem condições de arcar com os custos de seus medicamentos e da demanda judicial – conquanto esta característica majoritária da demanda judicial possa ser problematizada no estabelecimento de critérios para o alcance da equidade no acesso à saúde.<sup>168</sup>

Uma das hipóteses para a divergência de resultados das pesquisas empíricas no Rio de Janeiro e em São Paulo pode ser a diferença de acessibilidade da justiça. Cabe ressaltar que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo apenas foi criada pela Lei Complementar Estadual nº 988, de 09 de janeiro de 2006. A função anteriormente era exercida por membros da Procuradoria do Estado. Já no Estado do Rio de Janeiro, a Lei Estadual nº 2.188, de 21 de julho de 1954, criou os primeiros cargos de defensores públicos.

A diferença não é apenas em antiguidade. O III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil constata que, enquanto São Paulo tinha apenas

---

<sup>166</sup> No que tange ao direito à saúde, não se confirmam, portanto, as conclusões a que chegou Ivan César Ribeiro: “a) Os juízes favorecem a parte mais poderosa. Uma parte com poder econômico ou político tem entre 34% e 41% mais chances de que um contrato que lhe é favorável seja mantido do que uma parte sem poder; b) Uma parte com poder apenas local tem cerca de 38% mais chances de que uma cláusula contratual que lhe é favorável seja mantida e entre 26% e 38% mais chances de ser favorecido pela Justiça do que uma grande empresa nacional ou multinacional, um efeito aqui batizado de subversão paroquial da justiça; c) Nos Estados Brasileiros onde existe maior desigualdade social há também uma maior probabilidade de que uma cláusula contratual não seja mantida pelo judiciário. Passando-se, por exemplo, do grau de desigualdade de Alagoas (GINI de 0,691) para o de Santa Catarina (0,56) tem-se uma chance 210% maior de que o contrato seja mantido.” RIBEIRO, Ivan César. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?* Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006\\_Profissional\\_01lugar\\_tema01.pdf](http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf)>, acesso em 20 de junho de 2008.

<sup>167</sup> VENTURA *et al.*, *op. cit.*, p. 90.

<sup>168</sup> *Ibid.*, p. 91.

400 cargos de defensores públicos em 2008, no Rio de Janeiro, apesar de uma população menor, havia 756 cargos.<sup>169</sup>

Tais dados confirmam a conclusão de que o problema em São Paulo não é a atuação do sistema judicial, mas as dificuldades para acessá-lo. Destarte, o atuar judicial não é o responsável por uma tutela ineficiente dos mais carentes, motivo pelo qual a questão não será solucionada pela proscricção da tutela judicial da saúde. Para que a judicialização não prejudique os hipossuficientes, o caminho é a estruturação dos instrumentos de acesso à justiça, especialmente as defensorias públicas.

Tal constatação, entretanto, não significa a ausência de outras causas para a restrição do atuar judicial. Descarta, apenas, a alegação de que o ativismo dos juízes prejudica os mais pobres.

---

<sup>169</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009, p. 102.

## 4 SISTEMA MÉDICO-SOCIAL

O capítulo 4 é destinado ao estudo e à análise dos argumentos da medicina social sobre o controle judicial de políticas públicas de saúde. A abordagem inicia-se com uma investigação sobre o modelo biológico de saúde, hegemônico no meio médico, mas que recebeu profundas críticas do movimento sanitarista, cuja influência – como exposto supra – foi marcante na elaboração da Constituição de 1988.

Será verificado que o modelo biológico é marcado por uma profunda *medicalização*, responsável pelo significativo aumento dos custos para a promoção e a manutenção da saúde. Como consequência, apesar dos inegáveis e desejáveis progressos científicos, ocorre uma *mercantilização* dos tratamentos, cuja prescrição pelos profissionais especializados passa a sofrer influência de grandes corporações econômicas.

A tese central da medicina social é que, por pressões externas à medicina, surgem demandas imaginárias<sup>170</sup> por medicamentos excessivamente caros e nem tão mais eficazes. O sistema perito médico-social se opõe a esse modelo e critica o Poder Judiciário, que muitas vezes o fomenta, por meio de suas decisões, até mesmo por ausência de uma maior abertura cognitiva aos conhecimentos científicos da medicina social.

### 4.1 Modelo biológico de saúde

Desde o início achei que muitos de meus professores eram indiferentes, arrogantes e destituídos de qualquer visão de um sistema de cuidado médico humanitário. A ênfase estava na aceitação do paciente como um recipiente passivo de sabedoria, que os semideuses olhavam do alto, isolados num templo de tecnologia.<sup>171</sup>

O modelo biológico de saúde rompe com os métodos tradicionais e transcendentais de tratamento e passa a focar a utilização da razão e da ciência na cura das moléstias do corpo.<sup>172</sup> Apesar de sua presença marcante na medicina há mais de dois séculos, sua hegemonia com os contornos atuais

<sup>170</sup> FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias. Produção imaginária da demanda. In: PINHEIRO, R. (org.). MATTOS, R.A. (ors.) *Construção social da demanda*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ-CEPESC-ABRASCO, 2005.

<sup>171</sup> ADAMS, Patch. MYLANDER, Maureen. *A terapia do amor*. Tradução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Mondrian, 2002, p. 38-39.

<sup>172</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 138.

deve-se em grande medida a Abraham Flexner, responsável pela reforma do ensino médico americano nos anos 1910, cujo foco central passou a ser a “investigação biológica”.<sup>173</sup>

A visão científica da medicina trouxe avanços enormes e possibilitou o desenvolvimento dos sistemas modernos da saúde, com a criação de exames e tratamentos impensáveis em momentos anteriores<sup>174</sup>. As doenças deixaram de ser vistas sob um prisma mágico-religioso e o curandeirismo e a pajelança<sup>175</sup> foram substituídos por tratamentos pautados em conhecimentos científicos.

As transformações no modelo de assistência à saúde não estavam descontextualizadas. No período pré-industrial, a saúde era uma questão estritamente privada, em nada interessando ao Estado. Porém, com a necessidade de mão-de-obra para o processo industrial, a população passou a ser observada “*como um recurso a ser monitorado e regulado como parte do processo de maximização do poder e da riqueza nacionais*”.<sup>176</sup>

As necessidades político-econômicas e o modelo científico do século XIX e início do século XX conduziram o modelo biológico a uma visão fria e limitada a uma única dimensão do indivíduo – a biológica – desconsiderando as muitas dimensões do ser humano (*e.g.* social, psicológica).<sup>177</sup>

Três são os pilares do modelo biológico de saúde:<sup>178</sup>

(a) A doença é tida como uma falha no corpo humano, cuja causa tem que ser isolada e tratada.

(b) O corpo doente pode ser tratado isoladamente, sem considerar outros fatores, como o bem-estar psíquico.

(c) Os médicos especialistas são os únicos habilitados ao tratamento das doenças e o hospital o ambiente adequado ao tratamento dos casos mais graves, muitas vezes com a combinação entre tecnologia, medicação e cirurgia.

<sup>173</sup> FRANCO, Túlio Batista. In: JORNADAS REDE AUPA, 2009, Barcelona. [Trabalho apresentado]. Disponível em <<http://www.professores.uff.br/tuliofranco/textos/jornadas-red-aupa-barcelona-maio-2009.pdf>>, acesso em 14 de setembro de 2009.

<sup>174</sup> GIDDENS, *op. cit.* (Sociologia), p. 138.

<sup>175</sup> Entretanto, é importante destacar que a prática da pajelança continua presente entre a população cabocla da Amazônia. Cf. LUIZA, Vera Lucia *et al.* O medicamento na política pública de saúde no Brasil: como os agentes comunitários de saúde podem contribuir para a promoção do acesso e do uso racional dos medicamentos? In: MATTA, Gustavo Corrêa (org.); PONTES, Ana Lúcia de Moura (org.). *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 229.

<sup>176</sup> GIDDENS, *op. cit.* (Sociologia), p. 138.

<sup>177</sup> “*Estes serviços de saúde, ao final, são pouco resolutivos, porque estão centrados no conhecimento biológico e a dimensão biológica é apenas uma das muitas dimensões de um corpo. Portanto, é parcial, restrito e simplista pretender intervir sobre um problema de saúde apenas a partir dele.*” FRANCO, *op. cit.* (Jornadas...). Tradução livre.

<sup>178</sup> GIDDENS, *op. cit.* (Sociologia), p. 138-139.

Apesar dos incontestáveis e salutaros avanços científicos que o modelo biológico trouxe para a medicina, a sua versão mais radical, como proposta por Flexner, provoca críticas e abre caminho para a mercantilização da prática médica, com custos cada vez mais elevados.

Uma das contraposições mais frequentes é a de que a cura, muitas vezes, não depende de um hospital, pois a tecnologia, a medicação e a cirurgia não são necessariamente superiores a outras técnicas.<sup>179</sup> O modelo biológico transforma os equipamentos, os medicamentos e o conhecimento especializado nos principais insumos utilizados para a produção do cuidado no modelo atual de assistência à saúde,<sup>180</sup> ao criar no imaginário popular – e de muitos profissionais de saúde – a ideia de que o procedimento mais avançado e caro é sempre o melhor.

#### 4.2 Demandas artificiais

O modelo biológico produz, como um de seus reflexos, o fetiche por novas tecnologias em saúde, provocador de uma inversão nas demandas por prestações sanitárias, que passam a representar a busca pelo procedimento e não pelo cuidado.

Como exemplo, Túlio Franco e Emerson Merhy relatam o caso da grande procura ao Sistema Único de Saúde para a realização do exame de raio X. Apesar de, no plano de cuidado médico, esse procedimento funcionar apenas como apoio ao diagnóstico, o usuário enxerga nele o próprio cuidado, conferindo-lhe enorme valor simbólico. *“Esta é a produção imaginária que faz com que haja demanda pelo procedimento, mesmo não havendo necessidades que justifiquem seu consumo”*.<sup>181</sup>

Mas foram os medicamentos produzidos pela indústria farmacêutica que assumiram *“o papel central na terapêutica contemporânea e, simbolicamente, estão ultrapassando as fronteiras do que se entende como mero recurso terapêutico”*.<sup>182 183</sup>

---

<sup>179</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>180</sup> FRANCO, *op. cit.* (Jornadas...).

<sup>181</sup> FRANCO; MERHY, *op. cit.* (Construção...).

<sup>182</sup> NASCIMENTO, Marilene Cabral do. *Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?* Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003, p. 14.

É evidente que não se vislumbra malefícios no desenvolvimento de novas tecnologias, com a invenção de remédios mais eficazes e capazes de alcançar melhores resultados. Ao contrário, essa é uma virtude do sistema biológico, a ser festejada. O problema, todavia, surge com a adoção de uma lógica perversa na produção e na comercialização dessas tecnologias, tratadas como simples mercadorias, cujo objetivo é garantir lucro aos fabricantes e aos distribuidores.<sup>184 185</sup>

A inserção dos medicamentos e demais tecnologias de saúde na lógica de mercado gera a priorização do lucro em detrimento do cuidado com o paciente e leva o mercado sanitário a se dedicar à competição entre fornecedores, à divulgação comercial dos produtos perante a população e os profissionais, bem como à adoção de medidas para a promoção do crescimento da demanda.

Os fornecedores de tecnologia – especialmente os laboratórios farmacêuticos – produzem um discurso propagandístico capaz de potencializar a crença no poder de seus produtos como uma espécie de solução mágica, acarretando um crescente apelo às inovações, que muitas vezes representam “*um peso injustificável na economia do indivíduo e da sociedade*”.<sup>186</sup>

O mercado de medicamentos – e demais tecnologias sanitárias – estabeleceu forte pressão competitiva, passando a utilizar meios de comunicação de massa para alardear as qualidades de seus produtos, muitas vezes, disfarçando as suas desvantagens. Tão forte é a pressão do mercado, que sua presença é sentida mesmo na divulgação de conhecimentos científicos não comerciais, tendo em vista o financiamento de pesquisas e o oferecimento de bolsas a pesquisadores pelos laboratórios farmacêuticos.<sup>187 188</sup>

<sup>183</sup> “Dentro do modelo de assistência à saúde excessivamente medicalizado e mercantilizado, que se desenvolveu no mundo ocidental contemporâneo, os medicamentos continuaram a ocupar um espaço importante no processo saúde-doença, sendo, hoje, praticamente impossível pensar a prática médica ou a relação médico/paciente/farmacêutico sem a presença desses produtos.” LUIZA, Vera Lucia et al, op. cit., p. 228.

<sup>184</sup> FRANCO, op. cit. (Jornadas...).

<sup>185</sup> “O acesso a medicamentos de qualidade, usados racionalmente, salva vidas e melhora sua qualidade, além de evitar o agravamento de doenças e internações. Este é um aspecto bastante importante. Os medicamentos, conforme já foi dito, não são uma mercadoria qualquer. O uso incorreto implica riscos e desperdício.” LUIZA, Vera Lucia et al, op. cit., p. 235.

<sup>186</sup> “O sistema médico dominante, o modo de comercialização e publicidade dos medicamentos em função de lucros, e a forte tendência a se buscar soluções fáceis e instantâneas na sociedade atual, estão entre os motivos que determinam o consumo indevido, indiscriminado e excessivo destes produtos, com elevado risco potencial para a saúde dos cidadãos.” NASCIMENTO, op. cit., p. 17-19.

<sup>187</sup> “Entretanto, na maioria delas, há uma tendência a superestimar as qualidades do produto e a omitir os seus aspectos negativos. Enaltecem as características favoráveis do medicamento, atribuindo-lhe uma onipotência no mínimo duvidosa, considerando-o ponto central e indispensável no tratamento. (...) Mesmo nas fontes científicas, não

Para possibilitar a aferição do grau de agressividade do mercado, é válido transcrever pequeno fragmento extraído da literatura especializada em *marketing* farmacêutico:

Considerando que o médico atual possui diversos empregos e ele precisa otimizá-lo da melhor forma possível, não há mais tempo para atender 10 ou 15 representantes por dia e, para aqueles que o fazem, a mensagem fixada da visitação é praticamente inexistente. Isto força as empresas a massificar cada vez mais os patrocínios a congressos e eventos, onde muitas vezes o médico acaba viajando com a passagem paga por uma empresa e a hospedagem por outra.

(...)

Como existe esta carência de tempo e o cadastro médico está se tornando cada vez mais difícil de ser acessado na sua total amplitude, há uma ferramenta de marketing muito importante na divulgação e, principalmente, na transmissão da percepção de qualidade e credibilidade na empresa/produto. É o que chamamos de Líderes de Opinião.

Os Líderes de Opinião são médicos de renome nacional e/ou internacional que geralmente são chamados como palestrantes nos congressos médicos e são considerados pela classe um exemplo de conduta profissional e capacidade técnica/política. Sua conduta prescritiva/técnica muitas vezes é seguida por um número grande de médicos, principalmente os mais jovens.

Estes médicos têm uma importância significativa nos esforços de marketing das empresas, e na maioria das vezes as ações diferenciadas atingem este tipo de profissional.<sup>189</sup>

Ao tratarem seus produtos como uma mercadoria qualquer, os laboratórios tentam incutir nos consumidores a vontade de consumi-los, como um produto capaz de solucionar todos os seus problemas de saúde. Vende-se a *saúde em pílulas*<sup>190</sup>, como uma espécie de *bala mágica*<sup>191</sup> onipotente.

Os fornecedores influenciam diretamente as políticas públicas de saúde, pois instigam o Administrador Público a incorporar seus produtos aos protocolos médicos do Sistema Único de Saúde.<sup>192</sup> Pressionam também – e principalmente – os médicos e demais profissionais, por meio de práticas promocionais, que alcançam ainda o farmacêutico, o balconista e o dono farmácia.<sup>193</sup>

As consequências da aplicação da lógica de mercado aos produtos de saúde são tão deletérias, que “*alguns laboratórios, com o objetivo de encobrir*

*comerciais, a interferência dos produtores ameaça a produção e a distribuição de informações independentes, que efetivamente sejam capazes de se contrapor ao poder persuasivo das atividades promocionais da indústria.” Ibid., p. 33.*

<sup>188</sup> “As propagandas de medicamentos são outra importante fonte de análise. Os produtores de medicamentos manipulam os significados simbólicos dos medicamentos e da moderna terapêutica em suas estratégias mercadológicas, que reduzem a ambivalência dos medicamentos.” In LUIZA, Vera Lucia *et al.* *Op. cit.*, p. 230.

<sup>189</sup> ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006, p. 37-38.

<sup>190</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>191</sup> LUIZA, Vera Lucia *et al.*, *op. cit.*, p. 229.

<sup>192</sup> NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 29.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 32.

*reajustes espetaculares de preços introduzem uma pequena alteração na fórmula original do produto, para então apresentá-lo como novo*".<sup>194</sup> A diferenciação de produtos da indústria farmacêutica com efeitos terapêuticos semelhantes é, deliberadamente, uma estratégia de *marketing*.<sup>195 196</sup>

Não é possível ignorar, portanto, a existência de uma forte tensão entre a função do medicamento no controle de enfermidades, de um lado, e como fonte de lucro para os laboratórios, de outro. O desafio da medicina – e do sistema público de saúde – é identificar até onde vai a necessidade sanitária do paciente e onde começa a necessidade de expansão de mercado da indústria farmacêutica.<sup>197</sup>

O desafio torna-se ainda maior em razão dos impactos financeiros dos insumos farmacêuticos no orçamento dos sistemas de saúde. Como esses produtos comprometem boa parte do financiamento da saúde pública, a delimitação da necessidade dos pacientes<sup>198</sup> tornou-se fundamental para a sustentabilidade do setor.<sup>199</sup> É necessário encontrar o equilíbrio adequado entre o medicamento eficaz e acessível, evitando gastos excessivos e perdas desnecessárias, não apenas para o Estado, mas também para os cidadãos, por meio do *uso racional dos medicamentos*.

A necessidade do uso racional das tecnologias em saúde (especialmente, as farmacêuticas) não é ignorada pelo gestor público, que a elencou como uma das diretrizes da Política Nacional de Medicamentos (PNM), instituída pela Portaria do Ministério da Saúde nº 3.916, de 30 de outubro de 1998 (item 3.4).<sup>200</sup>

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>195</sup> ITALIANI, *op. cit.*, p. 10.

<sup>196</sup> “A proliferação artificial de produtos reflete uma ação crescente e desimpedida dos laboratórios na conquista de mercado: cada indústria forma suas linhas de produção e disputa os clientes. Em inúmeros casos, variam as marcas, a apresentação (injetável, em cápsula ou comprimidos, em gotas, líquido ou suspensão, pomada ou aerossol, pó ou granulado, supositório ou óvulo), a concentração, as cores, as embalagens, e, principalmente, os preços – mas a composição básica é a mesma. Entre os sucessivos lançamentos, ao lado de poucos fármacos que representam efetivo avanço terapêutico, há produtos desprovidos de eficácia, segurança e fundamentação científica, e um grande número de novidades supérfluas que não passam de um nova roupagem de medicamentos já existentes.” NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 30.

<sup>197</sup> *Id.*, p. 29.

<sup>198</sup> “Levando em consideração o crescente número de produtos farmacêuticos disponíveis no mercado e o custo que a aquisição de medicamentos representa ter uma definição prévia da necessidade da população a ser atendida e definir um elenco de medicamentos de forma criteriosa, considerando eficácia e segurança, pode significar a diferença entre alcançar, ou não, êxito no cuidado à saúde da população.” LUIZA, Vera Lucia *et al.*, *op. cit.*, p. 237-238.

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>200</sup> Revogada pela Portaria do Ministério da Saúde nº 2.048, de 03 de setembro de 2009.

### **4.3 O poder judiciário e o uso racional dos medicamentos: uma crítica do sistema médico-social**

Por meio das demandas envolvendo saúde pública, o Poder Judiciário é provocado a se manifestar, muitas vezes, sobre o fornecimento, pelo Estado, de prestações não incluídas no âmbito da assistência do SUS. Quando isso ocorre, o desafio para a fixação de critérios necessários ao uso racional dessas tecnologias (especialmente, medicamentos) é transferido aos juízes. Em outras palavras, o filtro judicial deve verificar se a demanda é real ou artificial; se o medicamento pleiteado atende ao interesse do paciente ou do laboratório.

A discussão não está fora do mundo jurídico, pois é extraída da interpretação de cláusulas constitucionais. Afinal, a saúde pública, como um braço da atuação administrativa, está submetida ao princípio da eficiência (CRFB, art. 37) e a expressão *atendimento integral* (CRFB, art. 196, II) não significa o direito a todos os tratamentos. Destarte, se o juiz é instado a decidir sobre o fornecimento de uma nova tecnologia, sua decisão deve considerar os critérios racionais de utilização.

Segundo o sistema médico-social, porém, a prática judicial está distante desse padrão. Pesquisas empíricas revelam que os tribunais desconhecem as políticas públicas de saúde e seu componente farmacêutico, desconsiderando a diretriz de racionalização.<sup>201</sup>

O desencontro entre o sistema da gestão pública e o sistema judicial é criticado pela medicina social, pois muitas vezes coloca o Estado na posição de Sísifo, ao trabalhar inutilmente pela racionalização do uso de tecnologias na área da saúde. Desse modo, se, por um lado, o Judiciário deve garantir o direito do cidadão violado pelo gestor público, por outro, a análise sobre a existência do direito deve levar em conta o princípio da racionalização, como corolário da efetividade.

---

<sup>201</sup> VIEIRA, Fabiola Sulpino. ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. Revista Saúde Pública, vol. 41, 2007, p.221.

## 5 SISTEMA DA GESTÃO PÚBLICA

O capítulo 5 busca enumerar e explicar as críticas da Administração Pública ao controle judicial das políticas públicas de saúde. Não se pretende, neste momento, realizar uma análise crítica dos argumentos, mas apenas descrevê-los, demonstrando a posição do sistema da gestão pública sobre a tutela judicial do direito à saúde.

A única exceção ao caráter descritivo do capítulo está na primeira crítica do sistema da gestão pública, a ofensa à separação de poderes. Isso porque, em razão de organização metodológica, optou-se por discutir, desde já, a questão, a fim de comprovar a legitimidade de um controle judicial da atuação da administração pública, premissa sobre a qual se baseia a dissertação.

Para proceder ao estudo descritivo, foram analisadas as peças de defesa da União, do Estado do Rio de Janeiro e dos Municípios do Rio de Janeiro, Niterói e Santo Antônio de Pádua (todos localizados no Estado do Rio de Janeiro) em processos judiciais envolvendo a prestação de serviços públicos de saúde. A escolha desses três municípios é justificada pelas diferentes realidades de cada um: capital (verdadeira metrópole), cidade de grande porte e cidade de pequeno porte, respectivamente.

O primeiro resultado extraído dessa análise foi a constatação de que, como setor diretamente afetado pela atuação do Poder Judiciário, a gestão pública é o sistema perito que oferece maior oposição à atividade judicial, por meio da formulação de críticas de ordem variada.

Foram identificadas quatro críticas presentes de modo frequente no discurso dos gestores públicos: (a) ofensa à separação de poderes; (b) reserva do possível e desequilíbrio orçamentário; (c) desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais; e (b) desequilíbrio federativo.

### 5.1 Ofensa à separação de poderes

Os gestores públicos afirmam que a atuação judicial na tutela do direito à saúde representa uma interferência indevida nas funções executiva e, algumas vezes, legislativa. Isso porque não caberia ao juiz controlar o mérito das

decisões de fornecer, ou não, uma prestação sanitária. Sua função seria, exclusivamente, analisar a legalidade da conduta da Administração.

Trata-se, pois, de uma crítica à legitimidade da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos estatais relacionados à concretização desse direito, que pode ser representada pela afirmação de que Thêmis não deve interferir na atividade de Leviatã, a fim de garantir a atuação de Asclépio.

Enxerga-se no argumento dos gestores públicos uma vinculação ideológica à teoria clássica da separação de poderes, com fundamento no contencioso administrativo<sup>202</sup> francês, mais voltado para o controle dos atos da Administração, do que à tutela dos direitos dos cidadãos, amparada em uma falsa perspectiva da legalidade.

Por esse motivo, a análise da crítica inicia-se com uma investigação sobre a origem do contencioso administrativo francês, para, em seguida, a partir da centralidade dos direitos fundamentais, justificar o controle judicial da administração pública como uma atividade holística e cooperativa.

### 5.1.1 Origem do contencioso administrativo francês:<sup>203</sup> o modelo adotado pela crítica dos gestores públicos

A vinculação do Estado ao Direito, com a superação do absolutismo, representou uma grande conquista para a liberdade e, em certa medida, para a igualdade. O movimento símbolo dessa busca da liberdade do indivíduo contra o Estado foi a Revolução Francesa, marcada pelas ideias burguesas, que, de alguma forma tratavam da igualdade, mas focalizavam essencialmente a liberdade.<sup>204</sup>

---

<sup>202</sup> O termo contencioso administrativo, em sua acepção material própria ao sistema brasileiro, quer significar a função de controle da atividade administrativa, por meio de substituição da vontade do Estado, enunciada pela Administração, por outra vontade do Estado, pronunciada pelo Judiciário. Sobre o assunto, cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 568.

<sup>203</sup> O estudo da origem do contencioso administrativo francês é essencial para a compreensão adequada do desenvolvimento da matéria, pois, como afirmam Jaime Rodríguez-Arana e Manuel J. Sarmiento Acosta, o exemplo de francês “*es un punto de referencia insoslayable, porque como es bien sabido, en España se configuró el modelo de la justicia administrativa a imagen y semejanza de Francia*”. In RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. ACOSTA, Manuel J. Sarmiento. El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales. In: BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993, p. 1505.

<sup>204</sup> “*Mais especificamente, as exigências do burguês foram delineadas na famosa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Este documento é um manifesto contra a sociedade hierárquica de privilégios da nobreza, mas não um manifesto a favor de uma sociedade democrática e igualitária. ‘Os homens nascem e vivem livres e iguais perante as leis’, dizia seu primeiro artigo; mas ela também prevê a existência de distinções sociais, ainda que somente no terreno*”

Como ensinam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, as ideias revolucionárias introduziram no pensamento político ocidental dois princípios capitais: o princípio da legalidade (art. 7º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789) e o princípio da liberdade (art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Como corolário, surge o conceito de ato arbitrário, “*que é o ato de um agente público que não está por sua competência ou por seu conteúdo legitimado na lei*”,<sup>205</sup> e seria natural a evolução até uma ação judicial, por meio da qual, o juiz passaria a examinar a existência de arbítrio do ato do agente público, eliminando-o e restabelecendo a liberdade por ele afetada.

Mas a lei não conseguiu extirpar completamente a flor-de-lis do jardim do poder francês. O Direito Administrativo escapou à vinculação estrita da legalidade, derogando jurisprudencialmente normas previstas em lei, sob o argumento de peculiaridades das relações jurídicas do Poder Público, representando “*uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime*”.<sup>206</sup>

Por esse motivo, a ideia do controle judicial dos atos arbitrários sofreu profundo golpe com a interpretação revolucionária do princípio da separação de poderes, que conduziu à quase intangibilidade dos atos da Administração pelo Judiciário,<sup>207</sup> em razão de uma desconfiança dos revolucionários contra os juízes.<sup>208</sup> Por conta dessa radical visão da separação de poderes, foi criado um contencioso administrativo, cujo símbolo maior é o Conselho de Estado,<sup>209</sup>

da ‘utilidade comum’” HOBBSAWN, E. J. *A revolução francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 20.

<sup>205</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. Madri: Civitas, 2008, p. 573-574. Tradução livre.

<sup>206</sup> BINENBOJM, *op. cit.*, p. 11.

<sup>207</sup> ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *Op. cit.* (Curso... Vol. II), p. 574-575. Tradução livre.

<sup>208</sup> Tomás Ramon Fernandez, citando Enterría, resgata uma referência de Assembléia Constituinte, da qual emanou a Lei de Separação de 16-24 de agosto de 1790, sobre a imunidade do Executivo: “*A nação não esqueceu o que deve aos Parlamentos; eles sozinhos resistiram à tirania; eles sozinhos defenderam os direitos da nação... Deve-se a eles reconhecimento; mas não é de reconhecimento que se tem que ocupar para se regenerar um império... Nossa magistratura estava justamente constituída para resistir ao despotismo, mas este já não existirá, a partir de agora. Esta forma de magistratura não é, pois, necessária.*” FERNANDÉZ. Tomás Ramón. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. In: BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993, p. 1095. Tradução livre.

<sup>209</sup> O Conselho de Estado Francês funcionou, inicialmente, como um órgão puramente administrativo, com a função de assistir ao governo nas dificuldades advindas da matéria administrativa. Mas, posteriormente, passou a receber queixas dos cidadãos contra a atuação da Administração Pública e a decidir sobre pedidos de anulação de atos administrativos eivados de vícios de legalidade, ainda em um sistema de justiça retida. Apenas em 1872, o Conselho de Estado passou a decidir por meio de jurisdição delegada. Cf. ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *op. cit.* (Curso...Vol II), p. 575. Também a

instituído pela Constituição Napoleônica do ano VIII, que, paulatinamente, foi deixando de lado a aplicação do direito civil, pautada na lei, para reconhecer a existência de normas próprias, formatadas nos debates pretorianos. Gustavo Binbenbojm identifica, aí, uma grande contradição, pois o argumento da separação de poderes é utilizado para afastar o controle judicial da Administração, mas, ao mesmo tempo, esta invade a função legislativa e passa a cumular as funções de normatizar, julgar e executar.<sup>210</sup>

É importante notar, ainda, que o foco do contencioso administrativo desenvolvido pelo sistema francês era o ato e, não, o cidadão. Em outras palavras, a preocupação do juiz administrativo era analisar a validade do ato e, apenas de modo indireto, garantir os direitos subjetivos públicos dos indivíduos. Na realidade, o contencioso era considerado uma atividade administrativa de auto-tutela, informada pelo princípio “*judgar a Administração ainda é administrar*” (“*juger l’Administration c’est encore administrer*”), sem qualquer conteúdo garantístico.<sup>211</sup> Tratava-se de um “processo do ato administrativo” (proceso al acto), de viés objetivo, e, não, uma tutela dos direitos subjetivos dos cidadãos.<sup>212</sup>

A crítica dos gestores públicos se identifica com essa perspectiva de separação de poderes, que busca afastar o controle judicial da administração, sob o argumento de interferência na atividade executiva (julgar a administração ainda é administrar). Mas, ao mesmo tempo, desconsidera o enorme poder normativo da Administração sanitária, que, em típica função legiferante, cria e modifica políticas públicas, decidindo quais e como os serviços de saúde serão entregues ao cidadão. A contradição identificada na origem do contencioso administrativo francês reproduz-se na normatização sanitária brasileira.

Essa visão, todavia, não se harmoniza com um ordenamento jurídico centrado nos direitos fundamentais, como se infere do próximo tópico.

---

Constituição Política do Império do Brasil, de 24 de março de 1824, previa a existência de um Conselho de Estado, cujos conselheiros seriam “*ouvidos em todos os negocios graves, e medidas geraes da publica Administração; principalmente sobre a declaração da Guerra, ajustes de paz, negociações com as Nações Estrangeiras, assim como em todas as occasiões, em que o Imperador se proponha exercer qualquer das attribuições proprias do Poder Moderador, indicadas no Art. 101, á excepção da VI*”.

<sup>210</sup> “*a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão autovinculativa do próprio Executivo*” BINENBOJM, *op. cit.*, p. 11.

<sup>211</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>212</sup> ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, *op. cit.* (Curso...Vol. II), p. 597.

### 5.1.2 A centralidade dos direitos fundamentais e a mudança de finalidade do contencioso administrativo

Os acontecimentos geopolíticos da primeira metade do século XX marcaram profundamente a humanidade, gravando suas marcas nos sistemas jurídicos e, especialmente, no controle judicial dos atos da Administração Pública.

Inspirados pela onda renovadora do pós-guerra e impulsionados pela necessidade de construir uma nova forma de trabalhar com o Direito, capaz de coibir abusos e ofensas indeléveis à dignidade humana, os tribunais quebram o paradigma de separação absoluta entre as esferas jurídica e moral, para admitirem a influência direta de princípios e valores na atuação judicial. Há o reconhecimento, portanto, de que o Direito não é apenas o que está posto, mas também o que é pressuposto, por meio de uma base valorativa e principiológica, a ser revelada pelo Poder Judiciário na análise dos casos concretos que lhe forem apresentados.

Por isso, o legislador deixa de ser o centro das preocupações, em razão da transferência da atenção para o administrador e, sobretudo, para o juiz,<sup>213</sup> que recebe a missão, quando provocado, de garantir ao indivíduo as prestações estatais necessárias à sua integração ao diálogo democrático, por meio de preservação da liberdade e da igualdade.

O fenômeno da valorização do Judiciário vem acompanhado de uma ampliação quantitativa e qualitativa do rol dos direitos fundamentais, novos ocupantes da parte nuclear do sistema jurídico. A garantia de uma vida digna aos cidadãos passa a constituir fundamento dos Estados, como se infere dos arts. 1º e 10 da Constituição Espanhola de 1978, art. 1º da Lei Fundamental de Bonn de 1949 e art. 1º da Constituição Brasileira de 1988. Em resumo, avança-se de um estágio original de Estado de Direito, para um Estado Democrático de Direito, marcado pela busca efetiva de justiça e igualdade.

Mas, de pouca utilidade seria um rol de direitos fundamentais se não pudessem ser exigidos em caso de inadimplemento voluntário da obrigação

---

<sup>213</sup> HOYOS, Arturo. Justicia contencioso-administrativa y derechos humanos. In: BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993, p. 2604.

estatal. Por isso, também ganha *status* de fundamentalidade o direito à tutela judicial efetiva, que “*é a garantia dos demais direitos constitucionais*”.<sup>214 215</sup>

Desse modo, o contencioso administrativo é diretamente influenciado pelo incremento do rol de direitos fundamentais e demais direitos subjetivos públicos, pois sua finalidade passa a ser a tutela dos direitos dos cidadãos perante a Administração Pública, em substituição ao controle de legalidade dos atos administrativos. Transforma-se um “processo do ato administrativo” (*proceso al acto*), em um instrumento de promoção dos direitos fundamentais<sup>216</sup>.

Por isso, está equivocada a crítica dos gestores públicos. Afinal, cabe aos juízes uma dupla missão: controlar a atuação da Administração Pública e tutelar os direitos subjetivos, especialmente os fundamentais. Esse papel não pode ser desempenhado, tão somente, mediante um controle de legalidade, sendo essencial o reconhecimento de uma especial proteção do direito fundamental à saúde, independentemente da vontade majoritária.

### 5.1.3 Contencioso administrativo: contribuição para a melhoria da administração pública

Em que pese o foco central do contencioso administrativo ser a garantia dos direitos subjetivos dos cidadãos frente ao Estado, continua viva sua finalidade de controle de legalidade e legitimidade da atuação administrativa, de grande utilidade para a melhoria da Administração Pública.

<sup>214</sup> MORAL, Antonio Torres del Moral et al. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madrid: Colex, 2007, p. 602.

<sup>215</sup> A dinâmica desses acontecimentos foi captada pela doutrina da efetividades das normas constitucionais, valendo destacar as palavras de Luís Roberto Barroso: “*a doutrina da efetividade importou e difundiu, no âmbito do direito constitucional, um conceito tradicionalmente apropriado do direito civil, mas que, na verdade, integra a teoria geral do direito: o de direito subjetivo. Por direito subjetivo, abreviando uma longa discussão, entende-se o poder de ação, assente no direito objetivo, e destinado à satisfação de um interesse. Mais relevante para os fins aqui visados é assinalar as características essenciais dos direitos subjetivos, a saber: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem; b) ele é violável, vale dizer, pode ocorrer que a parte que tem o dever jurídico, que deveria entregar uma determinada prestação, não o faça; c) violado o dever jurídico, nasce para o seu titular uma pretensão, podendo ele servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado, notadamente por via de uma ação judicial*”. BARROSO, Luís Roberto. A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 73-74.

<sup>216</sup> Na Espanha, o marco da mudança de paradigma foi a Constituição de 1978. O art. 106.1 prevê o controle judicial da Administração Pública, não apenas em relação à legalidade de seus atos, mas, também, quanto à sua adequação aos fins que a justificam. Por outro lado, o art. 24.1 afirma que “*todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos, sem que, em nenhum caso, possa produzir-se a ausência de defesa*”. É verdade que a Ley Jurisdiccional de 1956 já havia apresentado significativas mudanças no contencioso administrativo espanhol. Porém, apenas com a Constituição de 1978, houve a quebra do paradigma francês.

Desse modo, além de garantir os direitos individuais perseguidos no caso concreto, uma sentença administrativa produz (ou deveria produzir) reflexos na atuação da Administração Pública em todos os casos semelhantes. Isso porque o precedente jurisdicional sinaliza o erro ou o acerto da conduta administrativa e permite ao administrador aperfeiçoar sua atuação, adequando-a ao entendimento dos tribunais.

Os efeitos práticos da atuação judicial na defesa dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos extrapolam os limites da relação processual, para, como leciona Franciso Pera Verdaguer, transcender da órbita individual para a órbita coletiva. Por isso, o controle judicial não menoscaba o prestígio ou a eficácia da Administração. Ao contrário, contribui para o seu melhor desempenho e, conseqüentemente, fortifica sua autoridade e legitimidade.<sup>217</sup>

Destarte, o juiz do contencioso administrativo é, a um só tempo, garantidor dos direitos subjetivos públicos e colaborador da gestão da Administração Pública. Isso não significa, de modo algum, que o Judiciário deve assumir o papel de administrador. Mas, cooperativamente, contribuir com o sistema da gestão pública, na busca da concretização dos objetivos constitucionais. Por isso, é possível afirmar que *julgar a Administração Pública é contribuir com a administração*.

Faz-se mister, portanto, revisitar a jurisdição administrativa direcionando a atenção também para essa sua segunda finalidade. Sem perder de vista o caráter precípua de garantia dos direitos fundamentais, é fundamental perceber a existência de uma missão adicional ao juiz administrativo: *contribuir para a melhoria da administração pública*.

Por isso, a necessidade de transformar o contencioso administrativo em um ambiente de colaboração entre o juiz e o administrador, unindo-os no objetivo comum de garantir os direitos fundamentais. Isso significa que o Judiciário deve estar aberto às estratégias do Executivo para alcançar as metas constitucionais e, por outro lado, deve contribuir cooperativamente, quando provocado, para a formulação, execução e controle dessas estratégias.

---

<sup>217</sup> “E aí a certeza do acerto de que quando a jurisdição contencioso-administrativa anula os atos ilegítimos da Administração, não apenas não menoscaba seu prestígio e eficácia, como, ao contrário, coopera para o melhor desenvolvimento das funções administrativas e afirma e cimenta a autoridade pública.” VERDAGUER, Francisco Pera. *Jurisdiccion contencioso-administrativa*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 11. Tradução livre.

## 5.2 Reserva do possível e desequilíbrio orçamentário

Argumento defensivo quase onipresente é a falta de recursos para o cumprimento das ordens judiciais tutelares do direito à saúde. Alega-se ser impossível o cumprimento dos comandos emanados pelas cortes, em razão de restrições fáticas e orçamentárias, que delimitariam uma *reserva do possível*.

A expressão *reserva do possível* (*vorbehalt des möglichen*) foi cunhada, em 1972, pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao realizar o controle concreto de constitucionalidade de dois casos apresentados pelos Tribunais Administrativos de Hamburgo e da Baviera, nos quais se discutia a possibilidade de criação judicial de vagas na Faculdade de Medicina para contemplar estudantes que, apesar de preencherem os requisitos de acesso ao ensino superior, não conseguiram ocupar as vagas existentes. Segundo a corte alemã,

mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não são desde o início restringidos àquilo existente em cada caso, eles se encontram sob a reserva do possível, no sentido de estabelecer o que pode o indivíduo, racionalmente falando, exigir da coletividade. Isso deve ser avaliado em primeira linha pelo legislador em sua própria responsabilidade. Ele deve atender, na administração de seu orçamento, também a outros interesses da coletividade, considerando, conforme a prescrição expressa do Art. 109 II GG, as exigências da harmonização econômica geral. A ele compete também a decisão sobre a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior, devendo se atentar para o fato de que ampliação e novas construções de instituições de ensino superior fazem parte, consoante o Art. 91a GG, das tarefas em prol da coletividade a serem cumpridas em atuação conjunta da União e dos Estados-membros.(...)Se a pretensão jurídica da admissão universitária for entendida como direito (social) de participação a prestações (benefícios) estatais, então sua restringibilidade decorre do fato de os direitos de participação – como já mencionado – serem submetidos à reserva do possível, e necessariamente terem que ser regulamentados. (...) <sup>218</sup>

Analisando a referida decisão, Ricardo Lobo Torres afirma que o sentido da *reserva do possível*, na forma prevista pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, é o de *reserva democrática*, ou seja, as prestações sociais dependem da concessão discricionária do legislador<sup>219</sup>. Percebe-se, portanto, que o sentido original da reserva do possível coincide, em grande parte, com a ideia de *reserva de densificação normativa da lei*, que segundo Francisco de Queiroz

<sup>218</sup> SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinqüenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Henning e outros. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 663 e 665.

<sup>219</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 105. Vale ressaltar, porém, que, segundo TORRES, a reserva do possível é aplicável, apenas, aos direitos sociais e não aos direitos fundamentais. Assim, a *reserva do possível* não é oponível ao mínimo existencial.

Bezerra Cavalcanti é requisito para a atuação do gestor público<sup>220</sup> e, acrescenta-se, do próprio judiciário.

A incorporação da *reserva do possível* ao debate brasileiro conferiu significado próprio à expressão. A doutrina brasileira preocupa-se menos com a questão das escolhas majoritárias e foca a impossibilidade de materialização das decisões judiciais, por razões fáticas ou jurídicas. O sistema da gestão pública aderiu a esse novo perfil do instituto.

Para a melhor compreensão da doutrina brasileira, destaca-se o pensamento de dois autores. Ana Paula de Barcellos afirma a existência de uma dupla faceta do instituto: (a) reserva do possível fática; e (b) reserva do possível jurídica. A primeira significa a inexistência absoluta de recursos para a concretização do direito, enquanto a segunda refere-se à inexistência de autorização orçamentária para o gasto<sup>221</sup>. Percebe-se que pelos dois prismas o problema central está na impossibilidade de materialização da decisão em razão da inexistência de recursos.

Já Ingo Wolfgang Sarlet sustenta a existência de um tríplice aspecto da *reserva do possível*: (a) disponibilidade fática de recursos; (b) disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos; e (c) proporcionalidade e razoabilidade da prestação.<sup>222</sup> Assim, além dos dois aspectos já esclarecidos por Barcellos, Sarlet afirma que o juiz deve realizar um juízo de proporcionalidade e razoabilidade, ponderando os gastos de uma determinada prestação com as demais necessidades do Estado. Trata-se de uma visão radicalmente distinta da teoria alemã da reserva do possível, que afirma a impossibilidade de tutela judicial precisamente pela ausência de um juízo favorável de proporcionalidade por parte do legislador.

Os gestores públicos afirmam não possuir recursos para o fornecimento das prestações pleiteadas judicialmente, alegando a reserva do possível fática,

---

<sup>220</sup> CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. In: BRANDÃO, Cláudio (org.). CAVALCANTI, Francisco (org.). ADEODATO, João Maurício (org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 234.

<sup>221</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 262-263.

<sup>222</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 30. O autor, todavia, afirma que o instituto não se aplica quando estiver em jogo o *mínimo existencial* (cf. *id.*, p. 37).

mas principalmente a reserva do possível jurídica, por falta de recursos orçamentários. O argumento de defesa, porém, raramente é veiculado alegando-se a impossibilidade absoluta de concretização da ordem judicial, mas afirmando que o cumprimento da determinação ocasionará falta de recursos para atender outras prestações sanitárias.

Assim, na maior parte das petições analisadas, não houve alegação de impossibilidade de execução de uma eventual ordem judicial. O que se afirmou foi o prejuízo aos demais cuidados caso o pedido fosse atendido. Percebe-se, desse modo, a adesão dos gestores público à tese de Sarlet, com o reconhecimento da terceira faceta do mínimo existencial. Afinal, emerge hialina a alegação de falta de proporcionalidade e razoabilidade na concessão do benefício a um indivíduo em detrimento da coletividade.

Em síntese, a crítica da reserva do possível formulada pela administração sanitária consiste na alegação de falta de razoabilidade, em razão dos prejuízos para outras prestações sanitárias provocados pelo desequilíbrio orçamentário, causado pelas decisões judiciais.

### **5.3 Desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais**

Uma crítica também veiculada pelos administradores públicos consiste no impacto das decisões judiciais na gestão dos serviços de saúde, provocando desorganização e ineficiência.

O discurso frequente afirma que, para absorver os comandos judiciais, a Administração, muitas vezes, desestrutura serviços já em funcionamento. Desse modo, ao invés de aumentar a oferta das prestações sanitárias, a judicialização provoca, apenas, a realocação não planejada de verbas orçamentárias ou de materiais.

Luís Roberto Barroso resume tal crítica com as seguintes palavras:

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a desorganização da Administração Pública. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente,

impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.<sup>223</sup>

O impacto da interferência judicial torna-se ainda mais grave quando associada à acomodação da Administração Pública. Nesse caso, o gestor público condiciona a atuação a um comando judicial. Não são incomuns os casos em que o administrador deixa de cumprir voluntariamente seu papel, na expectativa de que o paciente obtenha uma decisão judicial.

Esse estágio de acomodação administrativa se assemelha àquele que, segundo Bernard Hours, é provocado pelas intervenções médicas humanitárias em países pobres. De acordo com o antropólogo francês, organizações como a Médico Sem Fronteiras ou Médicos do Mundo acabam por substituir a ação estatal, provocando uma redução da responsabilidade da Administração Pública, que deixa de atuar e transfere suas atribuições às organizações não governamentais. Desse modo, ao invés de contribuir para a melhoria das condições sanitárias desses países, a ajuda humanitária provoca a regressão das políticas públicas de saúde.<sup>224</sup> Isso porque o sistema de saúde passa a depender de atuação desses grupos que, quando cessam suas atividades e levantam acampamento, deixam um vácuo de difícil preenchimento.

Da mesma forma, o ativismo judicial pode provocar a inércia do gestor público nas atividades de promoção da saúde, condicionando sua atividade a uma ordem jurisdicional.

Caso emblemático é o da Colômbia, onde a judicialização assumiu níveis tão exagerados, que o acesso aos serviços de saúde, quase invariavelmente, depende de uma chancela do Judiciário. A soma da intensa interferência judicial com a acomodação do gestor público desestruturou o serviço sanitário e provocou uma verdadeira inversão de papéis. Transferiu-se a responsabilidade pelas prestações de saúde ao Judiciário e atribuiu-se ao administrador o mero papel de cumpridor de ordens judiciais.

A título de exemplo, durante uma greve dos magistrados e servidores do Poder Judiciário colombiano, a maior preocupação era com a preservação do

---

<sup>223</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 894.

<sup>224</sup> HOURS, Bernard. *L'idéologie humanitaire ou le spectacle de l'altérité perdue*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1998, p. 30-32.

direito ao acesso aos serviços de saúde. Se o Judiciário para, param também os as prestações sanitárias, diante da absoluta dependência dos gestores em relação aos mandados judiciais. Logo, ao invés de se atribuir à deficiência da *assistência sanitária* a responsabilidade pelo risco às vidas dos pacientes, considerou-se que a greve do judiciário poderia levar as pessoas à morte, por falta de *assistência judicial*.<sup>225</sup> Curiosa e perigosa situação: a adequada prestação dos serviços sanitários não está nas mãos do gestor público, mas nas do juiz!<sup>226</sup>

Em resumo, para o sistema da gestão pública, a interferência exagerada do Poder Judiciário impede os órgãos sanitários de executarem seus planejamentos estratégicos, elaborados com base técnica e mediante visão mais ampla do cenário da saúde pública.<sup>227</sup>

#### 5.4 Desequilíbrio federativo

O sistema da gestão pública formula forte crítica ao sistema judicial quando este proclama a responsabilidade solidária das três esferas da federação pela prestação dos serviços de saúde.

Segundo a tese da Administração, deveria ser respeitada a divisão de atribuições fixada pela Lei e por atos administrativos regulamentares. Isso porque cada ente federado prepara a sua gestão sanitária de acordo com a distribuição realizada em instâncias prévias, que pressupõe um equilíbrio na Federação. Se o Judiciário altera essas atribuições promove uma

---

<sup>225</sup> “Para mitigar os efeitos da greve judicial, o alto tribunal anunciou que se apropriará das tutelas que façam referência ao setor da saúde. (...) A Corte tomou a decisão para evitar que as pessoas que interponham ações de tutela, das quais dependam até a sua vida, morram por falta de assistência judicial. Esta medida se aplicará de maneira transitória, durante a greve judicial.” CORTE SUPREMA ATENDERÁ TUTELAS EN SALUD MIENTRAS DURA PARO JUDICIAL. *Elespectador.com*, [Bogotá], 17 de setembro de 2008. Disponível em <<http://www.elespectador.com/articulo-corte-suprema-atendera-tutelas-salud-mientras-dure-paro-judicial>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

<sup>226</sup> “A vida e a saúde são os principais direitos afetados ao completar-se um mês desse protesto. 60.000 processos, pelo menos. A vulneração do direito à vida e à saúde e, por consequência, à defesa fazem parte do balanço negativo ocasionado por 30 dias da greve judicial.” LOS ESTRAGOS DEL PARO DE LA RAMA JUDICIAL. *El país*, Bogotá, 03 de outubro de 2008. Tradução livre. Disponível em <<http://www.elpais.com.co/paionline/notas/Octubre032008/jud3.html>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

<sup>227</sup> “Um viés da crítica que se traça ao intervencionismo judiciário na área de fornecimento de remédios é, precisamente, o de que ele põe por água abaixo tais esforços organizacionais. Autoridades e diretores de unidades médicas afirmam que, constantemente, uma ordem judicial impõe a entrega de remédio a um determinado postulante acaba por deixar sem assistência farmacêutica outro doente, que já se encontrava devidamente cadastrado junto ao centro de referência.” GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, v. 37, 2003, p. 113.

desestabilização do sistema e sobrecarrega alguns gestores com responsabilidades que caberiam a outras esferas.

A argumentação pauta-se no princípio da descentralização, positivado no art. 198, I, da CRFB e regulamentado pela Lei 8.080/90, que, em seus artigos 16 a 19, distribui as atribuições entre as direções nacional, estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde.

Para dar efetividade a essas disposições, o plano infralegal apresenta, ainda, um rol de atos administrativos regulamentares que tratam do assunto, buscando paulatinamente materializar a municipalização. Na realidade, as normas infralegais criam uma complexa estrutura de divisão de atribuições, associada à capacidade de gestão dos Estados e Municípios, com reflexos diretos no financiamento da saúde.

Um marco na montagem dessa delicada engrenagem é a NOB<sup>228</sup> 01/93, que adotou a capacidade de gestão como critério de definição do repasse de recursos federais para os âmbitos estaduais e municipais. Os entes federados classificavam sua capacidade de gestão em diferentes graus: incipiente, parcial, semiplena e plena. Quanto mais avançado o nível, maior a responsabilidade dos Estados e Municípios e, conseqüentemente, mais elevado era o repasse de recursos federais.

Dando prosseguimento a esse programa, a NOB-SUS nº 01/96 aumenta a responsabilidade dos gestores municipais, para reservar aos Estados e à União, precipuamente, uma responsabilidade subsidiária.<sup>229</sup> Mantém-se a auto-avaliação das condições de gestão, que passam a ser classificadas em apenas dois graus: gestão plena de atenção básica e gestão plena do sistema municipal. Incluído em um desses dois patamares, o Município recebe o *status* de gestor municipal de saúde, recebe atribuições e repasses financeiros diferenciados pelo nível de gestão. Entretanto, se não se habilita em qualquer um deles, passa

---

<sup>228</sup> “As normas operacionais eram regras de organização e financiamento do SUS ditadas pelos Ministério da Saúde, mediante portarias com anexos que detalhavam os procedimentos a ser observados pelos estados e municípios interessados nas transferências financeiras federais. As NOBs sempre se faziam acompanhar por um conjunto de outras portarias.” SANTOS; ANDRADE, *op. cit.*, p. 35.

<sup>229</sup> Norma Operacional Básica do Sistema Único de Saúde (NOB-SUS) nº 01/96, item 2: “Busca-se, dessa forma, a plena responsabilidade do poder público municipal. Assim, esse poder se responsabiliza como também pode ser responsabilizado, ainda que não isoladamente. Os poderes públicos estadual e federal são sempre co-responsáveis, na respectiva competência ou na ausência da função municipal (inciso II do Artigo 23, da Constituição Federal). Essa responsabilidade, no entanto não exclui o papel da família, da comunidade e dos próprios indivíduos, na promoção, proteção e recuperação da saúde”, disponível em <[http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001\\_96.pdf](http://www.esp.rs.gov.br/esp2/img2/NOB%20SUS%2001_96.pdf)>, acesso em 30/09/2009.

ser considerado um mero prestador de serviços da União, com muito menores poderes e recursos.

As NOAS 01/01 e 01/02 buscam aperfeiçoar o sistema, aumentando as transferências federais e racionalizando a regionalização. A capacidade de gestão continua sendo critério de divisão de atribuições e recursos, não apenas para os Municípios, como para os Estados.

Nota-se, todavia, que tais atos ainda consideram a União como atriz principal no cenário sanitário, a quem cabe habilitar os demais entes e *outorgá-los* o papel de gestores.

Foi essa sistemática que se pretendeu alterar com o Pacto pela Saúde 2006, instituído por meio da Portaria 399/06, que substitui a habilitação de Estados e Municípios por um termo de compromisso entre os gestores de saúde. Na realidade, o Pacto pela Saúde – construído consensualmente pelas três esferas da Federação – desdobra-se em três: pacto pela vida, pacto em defesa do SUS e pacto de gestão do SUS. Assim, os gestores sanitários assumem o compromisso de buscar atender as metas fixadas em cada um desses pactos. O financiamento e as atribuições de cada um variam de acordo com os compromissos firmados.<sup>230</sup> No mesmo sentido segue o Regulamento do SUS, instituído pela Portaria MS 2.048/2009.

Desse modo, segundo os gestores, ao fixar a responsabilidade solidária de União, Estados e Municípios, o Judiciário desconsidera toda a trajetória histórica e o esforço de implementação da diretriz constitucional de municipalização, deixando de lado um longo e profundo debate federativo, que busca a gradativa materialização do comando da Constituição, de modo equilibrado e passível de ser assimilado pelos entes federados.

Outrossim, o sistema judicial também deixa de atentar para o fato de que cada ente recebe os recursos necessários ao atendimento de suas atribuições, fixadas de acordo com a capacidade de gestão. Logo, um comando judicial em desarmonia com essa sistemática, pode provocar profundos desequilíbrios federativos, uma vez que uma das esferas deverá arcar com os custos de uma

---

<sup>230</sup> Segundo Paulo Ziulkoski, 70,6% dos Municípios são responsáveis apenas por ações e serviços de atenção básica de saúde e apenas 29,4% assumiram serviços de média e alta complexidade, recebendo o financiamento correspondente. Cf. ZIULKOSKI, Paulo. A política de financiamento do SUS na ótica municipalista. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA, 4, 2009, Brasília. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Edelberto\\_Luiz\\_da\\_Silva.ppt](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Edelberto_Luiz_da_Silva.ppt), acesso em 18/05/2009.

prestação cujos recursos foram destinados a outro ente. Desse modo, uma unidade federada encontrar-se-á em situação de vantagem desproporcional em relação a outra, pois receberá o dinheiro por um serviço prestado por ente distinto.

\*\*\*

Essas são as quatro principais críticas do sistema da gestão pública (ofensa à separação de poderes; reserva do possível e desequilíbrio orçamentário; desorganização administrativa provocada pelas decisões judiciais; e desequilíbrio federativo). Juntamente com a análise dos sistemas médico social e judicial, as observações traçadas até o momento encerram a parte descritiva da dissertação, permitindo, a partir de agora, a formulação de parâmetros para o atuar judicial na tutela do direito à saúde.

## **6 PARÂMETRO 1: VALORIZAÇÃO DOS DEMAIS SISTEMAS PERITOS**

Os capítulos anteriores permitem perceber, com relativa clareza, a hipótese principal da dissertação: a construção de uma relação harmoniosa entre Thêmis, Asclépio e Leviatã depende da mútua valorização do papel de cada sistema perito, por meio de um processo de judicialização cooperativa.

Não age cooperativamente, por exemplo, o sistema da saúde coletiva, quando desconsidera as necessidades gerenciais da saúde pública, nas quais necessariamente passam por um debate político-econômico-orçamentário. Por outro lado, também não se reconhece a cooperação do sistema da gestão pública quando ignora o alerta advindo de inúmeras decisões judiciais individuais sobre uma determinada prestação sanitária e continua a atuar administrativamente como se os seus procedimentos internos estivessem fora de qualquer questionamento.

Os juízes também agem de modo nada cooperativo quando ignoram a preocupação do sistema médico social sobre a medicalização excessiva do cuidado. Na mesma crítica incide o atuar judicial que não presta qualquer deferência aos protocolos médicos que já integram o SUS e desconfia do gestor público a ponto de anular a sua fala no processo judicial, focando, apenas, na necessidade individual do paciente.

Como o presente trabalho objetiva formatar parâmetros para a tutela judicial da saúde, a pesquisa volta-se para o atuar do juiz e busca identificar diretrizes capazes de orientá-lo nessa atividade. Por isso, este primeiro parâmetro sugere que Thêmis, em lugar de se isolar, retire a venda dos olhos, para enxergar os trabalhos de Asclépio e Leviatã, conclamando-os a um respeito tríduo. No exercício das respectivas atividades, cada um deve valorizar a contribuição do outro, o que revela a necessidade de o juiz, ao julgar uma causa sanitária, valorizar os aportes argumentativos dos gestores públicos e da medicina social.

O primeiro parâmetro estabelece uma dinâmica de atuação judicial capaz de permitir a materialização dessa abertura argumentativa. A construção teórica, todavia, é desafiadora e necessita ser desdobrada.

### 6.1 Análise da existência e do conteúdo das políticas públicas de saúde

Inicialmente, deve o juiz analisar a existência e o conteúdo de políticas públicas que abarquem a prestação sanitária em discussão. Os resultados dessa análise determinarão o maior ou menor grau de sindicabilidade da matéria posta em julgamento. A dinâmica foi bem apreendida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 (STA 175–AgR/CE<sup>231</sup>), tendo o Min. Relator Gilmar Mendes estabelecido uma escala de liberdade de decisão de acordo com a existência de prévia manifestação de outros órgãos. A postura daquela Suprema Corte se adéqua à ideia de judicialização cooperativa proposta neste trabalho, pois valoriza os esforços do sistema da gestão pública na concretização do direito à saúde.

Assim, ao decidir, o julgador deve verificar se a prestação almejada já se encontra contemplada por alguma política pública. Essa análise será fundamental para a verificação de controvérsia quanto ao direito ao cuidado perseguido. Isso porque, caso o SUS já tenha optado por incorporar a tecnologia aos seus programas, a questão será de mera execução de política pública, autorizadora de um atuar judicial amplo (e tradicional), pois o direito subjetivo foi reconhecido pelo gestor público, não havendo margem de discricionariedade.

Em outras palavras, o fornecimento de prestação já incorporada aos protocolos do SUS é ato vinculado, insuscetível de verificação de conveniência e oportunidade pelo administrador. O juiz tem, portanto, ampla possibilidade de atuação, sendo a omissão administrativa plenamente sindicável.

Curioso é que, como foi expresso no voto do Min. Gilmar Mendes no STA 175–AgR/CE, na quase totalidade dos casos, o Poder Judiciário não é chamado a interferir na criação ou na implementação de políticas públicas sanitárias, mas simplesmente para garantir o efetivo cumprimento das políticas existentes.<sup>232</sup> Desse modo, a tutela judicial da saúde ocorreria, na maioria das vezes, por meio de um controle de atos vinculados.

Todavia, há, também, hipóteses em que o cidadão pretenderá ter acesso a tecnologias não incorporadas ao SUS. Mais uma vez, será necessário verificar

---

<sup>231</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, Relator: Presidente Min. Gilmar Mendes. Decisão em 17/03/2010. *In*: DJe-076, divulgado em 29/04/2010 e publicado em 30/04/2010.

<sup>232</sup> *Ibid.*

se existe, ou não, uma política pública tratando do assunto. Isso porque, pode-se estar diante de uma omissão (a matéria ainda não foi apreciada por outros órgãos), ou de uma opção pelo não fornecimento (o legislador ou o administrador consideraram que as políticas sanitárias não devem contemplar a prestação perseguida).

Porém, para o juiz valorar e valorizar o trabalho do gestor, ele deve, antes, conhecê-lo. Portanto, faz-se mister, para a construção do parâmetro, investigar a forma como o SUS decide sobre o fornecimento, ou não, de uma prestação sanitária.

#### 6.1.1 Incorporação administrativa de novas tecnologias ao SUS

O procedimento de incorporação de novas tecnologias ao SUS está regulamentado pela Portaria 2.587, de 30 de outubro de 2008, do Ministério da Saúde. Observa-se, desde já, que a inclusão de uma prestação nos protocolos da saúde pública pressupõe a prévia autorização para comercialização, condicionada à inexistência de riscos e à comprovação de eficácia. Há, portanto, dois momentos distintos, que não podem ser confundidos: verificação da segurança e da eficácia; e verificação da oportunidade e da conveniência de inclusão nos protocolos do SUS.

No que tange aos produtos farmacêuticos – sobre os quais estão concentrados os casos de judicialização mais significativos, tanto quantitativa, quanto qualitativamente – o primeiro momento consiste em uma autorização fornecida pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para a comercialização. Essa autorização, por meio de registro na agência reguladora, é exigida para qualquer medicamento ser inserido no mercado nacional, independentemente do seu fornecimento pelo sistema público, para fins de controles de segurança, eficácia e qualidade do produto.

É possível afirmar que a exigência do registro integra a política pública de saúde traçada pelo legislador, uma vez que a exigência está contida no art. 12, da Lei 6.360/1976. Isso significa que, de acordo com os parâmetros legais da política sanitária, é proscrito o fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA.

Todavia, a indigitada autorização não garante a inclusão da tecnologia no SUS. Na realidade há significativas diferenças entre o mencionado registro e o processo de incorporação de novas tecnologias ao sistema público, pois, como esclarece Dirceu Raposo de Mello, enquanto o registro para comercialização avalia se o medicamento funciona (eficácia), os gestores do SUS analisam a efetividade (prática clínica) e a eficiência, por meio de uma ponderação dos aspectos econômicos e políticos.<sup>233</sup>

Assim, uma vez aprovado o medicamento na ANVISA, inicia-se, por requerimento de interessados ou determinação do Ministério da Saúde, o processo para a sua incorporação ao SUS, regulamentado pela Portaria 2.587/2008, do Ministério da Saúde. Os passos, em síntese, são os seguintes: a Comissão de Incorporação de Tecnologias do Ministério da Saúde analisa um parecer técnico-científico, elaborado por uma das secretarias do Ministério, e emite recomendação com base no impacto da incorporação no SUS, bem como na relevância tecnológica. A recomendação é referendada pelo Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos para, em seguida, ser encaminhada ao Ministro da Saúde que, decidirá, junto com outros gestores sanitários, a forma como a tecnologia passará a integrar as políticas sanitárias.

Percebe-se, desse modo, que o registro na ANVISA, pautado exclusivamente em considerações técnicas, não é uma garantia de fornecimento da tecnologia pelo sistema público, pois, para tanto, acrescenta-se à avaliação técnica, uma avaliação político-econômica. O Ministério da Saúde avalia se há outros produtos semelhantes e com um custo menor, bem como se o fornecimento da nova tecnologia impactará o funcionamento do SUS. Sobre o assunto são interessantes as palavras de Reinaldo Felipe Nery Guimarães:<sup>234</sup>

A concessão do registro pela ANVISA decorre exclusivamente do estabelecimento de padrões aceitáveis de eficácia e de segurança. Daí que dois medicamentos ou vacinas com idêntico foco terapêutico ou profilático que se revelarem seguros e eficazes, mesmo que em graus distintos de eficácia, terão ambos os seus registros concedidos, mesmo que a eficácia de um deles seja maior e seu preço seja um décimo do preço do outro. Aqui, além dos critérios básicos de segurança e eficácia, devem ser acrescentados os de efetividade e custo-efetividade. A eficácia refere-se ao

---

<sup>233</sup> MELLO, Dirceu Raposos de. [trabalho apresentado]. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA, 4, 2009, Brasília. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor\\_Presidente\\_da\\_ANVISA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf)>, acesso em 10 de abril de 2010.

<sup>234</sup> GUIMARÃES, Reinaldo Felipe Nery. [trabalho apresentado]. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA, 4, 2009, Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Reinaldo.pdf>>, acesso em 10 de abril de 2010.

efeito benéfico do produto em condições experimentais. A efetividade refere-se ao efeito benéfico do produto nas condições de operação do sistema, isto é, no terreno. E o custo-efetividade refere-se a este último objetivo confrontado com os custos envolvidos em sua introdução no sistema. Por exemplo, se um novo medicamento, em relação a outro já incorporado, melhora as condições do paciente em 10% a um custo 100% maior, provavelmente ele não será custo-efetivo para efeitos de incorporação.

Isso significa que a incorporação de novas tecnologias ao SUS configura ato discricionário, pois depende da avaliação da conveniência e da oportunidade do gestor público.

### 6.1.2 Incorporação judicial de novas tecnologias ao SUS

A discricionariedade do gestor público, porém, não é livre de controle, principalmente, quando representar ofensa a um direito fundamental. Apesar da sindicabilidade, é evidente que a existência de uma decisão tomada no âmbito de uma política pública reduz significativamente a liberdade decisória do juiz, que passa a ser devedor de uma maior deferência à opção dos formuladores da política. Se já existir uma decisão pela não incorporação da tecnologia ao SUS, o ônus argumentativo do sistema judicial torna-se muito maior, principalmente, se a opção tiver sido tomada pelo legislador.

Destarte, parece que os critérios fixados pelo Supremo Tribunal Federal merecem a chancela da academia, pois levam em consideração o acoplamento estrutural entre dois dos sistemas de conhecimentos envolvidos com a questão. A sindicabilidade judicial da conduta do gestor sanitário variará de acordo com a existência de prévia análise sobre o cuidado almejado, bem como com a origem dessa análise. Assim, pode-se construir uma escala decrescente: (a) tecnologias já incorporadas ao SUS; (b) tecnologias cuja incorporação ainda não foi analisada pelos gestores sanitários; (c) tecnologias cuja incorporação foi rejeitada pelos gestores sanitários; e (d) tecnologias cuja incorporação foi rejeitada pelo legislador.

No primeiro caso (tecnologias já incorporadas ao SUS), por se tratar de um controle de ato vinculado, o juiz tem ampla liberdade para obrigar o Poder Público a fornecer a prestação sanitária, sem preocupação com questões de técnica médica. Afinal, caso o gestor não concorde com o fornecimento deve alterar os seus protocolos e, não, simplesmente deixar de fornecer a prestação.

Outrossim, nos casos em que ainda não houver a decisão administrativa sobre a incorporação, estará configurada a omissão de Poder Público. Atente-se que, como omissão e mora não se confundem, mesmo que não tenha decorrido um prazo exacerbado, a inexistência de decisão configura conduta omissiva. Diante da não manifestação do sistema de gestão, o sistema judicial encontra menos parâmetros limitadores de seu atuar. É evidente que, nesse caso, deverá estar atento a problemas extrajurídicos, devendo ponderar questões que seriam consideradas na esfera administrativa: efetividade e eficiência da tecnologia.<sup>235</sup> Em resumo, em caso de omissão da Administração Pública, o juiz a substituirá na análise do mérito administrativo.

A situação será diversa quando houver uma decisão do gestor público contrária à incorporação. Nesse caso, ao invés de simplesmente considerar a questão, o juiz deverá julgar especificamente se a análise de efetividade e eficiência do gestor público está correta e adequada à tutela do direito fundamental à saúde. Trata-se de um ônus muito mais pesado, pois o juiz não se limitará a suprir uma omissão. Ao contrário, declarará inválida a opção do gestor e a substituirá pela sua, configurando um controle da discricionariedade administrativa.

Ainda mais delicada é a situação em que o legislador opta pelo não fornecimento da prestação. Nesse caso, o juiz deverá analisar a discricionariedade legislativa, o que reduz radicalmente a liberdade decisória, em razão da especial deferência devida pelo sistema judicial às opções majoritárias. No caso especial de ausência de registro na ANVISA, o juiz deve verificar, além da efetividade e da eficiência, questões de segurança e eficácia. Não é difícil perceber, portanto, que apenas em casos excepcionais, quando ficar evidenciada de modo hialino a grave ofensa ao direito fundamental à saúde (inclusive com a inexistência de alternativas), poderá o juiz determinar a incorporação da nova tecnologia ao SUS.

---

<sup>235</sup> Preocupações com a segurança e a eficácia não seriam necessárias, pois, nesse caso, pressupõe-se a existência de registro na ANVISA, afinal, caso contrário, não seria um caso de omissão, mas de proibição legal.

## 6.2 Preferência pelos protocolos e diretrizes adotados pelo SUS

Como foi adrede analisado, o respeito – que é diferente de submissão – do juiz à decisão do SUS sobre a incorporação de uma nova tecnologia é medida que promove a cooperação entre os sistemas. Por isso, a mesma postura deve ser reproduzida quando a demanda sanitária versar, não sobre uma nova tecnologia, mas sobre a forma de utilização daquelas já incorporadas ao sistema de saúde pública.

Os protocolos médicos aprovados no âmbito administrativo devem ser observados *prima facie* pelo juiz. Afinal, se os técnicos integrantes do sistema da gestão sanitária identificaram um tratamento adequado para uma moléstia e passaram a oferecê-lo no SUS, não pode o sistema judicial desconsiderar essa opção e determinar o fornecimento de um tratamento distinto para o mesmo mal, sob pena de se afastar de uma conduta cooperativa.

A preferência pelos protocolos e diretrizes de tratamentos adotados administrativamente tem justificativa. Em primeiro lugar, o sistema judicial não domina a técnica médica, deficiência que não será suprida mesmo se houver apoio técnico de peritos. Parece evidente não ser papel do sistema judicial, por total incapacidade técnica, decidir qual é, entre diversas opções, o tratamento mais adequado para ser adotado pelo serviço de saúde pública.

Por outro lado, é razoável admitir que, havendo mais de uma opção eficaz de tratamento, o gestor público tenha liberdade de escolher aquela que melhor se harmonize com as demais necessidades do sistema, seja pela redução de custos, seja por outras questões estratégicas.

Porém, a preferência pelos protocolos do SUS não é absoluta. Em casos excepcionais, pode ficar demonstrado que o protocolo não atende à necessidade de um paciente. Em razão de especificidades biológicas, as características de um indivíduo podem desaconselhar a utilização do cuidado oferecido pelo Poder Público para a generalidade dos casos. Assim, a própria Administração deveria fornecer-lhe a prestação adequada, ainda que fora do protocolo. Se não o fizer, o juiz – comprovadas essas circunstâncias – deve garantir a prestação sanitária.

Outrossim, o sistema judicial pode se deparar com uma outra situação: não raro, os protocolos e as diretrizes de tratamentos do serviço público de

saúde apresentam-se defasados, pois não acompanharam a evolução das técnicas curativas. Nesse caso, o juiz deve atuar, não para se sobrepor a uma escolha do gestor, mas para corrigir a *falta do serviço público*, prestado inadequadamente. A diferença é hialina: o juiz não vai escolher entre diversos tratamentos eficazes, mas corrigir um protocolo ineficaz e desatualizado, que já deveria ter sido corrigido de ofício.

Trata-se de tarefa extremamente delicada, pois o julgador deverá se basear em conhecimento biomédico, o que torna ainda mais importante a busca de uma solução cooperativa para o problema. Como? Estimulando o gestor público a contribuir com o Judiciário, para a solução do problema. Identificada a falha do protocolo, ao invés de substituir o gestor e isoladamente emitir um novo ato, o juiz pode determinar ao administrador a elaboração de um novo protocolo, adequado às técnicas médicas contemporâneas. Dessa forma, o julgador cumpre o seu papel, sem interferir de modo exacerbado na função do gestor. Nesse processo de reformulação do atendimento, os dois sistemas não podem deixar de considerar os aportes do sistema da medicina social, tanto na constatação da falha, como em sua correção. Desse modo, Thêmis, Leviatã e Asclépio interagem, mas conservam-se em suas respectivas funções.

### **6.3 Formulação do parâmetro**

Considerando as reflexões dos itens anteriores, é possível sistematizar as informações para a formulação do primeiro parâmetro aplicável à tutela judicial do direito à saúde: o juiz deve respeitar, em princípio, as opções do Poder Público sobre a incorporação de novas tecnologias ao SUS e a formulação de protocolos e diretrizes de tratamento.

Dessa conclusão, extraem-se dois corolários:

I - o grau de liberdade decisória do juiz obedece a uma escala decrescente, que varia de acordo com a opção prévia da política sanitária:

(a) tecnologias incorporadas administrativamente ao SUS: amplíssima sindicabilidade, por tratar-se de controle de ato vinculado;

(b) tecnologias cuja incorporação ainda não foi analisada pelos gestores sanitários: ampla sindicabilidade, devendo o

juiz substituir o gestor na análise do mérito administrativo e verificar a efetividade e a eficiência da tecnologia;

(c) tecnologias cuja incorporação foi rejeitada pelos gestores sanitários: sindicabilidade restrita, devendo o juiz aferir se o mérito administrativo foi bem apreciado pelo gestor público e julgar se está correta a análise da efetividade e da eficiência, bem como a necessidade da tecnologia para a proteção do direito fundamental à saúde.

(d) tecnologias cuja incorporação foi rejeitada pelo legislador: sindicabilidade excepcional, pois consiste em controle do mérito legislativo, justificável apenas em caso de evidente e grave ofensa ao direito fundamental à saúde, gerando a necessidade da análise judicial, não apenas da efetividade e da eficiência da tecnologia, mas também da eficácia e da segurança para o paciente e para a sociedade.

II – o juiz deve dar preferência aos protocolos e diretrizes de tratamentos já adotados pelo SUS, o que acarreta três consequências:

(a) havendo mais de um tratamento eficaz, deve ser respeitada a opção do administrador público, não cabendo ao juiz a decisão sobre qual é a melhor escolha;

(b) se o tratamento, apesar de eficaz para a generalidade dos casos, não for indicado para um paciente específico, o juiz pode determinar que a Administração Pública forneça uma prestação não incluída em seus protocolos; e

(c) o juiz pode e deve analisar, com apoio técnico, a adequação do protocolo médico emitido pelo SUS. Constatada a ineficácia ou a defasagem, deve o julgador determinar a sua reformulação pela Administração Pública.

## 7. PARÂMETRO 2: MÍNIMO EXISTENCIAL SANITÁRIO

O parâmetro 01, analisado no capítulo anterior, estabelece diferentes graus de sindicabilidade das prestações relacionadas ao direito à saúde, deixando clara a diferença entre os problemas de execução de políticas públicas já existentes e os casos de inexistência dessas políticas, seja por omissão, seja por opção, legislativa ou administrativa. Enquanto a primeira hipótese (falha na execução) admite um amplo controle judicial, a segunda situação (inexistência de política) mereceria maior cuidado do julgador, ficando submetida a limites que podem variar em razão do motivo da inexistência da política.

Partindo dessa ideia, o segundo parâmetro de controle apresenta um limite à atuação judicial nos casos em que uma prestação sanitária não é ofertada ao cidadão por não estar contemplada pelas políticas públicas de saúde: o mínimo existencial sanitário.

Trata-se de um parâmetro capaz de harmonizar a tutela judicial com a distinção entre direito fundamental à saúde e o direito social à saúde, exposta no capítulo 1. Em apertada síntese, a proposta consiste em limitar a atuação do sistema judicial à garantia do mínimo existencial sanitário, nos casos em que for necessário extrair eficácia direta do art. 196, da CRFB, por inexistência de uma política pública apropriada à proteção da saúde do indivíduo. Assim, o Judiciário poderia atuar para garantir essas prestações essenciais, independentemente de lei ou regulamento, mas estaria obstada uma condenação superior ao mínimo.

A eficácia direta do art. 196, da CRFB, nos casos de proteção ao mínimo existencial sanitário decorre de sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, III), que alcançou posição central nos debates sobre a atuação estatal, tanto no plano jurídico, como no político. Como o foco das atividades públicas desloca-se da estrutura do Estado para o ser humano, é inevitável a reflexão a respeito dos requisitos mínimos necessários a uma existência com dignidade. Não é por outro motivo que a preocupação com o papel dos poderes públicos na promoção da vida digna tornou-se uma constante nas discussões acadêmicas e jurisprudenciais.

Uma das principais dificuldades reveladas nesses debates versa sobre a possibilidade de se promover condições necessárias à vida digna por meio da atuação jurisdicional. Em outras palavras, questiona-se se o Estado-Juiz pode compelir o Estado-Administração, ou mesmo particulares, a tomar medidas capazes de garantir condições de vida dentro de um patamar mínimo de dignidade, ainda que ao alvedrio do Estado-Legislator.

Como forma de fundamentar o controle jurisdicional da atuação estatal na busca da dignidade da pessoa humana, surge a teoria do mínimo existencial, que tem como mérito autorizar, dentro de uma moderação razoável, a atividade do Estado-Juiz. Se por um lado, não é possível admitir a interferência judicial em todas as questões relacionadas aos direitos sociais, por outro, quando estiver em jogo o atendimento das condições mínimas para a existência digna, deve ser autorizado o controle da atividade estatal pelo juiz, ainda que submetido a reservas.

Infere-se, desse modo, a importância de se definir o conteúdo do mínimo existencial sanitário, como passo essencial na fixação dos limites da atividade jurisdicional na promoção da dignidade humana por meio dos serviços de saúde. Essa, todavia, não é uma missão simples. Ao contrário, a busca pela definição do mínimo existencial sanitário equivale à navegação por mares turbulentos, que exigem um esforço odisséico para não se deixar envolver pela tentação de inclusão de um conteúdo exagerado, capaz de fazer naufragar a incursão teórica. Mas, por outro lado, de nada adiantaria uma visão tímida, que por medo de ultrapassar limites tradicionais, conservasse uma inútil atitude restrita e incompleta, sem atingir objetivos relevantes.

O presente capítulo se propõe a identificar o conteúdo do mínimo existencial sanitário. Para tanto, adota-se uma rota teórica que se inicia pela descrição das ideias de John Rawls, Robert Alexy, Ricardo Lobo Torres, Antonio Enrique de Pérez Luño e Liborio Hierro, sobre o conteúdo do mínimo existencial. A partir desses autores, apresenta-se o conteúdo do mínimo existencial, de modo genérico. Em seguida, analisa-se os pensamentos específicos quanto ao mínimo existencial sanitário de três autores: Ana Paula de Barcellos, Ronald Dworkin e Ingo Sarlet. Também aproveita-se a contribuição do Tribunal Constitucional Federal alemão sobre o tema para, por fim, revelar o conteúdo do mínimo existencial sanitário.

A multiplicidade de pensamentos sobre o tema, com distintos fundamentos, torna a missão ainda mais difícil – por exemplo, a fundamentação com base na liberdade pode conduzir a respostas distintas daquelas amparadas na igualdade; por outro lado, vislumbrar o mínimo existencial como o núcleo essencial de um direito fundamental, ou de um conjunto de direitos, produz resultados bem diferentes daqueles advindos do reconhecimento de um direito autônomo ao mínimo –, porém, apesar das divergências, o registro das teorias não foi realizado no insondável tambor de Oskar, polêmico personagem de Günter Grass. Ao contrário, são acessíveis e influenciadas umas pelas outras. Desse modo, a dissertação identifica pontos de consenso, mas também faz escolhas fundamentadas, a fim de construir esse segundo parâmetro para a tutela judicial do direito à saúde.

### **7.1 O conteúdo do mínimo existencial**

Como exposto acima, o item 7.1 objetiva identificar o conteúdo genérico do mínimo existencial, por meio da comparação de cinco teorias, com fundamentos mais ou menos distintos.

#### 7.1.1 A justiça como equidade de John Rawls e as parcelas distributivas

O pensamento de Rawls está centrado na ideia de justiça como equidade e adota como ponto de partida a formulação de dois princípios de justiça que comporiam o conteúdo do contrato social:<sup>236</sup>

1º Princípio: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

2º Princípio: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

(a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa; e

---

<sup>236</sup> Para a construção desses princípios, trabalha com a noção filosófica de uma posição original, na qual as pessoas, cobertas pelo véu da ignorância, desconhecem suas condições pessoais e sociais, nada sabendo sobre profissão, idade, geração, família, nacionalidade... É nessa conjuntura, favorável à neutralidade, que deve ser firmado o pacto social. Por não estarem conscientes da posição que ocupam ou sequer da concepção de bem que adotam, os indivíduos representativos optam por princípios capazes de garantir a todos um mínimo aceitável. Em outras palavras, essa situação de total desconhecimento estabelece um processo equitativo em que quaisquer princípios aceitos sejam justos.

(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade eqüitativa de oportunidades.<sup>237</sup>

Em resumo, para o autor, além do máximo de liberdade para todos (1º princípio), deve ser garantida também uma igualdade eqüitativa (2º princípio), por meio do oferecimento da mesma oportunidade a todos, em um sistema baseado no mérito.

Surge, assim, a noção da igualdade de oportunidades, segundo a qual é necessário nivelar o ponto de partida, para que as pessoas possam se posicionar na sociedade em condição de igualdade (competir em condições iguais), como cidadãos livres e iguais. Assim, o princípio da diferença exige que a lei fixe um patamar mínimo de renda, deixando para a decisão por competição (mérito) apenas as parcelas que ultrapassem esse patamar.<sup>238</sup>

Percebe-se, pois, que Rawls adota um sistema de justiça procedimental pura<sup>239</sup>, segundo o qual o sistema social deve ser estruturado de modo que a distribuição de bens resultante seja justa, independentemente do resultado. Assim, a justeza do procedimento garante o resultado justo, independentemente de qual seja ele.

Porém, para a obtenção de um procedimento justo, é necessário conferir a todos uma igualdade mínima de oportunidades, traduzida na garantia do mínimo social (ou mínimo existencial),<sup>240</sup> que assegure liberdades de cidadania igual, além do caráter justo das instituições políticas e sociais, bem como do

<sup>237</sup> Entre ambos os princípios há uma ordem de prioridade. O primeiro prevalece sobre o segundo. Por isso, as violações às liberdades básicas não podem ser justificadas nem compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais. Sua restrição só pode ocorrer em nome da própria liberdade, seja para fortalecer o sistema total de liberdades partilhadas por todos, seja para beneficiar quem tem liberdade menor.

<sup>238</sup> RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 306. Destaca-se, ainda: "... o governo garante um mínimo social, seja através de um salário-família e de subvenções especiais em casos de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo)" *Ibid.*, p. 304.

<sup>239</sup> Rawls classifica a justiça em: (a) justiça perfeita – garante sempre o resultado justo; (b) justiça imperfeita – garante a justiça do procedimento, mas não pode garantir a do resultado; e (c) justiça puramente processual – a justiça do procedimento garante que o resultado, seja qual for, não será injusto. Como a primeira é impossível e a segunda é injusta, a teoria da justiça é construída sobre a justiça puramente processual. O foco não está no resultado, mas no procedimento. A ideia é que todos os jogadores são livres, desde que joguem conforme as regras. Por isso, na justiça meramente processual, a estrutura da sociedade deve estar organizada de tal forma que as regras do jogo contam com a participação da pessoa. As pessoas participam da criação das regras do jogo.

<sup>240</sup> O termo mínimo social é considerado sinônimo de mínimo existencial: "*Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei nº 8.742/93, ou mínimo social (social minimum), da preferência de John Rawls, entre outros, ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (Existenzminimum), ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram o conceito de direitos fundamentais.*" TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 313.

processo político para a escolha do tipo de governo e para a elaboração de uma legislação também justa.<sup>241</sup>

Essas condições para uma distribuição justa de bens (por meio de um critério de justiça procedimental pura) apenas serão alcançadas com um esforço que vai além dos gastos sociais básicos, exigindo-se investimentos para assegurar oportunidades iguais de educação, cultura, atividades econômicas e trabalho<sup>242</sup> e, acrescentamos, saúde.

O nível mínimo social será um dado fundamental para se aferir a possibilidade de um sistema social satisfazer os princípios da justiça.<sup>243 244</sup> A fixação do mínimo não é estruturada sobre a riqueza média do país ou os costumes da sociedade. Como corolário do princípio da diferença, o mínimo deve ser fixado no ponto em que, levando-se em conta os salários, maximize as expectativas<sup>245</sup> do grupo menos favorecido.

Nessa equação, deve ser acrescentado, ainda, um outro elemento: cada geração deve poupar uma parcela de riqueza em favor das gerações futuras.<sup>246</sup> A justiça entre gerações está entre as preocupações de Rawls, pois encontrar um princípio justo de poupança em favor das futuras gerações é um elemento fundamental para a fixação do nível do atual mínimo social. Em outras palavras, quanto mais se poupar para o futuro, menos será aplicado na garantia do mínimo existencial. Por outro lado, quanto mais se gasta com o fornecimento do mínimo, menor a poupança destinada à futura geração.

É necessário, portanto, garantir um nível de poupança adequado para as gerações futuras, sem sobrecarregar exageradamente a geração atual. Nessa

<sup>241</sup> RAWLS (*Uma teoria...*), *op. cit.*, p. 303.

<sup>242</sup> Esse mínimo social ficaria sob a responsabilidade de uma estrutura governamental, chamada por Rawls de setor de transferência, que tem por missão avaliar as necessidades em uma análise comparativa com outras reivindicações, garantindo um padrão mínimo de bem-estar e atendendo às exigências dos necessitados. *Ibid.*, p. 303-305.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>244</sup> “... a questão de saber se os princípios da justiça são ou não satisfeitos gira, portanto, em torno da questão de saber se a renda total dos menos favorecidos (salários mais transferências) possibilita a maximização de suas expectativas a longo prazo (obedecendo às restrições da liberdade igual e da igualdade equitativa de oportunidades).” *Ibid.*, p. 306.

<sup>245</sup> Maximizar as expectativas significa maximizar as formas de acesso aos bens primários.

<sup>246</sup> “Supondo-se por enquanto que exista um princípio justo de poupança que nos ensina qual deve ser o montante do investimento, o nível do mínimo social está determinado. Imaginemos, para simplificar, que o mínimo é ajustado pelas transferências financiadas por impostos proporcionais sobre as despesas (ou sobre a renda). Nesse caso, aumentar o mínimo implica aumentar a proporção na qual o consumo (ou a renda) são tributados. Podemos presumir que, na medida em que essa fração se torna maior, chega-se a um ponto limite, além do qual acontece uma destas duas situações: ou a poupança adequada não pode ser feita ou os maiores impostos interferem tanto na eficiência econômica que as perspectivas dos menos favorecidos da geração presente deixam de melhorar, e começa a cair. Em qualquer um dos dois casos, o mínimo correto foi atingido. O princípio da diferença foi satisfeito, e não se exige aumento maior.” In RAWLS (*Uma teoria...*), *op. cit.*, p. 315-316.

tarefa não há um critério fixo, porque é necessário ter em mente a sua variação de acordo com o estágio vivenciado por cada geração, sempre objetivando garantir as condições sociais necessárias para o estabelecimento de instituições justas efetivas, dentro das quais as liberdades básicas possam ser implementadas.<sup>247</sup>

Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls não fornece critérios precisos para a fixação do mínimo social, pois limita-se a indicar uma fórmula que sintetiza as considerações anteriores: “*a soma de transferências e benefícios advindos dos bens públicos essenciais deve ser ordenada de modo a aumentar as expectativas dos menos favorecidos, que devem ser compatíveis com a poupança exigida e com a manutenção das liberdades iguais.*”<sup>248</sup>

É no Liberalismo Político que o autor trabalha a questão com mais detalhes, ao considerar que os cidadãos não concebem a ordem social como uma ordem natural fixa, tampouco como uma hierarquia institucional justificada mediante valores religiosos ou aristocráticos.<sup>249</sup> Ao contrário, sabem que podem influenciar essa ordem, pois a sociedade consiste em um sistema equitativo de cooperação, baseado na ideia de reciprocidade:<sup>250</sup> “*todos que estejam comprometidos com a cooperação e que efetivamente cooperem de acordo com as regras e procedimentos devem ser beneficiados de modo convenientemente fixado por um adequado ponto de referência comparativo*”.<sup>251</sup>

A reciprocidade é uma relação entre cidadãos em uma sociedade bem ordenada, plasmada na concepção pública e política que a sociedade tem da justiça. Isso significa que a reciprocidade deve atuar entre cidadãos livres e iguais.<sup>252 253</sup>

---

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 319-320.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 335.

<sup>249</sup> RAWLS (*El liberalismo...*), *op. cit.*, p. 45.

<sup>250</sup> A ideia de reciprocidade é intermediária entre a imparcialidade altruísta e a vantagem mútua, entendida como vantagem para todos em relação à situação presente ou à futura se as coisas se mantiverem assim. Cf. *id.*, p. 47.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>252</sup> *Ibid.* Tendo partido do pensamento democrático, o autor não poderia deixar de conceber as pessoas como livres e iguais.

<sup>253</sup> Segundo Rawls, desde o mundo antigo, o conceito de pessoa tem sido entendido, tanto filosófica, como juridicamente, como o conceito de alguém que pode tomar parte ou que pode desempenhar um papel na vida social e, assim, exercer e respeitar vários direitos e obrigações que vão com ela. De modo que se diz que uma pessoa é alguém que pode ser um cidadão, isto é, um membro normal e plenamente cooperante da sociedade ao longo do ciclo completo de sua vida. *Ibid.*, p. 48.

A ideia básica é que em virtude de suas faculdades morais (uma capacidade para um sentido de justiça e para uma concepção de bem) e das faculdades da razão (de juízo, pensamento e as inferências vinculadas a essas faculdades), as pessoas são livres. A posse dessas faculdades em um grau mínimo requerido para serem membros plenamente cooperadores da sociedade torna as pessoas iguais.<sup>254 255</sup>

Essas faculdades estão diretamente relacionadas com um dos aspectos centrais do Liberalismo Político: o bem como racionalidade, corolário da ideia de primazia do justo, que pressupõe que os membros de uma sociedade democrática tenham, ao menos de forma intuitiva, um plano racional de vida, à luz do qual fazem o inventário de seus projetos mais importantes e avaliam seus vários recursos (inclusive os mentais e corporais, temporais e energéticos), com o fim de perseguir suas concepções de bem ao longo de um ciclo de vida completo, se não do modo mais racional, ao menos de modo sensível.<sup>256</sup>

Por isso, o autor afirma que qualquer concepção política viável de justiça deve contemplar a vida humana e a satisfação das necessidades e dos propósitos humanos básicos como um bem em geral e admitir, por conseguinte, que a racionalidade é um princípio básico da organização política e social.<sup>257</sup>

A bondade como racionalidade, associada à concepção política de cidadãos livres e iguais, ajuda a identificar uma lista de bens primários, que inclui um entendimento em torno do que se deva reconhecer publicamente como necessidade dos cidadãos e, por consequência, como vantajoso para todos.<sup>258</sup> Em outras palavras, as diversas concepções de bem de cada cidadão necessitam aproximadamente dos mesmos bens primários:<sup>259</sup>

- a) direitos e liberdades básicos;
- b) liberdade de movimentos e livre eleição do emprego em um marco de oportunidades variadas;

---

<sup>254</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>255</sup> Apesar de a ideia de Rawls ser toda construída sob o pressuposto de que todos os cidadãos são livres e iguais, o autor não oferece solução para os casos em que as pessoas não preenchem essas condições, seja temporariamente (em razão de enfermidade ou acidente), seja permanentemente. O autor até cogita de um serviço normal de saúde como forma de atender ao não preenchimento temporário das condições de liberdade e igualdade, mas não oferece qualquer construção teórica sobre o assunto. Cf. *Ibid.*, p. 51.

<sup>256</sup> *Ibid.*, p. 210.

<sup>257</sup> *Ibid.*

<sup>258</sup> *Ibid.*, p. 210-212.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. 214. Destaca-se, ainda, que Bens primários são “*coisas que os homens querem, independentemente do que mais possam querer*” in RAWLS. (*Uma teoria...*), *op. cit.*, p. 287.

c) poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica;

d) ingressos e riquezas; e

e) as bases sociais do autorrespeito.

O que está por trás dos bens primários é o propósito de construir uma base pública de comparações interpessoais das circunstâncias sociais dos cidadãos, baseadas em traços objetivos e inspecionáveis, sempre respeitando o pluralismo razoável.<sup>260</sup> Ainda quando os cidadãos não têm iguais capacidades, possuem, ao menos em um grau mínimo essencial, as capacidades morais, intelectuais e físicas que lhes permitem ser membros plenamente cooperadores da sociedade ao longo de um ciclo de vida completo.

É certo que as diferenças das capacidades básicas são da maior relevância e que o uso de bens primários deve avaliar-se sempre à luz dessas capacidades. A diversidade de aptidões é classificada em quatro tipos:<sup>261</sup> (a) diferença de capacidade e perícia morais e intelectuais; (b) diferença de capacidade e destreza físicas, incluindo as sequelas de acidentes e enfermidades; (c) diferença nas concepções de bem; e (d) diferença de gostos e preferências. Mas, baseado na pressuposição de que todos possuem capacidade para ser membros cooperadores da sociedade, Rawls afirma que nenhuma dessas diferenças entre os cidadãos deixa de ser equitativa ou dá causa a injustiças.<sup>262</sup>

Em virtude de suas faculdades morais, os cidadãos são responsáveis por seus objetivos e preferências, sendo certo que cada um pode regular e revisar esses objetivos e preferências de acordo com os bens primários colocados à disposição.

Desse modo, a distribuição equitativa dos bens primários não pode ocorrer de acordo com o bem-estar psicológico de cada cidadão, tampouco com a sua medida de utilidade ou com a estimativa de quanto os indivíduos conseguem melhorar seu estilo de vida. Ao contrário, considerando a concepção

---

<sup>260</sup> RAWLS, John. *El liberalismo político*. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 1996, p. 215.

<sup>261</sup> *Ibid.*, p. 217.

<sup>262</sup> Quanto às diferenças resultantes de doenças ou acidentes, o autor afirma que podem receber tratamento legislativo próprio, de modo a possibilitar que as pessoas atingidas possam voltar a ser membros plenamente cooperadores. Cf. *Ibid.*, p. 218.

política dos cidadãos livres e iguais, é a própria disponibilidade dos bens primários que determina quais são as necessidades dos cidadãos.

O mínimo social, portanto, representado na distribuição dos bens primários, leva em conta a existência de uma divisão social das responsabilidades: os cidadãos, livres e iguais, devem dispor de liberdade para guiar suas próprias vidas; e, ao mesmo tempo, espera-se que cada um adapte sua concepção de bem à cota equitativa de bens primários que lhe cabe esperar.

Desse modo, é possível concluir que, de acordo com a teoria de Rawls, o mínimo existencial consiste nas condições necessárias à existência de uma igual liberdade de cidadania, que é alcançada por meio do acesso a bens primários, capazes de promover a igualdade de oportunidades de concretização dos respectivos projetos de vida. Todavia, não é possível atender a todas as exigências dos objetivos e preferências de todos os cidadãos. Logo, como os indivíduos são membros colaboradores da sociedade, devem adaptar seus projetos de vida aos bens primários disponíveis, levando em conta, também, a necessidade de poupança para atendimento das gerações futuras.

#### 7.1.2 Robert Alexy e o conteúdo essencial dos direitos

Assim como Rawls, Robert Alexy identifica o mínimo existencial como uma condição para a liberdade. Para chegar ao seu conteúdo, o autor inicia sua linha de argumentação pela classificação dos direitos fundamentais como princípios e identifica a ponderação como critério de solução de tensões entre essas espécies normativas.

Como princípios, os direitos fundamentais são restringíveis, pois submetem-se à ponderação com princípios opostos. Todavia, estes princípios opostos também encontram restrições nos próprios direitos fundamentais. Em outras palavras, as normas de direitos fundamentais não apenas são restringíveis pelos princípios a elas contrapostos, como também restringem essas restrições.<sup>263</sup> Desse modo, uma restrição aos direitos fundamentais só será

---

<sup>263</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002, p. 286.

admissível se, no caso concreto, o princípio contraposto merecer um peso maior.<sup>264</sup>

Porém, ainda assim, essa restrição não pode alcançar o núcleo essencial do direito, que deve ser preservado.<sup>265</sup> Há, portanto, um conteúdo irrestringível nos direitos fundamentais, imune à ponderação.

O que integra esse conteúdo mínimo? Essa é uma questão controvertida. Alexy relata duas polêmicas principais: (a) a garantia do conteúdo essencial dos direitos é subjetiva ou objetiva? (b) Essa garantia é relativa ou absoluta?

Com o primeiro questionamento, pretende-se aferir se a garantia de um conteúdo mínimo proíbe a restrição integral de um direito fundamental em um plano geral e abstrato (garantia objetiva) ou impede que o conteúdo essencial do direito seja afetado no caso concreto (garantia subjetiva). A interpretação objetiva da cláusula do conteúdo mínimo significaria apenas uma garantia genérica para a sociedade, mas não impediria que um indivíduo específico fosse colocado à margem do direito fundamental em jogo. Já a interpretação subjetiva garante o conteúdo mínimo do direito para o indivíduo.

O autor se filia ao segundo entendimento, ao afirmar que, como os direitos fundamentais são primariamente posições do indivíduo, o limite para a sua restrição também está vinculado a posições individuais. Por isso, Alexy concorda com a conclusão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de que a garantia do conteúdo essencial está vinculada a posições individuais.<sup>266</sup>

As teorias subjetivas do conteúdo essencial dos direitos podem ser absolutas ou relativas. Enquanto as primeiras (absolutas) baseiam-se na ideia de um núcleo duro, as teorias relativas buscam o conteúdo essencial por meio da ponderação, o que o torna flexível. O Tribunal Constitucional Alemão tem diversos precedentes favoráveis à restrição de direitos fundamentais, “*contanto que não prejudiquem o núcleo intangível da conformação da vida privada*”.<sup>267</sup> Fala-se de um limite extremo ou em últimos âmbitos intangíveis.<sup>268</sup> Mas a mesma corte tem vários precedentes favoráveis à teoria relativa, nos quais

---

<sup>264</sup> *Ibid.*

<sup>265</sup> O art. 19 da Lei Fundamental de Bonn admite a possibilidade de restrição dos direitos fundamentais, mas afirma no §2º: “*Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial.*”

<sup>266</sup> ALEXY, *op. cit.* (Teoria...), p. 287.

<sup>267</sup> BVerfGE 34, 238. In: MARTINS, (Cinquenta...), *op. cit.*, p. 197.

<sup>268</sup> ALEXY, *op. cit.* (Teoria...), p. 289.

sustenta que uma intervenção intensa em um direito fundamental é possível por razões de peso (ponderação).<sup>269</sup>

Analisando as duas formas de pensamento, Alexy sustenta que as teorias absolutas nada mais fazem do que afirmar a inexistência de razões superiores à preservação do conteúdo essencial. Mas, ao agirem desse modo, estão, na realidade, adotando uma postura relativa, pois ponderam os princípios que embasam a restrição e aqueles que dão origem ao direito restringido, concluindo que existem situações nas quais é possível afirmar, com grande segurança, que nenhum princípio oposto prevalecerá sobre direito fundamental. Nesses casos, a segurança da proteção é tão grande, que, em circunstâncias normais, vislumbra-se uma proteção absoluta, principalmente porque, quanto mais se restringe um princípio, mais resistente ele se torna.<sup>270</sup> Porém, não se pode perder de vista que a fundamentação dessa proteção baseia-se no critério relativista, motivo pelo qual, em um caso extremo, é possível vislumbrar que princípios opostos se sobreponham.<sup>271 272</sup>

Construída a ideia de direitos fundamentais como princípios, cujo núcleo essencial, revelado por meio de ponderação, é irrestringível e protege posições individuais, passa-se à análise dos direitos sociais, a fim de verificar a existência de sua fundamentalidade. Os assuntos estão interligados, pois identificar quais direitos sociais o indivíduo possui definitivamente é uma questão de ponderação entre princípios: liberdade fática, competência do legislador democraticamente legitimado, separação de poderes, liberdade jurídica de outras pessoas e outros direitos fundamentais sociais e bens coletivos.<sup>273</sup>

Nesse ponto, é importante destacar a importância que Alexy concede à liberdade fática, quando afirma que a sua garantia também é objeto dos direitos fundamentais. Para sustentar essa posição são apresentados dois argumentos:

---

<sup>269</sup> *Ibid.*

<sup>270</sup> O autor enuncia o princípio da proporcionalidade em sentido estrito com as seguintes palavras: “*Quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam.*” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 68.

<sup>271</sup> ALEXY, *op. cit.* (Teoria...), p. 290-291.

<sup>272</sup> Em outra obra, porém, Alexy sustenta que a teoria dos princípios não descarta a possibilidade de haver regras no catálogo de direitos fundamentais, à medida que efetuam *fixações definitivas*. Segundo o autor, a teoria dos princípios admite os dois tipos normativos no catálogo dos direitos fundamentais (regras e princípios). A ela seria oposta a teoria das regras, que apenas admitiriam regras no mencionado catálogo. ALEXY, *op. cit.* (Constitucionalismo...), p. 64-65.

<sup>273</sup> ALEXY, *op. cit.* (Teoria...), p. 494.

primeiro, para o indivíduo, tem importância existencial o não viver abaixo do nível de uma existência mínima, o não estar condenado a um permanente não fazer nada, bem como não ficar excluído da vida cultural de sua época. Se a pessoa vive nessas situações deficitárias, de nada serve a liberdade jurídica, que se converte em fórmula vazia.<sup>274</sup> O segundo argumento consiste no fato de o catálogo de direitos fundamentais expressar princípios que exigem que o indivíduo possa desenvolver-se livre e dignamente na comunidade social, o que pressupõe uma medida de liberdade fática.<sup>275</sup> Aproveitando as palavras de Peter Häberle, Alexy afirma que os direitos fundamentais são normas não apenas do poder fazer jurídico, mas também do poder atuar realmente.<sup>276</sup>

Apesar da grande importância conferida pelo autor à liberdade fática, também é reconhecida a importância dos princípios opostos. A grande dificuldade de se definir o conteúdo dos direitos fundamentais sociais torna pesada a missão de definir pautas capazes de fundamentar uma decisão jurídica sobre o assunto, que se deslocaria para o campo da política. Como consequência, tendo em conta os princípios democrático e da separação de poderes, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais não competiria aos tribunais, mas ao legislador.<sup>277</sup> Outrossim, também podem se opor à fundamentalidade dos direitos sociais outros princípios materiais ou interesses coletivos que com eles colidam.<sup>278</sup>

Ponderando os princípios em jogo, Alexy conclui que uma posição de prestação jurídica está definitivamente garantida jusfundamentalmente se: (a) houver uma exigência muito urgente do princípio da liberdade fática; (b) os princípios da separação de poderes e da democracia e os princípios materiais opostos são afetados de modo reduzido.<sup>279</sup>

Em síntese, para Alexy nem todos os direitos sociais serão fundamentais, apenas aqueles que são essenciais para a garantia da liberdade fática e que não ofereçam restrição exagerada aos princípios democrático e da separação de poderes. Um rol mínimo desses direitos é representado pelos direitos sociais

---

<sup>274</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>275</sup> *Ibid.*, p. 489.

<sup>276</sup> *Ibid.*

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 490-491.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 492-493.

<sup>279</sup> *Ibid.*, p. 495.

mínimos: mínimo vital, moradia simples, educação básica, formação profissional e assistência médica mínima. É possível concluir, portanto, que esse é o conteúdo do mínimo existencial na obra do autor germânico.

### 7.1.3 Ricardo Lobo Torres: cidadania multidimensional e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Também para Ricardo Lobo Torres o mínimo existencial relaciona-se com a liberdade. Seu pensamento está vinculado à ideia de cidadania como o *status* de pertencer à comunidade, “*que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres*”.<sup>280</sup> Esse *status* qualifica o indivíduo em sua relação com o Estado, apresentando-se em quatro dimensões: *status negativus*, *status positivus libertatis*, *status positivus socialis* e *status ativus processualis*.<sup>281 282</sup>

A ideia de cidadania como *status* tem inspiração em Jellinek<sup>283</sup> e recebe a influência de Härbele<sup>284</sup>, Isensse<sup>285</sup>, Hesse<sup>286</sup> e Alexy<sup>287</sup>. Ricardo Lobo Torres, porém, a sistematiza de forma própria e mais racional, para trabalhar com os quatro *status* adrede mencionados.

<sup>280</sup> TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional da era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 251.

<sup>281</sup> *Ibid.*, p. 256.

<sup>282</sup> Note-se que o autor não se vincula a uma teoria contratualista, optando pela ideia de *status*. “*A explicação fundada no contrato, ou melhor, na relação jurídica contratual entre o cidadão e o Estado, encontra duas objeções de monta: a cidadania não cria vínculos jurídicos apenas entre o cidadão e o Estado, mas também entre os próprios cidadãos, em virtude da eficácia contra terceiros que os direitos fundamentais exibem; a relação entre direitos e deveres do cidadão e do Estado é assimétrica, como veremos, o que prejudica a ideia de relação contratual, que é sinalagmática essencialmente. A fundamentação no status permite elaborar um conceito verdadeiramente prescritivo de cidadania, e não simplesmente descritivo à moda da sociologia.*” In *Ibid.*, p. 254. Em outra obra, porém, Ricardo Lobo Torres afirma que “*a legitimação passa fundar-se no neocontratualismo e na afirmação procedimental da liberdade, da justiça e da segurança jurídica, o que postula a intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade, entre outros*”. In TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 511.

<sup>283</sup> Jellinek classifica os direitos subjetivos públicos em quatro *status*: *status subiectionis*, *status libertatis*, *status civitatis*, *status activae civitatis*. Como leciona Ricardo Lobo Torres: “*Os status exibem, respectivamente, os aspectos passivo, negativo, positivo e ativo. Conclui Jellinek: ‘prestações ao Estado, liberdade frente ao Estado, pretensão contra o Estado, prestação por conta do Estado são os pontos de vista dos quais pode ser considerada a situação do direito público do indivíduo’.*” In TORRES, *op. cit.* (A cidadania...), p. 255.

<sup>284</sup> “*Härbele defende a ideia do status ativus processualis, para determinar o processo de concretização dos direitos fundamentais.*” *Ibid.*

<sup>285</sup> “*Isensse estabelece com maestria a diferença entre o status positivus libertatis e o status positivus socialis.*” *Ibid.*

<sup>286</sup> “*Hesse fala do status constitucional do indivíduo (verfassungsrechtliche status des Einzelnen), que reflete o duplo caráter subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais.*” *Ibid.*, p. 255-256.

<sup>287</sup> “*Alexy salienta a necessidade da inclusão de aspectos materiais ao lado dos formais e afirma que o problema do conteúdo do status negativo se resolve com a introdução do conceito de ‘status negativo jusfundamental’...*” *Ibid.*, p. 256.

Para o autor, a fundamentalidade dos direitos é extraída da liberdade que, em razão de suas características existenciais, revela-se o valor fundamental da pessoa humana.<sup>288</sup> Por isso, neste tópico interessam especialmente os direitos relacionados aos dois primeiros *status* (*status negativus* e *status positivus libertatis*), pois concretizam a liberdade e, por isso, têm caráter fundamental.

O *status negativus* espelha os direitos tradicionais da liberdade, que correspondem ao poder de autodeterminação do indivíduo, sem constrangimentos estatais indevidos.<sup>289</sup> A liberdade formal, ou negativa, representada pela legalidade (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei – CRFB, art. 5º, II), protege o indivíduo contra o Estado e integra as condições existenciais mínimas dos cidadãos.

Mas a “não interferência” na esfera jurídica individual não é suficiente para a garantia da liberdade efetiva. Muitas vezes, a ameaça à liberdade tem origem em elementos exteriores à organização estatal e, por isso, surge a necessidade de proteger o indivíduo contra contingências sociais impeditivas da fruição de uma vida livre. Em outras palavras, além da “liberdade de”, faz-se mister garantir a “liberdade para”.<sup>290 291</sup>

Surge, assim, o *status positivus libertatis*, que corresponde ao direito às condições da liberdade<sup>292</sup> e também é integrado pelo mínimo existencial. Existe, portanto, uma proteção positiva do *status libertatis*, a ser materializada por meio da entrega de prestações de serviço público (como prestação jurisdicional, educação primária e saúde pública), pelo fornecimento de subvenções e auxílios financeiros a entidades filantrópicas ou mesmo pela entrega de bens públicos (como roupas, alimentos e remédios).<sup>293</sup>

---

<sup>288</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direitos constitucional financeiro e tributário*. Volume V. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 165.

<sup>289</sup> TORRES, *op. cit.*, (A cidadania...), p. 265.

<sup>290</sup> *Id.*, p. 260-261.

<sup>291</sup> “A liberdade ‘para’ encontra sucedâneo na ideia de condições da liberdade, que são garantias mínimas exigidas para que possa florescer a liberdade. (...) A liberdade para ou as condições da liberdade são conceitos próximos ao de igualdade de chances ou de oportunidades, que é igualdade na liberdade.” In TORRES, *op. cit.* (Cidadania...), p. 262-263.

<sup>292</sup> TORRES, *op. cit.*, (A cidadania...), p. 268.

<sup>293</sup> *Ibid.*

Para Ricardo Lobo Torres, portanto, o mínimo existencial é composto não só pelas condições para a sobrevivência do ser humano, mas também pela liberdade e pelas condições para o exercício dessa liberdade.

Ao se falar em condições da liberdade, percebe-se que o mínimo existencial está diretamente relacionado à pobreza. Afinal, nos casos em que se apresenta a pobreza absoluta essas condições estarão ausentes. Por isso, a missão de eliminar a pobreza absoluta deve ser cumprida obrigatoriamente pelo Estado, pois nesses casos está em jogo o mínimo necessário à vida, colocando em risco as condições iniciais da liberdade.<sup>294</sup> É pressuposto de um Estado Democrático de Direito a garantia do mínimo existencial para todos os cidadãos.<sup>295</sup>

Diferentemente, no que tange ao combate à pobreza relativa, sua realização ocorre de acordo com as possibilidades sociais e orçamentárias, de acordo com as opções políticas da maioria. Enquanto o mínimo existencial é condição para a liberdade e, por isso, adquire fundamentalidade, o combate à pobreza relativa e os demais direitos sociais se afastam da temática da liberdade, para integrarem o *status positivus socialis*, cujo objetivo é aperfeiçoar o Estado Social de Direito.<sup>296</sup>

Porém, é necessário destacar que, como inexistente a definição apriorística de pobreza absoluta, diante da sua variação no tempo e no espaço, fica evidente que o mínimo existencial também não tem conteúdo específico.<sup>297</sup> <sup>298</sup> Ao contrário, abrange todos os direitos considerados em sua dimensão essencial e inalienável (núcleo essencial), ainda que originariamente não fundamentais.<sup>299</sup> Aliás, sequer possui dicção constitucional própria, sendo extraído da ideia de liberdade, dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade, do

---

<sup>294</sup> TORRES, *op. cit.*, (Tratado...), p. 173.

<sup>295</sup> Mas, o Estado apenas tem o dever de garantir o mínimo existencial quando o indivíduo não tem condições de obtê-lo por meios próprios. Daí o caráter subsidiário da obrigação estatal. Cf. *Id.*, p. 174.

<sup>296</sup> TORRES, *op. cit.*, (A cidadania...), p. 296.

<sup>297</sup> TORRES, *op. cit.*, (Tratado...), p. 173.

<sup>298</sup> “Os direitos fundamentais e o mínimo existencial, especialmente nos países em desenvolvimento, têm uma extensão maior do que nas nações ricas, pela necessidade da proteção estatal aos bens essenciais à sobrevivência das populações miseráveis. As imunidades e os privilégios dos pobres e suas pretensões à assistência social requerem a interpretação extensiva. Embora paradoxal, o mínimo existencial protege pobres e ricos dentro do limite necessário à defesa da liberdade.” In TORRES, *op. cit.*, (O mínimo existencial...), p. 315.

<sup>299</sup> TORRES, *op. cit.*, (A cidadania...), p. 266-267.

devido processo legal e da livre iniciativa, da Declaração dos Direitos Humanos e das imunidades e privilégios dos cidadãos.<sup>300</sup>

O fato é que, para o autor, o mínimo existencial<sup>301</sup> é orientado pela ideia de liberdade, enquanto os direitos sociais, baseados no conceito de máxima utilidade, inspiram-se nas ideias de justiça e redistribuição de rendas, permanecendo entre ambos um campo de indefinição.<sup>302</sup> Porém, é possível afirmar que, sendo o mínimo existencial o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é integrado pelos direitos fundamentais originários (direitos de liberdade), bem como pelos direitos sociais fundamentais, que são aqueles que constituem as condições da liberdade.<sup>303</sup>

Por isso, segundo Ricardo Lobo Torres, a definição do conteúdo do mínimo existencial depende da identificação do núcleo essencial dos direitos fundamentais originários (direitos da liberdade) e dos direitos fundamentais sociais (condições da liberdade).<sup>304</sup> Essa identificação ocorre por meio de um processo de ponderação que, uma vez concluído, revelará os conteúdos essenciais desses direitos, os quais constituirão um limite intransponível, dentro do qual restará preservado o mínimo existencial.<sup>305</sup>

Em outras palavras, para se chegar ao conteúdo do mínimo existencial é necessário, com base na ponderação e na razoabilidade – princípios de legitimação de todos os outros princípios constitucionais,<sup>306</sup> identificar os núcleos essenciais dos direitos fundamentais originários e dos direitos fundamentais sociais. O mínimo existencial consistirá no conjunto desses núcleos essenciais.

#### 7.1.4 Antonio Enrique de Pérez Luño e as dimensões da igualdade

Antonio Enrique de Pérez Luño oferece uma perspectiva distinta, ao defender a ideia de que os direitos humanos econômicos, culturais e sociais,

---

<sup>300</sup> TORRES, *op. cit.*, (O mínimo existencial...), p. 314.

<sup>301</sup> O mínimo existencial apresenta-se como direito subjetivo do cidadão, mas também tem um aspecto objetivo, como norma de declaração de direito fundamental. Cf. *Id.*, p. 315.

<sup>302</sup> *Ibid.*, p. 314.

<sup>303</sup> *Ibid.*, p. 315.

<sup>304</sup> *Ibid.*

<sup>305</sup> *Ibid.*, p. 318-319.

<sup>306</sup> TORRES, *op. cit.*, (A legitimação...), p. 502.

dos quais é extraído o conteúdo do mínimo existencial, fundamentam-se no valor igualdade e não dependem de sua vinculação à liberdade para justificarem-se. Desse modo, é desnecessário buscar as ideias libertárias para fundamentar a existência de direitos sociais, mesmo os fundamentais. Como consequência do pensamento do autor espanhol, é possível chegar-se ao conteúdo do mínimo existencial com base exclusivamente nas exigências igualitárias.

O raciocínio estabelece-se com fulcro em interessante debate sobre a igualdade, no qual são analisadas as diferentes dimensões da igualdade formal e da igualdade material. O autor parte da premissa de que, apesar do termo “igualdade” admitir diversos significados, muitas vezes antagônicos,<sup>307</sup> ainda assim, é possível desenvolver uma ideia inicial básica sobre seu conteúdo.

De um ponto de vista lógico, igualdade corresponde à coincidência ou à equivalência parcial entre diferentes entes. Com isso o conceito se distancia da identidade, que significa uma coincidência absoluta de um ente com ele mesmo, e da semelhança, que traduz mera afinidade entre diferentes entes.<sup>308</sup> Outrossim, também é possível aferir que a análise da igualdade dependerá de processos relacionais e comparativos, nos quais se possa observar as equivalências e diferenças entre os que buscam se igualar.<sup>309</sup>

Abordando a igualdade formal, o autor a conceitua como exigência jurídico-política sintetizada no princípio da igualdade perante a lei,<sup>310</sup> o que pressupõe a existência de um mesmo estatuto jurídico para todos os cidadãos. Como corolário, o aspecto formal manifesta um duplo significado, consubstanciado no tratamento paritário tanto na legislação, quanto na aplicação do direito.<sup>311</sup> Destaca Perez Luño que a igualdade formal é uma constante na história do constitucionalismo liberal, em razão do mútuo condicionamento entre este princípio e o dogma da soberania popular.<sup>312</sup> Afinal, só é possível falar-se de lei como produto da vontade geral se todos

---

<sup>307</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2ª Ed. Madrid: Dykinson, 2007, p. 16-17.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>309</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>311</sup> *Ibid.*

<sup>312</sup> *Ibid.*, p. 20

puderem concorrer em igualdade de condições para a sua elaboração.<sup>313</sup> Por outro lado, a igualdade perante a lei pressupõe a noção de soberania popular como princípio imediato de legitimação.<sup>314</sup>

Os dois significados do princípio da igualdade formal conduzem à sua manifestação como exigência de generalidade, de equiparação e de diferenciação.

A igualdade perante a lei como exigência de generalidade significa que todos os cidadãos devem estar submetidos às mesmas normas e tribunais, identificando-se com as exigências de generalidade e abstração, bem como obstando qualquer forma de arbitrariedade legislativa.<sup>315</sup> A generalidade exige, portanto, o tratamento igual para os iguais.

Ao se analisar a igualdade perante a lei como exigência de equiparação, percebe-se que, enquanto a generalidade exige um tratamento igual para as situações consideradas iguais, a equiparação exigirá o tratamento igual para circunstâncias ou situações não coincidentes, desde que as diferenças sejam consideradas irrelevantes para o exercício do direito ou a aplicação de uma norma.<sup>316</sup> Assim, equiparam-se cidadãos desiguais de fato, para considerá-los iguais no plano jurídico. Afinal, a igualdade não ocorre na realidade, pois é sempre uma abstração de uma desigualdade existente.<sup>317</sup> Porém, importa estar atento ao critério da relevância racional das diferenças, a fim “*de não equiparar arbitrariamente aquelas coisas entre as quais se dão diferenças relevantes ou, ao contrário, de não estabelecer discriminações entre aquelas cujas divergências devam considerar-se irrelevantes*”.<sup>318</sup>

Já a igualdade perante a lei como exigência de diferenciação afirma que a igualdade formal não pode ser considerada em sentido estático, mas dinâmico, o que significa que haverá hipóteses capazes de justificar a desigualdade de tratamento, complementando-se, desse modo, a generalidade e

---

<sup>313</sup> *Ibid.*

<sup>314</sup> *Ibid.*

<sup>315</sup> *Ibid.*, p. 22-23.

<sup>316</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>317</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 26. Tradução livre.

a equiparação. Em realidade, a diferenciação exerce perante o legislador o mesmo papel que a equidade perante o aplicador da norma<sup>319</sup>.

Não se pode olvidar, ainda da igualdade perante a lei como exigência de regularidade do procedimento, pois todos os cidadãos estarão sujeitos aos mesmos procedimentos de aplicação das normas. Trata-se de uma relevante dimensão da igualdade formal, pois o procedimento afirma-se como instrumento de legitimação das normas. Na realidade, a igualdade de procedimento não corresponde a uma igualdade natural ou moral, mas a um princípio de imparcialidade que exige a desconsideração das diferenças, com exceção daquelas consideradas racionalmente relevantes.<sup>320</sup> Afirma Perez Luño:

É o instrumento adequado para a instauração de uma dignidade formal entre os homens. Para a igualdade ante o procedimento, carece de relevância o fato de os homens serem iguais por natureza ou por outras causas. São tratados como se fossem iguais, do mesmo modo que poderiam ser tratados desigualmente, se lhes fosse aplicado o princípio da desigualdade funcional. A igualdade ante o procedimento pode, portanto, prescindir da legitimação de um direito natural que parta da igualdade de todos os homens por natureza. Deste modo, o direito positivo que se legitima como procedimento se identifica com o princípio da igualdade formal.<sup>321</sup>

O autor associa a justiça procedimental pura de Rawls com o princípio da igualdade perante a lei, correspondente à imparcialidade do procedimento. Alerta, entretanto, que a igualdade não pode se esgotar em seu aspecto formal (perante a lei), sendo necessário considerar-se as duas dimensões extraídas do aspecto material. Assim, a justiça procedimental pura apenas seria justa em um contexto de instituições sociais, políticas e econômicas justas. Quando a conjuntura não se apresenta com essas características, faz-se mister a aplicação de mecanismos capazes de promover a igualdade material.<sup>322</sup>

Inferre-se, desse modo, que, assim como as diversas dimensões da igualdade perante a lei não se apresentam como conteúdos estanques, os aspectos formal e material são meras dimensões da igualdade, que se completam e interconectam. Isso porque, mesmo para a aplicação da igualdade perante a lei é necessário atentar para os aspectos reais do caso, a fim de se garantir a generalidade, a equiparação e a diferenciação. Destarte, a aplicação

---

<sup>319</sup> *Ibid.*

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 36.

desses postulados está relacionada com opções valorativas vinculadas à igualdade material<sup>323</sup>. Isso significa que, por um lado, a igualdade formal não pode desconectar-se das opções políticas, econômicas e sociais. Mas, por outro, a dimensão material não pode promover seu programa de equilíbrio na distribuição de oportunidades e bens sem contar com as condições formais que, em um Estado de Direito, garantem os cidadãos contra os abusos de quem desempenha o poder.<sup>324</sup>

É necessário, portanto, investigar quais são as dimensões da igualdade material. Para tanto, inicia-se com a constatação de que o esforço para a promoção da igualdade de bens e meios materiais de existência é uma preocupação constante desde o término da 2ª Guerra Mundial e assume características próprias de acordo com opções políticas, econômicas e sociais de cada país. Nos povos fortemente inspirados pelo socialismo, a prioridade da igualdade material legitima o sacrifício de liberdades, enquanto nas democracias pluralistas procura-se, teoricamente, o equilíbrio dos dois valores, apesar de, na prática, a redução das desigualdades depender da vontade das forças políticas dominantes. Mas o fato é que as democracias ocidentais perceberam que a luta pela emancipação humana exigia a complementação da democracia política pela democracia econômica, buscando a união entre Kant e Marx.<sup>325</sup>

Pérez Luño alerta, entretanto, que hoje se está diante de uma crise do movimento igualitário, com múltipla motivação: (a) no plano econômico, há um aumento das ideias neoliberais conservadoras, que consideram qualquer avanço igualitário uma redução da liberdade, geradora de um gasto público insustentável; (b) no plano filosófico, a “nouvelle philosophie” combate o ideal igualitário e sustenta a existência de uma elite aristocrática, que merece tratamento diferenciado, pois formará os “maestros pensadores”; (c) no plano político, o argumento central é a impossibilidade de se concretizar o igualitarismo, diante da enorme complexidade social; e (d) no plano sociológico-jurídico, Niklas Luhmann defende que a igualdade responda aos requisitos

---

<sup>323</sup> Buscando amparo em Alexy, Pérez Luño afirma que é inevitável a decantação de alguns aspectos da igualdade formal (igualdade de iure) até a igualdade material (igualdade de fato), sendo necessária a solução das tensões entre esses dois aspectos do princípio. *Ibid.*, p. 37.

<sup>324</sup> *Ibid.*, 36-38.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p.39- 41.

funcionais de uma sociedade complexa, que deve manter o princípio da diferenciação.<sup>326</sup>

Pérez Luño defende a igualdade material como um valor fundamental, rebatendo as críticas ao pensamento anti-igualitário<sup>327</sup> adrede descritas.

Em primeiro lugar, afirma que o argumento da incompatibilidade entre os valores de liberdade de igualdade revela uma concepção individualista, que compromete o próprio significado de liberdade.<sup>328</sup> Na verdade, a dimensão jurídico-política da liberdade “em si mesma” (Selbst-Freiheit) deve completar-se com a referência à liberdade dos demais (liberdade “com” – Mit-Freiheit), o que promove a superação da fratura entre liberdade e igualdade.<sup>329</sup> Desse modo, a liberdade perde sua conotação individualista na medida em que deixa de ser privilégio exclusivo de alguns, para exigir a participação inclusiva de todos.<sup>330</sup>

Destaca o autor espanhol, ainda, que os direitos humanos econômicos, culturais e sociais, tidos como complementares às liberdades tradicionais, devem sua gênese às aspirações igualitárias e, por isso, carecem de sentido as teses que buscam fundamentá-los em meras exigências de liberdade. Os direitos sociais, como especificações da igualdade, possuem um fundamento tão solidamente vinculado aos valores jusnaturalistas como os direitos derivados da liberdade.<sup>331</sup>

Aliás, a equiparação entre justiça e igualdade tem sido uma constante entre as doutrinas jusnaturalistas que pautam sua concepção de justiça material na igualdade natural do gênero humano. Porém, não é possível ignorar as enormes diferenças existentes entre os homens, o que leva o autor, baseado na ideia de Emil Brunner – para quem o tratamento igual implica sempre em uma violenta abstração – a afirmar que “*a igualdade não incorpora um postulado lógico, nem uma experiência fática, mas ‘sim constitui um dever ético’*”.<sup>332</sup> Esse “paradoxo da igualdade” indica que a diretriz igualitária é, na realidade, uma contra-regra à regra empírica da desigualdade entre os homens.<sup>333</sup>

---

<sup>326</sup> *Ibid.*, p. 41-42.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>329</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 71.

<sup>332</sup> *Ibid.*, p. 78-79. Tradução livre.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 79.

Pérez Luño afirma que esse paradoxo foi vislumbrado por Jean-Jacques Rousseau, em seu Contrato Social, o que converteu a igualdade, nas dimensões material e formal, em uma categoria transcendente e imanente dos ordenamentos jurídicos modernos. Transcendente, porque a igualdade material transforma-se em um objetivo a ser alcançado por meio do direito. Dessarte, mesmo desiguais em força e inteligência, os homens se igualam por convenção do direito. Haveria a “igualdade através da lei” (“Gleichheit durch das Gesetz”), diferente do postulado “igualdade perante a lei” (“Gleichheit vor das Gesetz”). A lei opera como instrumento transformador da realidade e promove os objetivos igualitários nas esferas política, social, econômica e cultural.<sup>334</sup>

Além de transcendente, a igualdade também seria imanente, pois para Rousseau a dimensão formal da igualdade, por meio da ideia da vontade geral, converte-se em requisito básico do conceito de lei e alcança tanto o legislador, quanto o destinatário da norma. A vontade geral traduz-se na participação necessária de todo o povo, sem exclusão, do processo de formação da lei, com o objetivo de garantir a imparcialidade da lei frente a qualquer ameaça de favorecimento ou de arbitrariedade. Desse modo, a possibilidade de todos os cidadãos concorrerem em condições de igualdade para a formação da lei representa uma garantia da liberdade.<sup>335</sup>

O professor espanhol concorda com Gustav Radbruch quando este afirma que justiça significa igualdade e a igualdade exige universalidade do preceito jurídico. Por isso critica Kelsen por ter invertido esta lógica ao acentuar o significado imanente da igualdade nos sistemas jurídicos, afirmando que a generalidade da lei não é um corolário da justiça e da igualdade formais, mas, ao contrário, estas são consequências lógicas do caráter geral das normas.<sup>336</sup>

Mas é evidente que a promoção da igualdade material não é fácil. Certamente o caminho para alcançá-la é longo e repleto de obstáculos, todavia, conclui Pérez Luño, muitas conquistas igualitárias que pareciam utópicas, tornaram-se tangíveis na atual realidade sócio-política. Na verdade, ainda que não se vislumbre a possibilidade imediata da conquista da igualdade de resultados, é possível se aproximar dessa meta por meio da construção de uma

---

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 79-80.

<sup>335</sup> *Ibid.*, p. 80-81.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p. 82.

igualdade de oportunidades. Em outras palavras, o autor enxerga no princípio da igualdade de oportunidades um passo de grande relevância na jornada rumo à concretização da dimensão material da igualdade.<sup>337</sup>

Neste ponto, é válido destacar que a aproximação dos conceitos de igualdade e justiça faz com que a temática da igualdade material apresente traços comuns com as teorias da justiça distributiva e da teoria da justiça social.<sup>338</sup> Por isso, as diferentes teorias de justiça provocarão distintas percepções sobre o significado da igualdade de oportunidades.

A assertiva é confirmada pela controvérsia entre as tendências liberais e democráticas. Enquanto a primeira sustenta que o princípio da igualdade de oportunidades corresponde à igualdade no gozo da liberdade, a segunda afirma a necessidade de garantia de resultados igualitários do exercício da liberdade, pensando o indigitado princípio como a possibilidade de qualquer membro da sociedade, independentemente de nascimento, ocupação ou posição social, ter iguais oportunidades de desenvolver suas aptidões naturais, no plano físico ou intelectual. Para as tendências democráticas, portanto, o meio social não deve atuar como fator discriminatório do pleno desenvolvimento das capacidades pessoais.<sup>339</sup>

O autor busca o pensamento de Rawls para distinguir quatro atitudes sobre a igualdade de oportunidades: (a) sistema de liberdade natural, que pressupõe que todos tenham formalmente os mesmos direitos, sem qualquer consideração sobre diferenças materiais; (b) sistema liberal, que acrescenta à igualdade formal de oportunidades a ideia de que aqueles com capacidades similares deveriam ter perspectivas de vida similares; (c) aristocracia natural, segundo a qual deve-se deixar a distribuição dos bens ao arbítrio das condições sociais e naturais; e (d) sistema democrático, que consiste na combinação da justa e equitativa igualdade de oportunidades com o princípio da diferença. Este último (sistema democrático) é adotado por Rawls e poderia definir-se como uma acepção dinâmica do princípio da igualdade de oportunidades,

---

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 62.

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 62-63.

tendente a garantir e tornar compatíveis a liberdade de exercício das capacidades naturais e a garantia de uma certa igualdade de resultados.<sup>340</sup>

Partindo do ponto de vista de Rawls, a doutrina jurídica dos países socialistas defenderia um sistema de igualdade de resultados (igualdade cívica), pois a igualdade de oportunidades seria uma exigência do dever social do trabalho para todos os membros da comunidade, uma vez que assegura iguais oportunidades de participação no processo produtivo e na vida social de acordo com as capacidades de cada um e com os rendimentos do trabalho em função de sua qualidade e quantidade.<sup>341</sup>

Pérez Luño afirma que, apesar da virtude de tornar compatível o princípio da diferenciação com a possibilidade de otimização das capacidades pessoais, a proposta da Rawls não pode ser considerada adequada. O autor espanhol discorda da premissa de *Uma Teoria de Justiça*, ao considerar equivocada a construção de um raciocínio pautado em uma posição original que jamais existiu, pois considera inimaginável e sem sentido um esforço teórico iniciado da ideia do véu da ignorância. Ademais, o princípio da diferença admite as desigualdades econômico-sociais que redundem em maior expectativa de benefícios aos mais desfavorecidos, porém não esclarece o procedimento por meio do qual se estabelece o que será considerado como favorável aos desfavorecidos e quem fará esse julgamento. Afirma, ainda, que os princípios da justiça, de Rawls, dirigidos a possibilitar uma igualdade na distribuição dos bens, esbarra na íntima e necessária dependência entre a distribuição e o processo produtivo. Por fim, toda a teoria de Rawls parece pensada para uma sociedade de crescimento ilimitado, em que o aumento global da produtividade pode gerar benefício para todos, o que não é uma postura realista.<sup>342 343</sup>

As críticas à justiça procedimental pura, que não se preocupa com o resultado, mas apenas com o procedimento, pode ser relacionada com a unidade radical dos valores jurídicos. Cada um desses valores se associa a disciplinas não jurídicas: a igualdade encontra sentido no âmbito da lógica; a liberdade

---

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 63-64.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 64-65.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 66-67.

<sup>343</sup> O autor também dirige sérias críticas à justificação teórica do sistema igualitário implantado nos países socialistas, pois não se justificam as formas despóticas de igualitarismo, que, além de não garantirem a liberdade e a igualdade democráticas, privam as massas da liberdade e da igualdade formais. Cf. *Ibid.*

vincula-se a postulados políticos; a dignidade remete a instâncias éticas; e a solidariedade possui uma dimensão psicológica. Todavia, todos esses valores, especialmente a igualdade e a solidariedade formam uma unidade comparável com a chama advinda da união de duas velas, que podem ser separadas, mas, quando juntas, formam uma única chama.<sup>344</sup>

Por isso, não é suficiente a preocupação com as regras do procedimento. Faz-se mister uma preocupação mínima com os resultados, que pode ser traduzida no cuidado com a garantia de oportunidades iguais para todos, mesmo quando garantidas por ações positivas (ou ações de solidariedade), destinadas a assegurar a igualdade real dos cidadãos.

Todavia, não se pode ultrapassar esse limite, pois não é admissível a discriminação positiva, consistente na derrogação das garantias da igualdade formal em nome das exigências da igualdade material. Não se trata de um mero oferecimento de igualdade de oportunidades, mas a promoção diretamente pelo Estado da igualdade de resultados. Sua inconsistência decorre do fato de a discriminação favorável às minorias provocar novas discriminações negativas contra terceiros. Em outras palavras, a discriminação inversa e positiva para determinadas minorias não pode traduzir-se em discriminação direta e negativa para as maiorias.<sup>345</sup>

Por isso, o papel do Estado não se resume à garantia de uma justiça procedimental pura, mas também não alcança a promoção da igualdade de resultados. Sua função é oferecer uma igualdade de oportunidades, concretizada por meio da fixação de um sistema fiscal avançado, capaz de permitir a redistribuição equitativa da riqueza, bem como da criação dos serviços públicos ou prestações que permitam equiparar a todos os cidadãos no desfrute de condições econômicas, sociais e educativas que impeçam situações de domínio.<sup>346</sup> Uma vez oferecida essa igualdade de condições e oportunidades básicas, como ponto de partida, as respectivas situações na sociedade devem ser decididas pelas capacidades e os méritos dos cidadãos.<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 121-123.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 115-117.

<sup>346</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>347</sup> O autor exemplifica a aplicação do critério: “... uma vez garantida a gratuidade do ensino primário e criado um eficaz sistema de bolsas para o secundário e superior, não parece legítimo estabelecer privilégios para o ingresso nas Universidades públicas ou para o acesso a cargos públicos.” *Ibid.* Tradução livre.

O conteúdo do mínimo existencial na obra de Pérez Luño é integrado, portanto, pelos serviços públicos e prestações que garantam as oportunidades básicas e a igualdade de oportunidades, por meio do oferecimento das condições econômicas, sociais e educativas impeditivas das situações de domínio.<sup>348</sup>

Observa-se desse modo que, embora fundamentando-se na igualdade, a teoria de Pérez Luño conduz a um resultado semelhante ao defendido pelos autores libertários analisados (Rawls, Alexy e Torres), identificando o mínimo existencial com os elementos necessários ao atendimento às oportunidades básicas e à igualdade de oportunidades.

#### 7.1.5 Liborio L. Hierro e a teoria das necessidades

O pensamento de Liborio Hierro, porém, oferece uma visão um pouco mais restritiva sobre o mínimo existencial, desvinculando-o de uma ampla igualdade de oportunidades e restringindo-o ao atendimento às necessidades básicas para o desenvolvimento do indivíduo como um agente moral.

Logo, apesar de basear-se na igualdade, prende-se a uma faceta ainda mais restrita desse princípio, correspondente a uma igualdade de direitos básicos. Trata-se de uma ideia diretamente relacionada à sua concepção sobre as diversas teorias da justiça. Sua premissa é que uma teoria da justiça liberal e procedimentalista necessariamente adota considerações que impõem limites ao procedimento e permitem classificar suas propostas como justas. Afinal, se o procedimento não atende ao requisito de igual consideração e respeito em relação a todos os participantes e às condições relativas à equidade procedimental, não há porque o indivíduo vincular-se ao seu resultado.<sup>349</sup>

Por isso, para o autor, a teoria dos direitos é capaz de oferecer uma solução adequada para a promoção da justiça, uma vez que, com o procedimento, garante a legitimidade, sem deixar de atender às exigências da equidade, por meio da garantia do atendimento aos direitos.<sup>350</sup> Buscando inspiração em Dworkin, o autor afirma que os direitos são anteriores ou

---

<sup>348</sup> Não se insere o sistema fiscal avançado no conceito de mínimo existencial, pois, apesar de sua total adequação e necessidade para a promoção da igualdade material, configura-se apenas um instrumento para viabilização dos serviços públicos e prestações que integram o conceito em análise.

<sup>349</sup> HIERRO, *op. cit.* (Justicia...), p. 91.

<sup>350</sup> *Ibid.*, p. 92.

externos aos procedimentos e expressam a igual dignidade moral das pessoas.<sup>351</sup> Em outras palavras, “*os direitos são as situações normativas positivas de uma pessoa cuja satisfação é necessária e suficiente para seu desenvolvimento como agente moral em um contexto normativo dado*”.<sup>352</sup>

A partir dessa definição de direitos, Hierro passa a vinculá-los à ideia de necessidades e sustenta que os direitos morais básicos, ao delimitarem o âmbito de viabilidade moral da pessoa como destinatária de uma ordem normativa, são considerados condições necessárias ao procedimento.<sup>353</sup> O autor busca demonstrar que a vinculação dos direitos às necessidades se aproxima do conceito de bens primários de Rawls, afirmando que as necessidades básicas correspondem às coisas e situações, bem como liberdades negativas e positivas que integram os bens primários e constituem condições necessárias ao desenvolvimento da pessoa como agente moral. Desse modo, todos os bens primários elencados por Rawls constituem necessidades dos cidadãos e correspondem a direitos subjetivos fundamentais.<sup>354</sup>

As necessidades e os correspondentes direitos vinculam-se, nas mais variadas teorias de justiça, à igualdade. A dúvida é: igualdade de quê? Há cinco respostas que tradicionalmente são oferecidas: (a) igualdade de bem-estar; (b) igualdade de recursos ou de bens primários; (c) igualdade de oportunidades para o bem-estar; (d) igualdade de capacidades; e (e) igualdade complexa. O autor, porém, descarta todas as alternativas, para afirmar que é requerida, tão somente, uma igualdade na satisfação das necessidades ou direitos básicos que permitem a todas as pessoas desenvolverem-se como agentes morais em um determinado contexto.<sup>355</sup> Como consequência, em razão das diferentes necessidades dos indivíduos, pode haver uma desigualdade de recursos para compensar desvantagens naturais ou sociais, mas não para igualar de modo absoluto todas as oportunidades das pessoas.<sup>356</sup>

Para a promoção de uma sociedade justa, é necessário atender às necessidades básicas, mesmo contrariando a eficiência. Porém, o que

---

<sup>351</sup> *Ibid.*

<sup>352</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>353</sup> *Ibid.*

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 94-95.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 96.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 94-95.

ultrapassar esse padrão mínimo, deve ficar submetido às exigências da eficiência.

Todavia, esse raciocínio exige cuidado. Afinal, caso se trabalhe com um mínimo absoluto (rígido, fixo), pode-se chegar à conclusão de que todo resultado que atenda às necessidades básicas é justo, ainda que extremamente desigual. Por isso, entre uma sociedade rica e outra pobre, se ambas tiverem satisfeito o mínimo existencial, não haveria diferença de justiça, mas só de riqueza. Todavia, segundo Hierro, essa conclusão é falsa, pois as porções proporcionais para satisfazer as necessidades mínimas não resolvem o problema da igualdade, uma vez que tais necessidades não se ajustam a um padrão fixo mínimo.<sup>357</sup> Ao contrário, elas dependerão em grande parte das possibilidades de ação individual no contexto social. A ideia chave é que as necessidades básicas representam aquilo que cada um poderia alcançar se fosse tratado com igual consideração e respeito.

Assim, para o autor, não há como fixar um mínimo absoluto, expresso em uma lista de objetos e atividades. O critério a ser adotado é o de um ótimo crítico, correspondente aos padrões mais recentes alcançados pelos grupos que gozam dos níveis mais elevados de satisfação das necessidades básicas. Afinal, tomando como premissa a igualdade moral das pessoas, todos os indivíduos devem ser erguidos até a posição dos mais favorecidos, por meio de redistribuição. Uma vez promovida a distribuição igualitária, abre-se campo para novos incrementos da riqueza, que, por sua vez, viabilizarão nova redistribuição. Trata-se de um movimento de igualdade-eficiência-igualdade-eficiência...<sup>358</sup>

Como conclusão, é possível afirmar que, para Hierro, o mínimo existencial corresponde às exigências de satisfação das necessidades básicas dos mais avantajados.

#### 7.1.6 Definição do conteúdo do mínimo existencial

Os objetivos dessa dissertação permitem dispensar a escolha entre liberdade e a igualdade como fundamento do mínimo existencial. Na realidade,

---

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 97-100.

<sup>358</sup> *Ibid.*, p. 101.

ao menos para os fins propostos neste estudo, é possível encontrar um ponto ótimo em que os dois princípios se combinem, para promover as condições mínimas necessárias à existência digna. Desse modo, podemos deixar de lado o confronto teórico entre as correntes libertárias e igualitárias, para fundarmos o mínimo existencial em uma base mais ampla: a dignidade do ser humano.<sup>359</sup>

Isso não significa que se deve ignorar as contribuições das mencionadas correntes. Ao contrário, o abandono da dicotomia permite identificar interseções, capazes de conferir uma maior liberdade na identificação do conteúdo do mínimo existencial, a partir de elementos dos dois grupos de teorias.

Dentro dessa perspectiva, observa-se um ponto em comum entre os pensamentos de Rawls, Alexy, Torres e Pérez Luño: a igualdade de oportunidades. Assim, seja para a garantia da liberdade fática, seja a promoção da isonomia, os quatro autores sustentam que o mínimo existencial deve garantir a igualdade de oportunidades.

Essa coincidência de opiniões fornece o indício de que as condições necessárias à promoção de iguais oportunidades a cada indivíduo devem constituir o mínimo existencial. Mas é necessário perguntar: iguais oportunidades de quê? Uma resposta genérica pode conduzir a um conteúdo extremamente ampliado que, por essência, destoa da ideia de um mínimo existencial. Por isso, não é adequado falarmos em uma igualdade de oportunidades de alcançar os projetos de vida individuais. Faz-se mister traçar limites mais estreitos.

Com esse propósito é válido aproveitar as ideias de Hierro, para quem a igualdade de oportunidades deve ficar restrita à oportunidade de acesso aos direitos básicos. Não se sustenta, com isso, que a busca de uma igualdade ampla de oportunidades deva ser excluída do ideal de justiça de uma sociedade. A contribuição do autor espanhol deve ser recebida, apenas, para a fixação do conteúdo do mínimo existencial.

---

<sup>359</sup> SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. In: BONAVIDES, Paulo (coord.). MIRANDA, Jorge (coord.). AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 384.

Desse modo, o conteúdo do mínimo existencial deve corresponder às condições necessárias a uma igualdade de oportunidades de acesso aos direitos básicos.

Como paradigma, Hierro propõe a utilização da melhor situação de acesso aos indigitados bens. Nas palavras do autor, “*este mínimo se vê arquimedicamente empurrado até a posição dos que mais alcançaram*”.<sup>360</sup> Assim, se por um lado o autor limita o conteúdo do mínimo existencial aos direitos básicos, por outro, dentro desse universo, se deve buscar a melhor situação possível.

Tratando-se do atendimento aos direitos básicos, de fato a igualdade deve sempre estar baseada na melhor situação existente. Como se pretende igualar os indivíduos no alcance desses padrões básicos, não faz sentido reduzir a proteção já alcançada por alguns. A equiparação do básico deve ser realizada com base no maior nível possível (afinal, não se está falando de bens desejados, mas de condições necessárias à vida digna).

Como conclusão, é possível afirmar que o mínimo existencial deve ser integrado pelas condições necessárias à promoção da igualdade de oportunidade de acesso aos bens básicos, utilizando-se como paradigma a situação das pessoas com melhor acesso a esses bens.

Identificar quais são os bens básicos extrapola o objeto desta dissertação, principalmente porque não há dúvida de que ao menos parte das prestações sanitárias está necessariamente incluída nesse rol, como se comprovará no próximo tópico.

## **7.2 Mínimo existencial sanitário**

Fixada a ideia de que o mínimo existencial corresponde à igualdade de oportunidade de acesso aos bens básicos, faz-se mister analisar se e em que grau o direito à saúde integra esse rol. Parece evidente a inclusão de algumas prestações sanitárias no grupo de bens básicos. Entretanto, também transparece a existência de alguns tratamentos impossíveis de serem caracterizados como essenciais.

---

<sup>360</sup> HIERRO, Liborio. ¿Qué derechos tenemos? In: MARZAL, Antonio (organizador). *El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: J.M.Bosch Editor, 2001, p. 37. Tradução livre.

O item 7.2 identifica quais prestações sanitárias são consideradas bens básicos e, portanto, integram o mínimo existencial sanitário. Para tanto, os estudos de Ana Paula de Barcellos, juntamente com os de Ingo Sarlet e Ronald Dworkin, fornecerão instrumental valioso, que devem ser comparados, ainda, com a posição do Tribunal Constitucional Federal alemão, que já enfrentou diretamente a questão.

### 7.2.1 A ponderação em abstrato de Ana Paula de Barcellos

Ana Paula de Barcellos parte do conceito de ponderação como “*técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais*”,<sup>361</sup> para propor um processo de três etapas em sua aplicação:<sup>362</sup> (1ª) identificação dos enunciados normativos em tensão; (2ª) identificação dos fatos relevantes; e (3ª) decisão. Estabelecidas as etapas do processo, a autora passa a defender a possibilidade – e a utilidade – da ponderação ser realizada antes mesmo do surgimento de um caso concreto, criando-se balizas capazes de facilitar a aplicação da técnica na situação específica. A ideia é antecipar os conflitos constitucionais com auxílio de situações hipotéticas, para criar parâmetros capazes de orientar o aplicador da norma.<sup>363</sup>

A possibilidade de ponderação abstrata ganha ainda mais importância quando se constata que os direitos possuem um núcleo denso<sup>364</sup> que, apesar de não ser permanente ou não-histórico, possui consistência suficiente para funcionar como limite à atuação do intérprete. Esse núcleo é revelado mesmo nos princípios, pois, apesar da indeterminação característica dessa espécie

---

<sup>361</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 23.

<sup>362</sup> “A proposta concebe a aplicação da ponderação como um processo composto de três etapas sucessivas, que podem ser identificadas, muito resumidamente, nos seguintes termos. Na primeira delas, caberá ao intérprete identificar todos os enunciados normativos que aparentemente se encontram em conflito ou tensão e agrupá-los em função da solução normativa que sugerem para o caso concreto. A segunda etapa ocupa-se de apurar os aspectos de fato relevantes e sua repercussão sobre as diferentes soluções indicadas pelos grupos formados na etapa anterior. A terceira fase é o momento de decisão: qual das soluções deverá prevalecer? E por quê? Qual a intensidade da restrição a ser imposta às soluções preteridas, tendo em conta, tanto quanto possível, a produção da concordância prática de todos os elementos normativos em jogo?” *Ibid.*, p. 92.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 146-149.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 145.

normativa, há um conteúdo mínimo extraído da descrição do princípio que assume natureza de regra.<sup>365</sup>

Essa estrutura de pensamento permitiu à autora ponderar a dignidade humana e outros princípios constitucionais, tais como o princípio democrático e o da separação de poderes, para chegar, como resultado, ao mínimo existencial. A ponderação abstrata revela um núcleo denso do princípio da dignidade, caracterizado pelo mínimo existencial, que assume a natureza de regra, não mais passível de novas ponderações. “*Na realidade, o mínimo existencial proposto é o resultado de uma ponderação já realizada, prévia, e não deve sujeitar-se a um novo processo ponderativo.*”<sup>366</sup>

Em outras palavras, Ana Paula de Barcellos sustenta que, por meio de uma ponderação preventiva, realizada abstratamente, encontra-se o mínimo existencial como o núcleo denso do princípio da dignidade da pessoa humana. Apesar do resultado da ponderação levar em conta as circunstâncias fáticas e históricas atuais, justificando sua redefinição em conjunturas distintas, o mínimo existencial assume caráter de regra, ficando resguardado de novos processos ponderativos.<sup>367</sup>

Ressalta-se que a natureza de regra do núcleo da dignidade humana, representado pelo mínimo existencial, faz com que seu conteúdo tenha eficácia jurídica positiva e garante o direito subjetivo à sua obtenção, tutelável por meio da atividade jurisdicional.<sup>368</sup>

A autora realiza a indigitada ponderação e conclui que o mínimo existencial é composto de quatro elementos, sendo três materiais e um instrumental: (a) educação fundamental; (b) saúde básica; (c) assistência aos desamparados; e (d) acesso à Justiça.<sup>369</sup> Esse seria o conteúdo do mínimo existencial.

Assim, apenas integrariam o mínimo existencial as prestações classificadas como de saúde básica, que seriam aquelas de que todos os indivíduos necessitaram (e.g.: atendimento no parto e acompanhamento pós-natal), necessitam (e.g.: saneamento básico e atendimento preventivo) ou

---

<sup>365</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>366</sup> BARCELLOS, *op. cit.* (A eficácia...), p. 287.

<sup>367</sup> *Id.*, p. 287.

<sup>368</sup> *Ibid.*

<sup>369</sup> *Ibid.*, p. 288.

provavelmente necessitarão (e.g.: acompanhamento de doenças típicas da terceira idade),<sup>370</sup> servindo como parâmetro de balizamento os modelos de planos básicos de saúde previstos no art. 12, da Lei 9.656, de 03 de junho de 1998.

### 7.2.2 Ronald Dworkin e o seguro prudente

Ronald Dworkin sustenta a existência de uma parcela mínima de assistência médica que, por uma questão de justiça, deve ser oferecida a todos os indivíduos. Evidentemente, reconhece a impossibilidade de se oferecer universalmente toda a assistência médica que os mais ricos podem comprar, mas afirma que, ao menos parte dessa assistência, deve ser acessível a qualquer pessoa.

A partir dessa premissa, o autor busca um modelo de justiça ideal na saúde, com base no qual seria possível definir quais coberturas poderiam ser excluídas sem que se promovesse uma injustiça. Assim, a pergunta central do seu trabalho é: “como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?”<sup>371</sup>

O modelo prevalescente, pautado no princípio do resgate, não é aceito por Dworkin, uma vez que promove duas ideias falsas: (a) a vida e a saúde, como bens mais importantes, justificam o sacrifício de todo o resto; e (b) a assistência médica deve ser oferecida com equidade, sendo inaceitável negá-la em razão da impossibilidade do indivíduo custeá-la. Assim, o princípio do resgate conduz à seguinte resposta ao questionamento proposto: a justiça exige que se ofereça toda a assistência médica, gastando-se todos os recursos, até não ser mais possível pagar nenhuma melhora da saúde ou da expectativa de vida.

Todavia, para o autor, essa conclusão é inaceitável, pois nenhuma sociedade sadia – e nenhuma pessoa sadia – adota (ou adotaria) esse padrão de comportamento, sendo “*absurdo que a comunidade continue tratando a vida como um bem fornecido a qualquer custo – mesmo que tornasse praticamente*

---

<sup>370</sup> *Ibid.*, p. 312.

<sup>371</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431-432. Na realidade, ao fazer tal indagação, o autor tenta definir um critério para a fixação de um mínimo existencial sanitário, pois busca o menor grau prestação de assistência médica que deveria ser oferecido a todas as pessoas.

*inútil a vida mais longa das pessoas*".<sup>372</sup> Por outro lado, rejeitando-se essa prioridade absoluta da vida, o princípio do resgate não oferece uma segunda alternativa, capaz de comparar a saúde com outros bens, tais como a educação, a segurança e as artes.

Em substituição ao modelo teórico predominante (princípio do resgate), Dworkin propõe a adoção do seguro prudente, como critério de justiça ideal na saúde. A proposta surge da análise do sistema de saúde estadunidense e identifica como causa dos grandes gastos o fato de as decisões sobre quanto pagar em assistência médica serem tomadas pelos pacientes e médicos, apesar do custeio ser ônus das companhias de seguro. Em outras palavras, quando a decisão sobre o gasto não é tomada por quem deve custeá-lo, ocorre uma distorção, tendente a maximizar as despesas. Conclui, pois, que as pessoas gastariam menos com os cuidados com a saúde se tivessem que pagar com recursos próprios os custos dos tratamentos em detrimento de outros bens e oportunidades que poderiam usufruir com o dinheiro em jogo.

Após identificar esse comportamento dos médicos e pacientes, Dworkin passa a defender que a justiça ideal na saúde deveria considerar o que as pessoas estariam dispostas a pagar a título de assistência médica. Assim, a resposta ao questionamento central (como decidir qual é o nível mínimo de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham?) estaria relacionada com aqueles cuidados pelos quais todos estariam dispostos a pagar.

Para chegar a essa resposta, o autor parte de uma hipótese contra-fática: uma sociedade igualitária, com uma justa distribuição de riquezas e rendas, em que todos tivessem pleno conhecimento sobre a eficácia, o valor, o preço e os efeitos colaterais dos tratamentos de saúde, mesmo o mais avançados. Apesar disso, ninguém teria acesso a informações sobre probabilidades individuais de adquirir doenças específicas (ex: não sabem se têm propensão a uma cardiopatia ou à diabetes). Por outro lado, o governo não oferece qualquer assistência médica, nem mesmo por meio de subsídios ou isenções tributárias. Desse modo, os indivíduos – todos com igual capacidade econômica – seriam os únicos responsáveis pelo pagamento de sua assistência e para sua família, sendo certo que cada pessoa teria os recursos suficientes para pagar a

---

<sup>372</sup> *Ibid.*, p. 435.

assistência que considera adequada. Construindo o cenário hipotético, o autor pergunta qual a assistência médica que todos estão dispostos a comprar, mesmo com o sacrifício de outros bens. Pagariam o preço mais caro para obterem o melhor tratamento? Ou reduziriam os custos, contratando uma assistência menos avançada, porém eficaz?

Trabalhando sobre a situação contrafática, chega à seguinte hipótese:

a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos.<sup>373</sup>

A partir desse ponto, Dworkin transporta, para o plano fático, a solução obtida a partir do modelo hipotético. Para tanto, afirma que se deve especular por qual atendimento médico ou plano de saúde os indivíduos estariam dispostos a pagar em uma situação ideal e, com base nesses dados, definir quais são os tratamentos necessários e apropriados que deveriam ser disponíveis a todos. Assim, indagar-se-ia, na sociedade imaginária acima descrita, qual plano de saúde seria o mais prudente? O mais caro, com todas as coberturas ou o mais econômico, com a exclusão de algumas coberturas?

O seguro prudente conduziria, portanto, à ausência de cobertura para alguns casos, como, por exemplo, o das pessoas em estágio terminal. No caso estadunidense, um quarto das despesas médicas de um plano de saúde destinase a pessoas em seus últimos seis meses de vida, mesmo com a certeza de que o indivíduo não resistirá. Dworkin afirma, então, que a maioria dos jovens não consideraria prudente contratar seguros capazes de lhes garantir os tratamentos mais caros durante os quatro ou cinco meses de vida. Mais sensato seria utilizar tais recursos para aproveitar as oportunidades oferecidas pela vida antes da doença (educação, lazer...).

O pensamento do autor, em suas próprias palavras, pode ser resumido em dois parágrafos:

Podemos utilizar essas hipóteses sobre o que a maioria acharia prudente para si em condições mais justas do que as atuais como diretrizes de assistência médica que a justiça requer que todos tenham. Se os mais prudentes comprassem determinado nível de cobertura médica em um mercado livre, se tivessem recursos médios – se quase todos comprassem seguros que cobrissem os tratamentos médicos comuns, hospitalização quando necessária, tratamento pré-natal e pediátrico e exames gerais regulares, bem como outros tratamentos preventivos, por exemplo, então a

---

<sup>373</sup> *Ibid.*, p. 440.

injustiça de nossa sociedade é, quase certamente, a razão por que algumas pessoas não possuem tal cobertura atualmente. O sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham.

Por outro lado, se mesmo em condições justas, muito poucas pessoas prudentes quisessem fazer seguro em um nível mais alto de cobertura – se, conforme disse, pouquíssimas pessoas fizessem seguro que fornecesse tratamento de manutenção das funções vitais em caso de demência, ou tratamentos heróicos ou caros que prolongassem sua vida por poucos meses, por exemplo –, então é um desserviço à justiça obrigar todos a terem tal seguro compulsoriamente.<sup>374</sup>

Desse modo, ao contrário do princípio do resgate, a ideia de seguro prudente conduz à conclusão de que algumas prestações de saúde devem ser excluídas da cobertura estatal, por uma questão de justiça: aquelas em que as pessoas – na situação hipotética descrita – não estariam dispostas a pagar para si mesmas. Ora, no modelo teórico prevalecente (princípio do resgate), a sociedade deve oferecer, a qualquer custo, todo tratamento que represente qualquer possibilidade, ainda que remota, de salvar uma vida. Já com o seguro prudente ocorreria a ponderação entre o valor do tratamento médico e outros bens e riscos, considerando-se que, em alguns casos, as pessoas prefeririam utilizar os recursos financeiros para melhor aproveitar a vida saudável do que para custear a assistência médica relacionada a algumas doenças.

Essas decisões deveriam ser realizadas com base em conhecimentos técnicos, mas também levando em consideração a prudência individual. Destarte, o órgão responsável por essas escolhas deveria ser composto por representantes de diversos grupos, não apenas especialistas, mas também leigos. Logo, além dos cálculos técnicos de custo-benefício, a fixação dessa cobertura sanitária mínima deve levar em conta a opinião pública, capaz de expressar as prioridades das pessoas.

Conclui-se, em resumo, que o mínimo existencial sanitário, para Dworkin, poderia ser obtido por meio de um teste: quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica, individualmente, se comprassem um seguro em condições justas do mercado livre? A resposta deve indicar qual o padrão mínimo de proteção a ser fornecido pelo Estado, pois este deve garantir aquilo que todos teriam se vivessem na situação hipotética ideal.

---

<sup>374</sup> *Ibid.*, p. 443.

### 7.2.3 Ingo Sarlet e a garantia de uma vida saudável

O pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet sobre o mínimo existencial tem como premissa a constatação de que todos os direitos sociais positivados no ordenamento constitucional são fundamentais. Note-se que para o autor, os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e garantidos por uma Constituição, independentemente de sua vinculação à dignidade da pessoa humana.<sup>375</sup>

Por esse motivo, também o mínimo existencial não está vinculado necessariamente ao núcleo essencial dos direitos sociais. A recondução dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, ao mínimo existencial pode ser impossível (o que não impede o reconhecimento da existência de núcleos essenciais desvinculados da dignidade da pessoa humana).<sup>376</sup>

Em razão dessa inexistência de vinculação obrigatória, não há como identificar o mínimo existencial no somatório dos conteúdos essenciais dos direitos fundamentais. Ao contrário, torna-se necessário reconhecer a existência autônoma de um direito fundamental às condições materiais que assegurem uma vida digna.<sup>377</sup>

Tais condições, entretanto, não se limitam a um mínimo fisiológico, ou mínimo vital, correspondente à garantia de mera sobrevivência física. Ela ultrapassa o limite da pobreza absoluta, pois “se uma vida sem alternativas não corresponde às exigências da dignidade humana, a vida humana não pode ser reduzida à mera existência.”<sup>378</sup> O mínimo vital, ou mínimo de sobrevivência, é apenas o primeiro passo para a garantia do mínimo existencial, que corresponde ao conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, ou, em outras palavras, uma vida saudável.<sup>379 380</sup>

---

<sup>375</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel (org.). GALDINO, Flavio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 572-573.

<sup>376</sup> *Id.*, p. 573.

<sup>377</sup> SARLET; FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 25.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>380</sup> É válido trazer à colação a observação do autor quanto à materialização do mínimo existencial na doutrina e jurisprudências alemãs: “... verifica-se que a doutrina e a jurisprudência alemãs partem – de um modo mais cauteloso – da premissa de que existem diversas maneiras de realizar esta obrigação, incumbindo ao legislador a função de dispor sobre a forma da prestação, seu montante, as condições para sua fruição, etc., podendo os tribunais decidir sobre este padrão existencial mínimo, nos casos de omissão ou desvio de finalidade por parte dos órgãos legiferantes. Relevante,

Levando em conta a sujeição dessas condições a mudanças, não apenas no que tange às circunstâncias econômicas e financeiras, mas também em relação às expectativas e necessidades do momento,<sup>381</sup> conclui-se pela impossibilidade de se estabelecer, de modo apriorístico e taxativo, o conteúdo do mínimo existencial ou, mesmo, um elenco de seus elementos nucleares.<sup>382</sup>

Por isso, na tentativa de se encontrar o conteúdo do mínimo existencial não se deve buscar um rol exaustivo de prestações estatais devidas ao indivíduo, mas, sim, remeter-se “à *noção de que a dignidade da pessoa humana somente estará assegurada – em termos de condições básicas a serem garantidas pelo Estado e pela sociedade – onde a todos e a qualquer um estiver assegurada nem mais nem menos do que uma vida saudável*”.<sup>383</sup>

Conclui-se, desse modo, que o conteúdo do mínimo existencial, para Ingo Sarlet, corresponde ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida saudável.<sup>384</sup>

#### 7.2.4 A posição do Tribunal Constitucional Federal Alemão

Em dezembro de 2005, o Tribunal Constitucional Federal alemão (Bunderverfassungsgericht) julgou a reclamação constitucional 1 BvR 347/98<sup>385</sup> (Verfassungsbeschwerde) contra uma decisão do Tribunal Social Federal (Bundessozialgerichts) que afirmou que o seguro de saúde pública não está obrigado a oferecer cobertura para novos tratamentos, ainda que em casos de doença grave ou fatal. A Corte Constitucional considerou a exclusão ofensiva aos arts. 2.1 e 2.2 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, que garantem o direito à vida, à integridade física e ao livre desenvolvimento da personalidade.

---

*todavia, é a constatação de que a liberdade de conformação do legislador encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira.” Ibid., p. 25.*

<sup>381</sup> Ibid., p. 21.

<sup>382</sup> SARLET, *op. cit.*, (Direitos fundamentais sociais...), p. 574.

<sup>383</sup> Ibid., p. 572.

<sup>384</sup> Ibid.

<sup>385</sup> ALEMANHA. Bunderverfassungsgericht. Primeiro Senado. 1 BvR 347/98. Decidido de 06 de dezembro de 2005. Disponível em <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20051206\\_1bvr034798.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html)>, acesso em 20 de março de 2010.

Para melhor compreender a decisão, faz-se necessário esclarecer que a proteção à saúde naquele país organiza-se sob a forma de seguro social, o que lhe garante uma estrutura peculiar. Não se trata de um sistema de proteção diretamente estatal, como o brasileiro, mas, tampouco, equivale a um sistema pautado no mercado, como o estadunidense. Assim, fala-se de um Seguro Social de Doença (Gesetzliche Krankenversicherung), que compõe o quadro da proteção social alemã ao lado de mais quatro ramos: seguro velhice, invalidez e morte; seguro-desemprego; seguro de acidentes de trabalho; e seguro para cuidados de longa duração.<sup>386</sup>

Em resumo, o cidadão se filia a uma das diversas Caixas de seguro social para fazer jus à cobertura, que é bastante ampla e uniformizada pelo Código Social.<sup>387</sup> O seguro garante transferências financeiras (auxílio-doença), bem como ações médico-sanitárias, curativas e preventivas, inclusive farmacêutica. “A cesta de benefícios engloba quase a totalidade do conjunto de ações diagnósticas e terapêuticas atualmente disponíveis, garantindo atenção médico-sanitária nos diversos níveis de complexidade”.<sup>388</sup>

No caso em análise, o reclamante pretendia ter acesso a um tratamento novo, não incluído na cobertura do seguro social de doença. O paciente sofria de distrofia muscular de Duchenne, doença progressiva, que limita em muito a expectativa de vida e não tem cura, razão pela qual, o tratamento tradicional é apenas sintomático. O reclamante, porém, já sem conseguir caminhar, iniciou um tratamento sem eficácia comprovada (biorressonância) e solicitou o pagamento pelo seguro social de doença, o que foi indeferido. Ao procurar a tutela judicial, a questão chegou ao Tribunal Social Federal, que julgou improcedente o pedido. Foi contra essa decisão que o reclamante recorreu ao Tribunal Constitucional.

Na decisão, a Corte Constitucional vinculou o direito à cobertura do seguro social de doença aos direitos fundamentais ao livre desenvolvimento, à vida e à integridade física. Em primeiro lugar, chancelou a ideia contida na lei ordinária de que os serviços do seguro social de doença devem ser suficientes,

---

<sup>386</sup> GIOVANELLA, Lígia. *Solidariedade ou competição? – políticas e sistema de atenção à saúde na Alemanha*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001, p. 24.

<sup>387</sup> “Nos dias atuais, contudo, garante proteção ao risco de adoecer de forma inclusiva e abrangente. Cobre 90% da população e seu catálogo de ações médico-sanitárias é completo.” *Ibid.*

<sup>388</sup> *Ibid.*, p. 65.

eficazes e econômicos, sem excederem o necessário. Assim, as exclusões legais de cobertura devem ser examinadas à luz do art. 2.1 da Lei Fundamental (*toda pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, sempre que não viole os direitos de outros, nem atente contra a ordem constitucional ou a lei moral.*). Por outro lado, apesar de os direitos à vida e à integridade física não autorizarem uma reclamação constitucional contra o seguro de doença, eles impõem aos tribunais uma interpretação das cláusulas securitárias orientada pelos direitos fundamentais (*grundrechtsorientierten*).

Considerando essas ideias, o Tribunal afirmou existir o direito ao tratamento não incorporado ao seguro doença, quando o paciente está sob risco de morte iminente (ameaça à vida) ou, mesmo, com uma doença crônica fatal. Considerou-se que tais prestações, além de tuteladas pelo direito ao livre desenvolvimento, integram o núcleo do direito à vida e à integridade física, constituindo um mínimo necessário à sua manutenção.

Constata-se, desse modo, que, para o Tribunal Constitucional Federal alemão, mesmo em um sistema de saúde com ampla e adequada cobertura, se uma determinada prestação sanitária estiver direcionada a uma situação de ameaça à vida ou doença fatal, ela integrará o mínimo existencial (núcleo do direito à vida) e, por isso, deve ser garantida.

A interpretação do acórdão permite concluir que o mínimo existencial sanitário, segundo o entendimento pretoriano alemão, corresponde às prestações necessárias ao tratamento de situações de risco de morte iminente ou doença crônica fatal.

Em complemento a essa conclusão, deve ser destacada a recente decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão que estabelece uma presunção relativa de inclusão de alguns direitos no mínimo existencial, cabendo ao Poder Público demonstrar a sua exclusão desse patamar basilar de proteção.

A decisão foi tomada no julgamento de três recursos<sup>389</sup> sobre uma prestação de assistência social. Os cidadãos questionavam o valor do benefício, pois consideravam que alguns direitos integrantes do mínimo existencial não estavam contemplados pela quantia fixada pelo legislador. Na realidade, para

---

<sup>389</sup> ALEMANHA. Bunderverfassungsgericht. Primeiro Senado. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09. Decidido em 09 de fevereiro de 2010. Disponível em <[http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209\\_1bv1000109.html](http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html)>, acesso em 20 de março de 2010.

fixar o valor do benefício, o legislador considerava os gastos do indivíduo com uma série de necessidades básicas, mas deixava de incluir (ou incluía de modo incompleto) outras despesas.

O tribunal decidiu que o direito fundamental à dignidade humana, previsto no art. 1.1 da Lei Fundamental, conjugado com o princípio do bem-estar social, contido no art. 20.1, garante a todos que precisem de ajuda as condições materiais para a vida física, bem como um nível mínimo de participação na vida social, cultural e política.

Por outro lado, esse conjunto de garantias mínimas não é estanque. A lei que estabelece o instrumento para o atendimento a esse direito deve ser constantemente atualizada, ficando atenta ao nível de desenvolvimento da comunidade e às condições de vida. A exclusão de qualquer parcela desse conceito de mínimo existencial deve ser motivada adequadamente, sob pena de ser considerada inconstitucional.

#### 7.2.5 Identificação do conteúdo do mínimo existencial sanitário

As ideias de Barcellos, Dworkin, do Tribunal Federal Constitucional Alemão e, em certa medida, de Sarlet se aproximam do entendimento de Hierro, se adequando à teoria da necessidade, pois, de diferentes modos, vinculam o conteúdo do mínimo existencial sanitário à necessidade dos cuidados médicos. Porém, a forma como cada teoria identifica essas necessidades varia imensamente, sendo possível classificá-las em teorias que focam a necessidade geral e aquelas que se concentram na necessidade individual.

##### 7.2.5.1 Teorias da necessidade geral

Os pensamentos de Barcellos e Dworkin se enquadram no primeiro grupo de teorias: as que focam a necessidade geral. As lições dos dois autores se harmonizam, pois é razoável admitir que, em uma situação ideal, os indivíduos concordariam em contratar cobertura securitária (seguro prudente de Dworkin) que lhes garantisse acesso aos tratamentos de que todos os indivíduos necessitaram, necessitam ou provavelmente necessitarão (Barcellos).

Trata-se, pois, de duas teorias vinculadas à necessidade geral de cuidados de saúde, pois identificam o que é necessário a todos (ou à maioria), para indicarem o conteúdo do mínimo existencial sanitário. Em outras palavras, tanto Barcellos quanto Dworkin encontram o mínimo existencial na interseção das necessidades da maioria.

Ocorre, todavia, que a delimitação do mínimo existencial sanitário de acordo com as necessidades gerais da sociedade apresenta duas desvantagens: (a) não é suficiente para garantir a igualdade de oportunidades; e (b) pode incluir no mínimo prestações que extrapolem o necessário a uma vida digna. As duas consequências negativas, que serão analisadas abaixo, decorrem da associação do mínimo existencial – essencialmente contra-majoritário – à vontade ou necessidade da maioria, o que produz alguns paradoxos.

**1ª desvantagem das teorias da necessidade geral: insuficiência para garantir uma igualdade de oportunidades de acesso aos cuidados básicos de saúde.**

As teorias em análise não solucionam os casos em que um indivíduo precise de cuidados essenciais à manutenção de sua vida não compreendidos no rol de necessidades gerais.

Um exemplo pode permitir uma melhor compreensão da ideia: uma pessoa pode ser portadora de uma doença rara que, sem o tratamento adequado, a conduzirá à morte. Todavia, há significativa probabilidade de cura caso tenha acesso aos cuidados médicos indicados. Ora, a terapêutica necessária nunca foi, nem será utilizada pela imensa maioria da população, logo está excluída do rol de necessidades gerais. Comparando esse drama pessoal com o de outro indivíduo, portador de uma doença grave bastante comum, cujo tratamento é considerado uma necessidade geral, fica evidente que o oferecimento de assistência médica apenas no primeiro caso rompe a igualdade de oportunidades de acesso aos serviços de saúde.

Isso significa que as teorias da necessidade geral permitem a exclusão do mínimo existencial sanitário de prestações essenciais à manutenção da vida, pelo simples fato de não traduzirem uma necessidade da maioria. Como garantir a igualdade de oportunidades com essa construção teórica? Como tutelar as minorias? São perguntas que ficam sem respostas.

**2ª desvantagem das teorias da necessidade geral: possibilidade de inclusão no mínimo de prestações que extrapolem o necessário a uma vida digna.**

Além de não garantirem o atendimento a todas as necessidades básicas, violando a igualdade de oportunidades, há outro problema com as teorias que constroem o mínimo sanitário com base nas necessidades gerais da população: é possível imaginar que a generalidade dos indivíduos necessite de prestações para garantir-lhe uma melhoria nas condições de vida, mas não para a sua manutenção.

O simples fato de todos precisarem fazer uso de um tratamento não seria suficiente para a sua inclusão no mínimo existencial, pois podem não se relacionar com a manutenção da dignidade humana, mas apenas com a melhoria da qualidade de vida em um nível acima do patamar básico.

É válido ilustrar o exposto adrede com um exemplo. Imagine-se que em uma determinada sociedade quase a totalidade dos indivíduos se vacine contra gripe. Nesse contexto, praticamente todos se vacinaram, se vacinam ou se vacinarão e, certamente, optariam por pagar para a inclusão dessa cobertura em um hipotético seguro-saúde. Assim, de acordo com as teorias que consideram a necessidade geral, essa vacinação deveria ser incluída no conjunto de prestações sanitárias mínimas. Todavia, é fácil perceber que a vacina contra a gripe não é essencial à vida digna e a sua não cobertura não fere a igualdade de oportunidades.

Tal fato é grave, pois, mesmo que a maior parte da população faça uso de uma determinada prestação sanitária e majoritariamente a considere importante pela melhoria da qualidade de vida, seria necessário verificar se a sua função é fornecer o básico para dignidade humana ou promover a “vida boa”, devendo a última hipótese ser excluída do mínimo existencial.

#### 7.2.5.2 Teorias da necessidade individual

As teorias que constroem o conteúdo do mínimo existencial sanitário por meio da individualização da necessidade, especialmente as de Sarlet e do Tribunal Constitucional Federal alemão, produzem um resultado mais

satisfatório para a garantia da igualdade de oportunidades, pois prevêm o acesso aos serviços de saúde mesmo para as situações que alcancem a minoria da população. Isso porque, como defendem a inclusão dos direitos necessários a uma vida saudável (para usar a expressão de Sarlet), o acesso aos serviços de saúde não pode ser obstaculizado pelo tipo da moléstia, devendo-se garantir as mesmas oportunidades às minorias portadoras de doenças raras.

A definição das necessidades básicas a serem atendidas pelo mínimo existencial sanitário não deve levar em conta apenas a maioria, mas a dignidade de cada ser humano, inclusive os que integram grupos minoritários. Afinal, seria absolutamente injusto e contrário à igualdade de oportunidade impedir um cidadão de ter acesso à vida digna em razão da determinação (ou da necessidade) da maioria.

Outrossim, ao não se vincular à necessidade (ou vontade) da maioria, também permitem a exclusão de prestações que ultrapassem o necessário a uma vida digna.

Vale destacar que a desconsideração da vontade da maioria não causa qualquer perplexidade. Como é o mínimo existencial sanitário que comporá o direito fundamental à saúde (cf. capítulo 1) e como os direitos fundamentais caracterizam-se pelo caráter contra-majoritário, protegendo as minorias contra as majorias de ocasião, nada mais natural do que excluir a vontade da maioria no processo de fixação de seu conteúdo. O mínimo existencial – como condição para a justiça e a democracia – é prévio e superior à deliberação democrática, não podendo ficar à mercê da distribuição realizada majoritariamente.

Destarte, pelo pensamento das teorias da necessidade individual, o mínimo existencial sanitário é composto, ao menos *prima facie*, por todos os cuidados de saúde necessários à manutenção de uma vida digna.<sup>390</sup>

Todavia, essas teorias, ao menos as versões de Sarlet e do Tribunal Constitucional Federal alemão mantêm ainda uma grande incerteza quanto ao conteúdo do mínimo existencial sanitário, em razão da abstração da ideia de vida digna, que permite uma exagerada abertura da ideia.

---

<sup>390</sup> Essa assertiva produz um corolário, que na verdade constitui a outra face da moeda: estão excluídas as prestações que apenas conferem maior qualidade de vida a quem já tem atendidas suas necessidades básicas.

### 7.2.5.3 Uma solução intermediária

A solução adequada para a questão do conteúdo do mínimo existencial sanitário se apresenta em um aristotélico equilíbrio entre um extremo (necessidade geral) e outro (necessidade individual), que busca inspiração no fundamento comum nas teorias sobre o mínimo existencial analisadas no item 7.1: a igualdade de oportunidades de acesso aos bens básicos.

Isso significa que o mínimo existencial deve considerar a necessidade individual, mas sempre em comparação com as oportunidades dos membros mais privilegiados da sociedade, estando limitado aos bens necessários à vida digna (bens básicos).

**Assim, o mínimo existencial sanitário é composto por todos os cuidados necessários para alcançar a situação dos mais privilegiados no que tange à oportunidade de acesso às prestações básicas de saúde.**

A adoção desse conceito oferece solução para os problemas identificados nas teorias de Dworkin, Barcellos, Sarlet e do tribunal germânico. Isso porque o conceito se desdobra em duas partes que delimitam uma a outra, chegando a um equilíbrio adequado.

Na primeira parte (inclusão de todos os cuidados de saúde necessários para alcançar a situação dos mais privilegiados) o conceito oferece solução mais ampla e atenta às situações individuais. Ao incluir o atendimento de todos os cuidados de saúde necessários para alcançar a situação dos mais privilegiados, o conceito abrange não apenas aqueles que são partilhados pela maioria da sociedade, mas também os casos das minorias. Assim, não é a vontade (ou a necessidade) majoritária que determinará o conteúdo do mínimo existencial, pois todos os cuidados de saúde devem ser garantidos até o ponto em que os mais privilegiados consigam acessá-los.

Percebe-se, desse modo, que esse comando contido no conceito proposto tem caráter ampliativo, pois provoca um movimento de extensão das fronteiras do mínimo existencial sanitário.

Mas, com o complemento da ideia (no que tange à oportunidade de acesso às prestações básicas de saúde), oferece-se um limite dentro do qual a comparação proposta é razoável.

### 7.2.5.3.1 Prestações básicas de saúde

Para contrabalancear a ampliação proporcionada pela primeira parte do conceito de mínimo existencial sanitário, estabelece-se um limite: as prestações básicas de saúde. Isso significa que não se busca comparar, abertamente, o acesso dos mais e menos privilegiados às prestações sanitárias em geral. A comparação restringe-se à oportunidade de acesso às prestações básicas.

O conceito de “prestações básicas de saúde” é flexível, variando em cada sociedade e, até mesmo, para cada indivíduo. Afinal, como doutrina Fernando Facury Scaff, “*o mínimo existencial não é uma categoria universal. Varia de lugar para lugar, mesmo dentro de um mesmo país. É a combinação de capacidades para o exercício de liberdades políticas, civis, econômicas e culturais que determinará este patamar de mínimo existencial*”.<sup>391</sup>

É possível, porém, delimitar alguns *standards* capazes de contribuir com o processo de identificação dessas prestações.

Em primeiro lugar, parece evidente que a atenção primária à saúde está incluída nesse rol. Afinal, as construções teóricas e normativas a indicam como solução para a grave desigualdade existente nas condições de saúde, seja entre diferentes países, seja no plano interno, destacando-se a Declaração de Alma-Ata (Cazaquistão), de 1978, por meio da qual a Organização Mundial de Saúde afirma:

A atenção primária à saúde é a assistência sanitária essencial, baseada em métodos e tecnologias práticas, cientificamente fundados e socialmente aceitos, posta ao alcance de todos os indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país possam suportar em todas e em cada uma das etapas de seu desenvolvimento, com um espírito de auto-responsabilidade e autodeterminação.<sup>392</sup>

Logo, não se refere, necessariamente, aos exames mais sofisticados e às técnicas mais caras. Ao contrário, a atenção primária é integrada pelas prestações compatíveis com a realidade de cada país, tanto sócio-econômica, quanto clínica, incluindo serviços de promoção, prevenção, cura e reabilitação.

---

<sup>391</sup> SCAFF, *op. cit.*, p. 150.

<sup>392</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Declaração de Alma-Ata. 1978. Disponível em <[http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata\\_declaracion.htm](http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm)>, acesso em 13 de julho de 2009.

Apesar da abertura do conceito, a declaração de Alma-Ata estabelece um conteúdo mínimo para a atenção primária, com algumas atribuições relacionadas a outras esferas de atuação estatal (*eg.* educação sanitária, nutrição apropriada, água de qualidade, saneamento básico), mas também com prestações diretamente vinculadas ao direito à proteção da saúde, que necessariamente integrarão a ideia de prestações básicas de saúde: cuidados de saúde materna e infantil, imunização contra as principais doenças infecciosas, prevenção e controle de doenças endêmicas, tratamento adequado de doenças e lesões comuns, bem como o fornecimento de medicamentos essenciais.<sup>393</sup>

Um segundo *standard* se aproxima da ideia do Tribunal Constitucional Federal alemão, sobre a fundamentalidade do tratamento para os casos de morte iminente (ameaça à vida) ou doença crônica fatal. Em princípio, como forma de tutela do direito à vida, essas prestações devem ser consideradas básicas.

Porém, o liame do mínimo existencial com a igualdade de oportunidades permite afastar do seu conceito prestações de saúde que não ofereçam uma real possibilidade de cura ou de alívio, pois nesse caso o tratamento não representa uma verdadeira oportunidade de dignidade.

Assim, não estão incluídos entre as prestações básicas de saúde os tratamentos que prolongam artificialmente a vida, sem perspectiva de cura ou melhora, por não configurarem oportunidade de restabelecimento ou manutenção de uma vida digna. Entretanto, os cuidados necessários à dignidade no fim da existência, como o alívio das dores, incluem-se na ideia de mínimo existencial sanitário.

Note-se que a definição do mínimo sanitário não se relaciona com o debate bioético sobre a distanásia. O fato de não ser considerado uma prestação básica de saúde não representa a proibição do tratamento ou a indicação de sua realização. Apenas o transfere para a discussão democrática, sujeita à vontade majoritária.<sup>394</sup>

Um terceiro *standard* consiste na exclusão das prestações que não são essenciais para uma vida digna, como por exemplo, os medicamentos

---

<sup>393</sup> *Ibid.*

<sup>394</sup> No que tange à distanásia, a discussão bioética foi incorporada ao Código de Ética Médica que inclui como um dos princípios fundamentais da medicina o seguinte: “nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.” (Capítulo 1, item XXII).

antitabagismo, salvo nos casos em que houver risco imediato à vida do paciente. Afinal, é perfeitamente possível que um fumante viva dignamente.

Em resumo, é possível afirmar que o conceito de prestações básicas de saúde é flexível: não inclui os cuidados desnecessários à manutenção de uma vida digna, mas inclui, ao menos, a atenção primária à saúde e os tratamentos para os casos de morte iminente ou doença crônica fatal, exceto o prolongamento artificial da vida, sem perspectiva de cura ou melhora.

Destarte, o mínimo existencial sanitário corresponde aos cuidados necessários para se alcançar a situação dos mais privilegiados, no que tange à oportunidade de acesso a essas prestações básicas de saúde.

### **7.3 Formulação do parâmetro**

Como afirma Hierro, a injustiça não é padecer de uma enfermidade, mas padecer de uma enfermidade que com uma repartição mais igualitária de recursos poderia ser evitada.<sup>395</sup>

Essa ideia deve orientar o sistema judicial que, por essência, objetiva promover a justiça. Assim, quando não houver uma determinação legal ou administrativa, o juiz só pode adjudicar uma prestação sanitária para corrigir uma desigualdade de oportunidades de acesso aos serviços básicos de saúde.

Desse modo, é possível fixar o 2º parâmetro de tutela judicial nos seguintes termos: as prestações sanitárias não incluídas nas políticas públicas de saúde apenas podem ser objeto de tutela judicial quando integrarem o mínimo existencial sanitário, consistente no conjunto de cuidados necessários a alcançar a situação dos mais privilegiados no que tange à oportunidade de acesso às prestações básicas de saúde, nas quais se incluem, ao menos, a atenção primária e os tratamentos para os casos de morte iminente ou doença crônica fatal, exceto o prolongamento artificial da vida, sem perspectiva de cura ou melhora, ou outros cuidados desnecessários à manutenção de uma vida digna.

---

<sup>395</sup> HIERRO, *op. cit.* (Justicia...), p. 100.

## **8 PARÂMETRO 3: HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA**

O sistema judicial é enfático ao afirmar que a tutela jurisdicional do direito à saúde está restrita aos cidadãos sem condições de arcar com os custos do tratamento pleiteado. Ao mesmo tempo, o sistema da gestão pública, inspirado no art. 43, da Lei 8.080/90 e amparado pelo sistema da medicina social, sustenta e pratica a gratuidade dos serviços públicos de saúde para todos os usuários do SUS, sem perquirir sobre a capacidade de pagamento.

Nota-se, portanto, uma contradição no posicionamento dos sistemas especialistas: se a gratuidade dos cuidados de saúde é direito de todos, por que a tutela judicial para a garantia do fornecimento estatal (e gratuito) desses serviços fica restrita aos hipossuficientes? O Judiciário está fixando um limite não estabelecido pelo legislador ou pelo administrador? Estar-se-ia diante de graus distintos de acesso à justiça?

As respostas a essas questões devem ser construídas a partir da análise da gratuidade das prestações sanitárias, investigando-se sobre a existência desse direito, bem como a sua abrangência. Em outras palavras, para a obtenção de respostas adequadas faz-se mister mudar as perguntas, para que a investigação foque os seguintes questionamentos: (1) existe o direito à gratuidade das prestações de saúde? (2) caso exista tal direito, ele alcança todas as pessoas?

Se a resposta for positiva para ambos, o critério da hipossuficiência não se sustenta, pois sempre haveria direito à gratuidade para todos. Por outro lado, se a resposta à primeira pergunta for negativa, também não haverá lógica no parâmetro jurisprudencial, pois nem o hipossuficiente, nem qualquer outro cidadão, teria direito ao acesso gratuito aos cuidados de saúde. Todavia, se, apesar de uma primeira resposta positiva, o segundo questionamento restrinja a gratuidade a algumas pessoas, nesse caso poderá haver justificativa para o critério da hipossuficiência.

### **8.1 Existe o direito à gratuidade das prestações de saúde?**

Em que pese ter sido construído, no senso comum, a ideia de um direito à gratuidade das prestações de saúde, há elementos jurídicos suficientes para se

concluir pela inexistência de um caráter obrigatoriamente gratuito de todos os serviços de saúde.

Tal assertiva lastreia-se, essencialmente, em dois argumentos: (a) inexistência de comando constitucional; e (b) distinção entre universalidade e gratuidade. Passa-se à análise de ambos em conjunto.

Inicialmente, é necessário destacar a inexistência de uma obrigação constitucional de gratuidade geral dos serviços de saúde. Os artigos 196 a 200 da Constituição da República, em momento algum, mencionam a gratuidade das prestações sanitárias. O texto constitucional afirma, apenas, que o direito à saúde é dever do Estado, sem esclarecer se é fornecido mediante contraprestação.

A ausência de menção à gratuidade é relevante, principalmente quando se verifica essa referência expressa em outras áreas de atuação social do Estado, como a assistência social (art. 203 – a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social...), a educação (art. 206, IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais; art. 208, I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; art. 208, II - progressiva universalização do ensino médio gratuito) e o transporte (art. 230, § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos).

Percebe-se, desse modo, que a Constituição determina que o Estado garanta o acesso aos serviços de saúde, mas não afirma que os indivíduos não precisam pagar por isso.

Poder-se-ia imaginar que a determinação de acesso universal traria implícita a gratuidade. Porém, essa é uma conclusão falsa. O princípio da universalidade, que não informa apenas a saúde, mas a toda a seguridade social (CRFB, art. 194, parágrafo único, I), indica que a proteção estatal deve se estender a todas as pessoas e a todos os riscos sociais, mas não exige a ausência de contraprestação.

Trata-se de norma importante, principalmente diante do passado histórico da seguridade social brasileira, em que seus serviços estavam restritos a alguns setores. Com a determinação constitucional de universalidade, essa

distinção entre cidadãos está vedada: todos têm direito de acessar os serviços da seguridade social, alguns mediante pagamento, outros não. Como ensina Wagner Balera, o princípio se refere tanto ao sujeito, quanto ao objeto da seguridade: universalidade da cobertura significa que todas as situações representativas de risco social merecem cobertura da seguridade social; por outro lado, a universalidade do atendimento relaciona-se ao aspecto subjetivo, estendendo a cobertura a todas as pessoas.<sup>396</sup> Percebe-se, portanto, a inexistência de referência à gratuidade.

Neste ponto é importante insistir: o princípio da universalidade informa os três ramos da seguridade social, ou seja, saúde, assistência social e, inclusive, previdência social. Essa é, talvez, a maior prova da distinção entre gratuidade e universalidade. Afinal, a cobertura previdenciária é contributiva (CRFB, art. 201) e, mesmo assim, é informada pelo princípio em questão. Todos têm direito a se filiar à previdência social: trabalhadores remunerados, estudantes, donas de casa... em razão da universalidade de participação nos planos previdenciários (art. 4º, I, da Lei 8.213/91). Mas a cobertura previdenciária está condicionada ao pagamento de contribuição.

Não se trata de uma característica exclusiva da seguridade e da previdência brasileiras, sendo esse o perfil da seguridade em grande parte dos países ocidentais influenciados pelo Plano Beveridge, como o caso espanhol, onde a Lei Geral da Seguridade Social afirma que o sistema de proteção daquele país se fundamenta no princípio da universalidade e garante prestações tanto na modalidade gratuita, quanto na contributiva.<sup>397</sup>

Todos esses elementos permitem uma primeira conclusão: não existe uma genérica obrigação constitucional de fornecimento gratuito de prestações sanitárias.<sup>398</sup>

Necessário verificar, agora, se há opção legislativa pela gratuidade dos serviços de saúde. Vozes da medicina social, do Direito e, também, da economia, a extraem do art. 43, da Lei 8.080/90:<sup>399</sup>

---

<sup>396</sup> BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 157-158.

<sup>397</sup> NAVARRO, Antonio V. Sempere *et al.* *Ley general de la seguridad social*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, p. 32.

<sup>398</sup> Nesse sentido são as lições de Ingo Sarlet e Fátima Henriques. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 325-326. HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 830.

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

O dispositivo legal é a única referência legislativa ao caráter gratuito do sistema de saúde pública. Nenhum outro artigo das Leis 8.080/90 ou da 8.142/90 trata do assunto.

Todavia, não parece ser possível extrair do art. 43 um direito geral à gratuidade. Essa não é melhor interpretação do dispositivo legal, pois, além de observá-lo isoladamente, confere-lhe um conteúdo exagerado.

O art. 43 determina que nos serviços públicos contratados seja preservada a gratuidade das ações e serviços de saúde pública prestados por particulares contratados ou conveniados. Ora, não é possível concluir, a partir daí, que todas as prestações sanitárias devem ser gratuitas. Isso caracterizaria uma verdadeira inversão lógica.

O dispositivo apenas busca equiparar as ações e serviços prestados diretamente pelo Estado àqueles realizados por particulares conveniados ou contratados pelo sistema de saúde. Logo, as prestações oferecidas gratuitamente pelo Poder Público, também devem ter a gratuidade preservada quando o executor for um particular no exercício da função pública. Trata-se de regra lógica: se o SUS oferece o tratamento gratuitamente, o paciente nada pode pagar seja nos estabelecimentos públicos, seja nos privados contratados ou conveniados para atendimentos de saúde pública.

Assim, não é possível extrair, do art. 43, a exigência de uma gratuidade geral dos serviços. A única ideia que fica clara nesse dispositivo é a possibilidade de alguns serviços serem gratuitos. Não há proscrição à exigência de uma contraprestação pecuniária pelo cuidado público de saúde.

Mais do que inexistir a exigência legal de gratuidade, o legislador autoriza expressamente a cobrança. O art. 32, V, da Lei 8.080/90 elenca entre as fontes de financiamento da saúde os preços públicos arrecadados no âmbito do SUS.

---

<sup>399</sup> HENRIQUES, *op. cit.*, p. 830-831. VIANNA, Solon Magalhães. PIOLA, Sérgio Francisco. REIS, Carlos Otávio O. *Gratuidade no SUS: controvérsia em torno do co-pagamento*. Brasília: IPEA, 1998. Disponível em <[http://www.saudesuplementar.gov.br/porta1/upload/biblioteca/Artigo\\_Gratuidade.pdf](http://www.saudesuplementar.gov.br/porta1/upload/biblioteca/Artigo_Gratuidade.pdf)>, acesso em 20 de abril de 2010.

Um preço público é cobrado como contraprestação por um serviço prestado.<sup>400</sup> Assim, se o legislador prevê a cobrança de um preço público, isso significa a admissão de uma retribuição pecuniária por uma prestação sanitária.

Logo, não apenas recursos orçamentários e tributos vinculados (contribuições e taxas) podem financiar a saúde. Preços públicos, pagos em razão da utilização dos serviços, também constituem uma possível fonte de custeio do SUS.

Destarte, a primeira conclusão, adrede exposta, pode ser complementada agora: não existe vedação genérica, constitucional ou legal, para a cobrança de contraprestação pelas ações e serviços de saúde.

A gratuidade do atendimento na saúde pública é uma escolha da Administração Pública. Em outras palavras, os gestores optam por nada cobrar pelas prestações sanitárias oferecidas pelo SUS, não importando se o usuário tem ou não recursos para custear o tratamento. Trata-se de uma escolha política do administrador e, não, uma garantia legal ou constitucional.

O administrador realiza, pois, duas escolhas políticas – ainda que amparadas por critérios técnicos: quais serviços e ações de saúde disponibilizar à população? O fornecimento deve ser gratuito ou mediante contraprestação?

Mas, como todo exercício de discricionariedade, há limites para a liberdade de escolha do gestor público. No que tange à primeira questão (quais prestações disponibilizar?) a opção política não pode deixar de fora o mínimo existencial sanitário, como analisado no capítulo anterior. Já na escolha pela gratuidade, ou não, do atendimento, a liberdade de escolha do Poder Público é limitada pelo princípio da igualdade, como se passa a analisar.

### 8.1.1 Acesso igualitário

O art. 196 da CRFB afirma que, além de universal, o acesso às ações e aos serviços de saúde deve ser igualitário. O comando constitucional possui dupla faceta. A mais evidente é a proibição de discriminação entre os cidadãos, não podendo o Estado restringir o acesso às prestações sanitárias com base nas

---

<sup>400</sup> A distinção entre preço público e taxas está bem exposta no verbete 545, da súmula da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal: “preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.”

características pessoais e sociais do indivíduo, salvo se houver motivos razoáveis (ex: a distinção de gêneros não pode, a priori, restringir o atendimento hospitalar. Entretanto, é razoável que, em razão das peculiaridades técnicas, exista um hospital para atendimento exclusivo do público feminino).

Mas a referência ao acesso igualitário significa, também, que “*todos, independentemente de suas condições financeiras, devem poder se beneficiar do acesso aos cuidados*”<sup>401</sup>. Trata-se de medida tão relevante que Anne Laude, Bertrand Mathieu e Didier Tabuteau afirmam que o direito à igualdade de acesso às prestações sanitárias é parte integrante do direito à proteção da saúde.<sup>402</sup>

Logo, apesar da possibilidade de cobrança pelas prestações sanitárias, o preço público não pode impedir o acesso ao tratamento. Ninguém pode ser impedido de obter uma prestação de saúde pública por falta de recursos financeiros. A autorização constitucional e legal para a exigência de contraprestação pecuniária está limitada pela capacidade do cidadão pagar. Em outras palavras: é possível cobrar de quem pode pagar, mas é proscrita a cobrança contra aquele que não dispõe de recursos financeiros, sob pena de ofensa ao princípio do acesso igualitário às ações e serviços de saúde.

Ingo Sarlet traduz com precisão essa ideia ao não chancelar a tese da gratuidade absoluta dos serviços de saúde, mas afirmando a necessidade de se garantir que todos tenham o direito de acessar igualmente os serviços de saúde. O autor não considera proporcional que uma pessoa com fartos recursos financeiros possa acessar ilimitada e incondicionalmente os serviços de saúde. Assim, defende, por meio da associação dos princípios da isonomia material e da proporcionalidade, que as prestações sanitárias sejam cobradas, ficando a gratuidade condicionada à hipossuficiência.<sup>403</sup>

A construção de um modelo ideal para a saúde deveria, portanto, considerar a possibilidade de cobrança por determinadas prestações, resguardando sempre o direito dos menos favorecidos. Nada impediria, ainda, a existência de estímulos e subsídios estatais para a redução dos preços ou um

---

<sup>401</sup> LAUDE; MATHIEU; TABUTEAU, *op. cit.*, p. 314. Tradução livre.

<sup>402</sup> *Ibid.*

<sup>403</sup> SARLET, *op. cit.*, (*A eficácia...*), p. 326-327.

pagamento parcial, como, em certa medida, está previsto na Lei 10.858, de 13 de abril de 2004, por meio do Programa Farmácia Popular do Brasil.

Mas o objetivo desta dissertação não é a formatação do sistema de saúde, mas a elaboração de parâmetros para o controle judicial do direito à saúde. Para tanto, fez-se mister uma análise descritiva do ordenamento jurídico, para que, a partir de agora, desenvolva-se um parâmetro que relacione a gratuidade e a exigência de hipossuficiência.

## **8.2 Construção do parâmetro**

Em auxílio à sistematização lógica, resume-se as reflexões desenvolvidas no item 8.1:

- (a) não existe vedação genérica, constitucional ou legal, para a cobrança de contraprestação pelas ações e serviços de saúde;
- (b) a gratuidade é uma opção política da Administração Pública, relacionada às ações e aos serviços por ela oferecidos;
- (c) a Administração Pública não pode inviabilizar o acesso aos serviços de saúde pública em razão da cobrança de contraprestação pecuniária.

A partir dessas conclusões é possível desenvolver um parâmetro de controle judicial. Inicialmente, cabe destacar que, se o cuidado já é oferecido gratuitamente pelo SUS, mas por uma falha na execução da política pública o cidadão não teve acesso a ele, não há que se condicionar a tutela judicial à hipossuficiência. Afinal, se a Administração Pública se compromete a oferecer a prestação gratuitamente, independentemente da condição social do usuário, não há motivos para o juiz exigir mais que o gestor.

Se o próprio sistema da gestão pública afirma, em tese, o direito ao cuidado gratuito, o juiz, no caso concreto, deve respeitar tal opção política (que, aliás, é mais favorável ao indivíduo) e garantir a execução da prestação independentemente da condição financeira do cidadão.

Todavia, o cuidado pode não estar disponível gratuitamente no sistema de saúde. Isso pode acontecer tanto quando o sistema gestor opte pelo não oferecimento da prestação, quanto nos casos em que decide cobrar por elas.

Como visto adrede, essas são opções políticas e, nesse caso, o questionamento judicial não se referirá à mera execução dos planos administrativos, mas de um verdadeiro controle de políticas públicas de saúde.

Ainda, de acordo com as conclusões anteriores, o exercício desse poder discricionário está submetido a limites, dentre os quais se destaca o mínimo existencial sanitário e o direito ao acesso igualitário.

Se a opção do administrador foi pela cobrança de contraprestação, o juiz deve verificar se foi observada a igualdade de acesso aos cuidados de saúde, o que só ocorrerá caso o paciente que não tenha condições de pagar receba gratuitamente a prestação. Desse modo, caso o autor da ação possua condições de arcar com a prestação, não há qualquer problema na vinculação do fornecimento do cuidado ao pagamento. Porém, manifestando-se a hipossuficiência, deve o juiz garantir o acesso gratuito às ações e serviços de saúde.

Por outro lado, caso o administrador decida não fornecer uma determinada prestação sanitária, o julgador deverá submeter o pedido judicial a uma dupla análise: trata-se de uma prestação incluída no mínimo existencial sanitário? (esse é o parâmetro 01, analisado no capítulo anterior). Se a resposta for positiva, é preciso verificar se autor da ação tem condições de arcar com o tratamento. Afinal, o fato de integrar o mínimo existencial não é suficiente, por si só, para obrigar o Estado ao fornecimento da prestação sanitária. O dever estatal apenas surge quando o indivíduo não tem condições de prover o mínimo existencial sanitário.

Desse modo, a construção do parâmetro caminha para uma solução semelhante à formulada por Fátima Vieira Henriques:<sup>404</sup> se o pedido judicial não estiver incluído entre os tratamentos já admitidos pelo SUS (como medicamentos não inseridos nas listagens oficiais ou tratamentos diversos dos protocolos médicos aprovados pelo Ministério da Saúde), extraíndo seu fundamento diretamente do art. 196 da Constituição, não há como considerá-lo *tout court* alcançando pela gratuidade. Nesse caso, apenas se restar demonstrada a incapacidade econômica do postulante é que a pretensão deve

---

<sup>404</sup> HENRIQUES, *op. cit.*, p. 831.

ser acolhida, sob pena de, sem base normativa, transferir-se para a sociedade um ônus que deve ser assumido pelo indivíduo.

Destaca-se que a ideia de hipossuficiência está relacionada com a incapacidade de o indivíduo custear o tratamento almejado. Não se trata, necessariamente, de uma situação de miséria ou pobreza, mas de uma análise específica relacionada à prestação sanitária perseguida. O juiz deve verificar se o autor tem condições de arcar com o tratamento sem prejuízo do custeio de outras necessidades essenciais à sua subsistência.

Evidentemente, haverá situações em que apenas uma parcela extremamente reduzida da população terá condições de arcar com os custos do tratamento (ex: medicamentos extremamente caros). Mas em muitos outros casos, grande parte dos usuários terá recursos para o custeio das prestações, ainda que por meio de planos de saúde (ex: medicamentos de médio e baixo custo).<sup>405</sup>

Como conclusão final, é possível enunciar o segundo parâmetro para a tutela judicial do direito à saúde: se a pretensão do autor da ação for a obtenção de um cuidado médico oferecido gratuitamente pelo SUS, não é possível condicionar a tutela judicial à comprovação da hipossuficiência econômica. Porém, se o pedido se referir a uma prestação não disponível gratuitamente, o julgamento de procedência apenas pode ocorrer se restar comprovada a impossibilidade do autor arcar com os custos do tratamento.

---

<sup>405</sup> VIANNA; PIOLA; REIS, *op. cit.*, p. 20-21.

## **9 PARÂMETRO 4: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO ENTE MAIOR**

Como analisado no capítulo 1, o Constituinte de 1987-1988, sob a influência do movimento sanitarista, provocou uma mudança radical nos serviços de saúde, atribuindo-lhe características inéditas, dentre as quais a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), integrado por União, Estados e Municípios e marcado pela descentralização e hierarquia.

O novo formato da rede de atenção à saúde gera desafios para a Federação, pois estabelece uma inédita dinâmica de trabalho entre as três esferas federativas. A complexidade dessa relação exige grande esforço regulamentador por parte do legislador e do administrador, na tentativa de garantir uma adequada distribuição de atribuições em harmonia com os preceitos constitucionais.

Por esse motivo, também ao juiz foi lançado um grande desafio: garantir a proteção do indivíduo, sem desconsiderar as normas de organização administrativa entre os entes federados. Essa não é uma tarefa fácil e é impossível respondê-la de modo simplista.

Carece de razão o sistema da gestão pública, quando defende a observância cega da divisão de atribuições. Mas também não é possível admitir invariavelmente a solidariedade entre as três esferas da federação. Como uma alternativa intermediária e aristotelicamente virtuosa, o presente capítulo apresenta como parâmetro para a tutela judicial do direito à saúde a responsabilidade subsidiária do ente maior.

Para se chegar à formulação proposta, faz-se necessário analisar algumas características da federação brasileira, capazes de lançar luzes sobre os sistemas de repartição de atribuições. Só com esses dados é possível adentrar especificamente no problema da gestão sanitária.

### **9.1 Federação brasileira**

Em 15 de novembro de 1889, o Decreto nº 1, expedido pelo Marechal Manuel Deodoro da Fonseca e firmado, também, por S. Lobo, Rui Barbosa, Q. Bocaiuva, Benjamin Constant e Wandenkolk Correia, proclamou e decretou como forma de governo da Nação Brasileira, a República Federativa. Assim, as

Províncias do Brasil, “*reunidas pelo laço da federação*”, constituíram os Estados Unidos do Brasil.<sup>406</sup> Desde então, o Brasil adotou a forma de Estado Federal.<sup>407</sup>

Originada na Constituição Americana, de 1787, a ideia de Federação surge pela união de Estados, que cedem parcela de seus direitos de soberania, mas mantêm sua autonomia.<sup>408</sup> Como leciona Manuel Garcia-Pelayo, o Estado Federal nasce como uma fórmula intermediária entre o estado unitário e a confederação, de modo a integrar definitivamente unidades autônomas em uma unidade superior, viabilizando, a um só tempo, a coesão e o particularismo; a unidade e a diversidade.<sup>409</sup> Em outras palavras, garante-se a união de diversas entidades, sem deixar de respeitar suas peculiaridades e a vontade dos indivíduos que as integram.

Destarte, com a proclamação da República Federativa passaram a coexistir no Brasil duas autoridades primárias, União e Estados, com campos de atuação harmonizados pela Constituição.<sup>410</sup> Isso porque, como um Estado composto por outros Estados (Staatenstaat – Estado de Estados, na expressão germânica), a federação tem vida própria, com governo, autoridade, funções e órgãos independentes da órbita de poder dos Estados federados.<sup>411</sup> Por outro lado, apesar de não possuírem soberania, os Estados federados mantêm sua

<sup>406</sup> Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889. Art. 1º - *Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa.* Art. 2º - *As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.*

<sup>407</sup> Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891), art. 1º - *A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.* Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934), art. 1º - *A Nação brasileira, constituída pela união perpétua e indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios em Estados Unidos do Brasil, mantém como forma de Governo, sob o regime representativo, a República federativa proclamada em 15 de novembro de 1889.* Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937), art. 3º - *O Brasil é um Estado federal, constituído pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. É mantida a sua atual divisão política e territorial.* Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1946), art. 1º - *Os Estados Unidos do Brasil mantêm, sob o regime representativo, a Federação e a República.* Constituição da República Federativa do Brasil (1967), art. 1º - *O Brasil é uma República Federativa, constituída sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.* Emenda Constitucional nº 01 (1969), art. 1º - *O Brasil é uma República Federativa, constituída, sob o regime representativo, pela união indissolúvel dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.*

<sup>408</sup> “*Mas, como o plano da convenção objetiva apenas uma união parcial ou consolidação, os governos estaduais devem claramente manter todos os direitos de soberania que anteriormente tinham e não foram, pelo ato, delegados exclusivamente aos Estados Unidos.*” HAMILTON. *Federalist* nº 32. In: HAMILTON et al. *The federalist papers*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2001, p. 136. Disponível em <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30/09/2009. Tradução livre.

<sup>409</sup> GARCIA-PELAYO. Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 7ª Ed. Madri: Revista de Occidente, 1964, p. 215-218.

<sup>410</sup> LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do estado*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1957, p. 178-179.

<sup>411</sup> *Id.*, p. 178.

autonomia, consubstanciada na existência de órgãos governamentais próprios e de um mínimo de competências exclusivas.<sup>412</sup>

Isso significa que a União encontra limites para sua atuação na autonomia dos Estados membros. Esses, por sua vez, perdem parcela de poder, em favor da União. Desse modo, nem o ente central obtém o domínio absoluto, ignorando os anseios regionais; nem os governos estaduais são livres para impor sua vontade, independentemente dos interesses nacionais.

É possível concluir, portanto, que, em um plano vertical, a federação produz resultados semelhantes aos alcançados, no plano horizontal, pela separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário,<sup>413</sup> pois corresponde a uma tentativa de impor limites à centralização totalitária, conduzindo ao exercício de poder de modo descentralizado.<sup>414</sup>

Como instrumento de controle e fiscalização do exercício do poder, o federalismo funciona como ferramenta de proteção da liberdade, pois, ao garantir o exercício de poder por entes menores, aproxima o povo das instâncias decisórias e permite um maior controle das decisões estatais. A utilidade da federação como garantidora da liberdade foi reconhecida por Hamilton, no *Federalista* nº 85, especialmente quando destaca o seu papel inibidor da ambição de indivíduos poderosos em Estados unitários.<sup>415</sup>

Ora, se em uma federação centrípeta, como a estadunidense, o federalismo já é considerado um instrumento útil à garantia da liberdade do cidadão contra o poder central, em uma federação centrífuga, como a brasileira, esse papel assume importância ímpar, tendo em vista a necessidade de redução do grau de poder conferido originalmente ao governo central.

A atual versão do federalismo brasileiro oferece uma divisão ainda maior do poder, pois se caracteriza pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (Constituição da República – CRFB, art. 1º), dando origem a uma administração político-administrativa composta de três esferas

---

<sup>412</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 102.

<sup>413</sup> TRIBE, Laurance H. *American constitutional law*. v. 1. 3ª Ed. Nova Iorque: Foudantion Press, 2000, p. 132.

<sup>414</sup> LIMA, Luciana Dias de. *Federalismo, relações fiscais e financiamento do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007, p. 32-33.

<sup>415</sup> HAMILTON. *Federalist* nº 85: concluding remarks. In: HAMILTON et al. *The federalist papers*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2001, p. 396. Disponível em <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30/09/2009.

autônomas: federal, estadual e municipal, além da distrital, consubstanciada em uma mescla das demais (CRFB, art. 18).<sup>416</sup>

Porém, mais do que uma simples alteração quantitativa, é forçoso reconhecer que o Brasil já vivenciou diferentes federalismos desde 1889. Alternando momentos de maior ou menor concentração de poderes, o país vivenciou *designs* institucionais intensamente centralistas, bem como modelos que valorizavam a descentralização.<sup>417</sup>

Atualmente, o texto constitucional parece apontar para uma nova espécie de Federação, a cooperativa. Andreas J. Krell identifica, no parágrafo único, do art. 23 e no art. 241 da Constituição da República, sinais claros da intenção do constituinte de introduzir o federalismo cooperativo no Brasil.<sup>418</sup>

## 9.2 Descentralização e subsidiariedade

No que tange à saúde pública, a Constituição torna a exigência de cooperação ainda mais clara, ao conjugar de modo explícito a descentralização e a subsidiariedade.

O princípio da descentralização,<sup>419</sup> previsto nos arts. 194, parágrafo único, VII e 198, I da CRFB, proscreve a centralização da direção das ações e serviços de saúde integrantes do sistema único (SUS), ocasionando a desconcentração do poder da União e a “*distribuição de poder político, de*

---

<sup>416</sup> A Federação belga também é *trial*, composta por comunidades (*communautés*) e regiões: Constituição belga, art. 1º “A Bélgica é um Estado federal que se compõe de comunidades [*communautés*] e de regiões”.

<sup>417</sup> Luciana Dias de Lima afirma ser possível identificar “*três grandes períodos marcados pela dinâmica de tensão e distensão de controles políticos e fiscais: o primeiro, de alto centralismo, característico da fase do regime autoritário; o segundo, orientado para a descentralização e formação de um novo modelo federalista (anos 80); e, finalmente, o terceiro, indefinido quanto ao modelo de federação, mas com traços de recentralização e ausência marcante de mecanismos de cooperação e integração intergovernamentais, vigentes nos anos 90*”. In LIMA, Luciana (...), *op. cit.*, 2007, p. 40.

<sup>418</sup> KRELL, Andreas J. Normas gerais e leis nacionais: conceitos ultrapassados ou necessários para implantação do federalismo cooperativo no Brasil? Mimeografado.

<sup>419</sup> Fernando Luiz Abrucio define descentralização como “*um processo nitidamente político, circunscrito a um Estado nacional, que resulta da transferência (ou conquista) efetiva de poder decisório a governos subnacionais, que: a) adquirem autonomia para escolher seus governantes e legisladores; b) para comandar diretamente sua administração; c) para elaborar uma legislação referente às competências que lhe cabem; e, por fim, d) para cuidar de sua estrutura tributária e financeira*.” ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 78.

*responsabilidade e de recursos da esfera federal para a estadual e municipal*".<sup>420</sup>

Desse modo, apesar de nem sempre se apresentarem juntas,<sup>421 422</sup> é evidente a estreita vinculação entre descentralização e federação,<sup>423</sup> uma vez que as ideias que inspiram um instituto guardam perfeita coerência com o outro.<sup>424</sup> O fato é que a descentralização reforça a federação, especialmente a centrífuga, pois promove a diluição do poder central em prol dos entes federados.

Entretanto, nem sempre a descentralização foi considerada um modelo de gestão pública adequado. Ao contrário, no processo de formação dos Estados nacionais foi a centralização que assumiu o papel principal. O pensamento prevalecente no século XIX e início do século XX era da necessidade de fortalecimento do poder central, a fim de garantir condições de participação do país nas dinâmicas econômica e geopolítica. Por esse motivo, a descentralização era tida como fator negativo para o projeto de crescimento nacional.<sup>425</sup>

A tendência centralizadora passou a revelar suas desvantagens a partir do aumento da intervenção governamental provocado pelo *welfare state*. Isso porque, diante do crescimento de ofertas de serviços públicos, o poder central não foi capaz de atender diretamente às demandas sociais, provocando a necessidade de aperfeiçoamento das estruturas administrativas locais, com o objetivo de compensar a ineficiência do serviço centralizado. Some-se a isso, o processo de urbanização, "*que tornou os problemas locais e seus governos cada vez mais importantes para um maior número de pessoas*".<sup>426</sup>

Mesmo nos Estados Unidos da América é possível identificar variações no federalismo, com épocas de maior ou menor valorização da

---

<sup>420</sup> MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In MATTA, Gustavo Corrêa (org.). PONTES, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007, p. 73.

<sup>421</sup> LIMA, Luciana (...), *op. cit.*, p. 40.

<sup>422</sup> É possível um Estado Federal concentrar no governo central a atribuição para a prestação dos serviços de saúde. Por outro lado, um Estado Unitário pode delegar a tarefa a órgãos regionais.

<sup>423</sup> MACHADO, Critini Vieira. *Direito universal, política nacional: o papel do ministério da saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007, p. 74.

<sup>424</sup> MATTA, *op. cit.*, p. 73.

<sup>425</sup> ABRUCIO, *op. cit.*, p. 80.

<sup>426</sup> *Ibid.*

descentralização. Gilberto Bercovici identifica três fases da federação americana, relacionadas com a questão da descentralização e influenciadas diretamente pela postura da Suprema Corte estadunidense: federalismo nacional, caracterizado pelo fortalecimento do poder central; federalismo dual, marcado pela valorização dos Estados membros em detrimento da União, com uma rígida divisão de atribuições; e federalismo cooperativo, no qual se observa a integração das esferas federadas.<sup>427</sup>

Na história brasileira os caminhos seguiram por trilhas próprias. O poder central sempre exerceu papel de destaque. Durante o Império, o Estado unitário concentrava nas mãos do Imperador poderes de decisão sobre as províncias e municípios.<sup>428</sup> Durante a República Velha, apesar da mitigação da centralização, vivenciou-se um paradoxal jogo de poderes, com o fortalecimento dos poderes locais e regionais, porém uma dependência dos recursos financeiros federais. A dinâmica do período estava relacionada com o direito ao voto e a sua gradual ampliação, que fez o coronelismo assumir lugar de destaque no cenário político, uma vez que a autoridade local, por meios questionáveis, mantinha o controle do eleitorado. Todavia, ao mesmo tempo em que influenciavam diretamente os resultados eleitorais, os coronéis dependiam dos recursos econômicos dos governos regionais e federais, sem os quais não conseguiam manter suas políticas clientelistas e perdiam a influência sobre o voto da população local. Da mesma forma, os Estados ganharam grande força no debate político. Todavia, a dependência dos recursos federais fazia com que fossem obrigados a se alinhar, em grande parte, ao pensamento do ente central, que acabava por controlá-los de modo indireto ou mesmo por manobras políticas<sup>429</sup>. Percebe-se que o Estado nacional estava enfraquecido e encontrava obstáculo quase intransponível nas oligarquias locais, com quem mantinha uma relação de interdependência.

Com Getúlio Vargas, principalmente a partir de 1937, a centralização alcançou níveis muito maiores, sendo utilizada como método de enfraquecimento dos governos estaduais.<sup>430</sup> Após uma fase de equilíbrio

---

<sup>427</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23-31.

<sup>428</sup> *Ibid.*

<sup>429</sup> *Ibid.*, p. 31-38.

<sup>430</sup> *Ibid.*, p. 41.

federativo entre 1946 e 1964, o governo militar voltou a impor a lógica centralizadora,<sup>431</sup> o que limitou o federalismo a uma existência formal.

Especificamente quanto aos serviços de saúde, o poder central sempre exerceu marcante papel na evolução histórica. Desde o período colonial até a década de 1980, a centralização das políticas de saúde era a técnica da gestão sanitária vigente. Mesmo após a proclamação da República Federativa, a participação dos Estados e Municípios permaneceu incipiente. A União assumiu a responsabilidade, com todos os ônus e bônus, pelo planejamento e execução das políticas sanitárias.

Esse paradigma apenas é rompido pela Constituição da República de 1988, que incluiu entre as atribuições dos Municípios a prestação de serviços de atendimento à saúde da população, com a cooperação técnica e financeira da União e dos Estados (CRFB, art. 30, VII). Trata-se de regra inspirada no princípio da descentralização, valorizando o papel dos entes federados, especialmente daqueles mais próximos da população, os Municípios.

A salutar previsão permite uma aproximação da comunidade com as instâncias sanitárias decisórias, pois estimula a sua participação nos debates, em perfeita harmonia com o art. 198, III, da CRFB. Isso porque a gestão descentralizada é capaz de focar as especificidades de cada região e de desconstruir, ao menos parcialmente, a distância existente entre o cidadão e o gestor público.<sup>432</sup>

Esse roteiro normativo levou os Municípios ao posto de principais executores das ações e serviços públicos de saúde e concretizou, ao menos em parte, um ideário do movimento sanitarista, que na IX Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1992, elegeu o seguinte tema central: “Saúde: municipalização é o caminho”.<sup>433</sup>

O município, por ser o centro de poder mais próximo do cidadão, atende às exigências da descentralização, pois funciona como instância intermédia

---

<sup>431</sup> ABRUCIO, *op. cit.*, p. 95-96.

<sup>432</sup> “Com efeito, a centralização motiva – entre outras conseqüências, que não cabem aqui ser enumeradas – um planejamento desmedido, uma burocratização excessiva e ineficiente, o desperdício e a corrupção e, principalmente, uma diminuição do espaço público e a implementação de políticas públicas cada vez mais apartadas do cidadão, a quem, paradoxalmente, a administração pública deve servir.” TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 224.

<sup>433</sup> CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Relatório Final. In IX CNS, 1992, Brasília. Disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_9.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf)>, acesso em 27/09/2009.

entre a sociedade e o Estado.<sup>434</sup> Essa harmonia entre descentralização e municipalização deixa evidente que ambos são corolários do princípio da subsidiariedade, definido por Silvia Faber Torres, como princípio diretor de um sistema ideal de distribuição de competências entre a comunidade maior e a comunidade menor, pelo qual os poderes devem ser exercidos de forma mais próxima possível do cidadão, só devendo a instância superior intervir em nome da eficácia e da necessidade.<sup>435</sup>

O princípio da subsidiariedade determina, portanto, uma forma de distribuição de poder e responsabilidades que afirma a primazia das estruturas mais próximas do indivíduo, as quais preferem às estruturas mais distantes, cuja atuação é apenas subsidiária. Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:<sup>436</sup>

...primariamente, as demandas que puderem ser atendidas pela organização política local, como o Município, o Condado, a Comuna etc., serão aquelas que determinarão suas respectivas competências político-administrativas; secundariamente, as que não possam ser satisfeitas por meio de decisões e de ações locais deverão passar a organização política regional, ou intermédia, como o Estado, a Província, o Cantão, a Região Autônoma etc; terciariamente, as que ultrapassem as possibilidades regionais, por sua generalidade ou peculiaridade, serão cometidas às organizações políticas nacionais soberanas, como a União, nos Estados Federados, o Estado Nacional etc., dotadas de todas as competências necessárias para atendê-las diretamente, bem como as de negociar com outras concentrações de poder, soberanas ou não, a satisfação indireta ou coordenada de interesses do País.

Apesar da subsidiariedade não ser encontrada exclusivamente nas federações,<sup>437</sup> é inquestionável que o “*o modelo estatal do federalismo está diretamente ligado ao princípio da subsidiariedade, para promover a diversidade regional e a descentralização das instâncias de decisão*”,<sup>438</sup> podendo-se afirmar que “*a subsidiariedade está implícita no princípio federativo*”.<sup>439</sup>

---

<sup>434</sup> TORRES (Silvia), *op. cit.*, p. 239.

<sup>435</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>436</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20-21.

<sup>437</sup> Como exemplo, o princípio da subsidiariedade está contido no art. 3º.b do Tratado de Maastricht: “*A Comunidade atuará nos limites das atribuições que lhe são conferidas e dos objetivos que lhe são cometidos pelo presente Tratado. Nos domínios que não sejam das suas atribuições exclusivas, a Comunidade intervêm apenas, de acordo com o princípio da subsidiariedade, se e na medida em que os objetivos da ação encarada não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-membros, e possam pois, devido à dimensão ou aos efeitos da ação prevista, ser melhor alcançados ao nível comunitário. A ação da Comunidade não deve exceder o necessário para atingir os objetivos do presente Tratado.*”

<sup>438</sup> KRELL, *op. cit.*, p. 6.

<sup>439</sup> TORRES (Silvia), *op. cit.*, p. 212.

Fora de dúvida, portanto, que quando o constituinte e o legislador (7º, IX, a, da Lei 8.080/90) promovem a descentralização dos serviços de saúde, com ênfase em sua municipalização, mas com apoio técnico e financeiro dos Estados e da União, buscam aproximar o cidadão dos gestores sanitários, concretizando o princípio da subsidiariedade.

### **9.3 Política nacional e responsabilidade municipal: uma federação cooperativa**

Apesar de a descentralização, especialmente a municipalização, ser apontada como o caminho, não se pode conservar a ilusão de enxergá-la como a solução para todas as dificuldades da saúde pública brasileira. As enormes diferenças entre os municípios do país oferecem um hercúleo desafio aos gestores sanitários.

São desigualdades notórias em diversos campos: condições econômicas, técnicas de gestão, nível de cooperação com outros municípios, participação da população, número de habitantes... Por outro lado, não são poucos os municípios que conservam um sistema de poder oligárquico, vinculando as prestações de serviços de saúde a uma lógica clientelista. O acesso às prestações sanitárias, principalmente as mais caras, depende em grande medida do aval de políticos locais e de práticas não republicanas.

O fato é que *“existe um consenso de que as heterogeneidades econômicas entre as regiões, que também se manifestam entre estados e municípios, constituem o principal problema do federalismo brasileiro”*.<sup>440</sup>

Considerando que todos têm o mesmo direito à saúde, como lidar com tamanhas discrepâncias a fim de garantir um tratamento isonômico aos cidadãos? Por outro lado, tendo em vista as necessidades específicas de cada região, como garantir uma igualdade material nessas prestações?

A resposta a essa questão pode estar no modelo federativo a ser adotado. Em substituição à tradicional Federação dual, é necessário avançar até uma Federação cooperativa.

---

<sup>440</sup> SOUZA, Celina. Desenho constitucional, instituições federativas e relações intergovernamentais no Brasil pós-1988. In: FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 189.

### 9.3.1 Federação cooperativa e princípio da subsidiariedade

A ideia de federalismo cooperativo busca substituir a competição entre as unidades federadas pela cooperação em prol de um objetivo comum. Dessa forma, todos os entes devem interagir e contribuir um com o outro para a tutela dos objetivos estatais. Dito de outro modo, o federalismo cooperativo adequadamente considerado compreende uma cooperação subsidiária – a subsidiariedade implica, sobretudo, em uma ajuda ao ente menor quanto às tarefas que ele não consegue realizar por si com eficácia – sem que, com isso, se enseje uma perda injustificada de competências dos Estados membros em benefício do ente central.<sup>441</sup>

Esse espírito encontra relevante símbolo no art. 35.1 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, quando estabelece o dever de todas as autoridades federais e subnacionais prestarem mutuamente assistência legal e administrativa<sup>442</sup>. Mas forte ainda é a previsão do art. 41.1.h da Constituição Sul-Africana, que determina a todas as esferas de governo que cooperem umas com as outras, com mútua confiança e boa-fé, para a conquista de objetivos comuns, dentre os quais se destaca a coordenação de suas ações e legislações.<sup>443</sup>

No Brasil, o grande número de competências comuns entre União, Estados e Municípios indica que o constituinte almeja a comunhão de esforços para obtenção de resultados como o cuidado com a saúde (CRFB, art. 23, II), a preservação do meio-ambiente (CRFB, art. 23, VI) e o combate à pobreza (CRFB, art. 23, X). Destarte, ao invés de competirem pelo aumento ou diminuição de suas atribuições, cada um deve oferecer o melhor ao seu alcance para a conquista desses ideais.

Porém, o oferecimento desses esforços segundo uma lógica individualista, sem levar em consideração o que está sendo oferecido pelos

---

<sup>441</sup> TORRES (Silvia), *op. cit.*, p. 95-96.

<sup>442</sup> Lei Fundamental de Bonn, art. 35.1 “*Todas as autoridades da Federação e dos Länder prestarão mutuamente assistência judicial e administrativa.*”

<sup>443</sup> Constituição da República da África do Sul, art. 41.1.h “*Todas as esferas de governo e todos os órgãos do Estado, em cada esfera, devem (h) cooperar um com o outro em mútua confiança e boa-fé. (I) promovendo relações amigáveis; (II) assistindo e dando suporte um ao outro; (III) informando e consultando um ao outro, sobre matérias de interesse comum; (IV) coordenando suas ações e legislações uns com os outros; (V) aderindo aos procedimentos acordados; e (VI) evitando procedimentos legais uns contra os outros*”. Tradução livre.

demais entes, ao estilo do pensamento de Adam Smith,<sup>444</sup> pode não conduzir ao melhor resultado para a federação. Afinal, a mão invisível não é capaz de coordenar os inúmeros esforços individuais das unidades federadas, pois conduziria a uma situação de pouca eficiência e desperdício.

A conjugação de esforços em uma federação deve assumir o modelo de um jogo cooperativo, na fórmula de John F. Nash, para permitir que cada ente adote a melhor estratégia considerando o que está sendo oferecido pelas demais unidades federadas e, desse modo, todos encontrem uma situação de equilíbrio.<sup>445</sup>

Um jogo cooperativo pressupõe uma instância prévia de negociação, em que os participantes chegam a um acordo sobre como o jogo deve ser jogado.<sup>446</sup> Uma federação cooperativa, portanto, deve evitar a competição entre seus entes, por meio do estabelecimento de regras claras sobre o jogo, permitindo que se alcance o nível ótimo de eficiência na busca dos objetivos comuns.

Essas regras do jogo federativo são, em grande parte, materializadas na Constituição, com a divisão de competências e atribuições. Todavia, é evidente que a mera previsão normativa da divisão de tarefas não é suficiente para permitir a análise da melhor estratégia a ser adotada por cada ente, levando em consideração o que o outro pode oferecer. Para tanto, principalmente diante de um cenário de profundas desigualdades, é necessária a existência de um mecanismo de gestão intergovernamental, capaz de coordenar os esforços de cada ente.<sup>447</sup>

No caso brasileiro, diante da enorme diferença entre as capacidades de unidades federadas implantarem políticas públicas, esse mecanismo de gestão torna-se ainda mais fundamental. Não é por outro motivo que a sua ausência é

---

<sup>444</sup> “Buscando seu próprio interesse ele frequentemente promove uma sociedade mais eficiente do que quando ele realmente pretende promovê-la.” SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. São Paulo: Metalibri, 2007, p. 349-350. Tradução livre.

<sup>445</sup> “Diz-se que uma combinação de estratégias constitui um equilíbrio de Nash quando cada estratégia é a melhor resposta possível às estratégias dos demais jogadores, e isso é verdade para todos os jogadores.” FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos – com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 93.

<sup>446</sup> “A teoria do jogo cooperativo pressupõe um período de negociação pré-jogo, durante o qual os jogadores chegam a um irrevogável e vinculante acordo sobre como o jogo deve ser jogado.” BINMORE, Ken. Introduction. In NASH, John F. *Essays on game theory*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1996, p. xiv. Tradução livre.

<sup>447</sup> KRELL, *op. cit.*, p. 5.

apontada como uma das causas da não consolidação prática do federalismo cooperativo brasileiro.<sup>448</sup>

É verdade que uma das tentativas de coordenação central da atividade federativa ocorre por meio de fixação de normas gerais via leis federais. Não são poucas as matérias em que a União traça diretrizes que devem ser observadas por Estados e Municípios. Em outras palavras, as políticas públicas são elaboradas pelo poder central e executadas pelas unidades subnacionais. Estas últimas limitam-se a normatizar as situações relacionadas às peculiaridades regionais ou locais.

Porém, se, por um lado, essa estratégia permite um tratamento homogêneo com possibilidade de ajustes locais, por outro impede que Estados e Municípios discutam a elaboração das regras do jogo, que são impostas pela União. A exclusão do processo deliberativo prejudica o jogo cooperativo e estimula uma competição indesejada, tendo em vista que muitas necessidades e projetos dos entes federados não serão contemplados pelas regras gerais.

Outrossim, mais do que a participação na elaboração das regras, é fundamental que os entes estejam em uma constante relação de coordenação. Isso ocorre, basicamente, por dois motivos: (a) as circunstâncias econômico-político-sociais transformam-se com grande velocidade, sendo necessária uma permanente atualização das políticas públicas e dos métodos utilizados para executá-las; e (b) a autonomia de Estados e Municípios não autoriza a União a impor-lhes um comportamento ativo, cabendo às normas gerais apenas balizar a atuação desses entes.

### 9.3.2 Cooperação, descentralização e subsidiariedade na saúde

A saúde é uma das poucas áreas de atuação estatal em que se observa a implantação de um arcabouço legal e administrativo capaz de possibilitar um agir federativo cooperativo, com a criação de instrumentos que permitem, a todas as unidades federadas, a participação na elaboração e no acompanhamento das políticas públicas, sob a coordenação da União.

---

<sup>448</sup> SOUZA (Celina), *op. cit.*, p. 197.

A possibilidade de uma coordenação central para as ações e serviços de saúde decorre do princípio da hierarquia (CRFB, art. 198), que, todavia, não dispensa a participação de Estados e Municípios nesse processo.

Por outro lado, leis federais estabelecem normas gerais sobre o Sistema Único de Saúde e distribuem as atribuições entre as direções nacional, estaduais e municipais (Lei 8.080/90, arts. 16 a 18).

A legislação federal prevê, ainda, a existência de um conselho de saúde e uma conferência de saúde em cada esfera de governo. As conferências, compostas por representantes de vários segmentos sociais, reúnem-se a cada quatro anos “*para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde*” (Lei 8.142/90, art. 1º, § 1º). Já os conselhos, que possuem caráter permanente e deliberativo e são compostos por representantes do governo, dos prestadores de serviços, dos profissionais de saúde e dos usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde (Lei 8.142/90, art. 1º, § 2º).

No âmbito nacional, o Conselho de Saúde (CNS) é integrado também pelo Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) e pelo Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS) (Lei 8.142/90, art. 1º, § 3º). A dinâmica construída pelo legislador permite que Estados e Municípios participem do processo de elaboração de políticas nacionais de saúde e do controle de sua execução. Assim, as unidades subnacionais contribuem na formulação das políticas de âmbito nacional, em uma relação de colaboração.

Em outras palavras, garante-se um espaço de deliberação prévia onde União, Estados e Municípios negociam as regras do jogo colaborativo. Assim, de modo coordenado, cada participante tem a oportunidade de expor suas capacidades e de avaliar o que está sendo oferecido pelo demais, a fim de traçarem, conjuntamente, a melhor estratégia. Trata-se de um sistema marcado pela flexibilidade política, em que, sob a coordenação da União, a distribuição de atribuições é caracterizada pela cooperação e pela negociação, em uma perfeita representação de um federalismo cooperativo.<sup>449</sup>

---

<sup>449</sup> MOTALA, Ziyad. RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law – analysis and cases*. Cidade do Cabo: Oxford University Press Southern Africa, 2002, p. 149.

A busca dessa situação ideal exige que a União, no papel de coordenadora central, com apoio de Estados e Municípios, fique atenta a eventuais incapacidades de outros entes para o cumprimento das políticas públicas. Nessa situação, para impedir o desequilíbrio e garantir o sucesso da atuação estatal, os entes maiores devem responsabilizar-se por eventuais incapacidades dos entes menores. Assim, o Estado é responsável por suprir falha dos serviços municipais de saúde, bem como a União é responsável subsidiária pelas prestações sanitárias de Estados, Municípios e Distrito Federal.

### 9.3.3 Obrigação subsidiária: o segundo corolário do princípio da subsidiariedade

Como leciona Daniel Halberstam, o princípio da subsidiariedade possui uma dupla conotação: por um lado, significa uma limitação ao governo central, que apenas deve atuar quando, e somente quando, a unidade federada não for capaz de agir por conta própria; por outro, confere autorização para que o governo central atue, subsidiariamente, sempre que o ente federado não se desincumba adequadamente de sua atribuição.<sup>450</sup> São duas faces de uma mesma moeda.

Mais que um princípio garantidor do sistema federativo, a subsidiariedade constitui uma garantia do cidadão, contra a ineficiência administrativa. Em um contexto constitucional que concede ao indivíduo o papel de credor do Poder Público, a subsidiariedade transforma os entes federados maiores em avalistas dos menores.

Isso significa que as entidades maiores não são apenas autorizadas, mas obrigadas, a atuar para compensar falhas e omissões dos entes menores.<sup>451</sup>

Analisando o modo como o princípio da subsidiariedade informa especificamente as prestações sanitárias, percebe-se o seu impacto em dois momentos distintos: na fixação das atribuições de cada ente; e na execução das atribuições previamente distribuídas. Esse segundo momento será analisado no tópico posterior. Antes, porém, importa tecer um breve comentário sobre a aplicação da subsidiariedade na distribuição das atribuições.

---

<sup>450</sup> HALBERSTAM, Daniel. Federal powers and the principle of subsidiarity. In: AMAR, Vikram David. TUSHNET, Mark V. *Global perspectives on constitutional law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009, 44-45.

<sup>451</sup> KRELL, *op. cit.*, p. 7.

Como adrede narrado, a Constituição determina a descentralização das prestações de saúde e atribui aos municípios a responsabilidade por sua execução, mediante a cooperação técnica e financeira dos Estados e da União.

Todavia, considerando a histórica centralização anterior, torna-se impossível transferir, de inopino, aos Municípios a integralidade da execução dos serviços de saúde. A própria Constituição oferece o antídoto para o presumido despreparo dos Municípios, ao elencar o cuidado da saúde entre as competências comuns de todos os entes federados, sinalizando, nitidamente, a favor da subsidiariedade.

Destarte, como já descrito no capítulo 5 (sistema da gestão pública), a Lei 8.080/90, nos arts. 15 a 19, e diversos atos administrativos regulamentares distribuem atribuições entre os três níveis federativos. Atualmente, as portarias 399/2006 (Pacto pela Saúde) e 2.048/2009 (regulamento do SUS) reforçam a tendência de Municipalização, mas respeitam as limitações desses entes menores, pois permite que o gestor municipal vincule-se a diferentes níveis de comprometimento, repassando recursos proporcionalmente às responsabilidades assumidas pelo Município. Isso significa que, se o administrador local sentir-se em condição de assumir serviços sanitários mais complexos, receberá os recursos financeiros para tanto. Caso contrário, a responsabilidade continua com o ente maior e Município não recebe os repasses, pois os recursos serão utilizados pela entidade federada que executar o serviço.

Assim, a subsidiariedade fornece condições para que a municipalização seja efetivada sem riscos para os cidadãos, pois não exonera União e Estados da responsabilidade pelos serviços de saúde.

#### **9.4 Controle judicial, descentralização e subsidiariedade: formulação do parâmetro**

A subsidiariedade, como princípio da gestão sanitária, não deve ficar restrita à atividade administrativa de divisão de atribuições. O sistema judicial não pode ignorar essa característica da saúde pública brasileira, decorrente de inúmeros esforços do sistema médico-social e incorporado, após debates em diversos âmbitos, pelo sistema da gestão pública.

Desse modo, o princípio da subsidiariedade deve estar presente não apenas no momento da distribuição administrativa de atribuições entre União, Estados e Municípios, como também na responsabilidade pela execução dos serviços previamente distribuídos, mesmo quando o debate tenha se transferido para os tribunais.

Isso significa que, apesar da municipalização não poder ser desconsiderada, o julgador deve estar atento, também, às deliberações administrativas que, considerando a capacidade técnica dos Municípios, excluam alguns cuidados de suas atribuições. Isso significa que o sistema judicial não deve limitar-se a uma monovisão, focada exclusivamente no direito à prestação sanitária. Faz-se mister lançar um olhar mais abrangente, capaz de enxergar as estruturas existentes, a fim de adotar uma solução cooperativa. Afinal, se for possível garantir o atendimento ao direito do cidadão respeitando a divisão administrativa, por que inverter toda a lógica construída pelo sistema da gestão pública? Se já há órgãos estruturados (inclusive financeiramente) para o fornecimento de uma prestação sanitária, por que direcionar a ordem de cumprimento a outro ente?

A primeira conclusão a que se chega, portanto, é que o juiz deve respeitar *prima facie* a distribuição administrativa de atribuições sanitárias.

Essa conclusão, todavia, não isenta de modo absoluto todos os demais entes do cuidado de saúde. Recorda-se que a segunda faceta da subsidiariedade é a existência de responsabilidade do ente maior em caso de ineficiência do ente menor. Assim, é possível que um Município falhe na execução de um serviço de saúde a ele incumbido. Nesse caso, a subsidiariedade impõe aos entes estaduais e federal a obrigação de sanar as falhas e omissões municipais.

Trata-se de uma garantia da igualdade material,<sup>452</sup> pois o cidadão não deve ser apenado pela incapacidade de gestão dos municípios, cabendo aos Estados e à União suprirem a ineficiência municipal. Por isso, União e Estado são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações sanitárias dos Municípios. Outrossim, a União é subsidiariamente responsável pelos serviços de saúde a

---

<sup>452</sup> No mesmo sentido, Sílvia Faber Torres afirma que subsidiariedade gera “a obrigação de não ingerência da entidade maior quando a inferior puder eficazmente realizar por si os seus próprios interesses, garantido-se, assim, a liberdade dos indivíduos e dos grupos intermédios, e o dever de ingerência, quando os grupos sociais ou as pessoas não tiverem condições de suprir aquelas necessidades, despendendo, para efetivar-se uma certa igualdade, do auxílio e do estímulo positivo do superior.” In TORRES (Sílvia), *op. cit.*, p. 9-10.

cargo dos Estados. Em caso de falha do devedor original na prestação do serviço, o ente maior torna-se responsável, o que significa que o cidadão credor pode exigir a prestação de qualquer um deles.

Mas a subsidiariedade difere bastante da solidariedade admitida pelo sistema judicial, pois, além de se apresentar, apenas, dos entes maiores em relação aos menores, só poderá ser aplicada em caso de falha na execução dos serviços de saúde por parte da entidade original. Não há verdadeira solidariedade entre os entes federados. O que existe é responsabilidade subsidiária do ente maior, em caso de falha do serviço de saúde do ente menor.

Como consequência, se a responsabilidade de uma prestação sanitária foi atribuída a um município, que a inadimpliu, haverá a possibilidade de um litisconsórcio facultativo entre as três esferas da federação. Se o devedor for um Estado, é possível o litisconsórcio com a União. Finalmente, se na distribuição de atribuições, coube à União a execução do serviço, os entes menores não possuem legitimidade passiva *ad causam*.

No exercício de sua tarefa, o Judiciário não pode olvidar de outras estruturas desenvolvidas para a proteção do indivíduo, especialmente, a divisão de atribuições entre os entes federativos pautada no princípio da subsidiariedade. Ser tutelado, *prima facie*, pelo ente mais próximo é uma garantia do cidadão, pois permite uma maior participação democrática, em razão da facilidade de acesso às instâncias decisórias. Por outro lado, lançar sobre o ente menor uma responsabilidade que, no planejamento do jogo cooperativo, foi atribuída à entidade maior, é sobrecarregar o mais fraco com um peso exagerado, capaz de provocar fissuras irreparáveis na base de todo o sistema. O juiz deve estar atento não apenas ao direito fundamental em si, mas também aos diversos modos de implementá-lo, optando por aquele que se adéque harmoniosamente com as demais necessidades do poder público e dos cidadãos.

Avança-se, desse modo, para uma segunda conclusão: apenas em caso de falha na prestação do serviço pelo ente menor, surge a responsabilidade subsidiária do ente maior.

Essa conclusão não impede que o ente responsabilizado judicialmente exerça o direito de regresso contra aquele que administrativamente deveria ter fornecido a prestação sanitária. A busca do ressarcimento, aliás, parece ser uma

necessidade para a manutenção do equilíbrio financeiro do sistema, uma vez que os repasses de verbas estão relacionados com as atribuições assumidas por cada ente. Entretanto, como o objetivo da dissertação é a fixação de parâmetros para a atuação judicial na tutela da saúde, não cabe, nesta sede, a discussão detalhada sobre o direito de regresso.

Por outro lado, a existência de um litisconsórcio passivo facultativo não exime o juiz de indicar o ente que deve fornecer a prestação. A medida é necessária para evitar problemas com o duplo ou triplo fornecimento, acarretando desperdício e perda de recursos. Assim, apesar do cidadão ter a faculdade de direcionar a pretensão contra o ente com atribuição administrativa ou contra os entes maiores, a ordem judicial deve especificar qual deles deve cumprir a obrigação.

Em resumo, é possível enunciar o sexto parâmetro em três tópicos:

- (a) o juiz deve respeitar *prima facie* a distribuição administrativa de atribuições sanitárias;
- (b) em caso de falha na prestação do serviço pelo ente menor, surge a responsabilidade subsidiária do ente maior, admitindo-se entre eles um litisconsórcio passivo facultativo;
- (c) quando houver um litisconsórcio passivo, é necessário que o juiz especifique o ente que deve cumprir a ordem, sendo possível o redirecionamento em caso de dificuldades na execução.

## **10 PARÂMETRO 5: POTENCIAL DE UNIVERSALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS**

O terceiro parâmetro de controle identificado pela pesquisa é o potencial de universalização das decisões judiciais. Há diversos trajetos teóricos capazes de conduzir a essa conclusão, destacando-se dois deles: o pautado no princípio da igualdade e o que se apóia na racionalidade argumentativa.

Optou-se por construir o argumento com base na segunda possibilidade teórica (racionalidade argumentativa), amparando-se basicamente nas ideias de Habermas e Alexy, que não se vinculam, nesse ponto, a questões substantivas e adotam um olhar procedimentalista.

Apesar de os parâmetros já analisados (mínimo existencial sanitário e hipossuficiência) adotarem uma lógica substancialista, parece mais útil adotar um pensamento procedimentalista, para não perder de vista o fato de a decisão judicial ser fruto de um processo comunicativo, apesar de dotado de peculiaridades, não apenas decorrentes das imposições do Direito, como também da própria estrutura de comunicação em um processo judicial.

Vale destacar que não se vislumbra uma incoerência teórica na associação de critérios substancialistas e procedimentalistas, pois os parâmetros guardam autonomia em relação uns aos outros, não havendo qualquer obstáculo à adoção de diferentes lógicas em suas construções. Cada critério de controle sugerido objetiva harmonizar as decisões judiciais com distintas críticas dos sistemas de conhecimento envolvidos na questão.

De todo modo, corroborando a legitimidade do parâmetro proposto, o tópico 10.3 demonstrará que a mesma solução (potencial de universalização) seria encontrada com base em argumentos substancialistas.

Com esse objetivo, o capítulo 10 foi dividido em três tópicos. No primeiro situa o juiz como um dos participantes do debate democrático, que deve atuar com pretensão de correção de suas decisões. O segundo tópico analisa um dos requisitos necessários à materialização da pretensão: o potencial de universalização. O terceiro tópico constrói e anuncia o terceiro parâmetro para a tutela judicial do direito à saúde.

### 10.1 A pretensão de correção das decisões judiciais

A decisão judicial, ao oferecer a solução para os litígios entre as partes da relação processual, tem um nítido caráter normativo, pois pretende regular uma relação social, por meio da determinação do comportamento a ser adotado por cada um dos envolvidos.

Para chegar às suas conclusões, o juiz integra-se no processo de comunicação entre os litigantes, recebendo estímulos racionais prévios ao provimento jurisdicional. Em um plano ideal, as partes agem comunicativamente<sup>453</sup> e lançam seus argumentos, com pretensão de validade, para que se alcance uma solução racional.

A pretensão de validade dos argumentos dos litigantes traduz tanto uma pretensão de verdade, no que tange aos aspectos fáticos (mundo objetivo), quanto uma pretensão de correção dos reflexos jurídicos extraídos dos fatos (mundo social).<sup>454</sup> Desse modo, o juiz recebe as provocações racionais das partes, para que adira aos seus argumentos.

É verdade que em um processo judicial não se configura a situação ideal de fala,<sup>455</sup> tendo em vista a estrutura da comunicação. Tal assertiva ampara-se, pelo menos, em dois argumentos: (a) os litigantes têm oportunidades limitadas de manifestação; e (b) o juiz não debate, no plano real, com as partes. O julgador recebe os argumentos racionais e lança a sua decisão (ato de fala regulador), com a pretensão de convencer as partes e todos os demais sobre a correção de seus argumentos.

---

<sup>453</sup> “Chamo comunicativas às interações nas quais as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo a ser alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade.” HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 79.

<sup>454</sup> “No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se referam a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado).” *Id.*

<sup>455</sup> “A situação ideal de fala foi um recurso utilizado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático elaborado em seu texto ‘Teorias da verdade’, de 1972. O filósofo de Frankfurt denomina ‘ideal a uma situação de fala em que as comunicações não vêm impedidas por influxos externos contingentes como tampouco pelas coações que se seguem da própria estrutura da comunicação.’” MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 97.

Além disso, no mundo real, as partes da relação processual, quase sempre, agem estrategicamente,<sup>456</sup> não intencionando o consenso, mas buscando apenas convencer o julgador de seus argumentos, sem se permitir a reflexão sobre a tese contrária. “*As partes não estão obrigadas à busca cooperativa da verdade, uma vez que também podem perseguir seu interesse numa solução favorável do processo ‘introduzindo estrategicamente argumentos capazes de consenso’*”.<sup>457</sup>

Serão analisadas, em primeiro lugar, as duas primeiras limitações discursivas do processo judicial, sem a preocupação com o problema do agir estratégico dos litigantes, que passará a integrar a reflexão seguinte.

Ao pressupor um atuar comunicativo de todos os envolvidos, é possível identificar duas relações discursivas no processo de formação da decisão judicial. A primeira é caracterizada por um agir comunicativo forte, na relação entre os litigantes. Autor e réu dialogam buscando demonstrar a racionalidade de seus argumentos, não apenas ao juiz, mas um ao outro. Por meio das sucessivas manifestações no processo, os litigantes podem aderir ao argumento da parte contrária e chegar a uma solução de consenso, materializada em transação, reconhecimento do pedido, renúncia ou desistência.

Porém, diante da necessidade de promoção da segurança jurídica e da solução relativamente célere do conflito, não é possível garantir a continuação do debate por tempo indeterminado. Por isso, o procedimento impõe limites ao discurso, por meio da fixação de prazos e oportunidades de manifestação, que ocasionam a preclusão em suas variadas espécies.

Trata-se de medida exigida pela necessidade de obtenção, em tempo razoável, de um provimento jurisdicional capaz solucionar o conflito submetido à decisão. O prolongamento indeterminado do debate acarretaria a total inadequação do processo judicial como ferramenta de garantia do direito das partes. Isso porque há situações que não permitem uma espera indefinida pela formação de um consenso. Dessa forma, apesar do agir comunicativo forte dos litigantes, se não houver a formação de um consenso, o juiz deve atuar em um agir comunicativo fraco.

---

<sup>456</sup> “... no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação (...)” *In ibid.*

<sup>457</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Direito e democracia...), p. 288.

Explica-se. A decisão judicial não surge por meio de um debate real entre o juiz e as partes. Na verdade, o julgamento substitui, subsidiariamente, o consenso. Restando inviabilizada a formação de um consenso racional entre as partes, o juiz se apresenta para oferecer a solução ao conflito. Em um primeiro momento, na expectativa de formação de uma solução entre as partes, o juiz permanece como um integrante passivo do debate, que se limita a receber e avaliar os argumentos dos interessados. Constatada a impossibilidade da formação do consenso dentro dos limites impostos pela estrutura de comunicação no processo judicial, o juiz manifesta-se indicando o que, para ele, deveria ter sido alcançado consensualmente pelas partes.

Ao agir desse modo, o juiz elabora a norma para a situação concreta (ato de fala regulador), com pretensão de correção, pautada nos argumentos das partes aos quais aderiu, bem como em seus próprios argumentos. Veicula, portanto, por meio da linguagem, um comando que produzirá efeitos no mundo social, oriundo da síntese da discussão travada entre os litigantes.

Esse comando tem uma pretensão de validade, mais especificamente, uma pretensão de correção: pretende ser a solução correta para o conflito, ou, em outras palavras, pretende ser o consenso a que os litigantes chegariam se continuassem a agir comunicativamente. O juiz, portanto, apenas antecipa o (provável) consenso, que não pode ser aguardado em razão da necessidade de solução tempestiva do conflito.

Neste ponto há uma constatação que merece destaque. A decisão judicial é necessária mesmo quando os litigantes agem comunicativamente, sempre que não houver condições de se aguardar por prazo indefinido o consenso racional. Em outras palavras, a existência de um julgador não decorre, apenas, do agir estratégico das partes, mas das limitações impostas pelos fatos da vida.

Basta imaginar uma decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado. Ainda que autor e réu adotem uma fala comunicativa – em que lancem argumentos racionais e estejam dispostos a aderir aos argumentos do outro se lhe parecerem adequados – é possível que o debate dure um tempo maior do que aquele que as partes podem esperar. Para evitar a decisão judicial, seria necessário não apenas o agir comunicativo, mas a garantia de que o consenso seria alcançado dentro de um prazo razoável.

Porém, se a atuação judicial é necessária mesmo em um cenário em que todos os envolvidos adotam um agir comunicativo, sua importância é ainda maior quando os debatedores adotam um agir estratégico. Se as partes não pretendem alcançar um consenso, mas apenas impor a sua tese, inviabiliza-se a solução consensual, ainda que fora das limitações do processo judicial. Nesse caso, o direito – e especialmente a decisão judicial – funciona como “*meio de intercâmbio*”<sup>458</sup> entre a ação comunicativa e a estratégica.

Se for adotado um discurso eticamente neutro e orientado ao próprio êxito (agir estratégico), corre-se o risco de imposição da vontade dos mais fortes sobre os mais fracos. Por isso o Estado Civil assume o monopólio do uso da força e garante aos cidadãos o direito de acesso à justiça.<sup>459</sup> Cabe ao juiz oferecer a solução que as partes não são capazes de alcançar, por agirem estrategicamente.

O direito positivo garante a validade dessa decisão, cuja observância será imposta por meio de coerção estatal. Porém, apesar de sua validade ter a garantia do ordenamento jurídico positivo, a decisão, como ato normativo concreto, deve manter a pretensão de correção, fundamentada na síntese dos argumentos dos litigantes somada a argumentos racionais do próprio julgador. É a fundamentação – e a possibilidade de resgatar os argumentos nela contidos – que confere faticidade à atuação judicial.

Logo, apesar da missão institucional do Judiciário garantir a validade jurídica de sua atuação, a vigência social (faticidade) não é obtida apenas com meras previsões positivistas legalistas. Faz-se necessário que a fundamentação seja capaz de produzir uma pretensão de correção das decisões.

Uma decisão que diz “estou errado, meus argumentos são ruins, mas decido desse modo” não é dotada de faticidade (vigência social), pois não tem pretensão de correção. Mesmo diante do agir estratégico das partes, permanece o papel do juiz de proferir uma decisão substitutiva do consenso, pautada em argumentos que se pretendem corretos.

---

<sup>458</sup> DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre faticidade de validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008, p. 16.

<sup>459</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. I. 2ª Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 48.

Porém, essa pretensão de correção não deve ficar restrita apenas ao juiz (falante). O julgador deve almejar que os argumentos fundamentadores da decisão sejam aceitos como válidos no círculo daqueles a quem são endereçados.<sup>460</sup> É necessário, pois, construir uma ponte entre as razões singulares do julgador e as hipóteses universalmente aceitas.<sup>461</sup>

É evidente, todavia, que essa é apenas uma pretensão do julgador. Afinal, não é possível impor a todos os destinatários da decisão – inclusive aqueles que atuam estrategicamente – que reconheçam nela o consenso a que chegariam. A validade (legitimidade), garantida pelo direito positivo, pode estar em tensão com a faticidade (vigência social). Por isso, alguns agirão conforme a decisão e outros por respeito à decisão (conforme a lei ou por respeito à lei).<sup>462</sup>

De todo modo, o juiz deve buscar solucionar essa tensão entre validade e faticidade, fundamentando sua decisão em argumentos racionais, com a pretensão de vê-la reconhecida como correta por todos os envolvidos.

Isso significa que uma das regras de argumentação, a ser utilizada pelo julgador em sua fundamentação, traduz-se no princípio moral da universalidade. Como alerta Habermas, todas as investigações a propósito da lógica da argumentação moral conduzem imediatamente à necessidade de introduzir um princípio moral com essas características, que, aliás, podem ser extraídas da ideia subjacente no imperativo categórico de Kant, de que os mandamentos morais devem ser universais (ou impessoais).<sup>463</sup>

Se a decisão judicial funciona como substitutivo do consenso, o julgador dever ter em mente que “*o princípio-ponte possibilitador do consenso deve, portanto, assegurar que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal*”.<sup>464</sup> Destarte, a decisão não pode ser pautada exclusivamente na opinião do julgador, mas, sim, fundada em argumentos universalmente aceitos.

É verdade que a inexistência de debate entre o juiz e os litigantes dificulta o atendimento a essa regra de argumentação, principalmente porque,

---

<sup>460</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 83.

<sup>461</sup> *Ibid.*

<sup>462</sup> MARTINS, *op. cit.*, p. 17.

<sup>463</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 84.

<sup>464</sup> *Ibid.*

segundo Habermas, o princípio da universalização não pode ficar restrito a uma visão monológica – como pretendem Kant e Rawls<sup>465</sup> – o que significa não ser suficiente uma reflexão individual sobre o litígio. Seria necessária uma argumentação real da qual participassem, comunicativamente, todos os concernidos.

Todavia, apesar desse agir comunicativo fraco do juiz tornar mais difícil a tarefa de aplicação do princípio da universalidade, não se pode olvidar que os litigantes participaram do debate e expuseram seus argumentos, permitindo que o juiz adira, ou não, a eles fundamentadamente. Desse modo, a decisão judicial não representará tão somente o que o julgador considera uma razão universal, pois, como a decisão representa a síntese dos argumentos das partes, o juiz terá levado em consideração a postura de todos os concernidos no debate.<sup>466</sup>

É evidente que, quanto mais estratégico foi o discurso dos litigantes, mais difícil será a tarefa do juiz de extrair a parcela racional dos argumentos, para chegar à conclusão substitutiva do consenso.

Porém, mesmo nessas circunstâncias, deve o julgador atuar buscando conferir eficácia social à sua decisão, mantendo firme a pretensão de correção, pautada na universalidade de seus argumentos.

## 10.2 Potencial de universalização: um pressuposto argumentativo

Como exposto adrede, a decisão judicial é uma necessidade provocada tanto pelas urgências da vida (exige-se da solução do conflito em prazo razoável), quanto pelo agir estratégico dos litigantes (que impede a formação de um consenso racional).

Todavia, o juiz não pode perder de vista que a discussão continua mesmo após a sua decisão, seja no próprio procedimento judicial, por meio do manejo

---

<sup>465</sup> *Ibid.*, p. 87.

<sup>466</sup> “... todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do júízo.” In HABERMAS, *op. cit.* (Direito e democracia...), p. 288. “Contra isso Neumann argumentou, mais tarde, que a posição de Habermas trata das partes do processo não como participantes do discurso, mas como fontes de informação, pois se trata de um procedimento onde o juiz – o único participante – decide e fornece os argumentos, ao passo que todos os outros só providenciam informações. Um processo assim tem estrutura monológica e não dialógica, o que, segundo Neumann, contrariaria as ideias básicas da teoria discursiva do direito. Em defesa do modelo de Habermas e do seu próprio, Alexy argumenta que a posição de Neumann subestima a complexidade implicada na institucionalização da racionalidade discursiva. Nela, se o juiz quiser operar com correção, terá que ouvir todos os aspectos relevantes para decidir e argumentar *auditor et altera parte.*” DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 133-134.

de recursos às instâncias superiores, seja no meio social, leigo ou acadêmico, em razão dos debates travados acerca do conteúdo do provimento jurisdicional.

Desse modo, uma decisão tem um duplo caráter: (a) no caso específico, é um substitutivo do consenso racional; (b) em um processo comunicativo mais amplo, é mais uma fala racional que contribui para o debate.

Tal fato redobra a necessidade de respeito aos pressupostos argumentativos, pois além de tentar demonstrar a todos a correção de sua decisão, o juiz deve perceber que não deu a última palavra no debate, tendo apenas sido integrado à discussão. A sua decisão encerra uma etapa discursiva, mas não esgota a discussão.

Manifesta-se a necessidade do juiz, como falante, atender a uma coerência lógico-semântica em seu discurso. Como norte orientador nessa tarefa, Habermas lança mão das regras fundamentais do discurso formuladas por Alexy.<sup>467</sup> Recorrendo-se ao texto do próprio, extraem-se as seguintes condições necessárias a possibilitar qualquer comunicação linguística com pretensão de correção:<sup>468</sup>

(1.1) Nenhum falante pode contradizer-se.

(1.2) Todo falante só pode afirmar aquilo em que ele mesmo acredita.

(1.3) Todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes.

(1.4) Diferentes falantes não podem usar a mesma expressão com diferentes significados.

Merece destaque especial o item 1.3 (todo falante que aplique um predicado F a um objeto A deve estar disposto a aplicar F também a qualquer objeto igual a A em todos os aspectos relevantes), representativa de uma regra de coerência, que Alexy identifica como uma formulação do princípio da universalidade de Hare<sup>469</sup>. Habermas comenta essa ideia (de Hare), afirmando que seu objetivo é evitar “*contradições tais como as que surgem quando casos iguais são tratados desigualmente e casos desiguais igualmente*”.<sup>470</sup> Desse

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>468</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p. 191.

<sup>469</sup> *Ibid.*, p. 193.

<sup>470</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Consciência moral...), p. 85.

modo, o juiz deve estar disposto a aplicar a mesma solução para todos os casos iguais ou equiparados que lhe forem submetidos.

Isso significa que, ao decidir um caso concreto, o juiz deve verificar, com auxílio das partes, se aquela solução, substitutiva do consenso entre os litigantes, se sustentaria caso fosse universalizada, ou seja, aplicada a todos os casos iguais ou equiparados.

### **10.3 Formulação do parâmetro**

Aplicando-se as reflexões acima às demandas sanitárias, o juiz, ao decidir se o Estado deve fornecer uma prestação de saúde, necessita verificar se está disposto a aplicar aquela solução a todas as pessoas que estejam na mesma situação do autor. Trata-se de um pressuposto argumentativo, para que o discurso do julgador mantenha um padrão de coerência.

Em outras palavras, deve o juiz perguntar: considerando os argumentos racionais das partes (*e.g.* reserva do possível, desorganização administrativa, necessidade econômica), estou disposto a aplicar essa decisão (*e.g.* condenar o Estado a fornecer um caro medicamento) a todas as pessoas que se encontrem na mesma situação da parte autora (*e.g.* mesma doença, situação social semelhante...)?

Trata-se de uma adequada postura argumentativa que permite ao sistema judicial, de modo cooperativo, levar a sério ao menos duas críticas do sistema dos gestores públicos: (a) reserva do possível fática; e (b) impacto na organização administrativa. Mas, ao mesmo tempo, não permite que o sistema judicial descuide de sua missão primeira, a tutela dos direitos fundamentais.

O parâmetro considera com seriedade o argumento da reserva do possível fática, pois exige uma análise da viabilidade material do comando judicial, como um dos elementos necessários à formação da convicção do juiz. E, mais do que isso, não restringe essa análise aos recursos necessários ao cumprimento da ordem específica para um cidadão, o que quase sempre encontraria resposta positiva. Ao contrário, estabelece que o julgador deve verificar a possibilidade de uma hipotética extensão daquela decisão a todos os casos similares.

Da mesma forma, ao analisar o problema do impacto na organização administrativa, o potencial de universalização oferece solução adequada à

questão. Um atuar cooperativo do juiz deve analisar se seria possível estender a sua ordem para todos os casos similares, sem desestruturar o funcionamento da Administração Pública e prejudicar os demais cidadãos. Exemplo relevante ocorre nos casos em que se pleiteia um tratamento em hospital público (*e.g.* uma cirurgia). Antes de determinar a realização, é necessário verificar se há possibilidade de aplicar o mesmo comando a todas as pessoas na mesma situação, sem desestruturar a organização administrativa e inviabilizar o funcionamento do hospital.

É evidente que nessa análise, o juiz deverá ponderar os interesses em jogo, para verificar o conteúdo da decisão a proferir. Mas a ponderação deve se realizar considerando sempre a universalidade de pessoas em situação semelhante.

Destarte, haverá situações em que uma decisão judicial, quando universalizada, impactará as finanças e a organização da Administração Pública. Nesse caso, caberá ao juiz, verificando o grau desse impacto, ponderar entre os interesses em jogo e decidir se a decisão tem, ou não, potencial de universalização.

Assim, quase nunca se exigirá o esgotamento total dos recursos estatais para se reconhecer a impossibilidade fática de cumprimento da decisão universalizada. Mas, tampouco a mera alegação de alto custo será suficiente para liberar o Estado de sua obrigação. Haverá sempre a necessidade de ponderação dos impactos da decisão, hipoteticamente universalizada, com o direito individual em jogo.

Esse parâmetro não apenas leva a sério os argumentos dos gestores públicos, como transparece uma real preocupação com os direitos fundamentais, pois permite a integração harmônica entre os sistemas administrativo e judicial.

Em verdade, seu foco central é a defesa dos direitos individuais, apesar de reconhecer uma limitação fática para esse objetivo. Isso porque a racionalidade proposta considera o conjunto de direitos de pessoas que vivenciam a mesma dificuldade e, portanto, merecem igual consideração e respeito, não se justificando a proteção daquele que recorre ao judiciário, em detrimento dos demais que não tiveram acesso à Justiça. Assim, encampa-se o posicionamento, já adotado pelo sistema judicial, proscritivo da negativa de

fornecimento de cuidado pela mera alegação de alto custo da prestação. Mas, também respeita o sistema da gestão pública, ao verificar o universo de pessoas atingidas pelo mesmo mal (grau de incidência da moléstia), para, então, decidir se é possível a condenação do Estado a fornecer o tratamento a todos.

Desse modo, aquelas pessoas com doenças raras que exigem tratamentos extremamente caros poderiam ter acesso a prestações da saúde pública, pois, apesar do alto custo, como o número de indivíduos na mesma situação é inexpressivo (portador de uma doença rara específica), é provável que a verificação do juiz constate ser possível o fornecimento do cuidado a todos, ainda que isso envolva tratamentos no exterior ou a importação de medicamentos.

Por outro lado, um novo medicamento para uma moléstia que alcance significativa fração da população, apesar de não ter um custo tão elevado, poderia parar no crivo do parâmetro proposto, pois o juiz constataria a impossibilidade de extensão daquela decisão a todos os casos idênticos, tendo vista o estrondoso e insuportável impacto nas contas públicas.

Assim, discussões sobre a reserva do possível e os impactos sobre a organização da Administração Pública e a na implementação das políticas públicas traçadas pelo Poderes Legislativo e Executivo, devem considerar não apenas a solução para o caso específico, mas se ela seria uma solução a ser aplicada a todos os casos semelhantes.

Percorrendo outra trilha teórica, Daniel Sarmiento apresenta o mesmo parâmetro, pautado na ideia de “*razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes*”.<sup>471</sup> O autor descarta a necessidade da “*absoluta exaustão dos recursos públicos*”, bem como a “*tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual*”,<sup>472</sup> para lançar a mesma pergunta contida no parâmetro sugerido, formulada, todavia, com base na razoabilidade e, não, nos pressupostos argumentativos. Sugere, pois, “*um olhar focado não só na árvore, mas em toda a floresta*”.<sup>473</sup>

---

<sup>471</sup> SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 572.

<sup>472</sup> *Ibid.*, p. 571.

<sup>473</sup> *Ibid.*, p. 572.

Em resumo, o quinto parâmetro pode ser enunciado com as seguintes palavras: o juiz ao decidir sobre o caso concreto deve verificar o potencial de universalização da decisão, por meio da análise da possibilidade de aplicá-la a todo o universo de pessoas que se encontrem na mesma situação. Para tanto, deve ponderar entre o impacto da decisão, potencialmente universalizada, na Administração Pública e o direito individual.

## 11 CONCLUSÃO

Un pour tous! Tous pour un!<sup>474</sup>

A Constituição brasileira de 1988 é pródiga em direitos de variados matizes, desde as clássicas garantias liberais até direitos transindividuais, sem olvidar da imensa gama de prestações sociais. As generosas promessas constitucionais incluem, dentre outras, liberdade, segurança, meio ambiente saudável, educação, previdência social, erradicação da pobreza e, o que interessa especialmente a esta dissertação, saúde.

O grande elenco de direitos não é exclusividade do atual cenário constitucional. Promessas já houve em grande número: de colônias de férias a clínicas de repouso.<sup>475</sup> A peculiaridade da Constituição de 1988 não está no rol de direitos, mas na vontade de constituição<sup>476</sup> vivenciada pela sociedade civil, que passa a observar o texto constitucional não apenas como uma promessa abstrata, mas como um projeto de país que deve ser dotado, além da vigência normativa, de uma vigência sociológica.<sup>477</sup>

Isso significa que as normas constitucionais fixaram um *dever ser* capaz de influenciar as expectativas da sociedade, que almeja e persegue a concretização das promessas constitucionais, por acreditar em sua sinceridade normativa. Por isso, a Constituição passa a transmitir a ideia de um texto jurídico que, realmente, fixa a constituição política do Estado<sup>478</sup>. Dito de outro modo, o texto constitucional promove o acoplamento estrutural entre direito e

<sup>474</sup> DUMAS, Alexandre. *Les trois mousquetaires*. Paris: Pocket, 1998, p. 111.

<sup>475</sup> Sobre o assunto, é válido colacionar a lição de Luís Roberto Barroso: “*Na ante-véspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de direito no país: a falta de seriedade em relação à Lei Fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser. Dois exemplos emblemáticos: a Carta de 1824 estabelecia que ‘lei será igual para todos’, dispositivo que conviveu, sem que se assinalassem perplexidade ou constrangimento, com os privilégios da nobreza, o voto censitário e o regime escravocrata. Outro: a Carta de 1969, outorgada pelo Ministro da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, assegurava um amplo elenco de liberdades públicas inexistentes e prometia aos trabalhadores um pitoresco rol de direitos sociais não desfrutáveis, que incluíam ‘colônias de férias e clínicas de repouso’. Buscava-se na Constituição, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce.*” BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, nº 10, 2008.

<sup>476</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19-20.

<sup>477</sup> BIDART CAMPOS, German J. HERRENDORF, Daniel E. *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: EDIAR, 1991, p. 76.

<sup>478</sup> LUHMANN, *op. cit.* (La costituzione...), p. 85.

política<sup>479</sup>, que, sem perder as respectivas autonomias, passam a influenciar de modo intenso um ao outro.

Não é por outro motivo que temas, antes considerados matéria de decisão estritamente política, foram inseridos no debate jurídico e passaram a frequentar as pautas das cortes nacionais.

Todavia, se, por um lado, o Poder Judiciário assumiu o papel de guardião das promessas constitucionais,<sup>480</sup> por outro, a sua nova postura exige cuidados em relação aos limites e às formas de sua atuação. Afinal, são raros os debates excluídos do atuar judicial. No que tange às prestações sanitárias, a judicialização é ainda mais notória, numérica e qualitativamente.

Diante dessas circunstâncias, uma pergunta desperta interesse no meio sócio-médico-político-jurídico: por que a primazia dos juízes? A produção científica brasileira começa a lançar um olhar mais crítico sobre os perigos de um ativismo judicial exagerado<sup>481</sup> e a indagar a respeito dos reflexos desse fenômeno com ares de novidade no país.

Entretanto, a desconfiança sobre esse poder hercúleo concentrado no juiz não é exclusividade do cenário brasileiro. Ao contrário, o debate encontra-se avançado em outros ordenamentos, em que se discute qual seria o grau ideal de intervenção do Judiciário nas políticas públicas, para se garantir a proteção dos indivíduos.

Interlocutor nessa discussão, Mark Tushnet realiza uma análise comparada de diversos ordenamentos jurídicos, para chegar à conclusão de que, na maior parte das vezes, um controle judicial fraco seria mais eficiente para a tutela de direitos constitucionalmente garantidos.<sup>482</sup> Ainda segundo aquele autor, existe a tendência a um movimento pendular, em que uma atuação judicial fraca é substituída por um forte ativismo, para em seguida tornar-se novamente fraca, embora com métodos mais eficazes.<sup>483</sup>

---

<sup>479</sup> "... a constituição torna possível, a um só tempo, uma solução jurídica para o problema da autoreferência do sistema político e uma solução política para o problema da autoreferência do sistema jurídico..." in *id.*, p. 110. Tradução livre.

<sup>480</sup> GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

<sup>481</sup> Como exemplo, cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 113.

<sup>482</sup> TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 249.

<sup>483</sup> *Ibid.*, p. 249.

O Brasil encontra-se na segunda fase do movimento pendular. Após um longo período de resistência do Judiciário em interferir nas políticas públicas, vivencia-se hoje um controle judicial extremamente forte. A judicialização das prestações sanitárias constitui um bom exemplo, tendo em vista o grande número de ações em que os juízes determinam, em minúcia, como deve ser o atuar da Administração Pública, condenando-a a fornecer remédios e tratamentos específicos.

Como sustenta Tushnet, existe a tendência à redução do grau de controle. Isso não significa uma diminuição da tutela dos direitos, mas sim a percepção de que a melhor forma de proteger os indivíduos e concretizar as promessas constitucionais não é por meio de um ativismo exacerbado, mas, sim, com um atuar judicial efetivo e equilibrado, capaz de respeitar a legitimidade democrática dos demais poderes, sem se arvorar no papel de intérprete exclusivo da constituição.

Como conclusão identifica-se, na forma de modelo ideal, a necessidade de uma *Judicialização Cooperativa das Políticas Públicas Sanitárias*, por meio da adoção de uma nova postura do Judiciário, para que, ao invés de substituir agressivamente o legislador e o administrador, promova a cooperação entre os três Poderes da República, a fim de garantir-se a concretização das promessas constitucionais. Mais do que isso, o sistema judicial deve estar aberto aos demais sistemas de conhecimento, especialmente o médico-social e o da gestão pública. Em outras palavras, ao invés de um embate entre Thêmis, Leviatã e Asclépio, todos devem agir cooperativamente, em prol de um objetivo comum: garantir o atendimento do direito fundamental à saúde.

A proposta de judicialização cooperativa da saúde não guarda a ilusória pretensão de pôr fim ao conflito entre os sistemas. Mas, com a construção de um modelo ideal em que todos os envolvidos cooperem na busca das soluções sanitárias, é possível traçar estratégias para aproximar, desse modelo, as situações reais.

Esse foi o norte adotado na construção dos cinco parâmetros expostos nos capítulos anteriores, que objetivam viabilizar uma atuação judicial cooperativa, em que os argumentos dos gestores públicos e da medicina social sejam levados a sério pelo juiz, em sua atividade de defesa dos direitos

fundamentais. Para tanto, as cinco diretrizes devem ser adotadas na forma de um roteiro capaz de orientar o julgador na tutela judicial da saúde.

### **11.1 Roteiro de decisão sobre demandas sanitárias**

A proposta de um roteiro de decisões sobre demandas sanitárias divide-se em 05 etapas, baseadas nos parâmetros desenvolvidos nesta dissertação. A divisão quinquipartite da trajetória decisória é compatível com a estrutura processual brasileira, bem como com o princípio da duração razoável do processo.

Evidentemente, haverá casos, especialmente quando estiver em jogo uma tutela judicial de urgência, em que algumas etapas deverão ser abreviadas ou reduzidas. Mas isso não impede que, uma vez concedida a tutela cautelar ou antecipatória, retome-se o roteiro para a construção de uma decisão final.

#### **Etapa nº 01: análise da política pública sanitária**

Considerando a necessidade de respeito, *prima facie*, às opções administrativas e legislativas (parâmetro 01), o juiz deve analisar se a prestação pleiteada já foi objeto de deliberação na formatação da política pública sanitária.

(a) se o legislador ou o administrador garantirem – no plano normativo – o cuidado almejado pelo autor, estará identificado um problema de execução de política pública, devendo o caso ser tratado como uma omissão de um ato vinculado.

(b) caso a prestação não tenha sido incorporada ao SUS, o juiz deve verificar se existe a omissão na análise ou se a exclusão foi deliberada no plano administrativo ou legal.

(b.1) Em caso de omissão, ao invés de substituir imediatamente o administrador, o juiz deve conceder um prazo razoável para que o sistema de gestão sanitária decida sobre a incorporação. Apenas se a omissão persistir, caberá ao sistema judicial apreciar a questão sem prévia manifestação da Administração Pública, considerando as próximas etapas do roteiro.

(b.2) Se houver deliberação prévia contrária ao fornecimento da prestação pelo SUS, o juiz deverá analisar sua validade, de acordo com as próximas etapas do roteiro.

### **Etapa nº 02: verificação dos protocolos médicos e diretrizes de tratamentos adotados pelo SUS**

Ainda sob a inspiração do parâmetro 01, o juiz deve verificar a existência, no SUS, de um protocolo ou de uma diretriz de tratamento para o problema de saúde do paciente, diverso daquele pleiteado. Se houver uma alternativa terapêutica, a decisão judicial deve rejeitar o pedido autoral, exceto se ficar demonstrado, com auxílio pericial, que (a) o protocolo médico ou a diretriz de tratamento estão ultrapassados ou errados, de acordo com as técnicas atuais; ou (b) se trata de um caso específico para o qual o tratamento padrão não é indicado.

A verificação da existência de um protocolo ou de uma diretriz terapêutica deve ser realizada não apenas nos casos em que a tecnologia almejada não está incorporada ao SUS, como também naqueles em que o sistema público fornece a prestação sanitária, mas não para o tratamento da moléstia do autor, tratada por meio de outros procedimentos.

### **Etapa nº 03: análise do mínimo existencial sanitário e da hipossuficiência econômica**

A terceira etapa do roteiro de decisão é aplicável, apenas, aos casos em que o controle não é de mera execução da política sanitária, mas do seu próprio conteúdo. Em outras palavras, trata-se de uma etapa decisória destinada aos cuidados ainda não incorporados pelo SUS.

Nessas hipóteses, após verificar a inexistência de alternativa terapêutica eficaz, o juiz deve checar se o cuidado pretendido pelo paciente integra o mínimo existencial sanitário, bem como se o autor está impossibilitado de arcar com os custos do tratamento ou de obtê-lo por qualquer outro motivo.

Em caso de resposta negativa a qualquer uma dessas questões, o pedido deve ser julgado improcedente.

Mais uma vez, insiste-se: esta etapa, que reúne a verificação dos parâmetros 02 (mínimo existencial sanitário) e 03 (hipossuficiência econômica), não se aplica aos casos de mera execução de política pública sanitária, uma vez que, se as normas diretivas do SUS prevêm o seu fornecimento, o gestor sanitário deve cumpri-las, independentemente de extrapolarem o mínimo existencial ou da capacidade econômica do paciente.

#### **Etapa nº 04: identificação do responsável pelo cumprimento**

Estando o juiz convencido do direito à obtenção da prestação sanitária perseguida, em razão da execução ou do controle do conteúdo da política pública, deverá, na quarta etapa decisória, socorrendo-se do parâmetro 04, identificar o responsável pelo fornecimento do cuidado.

Para tanto, deve respeitar, em princípio, a distribuição administrativa de atribuições sanitárias, mas sempre atento à responsabilidade subsidiária do ente maior pela falha do ente menor. Destaca-se, ainda, que a admissão do litisconsórcio passivo facultativo entre diferentes entes federativos não afasta o dever de o juiz especificar aquele que deve cumprir a ordem, resguardada a possibilidade de redirecionamento em caso de dificuldades na execução.

#### **Etapa nº 05: teste do potencial de universalização da decisão**

A quinta etapa decisória funciona como um teste final, capaz de verificar a racionalidade da decisão. Trata-se da aplicação do parâmetro 05, por meio do qual o juiz deve verificar o potencial de universalização da decisão, analisando se estaria disposto a aplicá-la a todas as pessoas na mesma situação do autor.

A operação é realizada por meio de um exercício de ponderação entre o impacto da decisão, potencialmente universalizada, na Administração Pública e o direito individual.

Caso a etapa nº 05 aponte para uma resposta negativa, o juiz pode retornar à etapa nº 04 e refazer o teste do potencial de universalização tendo como destinatário da ordem judicial o ente imediatamente maior.

## 11.2 Considerações finais

As políticas públicas de saúde, como instrumentos de concretização das promessas constitucionais, devem ser planejadas, implementadas e controladas com a cooperação dos três Poderes da República e dos sistemas de conhecimento, sem competição, para que cada um possa ofertar as suas maiores potencialidades, bem como admitir as contribuições dos demais, nos campos em que enfrenta dificuldades.

Como uma “equipe” em busca do mesmo resultado, todos atuam com o mesmo fim, porém com diferentes missões e funções. Alguns atores têm como principal atribuição o planejamento, outros a execução e, por fim, há aqueles a quem cabe o controle. O Judiciário se enquadra na última hipótese: sua missão precípua é a proteção do direito fundamental à saúde, por meio do controle da forma como os demais membros do “time” programam e implementam as políticas sanitárias.

Porém, como em qualquer “esquema tático”, algumas vezes os “jogadores” desempenham funções distintas das originais, sempre pensando no objetivo da “equipe”. Assim, mesmo um “defensor” pode ir ao “ataque” e marcar um ponto que contribuirá com a finalidade de todos. É por isso que, algumas vezes, o sistema judicial, típico “defensor”, exercerá a função de “atacante” na busca por “gols” que beneficiarão toda a “equipe”.<sup>484</sup>

Mas o “jogador” não pode atuar isoladamente. O fato de o sistema judicial integrar uma “equipe” exige especial atenção aos esforços dos demais “parceiros”, fazendo emergir a necessidade de um modo especial de deferência do juiz à legitimidade democrática das decisões administrativas e parlamentares, bem como os aportes dos demais sistemas de conhecimento. O julgador deve respeitar as opções do Executivo e do Legislativo, não para curvar-se a elas, mas para cooperativamente permitir que as forças políticas envolvidas desenhem e implementem projetos e programas.

---

<sup>484</sup> A metáfora tem inspiração na lição dos professores colombianos da Pontificia Universidad Javeriana. “*Sua claridade deriva da ideia central do Estado como uma equipe, em que cada órgão tem funções determinadas – goleiro, defesa, meio de campo e atacante –, mas que, em um momento dado, pode colaborar em outras, como quando um atacante evita um gol ou quando um zagueiro o marca.*” MURCIA, Julián Daniel López *et al.* *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Ibañez, 2009, p. 129.

Em outras palavras, no controle judicial de políticas públicas sanitárias não deve Thêmis agir como a única responsável pela definição da matéria que lhe foi oferecida para julgamento, alijando do debate Asclépio e Leviatã. Ao contrário, a judicialização significa a inclusão de mais uma voz no debate, permitindo que o magistrado, cumprindo sua missão constitucional, coopere com os demais Poderes para a construção e a execução de uma política pública eficaz.

Trata-se de uma necessidade de adequação a um contexto de demandas cada vez mais complexas, cujas soluções dependem de conhecimentos extremamente especializados inacessíveis ao julgador e mais facilmente apreendidos pelo Executivo e Legislativo.

Afinal, é inviável ao juiz – e a qualquer ser humano – dotar-se de conhecimento profundo sobre todas as matérias relacionadas aos casos que lhe são levados a julgamento: medicina, genética, economia, meio ambiente, história, política, psicologia, farmacologia, sociologia, antropologia são exemplos de um rol quase infinito de possibilidades de questionamento judicial de políticas públicas sanitárias.

Enquanto órgãos específicos da Administração Pública são dotados de *expertise* e meios técnicos específicos para a tomada de decisões e formulações de políticas públicas, o juiz, apesar de especialista em direito, é leigo nos demais campos científicos. Mesmo que receba apoio técnico de peritos, seu julgamento não será amparado em bases científicas estruturadas em seu próprio pensamento, o que produz riscos e insegurança. Basta imaginar uma situação em que haja divergência entre especialistas. Como o juiz decidirá a questão? Com base em que conhecimento científico chegará a uma conclusão? Por que essa decisão deve prevalecer sobre aquela tomada pelos órgãos técnicos da gestão pública?

Por outro lado, no Poder Legislativo, apesar das inúmeras dificuldades, há campo mais propício ao debate que no processo judicial, o que conduz à inclusão de argumentos diversos, capazes de dotar o amplo colegiado de legisladores do conhecimento sobre os anseios da sociedade, bem como sobre peculiaridades técnicas. A estrutura aberta da discussão parlamentar, em que pese a frequente sabotagem, permite a maior aproximação de uma situação

ideal de fala<sup>485</sup>, não encontrada no modelo tradicional de processo judicial, tendo em vista a estrutura da comunicação,<sup>486</sup> bem como o agir estratégico<sup>487</sup> das partes processuais, que, em regra, não estão obrigadas a buscar cooperativamente uma solução para a lide.<sup>488</sup>

Todavia, há momentos em que, mesmo com o conhecimento técnico e com a possibilidade do debate público, Executivo e Legislativo falham na tarefa de concretizar o direito fundamental à saúde. Nesse caso, cabe ao Judiciário atuar para sanar os vícios dos demais poderes republicanos e garantir a vinculação de suas atuações à Constituição. É esse o momento em que o “zagueiro” atua como “atacante”.

Mesmo assim, as decisões dos tribunais devem, sempre, integrar o comando jurisdicional à capacidade técnica do gestor ou à abertura deliberativa dos parlamentares, bem como ao *know-how* dos sanitaristas. Ao invés de suprimir a instância de decisão política no Executivo ou no Legislativo, decidindo por eles, o Judiciário deve buscar ao máximo levá-los a decidir de acordo com a Constituição. Assim, de modo cooperativo, o juiz ajusta as diretrizes do atuar da Administração Pública e do legislador, mas resguarda o campo de discricionariedade desses Poderes, no qual só intervirá em situações extremas.

Desse modo, como no *slogan* imortalizado por Alexandre Dumas, Thêmis, Asclépio e Leviatã estarão unidos para, apoiando-se mutuamente, chegarem à formulação e à concretização de políticas públicas sanitárias eficientes e harmonizadas com a disciplina constitucional e o direito fundamental à saúde.

---

<sup>485</sup> “A situação ideal de fala foi um recurso utilizado por Habermas para justificar a plausibilidade do discurso prático elaborado em seu texto ‘Teorias da verdade’, de 1972. O filósofo de Frankfurt denomina ‘ideal a uma situação de fala em que as comunicações não somente não vêm impedidas por influxos externos contingentes como tampouco pelas coações que se seguem da própria estrutura da comunicação.’ MAIA, *op. cit.*, p. 97.

<sup>486</sup> Tal assertiva ampara-se, pelo menos, em dois argumentos: (a) os *litigantes* têm oportunidades limitadas de manifestação; e (b) o juiz não debate, no plano real, com as partes. O julgador recebe os argumentos racionais e lança a sua decisão (ato de fala regulador), com a pretensão de convencer as partes e todos os demais sobre a correção de seus argumentos. Ainda que o julgador garanta acesso da sociedade civil ao processo judicial, por meio da figura do *amicus curiae*, a estrutura do processo não é capaz de garantir um debate amplo e profundo.

<sup>487</sup> “... no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação (...)” MAIA, *op. cit.*, p. 97.

<sup>488</sup> HABERMAS, *op. cit.* (Direito... Vol. I), p. 287-288.

**REFERÊNCIAS**

ADAMS, Patch. MYLANDER, Maureen. *A terapia do amor*. Tradução de Antonio Olinto. Rio de Janeiro: Mondrian, 2002.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Para além da descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil. In: FLEURY, Sonia (org.). *Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, 2002.

BALERA, Wagner. *Sistema de seguridade social*. 4ª Ed. São Paulo: LTr, 2006.

BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa. MOURA, Ana Lúcia de. *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_ *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 2ª edição. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, nº 10, 2008.

\_\_\_\_\_ Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_ A doutrina brasileira da efetividade. In: *Temas de direito constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. *Dilemas do Estado Federal Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BIDART CAMPOS, German J. HERRENDORF, Daniel E. *Principios de derechos humanos y garantías*. Buenos Aires: EDIAR, 1991.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINMORE, Ken. Introduction. In: NASH, John F. *Essays on game theory*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 1996.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BORGES, Danielle da Costa Leite. UGÁ, Maria Alice Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, 2009. Disponível em <<http://www.revistasusp.sibi.usp.br>

/scielo.php?pid=S1516-41792009000100002&script=sci\_arttext>, acesso em 10 de abril de 2010 .

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In*: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPITANT, David. *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*. Paris: LGDJ, 2001.

CARVALHO, José Murilo. *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a república que não foi*. 3ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. A reserva de densificação normativa da lei para preservação do princípio da legalidade. *In*: BRANDÃO, Cláudio (org.). CAVALCANTI, Francisco (org.). ADEODATO, João Maurício (org.). *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CHUENGSA TIANSUP, Komatra. Spirituality and health: an initial proposal to incorporate spiritual health in health impact assessment. *Environmental Impact Assessment Review*, n. 23, Elsevier, 2003, p. 3-15. Disponível em <<http://www.shi.or.th/images/misc/200606112210350.pdf> >, acesso em 19 de abril de 2009.

CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Relatório Final. *In*: VII CNS, 1980, Brasília. Disponível em <[http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/7conf\\_nac5\\_rel.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/7conf_nac5_rel.pdf)>, acesso em 21 de julho de 2009.

\_\_\_\_\_ Relatório Final. *In*: VIII CNS, 1986, Brasília. Disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_8.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_8.pdf)>, acesso em 21 de julho de 2009.

\_\_\_\_\_ Relatório Final. In: IX CNS, 1992, Brasília. Disponível em <[http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio\\_9.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/relatorio_9.pdf)>, acesso em 27/09/2009.

CONTADOR, Vicente. A conjuntura política nacional e o movimento municipalista na área de saúde da década de 70. In: *Movimento Sanitário Brasileiro na década de 70: a participação das universidades e dos municípios*. Brasília: CONASEMS, 2007.

CORTE SUPREMA ATENDERÁ TUTELAS EN SALUD MIENTRAS DURA PARO JUDICIAL. *Elespectador.com*, [Bogotá], 17 de setembro de 2008. Disponível em <<http://www.elespectador.com/articulo-corte-suprema-atendera-tutelas-salud-mientras-dure-paro-judicial>>, acesso em 27 de novembro de 2009.

DUMAS, Alexandre. *Les trois mousquetaires*. Paris: Pocket, 1998.

DURÃO, Aylton Barbieri. A tensão interna entre faticidade de validade no direito segundo Habermas. In: MARTINS, Clélia Aparecida (org.). POKER, José Geraldo (org.). *O pensamento de Habermas em questão*. Marília: Oficina Universitária UNESP, 2008.

DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de filosofia do direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana – a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. v. II. 11ª Ed. Madri: Civitas, 2008.

ESCOLA DE CIRURGIA DA BAHIA. In: FIOCRUZ. Dicionário histórico-biográfico das ciências da saúde no Brasil (1832-1930). Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/escirba.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

ESCOREL, Sarah. NASCIMENTO, Dilene Raimundo. EDLER, Flávio Coelho. As origens da reforma sanitária e do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

\_\_\_\_\_ BLOCH, Renata Arruda. As conferências nacionais de saúde na construção do SUS. In: LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda. Revisión a la jurisprudencia de la Corte Constitucional em materia de seguridad social en salud: sentencia T-760 de 2008. In: VILLAREAL, María Lucía Torres (coord.). *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao direito administrativo*. São Paulo: DASP, 1960.

FERNANDÉZ. Tomás Ramón. Juzgar a la administración contribuye también a administrar mejor. In: BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional): estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos – com aplicações em economia, administração e ciências sociais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIOCRUZ. *Dicionário histórico-biográfico das ciências da saúde no Brasil (1832-1930)*. Disponível em <<http://www.dichistoriasaude.coc.fiocruz.br/iah/P/verbetes/escirba.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

\_\_\_\_\_ Oswaldo Cruz. *Invivo*. Disponível em <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=114&sid=6>>, acesso em 16 de julho de 2009.

FRANCO, Túlio Batista. *In: JORNADAS REDE AUPA*, 2009, Barcelona. [Trabalho apresentado]. Disponível em <<http://www.professores.uff.br/tuliofranco/textos/jornadas-red-aupa-barcelona-maio-2009.pdf>>, acesso em 14 de setembro de 2009.

\_\_\_\_\_. MERHY, Emerson Elias. Produção imaginária da demanda. *In: PINHEIRO, R. (org.). MATTOS, R.A. (ors.) Construção social da demanda*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ-CEPESC-ABRASCO, 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. PSF: Contradições de um programa destinado à mudança do modelo tecnoassistencial. *In: FRANCO, Túlio Batista. MERHY, Emerson Elias et al. O trabalho em saúde: olhando e experienciando o SUS no cotidiano*. São Paulo: HUCITEC, 2003.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARCIA-PELAYO, Manuel. *Derecho constitucional comparado*. 7ª Ed. Madri: Revista de Occidente, 1964.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. Tradução de Sandra Regina Netz. 4ª Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

\_\_\_\_\_. BECK, Ulrich. LASH, Scott. *Modernização reflexiva*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

\_\_\_\_\_. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIOVANELLA, Lígia. *Solidariedade ou competição? – políticas e sistema de atenção à saúde na Alemanha*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. *Revista Forense*, v. 37, 2003.

GUASTINI, Riccardi. “Derechos”: una contribucion analitica. *In: SAUCA, Jose Maria. Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III – Boletin Oficial des Estado, 1994.

GUIMARÃES, Reinaldo Felipe Nery. [trabalho apresentado]. *In: AUDIÊNCIA PÚBLICA*, 4, 2009, Brasília. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Reinaldo.pdf>>, acesso em 10 de abril de 2010.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade validade*. v. I. 2ª Ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALBERSTAM, Daniel. Federal powers and the principle of subsidiarity. *In: AMAR, Vikram David. TUSHNET, Mark V. Global perspectives on constitutional law*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009.

HAMILTON. Federalist nº 32. *In: HAMILTON et al. The federalist papers*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2001. Disponível em <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30/09/2009.

\_\_\_\_\_ Federalist nº 85: concluding remarks. *In: HAMILTON et al. The federalist papers*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2001. Disponível em <<http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/poldocs/fed-papers.pdf>>, acesso em 30/09/2009.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HENRIQUES, Fátima Vieira. Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

HERNANDEZ, Eduardo Martínez Y. PERULLES, Luis Francisco García. CRESPO, Enrique Barón. *Tratado del derecho a la protección de la salud*. 2ª Ed. Madri: Servicio de publicaciones facultad de derecho da Universida Complutense Madrid, 2004.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIERRO, Liborio. *Justicia, igualdad y eficiencia*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

\_\_\_\_\_ ¿Qué derechos tenemos? In: MARZAL, Antonio (organizador). *El núcleo duro de los derechos humanos*. Navarra: J.M.Bosch Editor, 2001.

HOBSBAWN, E. J. *A revolução francesa*. Tradução Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

HOUAISS, Antonio (Ed.). Dicionário Houaiss da língua portuguesa – versão eletrônica. Disponível em <<http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm?verbete=holismo&styp=k>>, acesso em 20 de novembro de 2009.

HOURS, Bernard. *L'idéologie humanitaire ou le spectacle de l'altérité perdue*. Paris: Éditions L'Harmattan, 1998.

HOYOS, Arturo. Justicia contencioso-administrativa y derechos humanos. In:

BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993.

ITALIANI, Fernando. *Marketing farmacêutico*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2006.

IVAMOTO, Henrique Seiji. Santa Casa da Misericórdia de Santos. *Acta Medica Misericordiae*. Santos: outubro de 1998. Disponível em <[http://www.scms.org.br/noticia.asp?codigo=42&COD\\_MENU=24](http://www.scms.org.br/noticia.asp?codigo=42&COD_MENU=24)>, acesso em 17 de julho de 2009

KRELL, Andreas J. Normas gerais e leis nacionais: conceitos ultrapassados ou necessários para implantação do federalismo cooperativo no Brasil? Mimeografado.

LAUDE, Anne. MATHIEU, Bertrand. TABUTEAU, Didier. *Droit de la santé*. 2ª edição. Paris: PUF, 2009.

LIMA, Eusebio de Queiroz. *Teoria do estado*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 1957.

LIMA, Luciana Dias de. *Federalismo, relações fiscais e financiamento do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007.

LIMA, Nísia Trindade. FONSECA, Cristina M. O. HOCHMAN, Gilberto. A saúde na construção do Estado nacional no Brasil: reforma sanitária em perspectiva histórica. In: LIMA, Nísia Trindade *et al* (org.). *Saúde e democracia – histórias e perspectivas do SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Volume I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo *et al* (org.). *Il futuro della costituzione*. Roma: Einaudi, [1990].

LUIZA, Vera Lucia *et al*. O medicamento na política pública de saúde no Brasil: como os agentes comunitários de saúde podem contribuir para a promoção do acesso e do uso racional dos medicamentos? In: MATTA, Gustavo

Corrêa (org.); PONTES, Ana Lúcia de Moura (org.). *Políticas de saúde: a organização e a operacionalização do sistema único de saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MACHADO, Critini Vieira. *Direito universal, política nacional: o papel do ministério da saúde na política de saúde brasileira de 1990 a 2002*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2007.

MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas: filósofo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MASSA-ARZABE. Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MARTINEZ, Gegorio Peces-Barba. *Leciones de derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004.

MARTINS, Maurício Vieira. É o direito um sistema autopoietico? Discutindo uma objeção oriunda do marxismo. In: MELLO, Marcelo Pereira (org.). *Justiça e Sociedade*. Rio de Janeiro: LTr-UFF.

MATTA, Gustavo Corrêa. Princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa (org.); PONTES, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

MELLO, Dirceu Raposos de. [trabalho apresentado]. In: AUDIÊNCIA PÚBLICA, 4, 2009, Brasília. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor\\_Presidente\\_da\\_ANVISA.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Diretor_Presidente_da_ANVISA.pdf)>, acesso em 10 de abril de 2010.

MORAL, Antonio Torres del Moral et al. *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*. Madri: Colex, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. 2<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOTALA, Ziyad. RAMAPHOSA, Cyril. *Constitutional Law – analysis and cases*. Cidade do Cabo: Oxford University Press Southern Africa, 2002.

MURCIA, Julián Daniel López et al. *La garantía de los derechos sociales*. Bogotá: Ibañez, 2009.

NASCIMENTO, Marilene Cabral do. *Medicamentos: ameaça ou apoio à saúde?* Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2003

NAVARRO, Antonio V. Sempere et al. *Ley general de la seguridad social*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constitution. Disponível em <[http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241650472\\_eng.pdf](http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789241650472_eng.pdf)>, acesso em 15 de abril de 2010.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Ottawa Charter for Health Promotion, de 21 de novembro de 1986. Disponível em <[http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa\\_charter\\_hp.pdf](http://www.who.int/hpr/NPH/docs/ottawa_charter_hp.pdf)>, acesso em 08 de novembro de 2009.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Declaração de Alma-Ata. 1978. Disponível em <[http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata\\_declaracion.htm](http://www.paho.org/spanish/dd/pin/alma-ata_declaracion.htm)>, acesso em 13 de julho de 2009.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gegerio. *Leciones de derechos fundamentales*. Madri: Dykinson, 2004.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Retrospectiva direito constitucional 2008: a expansão do judiciário e o constitucionalismo cosmopolita. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, nº 13, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique de. *Los derechos fundamentales*. 9ª Ed. Madri: Tecnos, 2007.

\_\_\_\_\_. *Dimensiones de la igualdad*. 2ª Ed. Madrid: Dykinson, 2007.

QUEIROZ, Eneida Quadros. *Justiça sanitária – cidadãos e judiciário nas reformas urbana e sanitária – Rio de Janeiro (1904-1914)*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal Fluminense (UFF) – Instituto de Ciência Humanas e Filosofia, Niterói, 2008.

QUEIROZ, Rachel de. *A longa vida que já vivemos*. Rio de Janeiro: Ágora Comunicação Integrada, 1998.

RAWLS, John. *Uma teoria de justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RAWLS, John. *El liberalismo político*. Tradução de Antoni Domènech. Barcelona: Crítica, 1996.

RIBEIRO, Ivan César. *Robin Hood versus King John: como os juízes locais decidem casos no Brasil?* Disponível em <[http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006\\_Profissional\\_01lugar\\_tema01.pdf](http://www.ipea.gov.br/ipeacaixa/premio2006/docs/trabpremiados/IpeaCaixa2006_Profissional_01lugar_tema01.pdf)>, acesso em 20 de junho de 2008.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. ACOSTA, Manuel J. Sarmiento. El contencioso-administrativo como elemento garantizador de los derechos fundamentales. *In* BAQUER, Lorenzo Martín-Retortillo (coord.). *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional) Estudios en homenaje ao profesor Jesús Gonzalez Perez*. Tomo II. Madri: Civitas, 1993.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

RUIZ, Óscar José Dueñas. Observaciones alrededor de la sentencia T-760 de 2008. *In*: VILLAREAL, María Lucía Torres (coord.). *Revisión a la jurisprudencia constitucional en materia de salud: estado de las cosas frente a la sentencia T-760 de 2008*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.

SAINT-HILAIRE, Auguste. *Viagens pelo distrito dos diamantes e litoral do Brasil*. Tradução de Leonam de Azeredo Pena. [SI]: Companhia Editora Nacional, 1941. Disponível em <<http://books.google.com.br>>, acesso em 19 de julho de 2009.

SANCHÍS PRIETO, Luis. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, setembro a dezembro de 1995.

\_\_\_\_\_. Notas sobre el concepto de derechos fundamentales. *In*: SAUCA, Jose Maria. *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madri: Universidad Carlos III – Boletín Oficial des Estado, 1994.

SANTA CASA DA MISERICÓRDIA DO RIO DE JANEIRO. *História*. Disponível em <<http://www.santacasarj.org.br/1582.htm>>, acesso em 17 de julho de 2009.

SANTOS, Lenir. ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos*. Campinas: Instituto de Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. A reforma sanitária e o sistema único de saúde: tendências e desafios após 20 anos. *Saúde em debate – revista do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde*, vol. 33, Rio de Janeiro, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In* SARMENTO, Daniel (org.). GALDINO, Flavio (org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_ *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. *In*: BONAVIDES, Paulo (coord.). MIRANDA, Jorge (coord.). AGRA, Walber de Moura (coord.). *Comentários à Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_ O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *In*: SARMENTO, Daniel (org.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_ A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais – fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). *Diálogos constitucionais – Direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHWABE, Jürgen (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Tradução de Beatriz Henning e outros. Montevideu: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SHAKESPEARE, William. *Hamlet*. Tradução de Anna Amélia Carneiro de Mendonça. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA, Márcio José Andrade de. Um galo a Asclépio. *Filosofia especial*, São Paulo, Ano II, n. 07, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso. TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the right to health in Brazilian courts: the exclusion of the already excluded*. Disponível em <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1133620](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620)>, acesso em 21 de novembro de 2009.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva. Princípios fundamentais e regras gerais da jurisdição administrativa – relatório nacional: Brasil. *In*: Colóquio Internacional Brasil-Espanha-França, 2008, Niterói.

SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. São Paulo: Metalibri, 2007.

SOUZA, Celina. Desenho constitucional, instituições federativas e relações intergovernamentais no Brasil pós-1988. *In*: FLEURY, Sonia (org.).

*Democracia, descentralização e desenvolvimento: Brasil e Espanha.* Rio de Janeiro: FGV, 2006.

TERRAZAS, Fernanda. Tabela comparativa das decisões da ministra do STF Ellen Gracie – medicamentos. *Informativo direito público e cultura jurídica - Sociedade Brasileira de Direito Público*, n. 11. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Tabela\\_comparativa\\_Ellen\\_Gracie.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/revista/Tabela_comparativa_Ellen_Gracie.pdf)>, acesso em 20 de novembro de 2009.

TEUBNER, Gunther. Introduction to autopoietic Law. *In*: TEUBNER, Gunther (organizador). *Autopoietic Law: a new approach to Law and society*. Nova Iorque: European University Institute, 1987. *Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

\_\_\_\_\_ O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira (org.). SARMENTO, Daniel (org.). *Direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_ A legitimação dos direitos humanos e os princípios da ponderação e da razoabilidade. *In* TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_ A cidadania multidimensional da era dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_ *Tratado de direitos constitucional financeiro e tributário*. v. V. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TUSHNET, Mark. *Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

TRIBE, Laurance H. *American constitucional law*. v. 1. 3ª Ed. Nova Iorque: Foudantion Press, 2000.

VENTURA, Miriam *et al.*. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 20, n.1, 2010. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-73312010000100006&script=sci_arttext)>, acesso em 10 de maio de 2010.

VERDAGUER, Francisco Pera. *Jurisdiccion contencioso-administrativa*. Barcelona: Bosch, 1976.

VIANNA, Solon Magalhães. PIOLA, Sérgio Francisco. REIS, Carlos Otávio O. *Gratuidade no SUS: controvérsia em torno do co-pagamento*. Brasília: IPEA, 1998. Disponível em <[http://www.saudesuplementar.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo\\_Gratuidade.pdf](http://www.saudesuplementar.gov.br/portal/upload/biblioteca/Artigo_Gratuidade.pdf)>, acesso em 20 de abril de 2010.

VIEIRA, Fabiola Sulpino. ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista saúde pública*, vol. 41, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <[http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80\\_Daniel%20Wang.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/80_Daniel%20Wang.pdf)>, acesso em 18 de novembro de 2009.

ZIULKOSKI, Paulo. A política de financiamento do SUS na ótica municipalista. *In: AUDIÊNCIA PÚBLICA*, 4, 2009, Brasília. Disponível em [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Edelberto\\_Luiz\\_da\\_Silva.ppt](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Edelberto_Luiz_da_Silva.ppt), acesso em 18/05/2009.