



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**  
Centro de Ciências Sociais  
Faculdade de Direito

Jorge Munhós de Souza

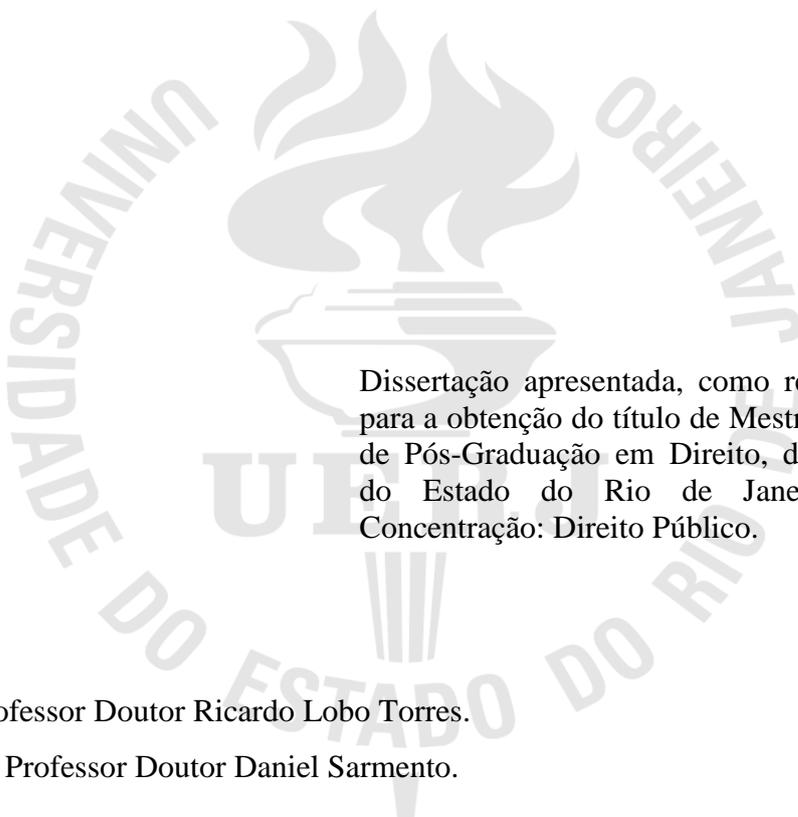
**Diálogo institucional e direito à saúde**

Rio de Janeiro

2011

Jorge Munhós de Souza

**Diálogo institucional e direito à saúde**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público.

**Orientador:** Professor Doutor Ricardo Lobo Torres.

**Co-orientador:** Professor Doutor Daniel Sarmento.

Rio de Janeiro

2011

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

tS729d Souza, Jorge Munhós de.

Diálogo institucional e direito à saúde / Jorge Munhós de Souza. – 2011.  
350 f.

Orientador: Ricardo Lobo Torres.  
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,  
Faculdade de Direito.

1. Direito à saúde - Teses. 2. Diálogo - Teses. 3. Controle da  
constitucionalidade – 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

Jorge Munhós de Souza

**Diálogo institucional e direito à saúde**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Público.

Aprovado em 26 de agosto de 2011.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres. (Orientador)

Faculdade de Direito da UERJ.

---

Prof. Dr. Daniel Antônio de Moraes Sarmiento. (Co-orientador)

Faculdade de Direito da UERJ.

---

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm.

Faculdade de Direito da UERJ.

---

Prof. Dr. Virgílio Afonso da Silva.

Faculdade de Direito da USP.

Rio de Janeiro

2011

## DEDICATÓRIA

Para meus pais, Jorge e Ana Cristina,  
por abdicarem de seus sonhos  
para permitir que eu realizasse os meus.

Para Natália,  
cujo amor faz valer o presente e  
cuja presença não me permite temer o futuro.

## AGRADECIMENTOS

Desde o começo nada foi fácil. Muito pelo contrário! Antes mesmo de me formar pela Universidade Federal do Espírito Santo desenvolvi uma verdadeira obsessão por cursar o mestrado em Direito Público na UERJ. Com muito esforço e um pouco de sorte fui aprovado em um processo seletivo extremamente disputado e muito republicano. Saboreei a conquista com toda a empolgação de um jovem provinciano de vinte e poucos anos, cheio de sonhos, e, agora, com a oportunidade de conviver de perto com todos aqueles professores cujas idéias de há muito já me eram íntimas. Mal sabia eu que a parte complicada ainda estava por vir!

Entrei na Cidade Maravilhosa pela porta dos fundos e já no começo percebi as dificuldades habitacionais existentes em uma grande metrópole. Se não tivesse contado com o carinho e a atenção das minhas queridas tias Luzia e Eliana e do meu padrinho José Carlos o processo de mudança teria sido muito mais difícil. Obrigado a cada um de vocês, sempre tão importantes na minha vida.

Com o tempo a vida voltou a se estabilizar e entre espanto e empolgação passei a viver intensamente um ambiente acadêmico totalmente novo, compostos de pessoas extremamente sérias e competentes. A inteligência e a disposição para estudar que encontrei nos colegas com os quais tive a oportunidade de debater e apreender sempre me obrigaram a buscar um nível de excelência de rendimento cada vez maior. Sou muito grato por ter tido a oportunidade de conviver com todos vocês, especialmente com aqueles que ingressaram comigo no mesmo processo seletivo: a Alice, a Clara, a Cristiana, a Daniela, o Thiago, o Fabiano e o Roberto.

Antes mesmo de entrar na UERJ desenvolvi o costume de ler prefácios, agradecimentos, discursos de paraninfia, enfim, tudo que fosse escrito pelo professor Luis Roberto Barroso, e sempre me impressionei positivamente com o que era relatado dos bastidores de um ambiente composto por pessoas acima da média, competentes profissionalmente e que se respeitavam em um clima de admiração recíproca e cordialidade. Confirmei tudo isso ao longo do tempo. Sou muito grato pela oportunidade de estudar com professores como o José Ricardo, a Ana Paula de Barcellos, o Gustavo Binenbojm, o Carlos Roberto Siqueira Castro, a Jane Reis (a

quem agradeço pelas valiosas observações feitas na ocasião de minha banca de qualificação), o Humberto Dalla, o Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, o Luis Roberto Barroso, o Ricardo Lobo Torres e o Daniel Sarmiento. Neste grupo não poderia faltar um agradecimento especial à Sonia, que com seu profissionalismo e competência torna a vida de todos os que convivem ao redor da Pós-Graduação mais fácil e amena.

Deste repertório preciso ressaltar três nomes em especial. Primeiro o professor Luis Roberto, figura de luz, inspiração para mim e mais de uma geração de alunos esforçados e bem intencionados. Tive certeza que deveria cursar o mestrado da UERJ quando li no prefácio de seu livro *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro* uma passagem que contava o percurso do Direito Constitucional no Brasil, da desimportância ao apogeu, e terminava com a seguinte passagem: “*A propósito: se você acredita na dignidade da pessoa humana, nas possibilidades transformadoras do direito e na ética como fundamento de um mundo melhor, seu lugar pode ser aqui. Estamos recrutando.*” Com ele aprendi, acima de tudo, que o Direito Constitucional pode efetivamente ser uma fé racional que nos une em busca de algo melhor. Em segundo lugar gostaria de agradecer ao professor Ricardo Lobo Torres, exemplo vivo de amor à docência, homem de posições firmes e postura terna, uma unanimidade dentre aqueles que tiveram a oportunidade de serem seus alunos. Obrigado professor por ter aceitado ser meu orientador, por ter ouvido pacientemente minhas inquietações, por ter me ensinado que um professor deve inspirar e não somente ensinar e por ter me mostrado a importância da liberdade e a possibilidade de ser um liberal com preocupações sociais.

O terceiro nome que merece uma menção especial é o do professor Daniel Sarmiento, certamente a minha maior influência intelectual. Desde a primeira vez que assisti uma palestra sua, proferida no TRT em Vitória-ES, fiquei encantado. Cursei, já no primeiro período, a matéria de Filosofia Constitucional e, não satisfeito, um ano após frequentei novamente a cadeira na qualidade de ouvinte. O professor Daniel é uma liderança nata e carrega sem peso a carga de seu brilhantismo e da obrigação de ser protagonista por onde passa. O imponderável me fez descobrir o lado humano do Daniel, que prontamente se dispôs a me ajudar no momento em que mais precisei, assumindo o papel de meu co-orientador. Muito obrigado professor pela paciência, pela disponibilidade, pelas palavras de motivação e por ter exigido de mim nunca menos do que o meu melhor.

Nada teria sido possível sem o incondicional auxílio emocional e financeiro de meus queridos pais, Jorge e Ana Cristina, sempre dispostos a serem meus mecenas e psicólogos, certamente por acreditarem em mim mais do que eu mesmo. Obrigado pai por ter me ensinado o valor da disciplina e por demonstrar que é possível amar sem discursos grandiloquentes, mas por meio da demonstração de afeto nos pequenos atos do dia a dia. Como era bom encontrar com você me esperando de madrugada na rodoviária quando eu voltava pra casa! Obrigado mãe pelo exemplo de vida, por sempre ter sido minha melhor amiga e pelas tantas lições ensinadas, que constituem a maior parte do que eu sou hoje. Quando mais duvido me encho de forças no amor do olhar de cada um de vocês.

Preciso agradecer especialmente à Natália por toda a paciência e compreensão pelas privações e as decepções que a fiz passar neste período morando no Rio. Apesar da dor incurável da solidão, nunca esquecerei o regozijo de cada reencontro. Dentro de um projeto ambicioso para o futuro tenho certeza de que a minha maior conquista já foi alcançada: você. Seu amor me preenche, sua amizade me acalma, seu entusiasmo com a vida me energiza, sua doçura me humaniza, seu ritmo dita minhas prioridades, enfim, você me faz feliz e me incentiva a ser a cada novo dia uma pessoa melhor. Obrigado simplesmente por existir na minha vida!

Agradeço, por fim, à CAPES pela ajuda financeira e aos competentes profissionais que trabalham na biblioteca da UERJ, sem os quais tudo teria sido mais difícil, e aos meus alunos, com os quais procuro dividir um pouco desta fantástica experiência que tenho muito orgulho de dizer que vivi e venci. Foi difícil, mas nada teria sido possível sem nenhum de vocês.

In fact, constitutional justice can become an important instrument for democratic progress only if we think of it as part of broader social struggles. The fulfillment of the emancipator promises made by the Constitution is too serious a matter to leave to judges, citizen participation is essential for the realization of democracy.

*Rodrigo Uprimny Yepes*

## RESUMO

SOUZA, Jorge Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. 2011. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2011.

O trabalho busca analisar os problemas envolvendo a efetivação do direito à saúde no Brasil, os conflitos alocativos subjacentes à temática e o papel das instituições representativas, do Judiciário e da sociedade civil neste processo. Pretende-se reafirmar a importância da proteção do direito à saúde e, ao mesmo tempo, criticar uma certa euforia doutrinária e jurisprudencial que se instalou nos últimos anos e passou a compreender o Judiciário como o último guardião das promessas constitucionais não cumpridas pelos ramos representativos. O trabalho analisa as experiências constitucionais de países que não apostam no dogma da supremacia judicial e tentam conciliar a revisão judicial com mecanismos mais democráticos. A partir daí propõe o marco teórico das teorias do diálogo institucional como uma alternativa menos unilateral para enfrentar os desafios desencadeados no campo sanitário. No trabalho enfatiza-se a importância pelas preocupações com a efetividade da constituição, mas propõe-se uma reflexão sobre qual seria a melhor alternativa para tanto, chegando-se à conclusão contra-intuitiva de que talvez o caminho mais eficaz passe por um controle judicial fraco, que não despreze as potencialidades do Direito, mas que aposte mais na democracia e na interação sinérgica entre os ramos representativos e a sociedade civil.

Palavra-chave: Diálogo institucional. Direito à saúde. Controle judicial fraco. Justiça distributiva. Processo coletivo. Igualdade de recursos.

## ABSTRACT

The work seeks to analyze problems involving the implementation of the right to health in Brazil, the distributive conflict underlying the theme and the role of representative institutions, the judiciary and civil society in this process. It is intended to reaffirm the importance of protecting the right to health and, at the same time, to criticize a certain euphoria that took place in recent years and came to understand the judiciary as the ultimate guardian of constitutional promises not kept by the representative branches. This article examines the constitutional experiences of countries that do not embrace the doctrine of judicial supremacy and struggle themselves to balance judicial review with more democratic mechanisms. Thereafter it is offered the theoretical framework of theories of institutional dialogue as a less one-sided alternative to meet the challenges triggered in the field of health care. The work emphasizes the importance by concerns about the effectiveness of the constitution, but it proposes a reflection on what would be the best alternative for it, coming to the counterintuitive conclusion that perhaps the most effective way is a weak form of judicial review, which do not disregard the potential of the Law, but that values more democracy and synergistic interaction between the branches and representative civil society.

Keywords: Institutional dialogue. Right to health. Weak forms of judicial review. Distributive justice. Class actions. Equality of resources.

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO – QUAL É O PROBLEMA.....</b>	<b>13</b>
<b>1</b>	<b>DIÁLOGO INSTITUCIONAL: EM ALGUM LUGAR ENTRE AS TEORIAS DA SUPREMACIA.....</b>	<b>24</b>
1.1	A americanização do Direito no pós-Segunda Guerra: ascensão dos tribunais e das constituições escritas.....	25
1.2	O caráter antidemocrático dos tribunais: a dificuldade contramajoritária.	37
1.3	Os modelos dialógicos: um estudo das experiências neozelandesa e britânica, com especial atenção para o caso canadense.....	38
1.4	As teorias dialógicas: noções fundamentais.....	52
1.5	O diálogo no interior das decisões judiciais e o diálogo como fruto da separação dos poderes.....	58
1.6	Há potencial dialógico no sistema brasileiro?.....	76
<b>2</b>	<b>POR UMA CONCEPÇÃO INTERDISCIPLINAR E MULTIDIMENSIONAL DO DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>93</b>
2.1	Da idéia aberta de saúde: aspectos históricos e normativos.....	93
2.2	A proteção da saúde por meio de um sistema de saúde: para um melhor entendimento do modelo brasileiro.....	101
2.3	O reconhecimento da saúde como um direito formal e materialmente fundamental.....	116
2.4	Limites e possibilidades da ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível no caso da saúde: o resgate da questão institucional.....	128
2.5	Por uma concepção interdisciplinar e multidimensional do direito à saúde: a saúde entre direito e política pública.....	142
<b>3</b>	<b>SISTEMA BRASILEIRO DE SAÚDE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA</b>	<b>155</b>
3.1	Justiça distributiva e o direito à saúde: aspectos introdutórios.....	155
3.2	As linhas gerais do sistema brasileiro (público e privado) de saúde.....	162
3.3	Dois modelos inviáveis: o mercantilismo sanitário e o princípio do resgate....	173
3.4	Utilitarismo sanitário, maximização do bem-estar coletivo por políticas públicas, consequencialismo e universalidade.....	182
3.5	Liberalismo igualitário, integralidade, igualdade e equidade.....	193

3.6	<b>Direito à saúde e democracia deliberativa: aspectos procedimentais e a diretriz da participação da comunidade.....</b>	<b>209</b>
3.7	<b>Saúde, responsabilidade e paternalismo libertário.....</b>	<b>216</b>
<b>4</b>	<b>DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE.....</b>	<b>223</b>
4.1	<b>Considerações gerais: uma perspectiva dialógica e multi-institucional da efetivação do direito à saúde.....</b>	<b>223</b>
4.2	<b>A inserção das variáveis institucionais.....</b>	<b>229</b>
4.3	<b>Diálogo institucional, direito à saúde e demandas coletivas.....</b>	<b>239</b>
4.3.1	<u>Análise comparada de algumas experiências nos EUA, na África do Sul e na Colômbia.....</u>	<b>241</b>
4.3.2	<u>O caso brasileiro.....</u>	<b>253</b>
4.3.3	<u>As demandas coletivas como instrumento de diálogo institucional.....</u>	<b>260</b>
<b>4.4</b>	<b>Diálogo institucional em demandas individuais?.....</b>	<b>274</b>
4.4.1	<u>O esboço de alguns parâmetros formais de para um controle judicial fraco.....</u>	<b>278</b>
4.4.2	<u>O diálogo interinstitucional tutelado pelo juiz: a Recomendação 31 do CNJ e as Câmaras Técnicas.....</u>	<b>287</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>293</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>317</b>