

INTRODUÇÃO.

QUAL É O PROBLEMA?

Direitos sociais no Brasil: da falta de efetividade à judicialização excessiva.¹

Em traços largos, o histórico dos direitos sociais no Brasil pode ser contado por meio da reconstrução do processo de desenvolvimento da teoria e da prática do Direito Constitucional nacional. Podemos concentrar nossas atenções a partir da Constituição liberal de 1981, que não previa em seu bojo absolutamente nenhum direito social. Naquele contexto soava inofensiva a importação, por Ruy Barbosa, da classificação das normas constitucionais desenvolvidas por Thomas Cooley para o Direito norte-americano. As normas dotadas de plena carga eficaz eram auto-executáveis. Aquelas outras que dependiam da complementação legislativa eram normas não auto-executáveis. Em um regime rural-oligárquico, marcado pela fraude eleitoral generalizada, o discurso da época em relação aos direitos fundamentais era o da proteção das liberdades e o da propriedade absoluta. O instrumento jurídico mais festejado era o *habeas corpus*. Tudo isso verificado em um ambiente político-institucional “de fato” marcado pelo predomínio quase incontestável do Executivo, diante de um Legislativo passivo e de um Judiciário dócil – nada obstante fortalecido, este último, pela Constituição.

Em 1934 o perfil do projeto constitucional se altera. A inspiração não era mais o liberalismo norte-americano, mas as Constituições sociais do México de 1917 e da Alemanha de 1919. Uma série de direitos sociais passou a integrar o texto da Constituição, principalmente aqueles relacionados com a proteção do trabalhador urbano. Com o golpe de Estado de Vargas, em 1937, vem a Constituição Polaca e fortalece-se a tendência de proteção social paternalista, nacionalista e intervencionista que se verificara em 1934. Tudo agora marcado pela mais explícita institucionalização de um autoritarismo organicista, segundo forte inspiração de Francisco Campos. Já nessa época, a classificação da eficácia das normas desenvolvida por Ruy Barbosa passa a oferecer alguns inconvenientes, uma vez que bastava

¹ O subtítulo é uma referência explícita ao artigo BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Não há nesta introdução a menor pretensão de profundidade histórica. Para maior aprofundamento sobre o tema vale conferir BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. 9ª ed. São Paulo: Editora OAB, 2008; SARMENTO, Daniel. *História constitucional brasileira*. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

que determinada norma fosse considerada incômoda para ser classificada como não-executável (ou programática) e ter sua aplicabilidade paralisada no contexto de um Legislativo inerte e altamente clientelista, bem como de uma Carta repleta de compromissos dilatórios.² A história dos direitos sociais no Brasil se inicia associada a este quadro autoritário e populista, fato que talvez explique a nossa atual dificuldade de imaginar a compatibilização dos valores da proteção da liberdade com a promoção da igualdade.

O período de reabertura ao liberalismo de 1946 não apresenta maiores destaques para os fins aqui perseguidos. Vale destacar sim, a fase da ditadura militar. A Constituição de 1967 e a EC n. 1 de 1969, em si, não apresentavam grandes atrocidades autoritárias. Ironicamente, até previam a proteção das liberdades mais fundamentais e a responsabilidade do Estado para com a promoção dos direitos sociais. A grande característica do período se relaciona com uma inversão informal da hierarquia das normas. O decreto passou a valer mais que a lei, o regulamento mais que a Constituição e, embora ainda formalmente vigentes, não eram as Constituições, mas os atos institucionais, que ditavam as regras do jogo. As instituições, públicas e privadas, essenciais para a sobrevivência da democracia foram silenciadas. O papel da Constituição e do constitucionalismo foi relegado ao ostracismo. A “insinceridade normativa”, que há muito já se verificava, passou a ser encarada como um fato da vida.³ Já nessa fase surgem trabalhos jurídicos preocupados em reconstruir as bases de um constitucionalismo mais engajado com os problemas sociais e políticos que vivíamos, quer seja por meio de uma teoria crítica desconstrutivista e de raízes marxistas⁴, quer seja por meio de uma dogmática jurídica mais construtiva.⁵

² “Toda norma incômoda passou a ser classificada como ‘programática’, bloqueando, na prática, a concretização da Constituição e, especialmente, dos direitos sociais.” (BERCOVICI, Gilberto. Tentativa de Instituição de Democracia de Massas no Brasil: Instabilidade Constitucional e Direitos Sociais na Era Vargas (1930-1964). In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 59.)

³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo on Brasil: riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 245: “... na cultura brasileira de até então (antes de 1988), as constituições não eram vistas como autênticas normas jurídicas, não passando muitas vezes de meras fachadas. Exemplos disso não faltam: a Constituição de 1824 falava de igualdade, e a principal instituição do país era a escravidão negra; a de 1981 instituiu o sufrágio universal, mas todas as eleições eram fraudadas; a de 1937 disciplinava o processo legislativo, mas enquanto ela vigorou o Congresso esteve fechado e o Presidente legislava por decretos; a de 1969 garantia direitos à liberdade e à integridade física e à vida, mas as prisões ilegais, o desaparecimento forçado de pessoas e a tortura campeavam nos porões do regime militar.”

⁴ Cf. CLÉVE, Clemerson Mèrlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma dogmática constitucional emancipatória”. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, p. 34-53; COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

⁵ Cf. SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

A Constituição de 1988, expressão de um verdadeiro poder constituinte originário, vem carregada com as esperanças de uma nação que pretendia se reconstruir em contraposição ao seu histórico próximo. Pretendia ser democrática, mais humana, liberal e social. Inseriu, já em seu Título I, uma série de princípios e fins públicos voltados à proteção da dignidade da pessoa humana, à redução das desigualdades sociais e regionais e à construção de uma nação justa, fraterna e solidária. O Título II é marcado pela declaração de uma série de direitos fundamentais das suas mais variadas espécies: individuais e coletivos, sociais, políticos e de nacionalidade. No aspecto institucional, o Judiciário e o Ministério Público são fortalecidos. Passam a gozar de uma série de garantias funcionais e institucionais, ganhando destaque não apenas o aumento das competências civis do MP (especialmente a legitimidade para ajuizar a Ação Civil Pública), como também a concentração de importantes competências no STF. Nesse contexto, o controle de constitucionalidade passa a desempenhar um importante papel político em um processo cada vez mais marcante de judicialização das relações políticas e sociais.

No campo teórico pós 1988 é preciso destacar a forte influência do “constitucionalismo brasileiro da efetividade”, que buscava resgatar a dignidade da Constituição como fundamento material e formal da vida político-social do país por meio do estabelecimento de critérios puramente formais para fins de definição da aplicabilidade das normas constitucionais.⁶ Pretendia opor-se às fases de insinceridade normativa, aos períodos de subsistência de constituições nominais e semânticas, e, desta forma, resgatar a força normativa da constituição, tudo sob a influência de autores nacionais e europeus como José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso⁷, Konrad Hesse, Garcia de Enterría e Gomes Canotilho. O constitucionalismo brasileiro da efetividade era fruto de um pensamento jurídico de esquerda que buscava se reconstruir após o fracasso do socialismo real da União Soviética.

⁶ A expressão foi inaugurada por NETO, Cláudio Pereira de Souza. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica a luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 288 ss.

⁷ Para uma visão de quem viveu de perto a referida fase, e cuja história se confunde com o movimento cf. BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. O mencionado trabalho foi fruto do aprofundamento das reflexões contidas em um texto escrito em 1985 (A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição pra valer?) e da posterior tese de livre docência escrita em 1988. Esses trabalhos são a demonstração da travessia realizada pelo autor, desde um pensamento crítico, para a utilização construtiva da dogmática jurídica. Nesse sentido afirmou o autor: “*Sem abrir mão de uma perspectiva questionadora e crítica, é possível, com base nos princípios maiores da Constituição e nos valores do processo civilizatório, dar um passo à frente na dogmática constitucional. Cuida-se de produzir um conhecimento e uma prática asseguradora das grandes conquistas históricas, mas igualmente comprometida com a transformação das estruturas vigentes. O esboço de uma dogmática autocrítica e progressista, que ajude a ordenar um país capaz de gerar riquezas e distribuí-las adequadamente.*” (BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais para a reconstrução de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234, nota de rodapé n. 16.)

Utilizava-se de um “positivismo de combatividade”⁸ que clamava pela efetividade das *normas definidoras de direitos*, com base em um silogismo quase intuitivo: lei deve ser cumprida; a Constituição é lei, logo, deve ser cumprida. O raciocínio se complementava com a afirmação de que, diante do reconhecimento da normatividade da constituição, a ausência de implementação daquele “projeto constitucional dirigente” pelos ramos democraticamente eleitos geraria a consequente possibilidade de controle judicial, o que se faria por meio das garantias fundamentais inauguradas pelo art. 5º da CF de 1988.

Inicialmente, ainda composto por integrantes de formação extremamente privatista, nossos Tribunais não foram receptivos aos influxos desse movimento, principalmente no que tange à proteção dos direitos sociais. Em várias passagens negaram seletivamente a eficácia jurídica daquelas “normas incômodas” sob a retórica – muitas vezes vazia – das normas programáticas⁹, da violação à separação dos poderes, das questões políticas ou da discricionariedade administrativa.¹⁰ Em outras, inutilizaram algumas garantias como o mandado de injunção.¹¹ Algumas vezes preferiram manter-se inertes, permitindo que a lógica do processo político os desonerasse do peso de decisões de grande repercussão econômica e social.¹² Foi a fase de uma Corte tímida, modesta, autocontida, que ainda não tinha descoberto (ou simplesmente não queria usar) as potencialidades a ela conferidas pela Carta de 1988.

O constitucionalismo brasileiro da efetividade teve certamente mais virtudes do que vícios, sendo decisivo para a definição do atual estágio de desenvolvimento que experimentamos no direito público em geral e no constitucional em particular. Com ele, não se sabe se conscientemente ou não, plantava-se no Brasil o gérmen teórico para o fenômeno que hoje é estudado sob o rótulo de judicialização das relações políticas e sociais.¹³

⁸ Cf. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

⁹ STF, DJU 26-05-2000, RE 264.269/RS, rel. Min. Moreira Alves. (Corroborou entendimento do STJ, manifestado no ROMS 6.564/RS, no sentido de que o direito à saúde é norma programática de eficácia limitada, não gerando direito subjetivo).

¹⁰ Talvez o exemplo mais emblemático seja o julgamento pelo STF, em 07/03/1991, da ADI 4/DF, rel. Min. Sydney Sanches, que considerou não auto-aplicável a norma do art. 192, § 3º, que limitava a taxa de juros reais em 12% a.a.

¹¹ SFT, DJU 21-09-1990, MI 107 QO/DF, rel. Min. Moreira Alves. (Entendeu o STF que, reconhecida a ausência de norma regulamentadora, o único efeito possível da decisão seria a conferência de ciência ao órgão legislativo responsável).

¹² STF, DJU 22-10-1993, ADI 737/DF, rel. Min. Moreira Alves. (Questionou-se na ADI a insuficiência dos valores atribuídos por lei ao salário mínimo, diante da prescrição do art. 7º, inc. IV da CF. A superveniência de nova lei levou o STF a julgar o processo extinto)

¹³ A autocrítica de Luis Roberto Barroso é significativa nesse sentido: “A doutrina da efetividade serviu-nos como se deduz explicitamente da exposição até aqui desenvolvida, de uma metodologia positivista: direito constitucional é norma; e de um critério formal para estabelecer a exigibilidade de determinados direitos: se está na Constituição é para ser cumprido. O sucesso aqui celebrado não é infirmado pelo desenvolvimento de novas formulações doutrinárias, de base pós-positivista e voltadas para a fundamentalidade material da norma. “entre nós – talvez diferentemente do que se passou em outras partes -

É preciso destacar que a superação da hegemonia da tradição positivista-normativista no direito brasileiro somente se sedimentou alguns anos mais tarde, principalmente por meio de estudos sobre a nova hermenêutica, inspirados pela virada lingüística, pelo estudo da teoria dos princípios e pela incorporação de uma sofisticada metodologia de direito fundamentais de raízes tedescas.¹⁴ Técnicas mais fluidas de interpretação e aplicação foram desenvolvidas pela doutrina e incorporadas pela jurisprudência do STF. Aquela “ciência pura do direito”, hermeticamente fechada, cada vez mais foi se abrindo à interdisciplinaridade, principalmente por meio do reconhecimento de uma inevitável comunicação com a filosofia política e com a moral. O resgate da razão prática foi festejado e o estudo de teoria e de filosofia constitucional foi fortalecido, afastando-se a visão de que, uma vez declarados os direitos fundamentais, bastava agora implementá-los. Percebendo que o constitucionalismo de hoje não é mais o que praticávamos alguns anos atrás, é comum que muitos acrescentem o prefixo “neo” para marcar as diferenças. Estaríamos vivendo neoconstitucionalismos (ou um pós-positivismo), denominação genérica que abrange uma série de pensadores dos mais variados matizes, assim como tendências das mais díspares gradações.

Se quisermos pensar de uma forma binária, talvez seja possível falar em um neoconstitucionalismo caricato e um mais moderado. O primeiro poderia se enquadrar na conhecida definição de Pietro Sanchís.¹⁵ O segundo estaria mais relacionado com uma postura que, sem negar as virtudes, olha com desconfiança para o fenômeno, questionando questões como o excesso de constitucionalização, o excesso de judicialização e os perigos de uma metodologia de interpretação que aposta demais em princípios e ponderações nos casos individuais.¹⁶

, foi a partir do novo patamar criado pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade que ganharam impulso os estudos acerca do neoconstitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais”. (BARROSO, Curso de direito constitucional contemporâneo, Op. cit. p. 225).

¹⁴ “O segundo momento importante é o da chegada ao Brasil das teorias jurídicas ditas pós-positivistas. Nessa nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais, e a estudar as peculiaridades de sua aplicação.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Op. cit., p. 248-249.*)

¹⁵ SANCHÍS, Luis Pietro. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 117: “É uma teoria do Direito que se orienta pelas máximas de mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipotência da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, no lugar de uma homogeneidade ideológica.”

¹⁶ Nessa linha, com a qual concordo, cito por todos Daniel Sarmento: “Contudo, eu assumo o rótulo, sem constrangimentos, se o neoconstitucionalismo for pensado como uma teoria constitucional que, sem descartar a importância das regras e da

Novamente, voltando nossos olhos para a prática do STF, após uma fase inicial pós-88 de timidez, é possível verificar uma ascensão vertiginosa de sua influência na vida econômica, política e social do país. Os integrantes do Judiciário em geral e do STF em particular, alteraram, em um curto período de tempo, sua autocompreensão sobre o seu papel institucional. Começaram a se enxergar como responsáveis pela efetivação do projeto constitucional de 88. E, respaldados teoricamente pelos entusiastas daquele neoconstitucionalismo mais extremado, passaram, para o bem e para o mal, a ser os protagonistas de um processo de judicialização e expansão constitucional sem precedentes em nossa história, mas que acompanha as tendências mundiais.¹⁷

Hoje é impensável que uma questão nacional importante seja decidida sem que os prejudicados cogitem submetê-la ao crivo do STF para fins de questionar sua constitucionalidade. O Judiciário em poucos anos passou da desimportância ao apogeu. Tornou-se o fórum dos princípios, o local dos juízes Hércules, o guardião das promessas constitucionais não cumpridas. Em uma Constituição analítica e repleta de enunciados de textura aberta, passou a ser ele o responsável por sua definição, o detentor da última palavra. Sedimentou-se a noção de supremacia da constituição e se associou isso à supremacia judicial. E, frisa-se, tudo isso acompanhado por uma crescente apatia cívica da população.

Em uma democracia jovem, que ainda sofre com o legado de patrimonialismo e de clientelismo deixado pelas gerações anteriores, marcada por diversos vícios no processo político ordinário, hoje se aposta no Judiciário e na judicialização como uma estratégia viável para corrigir as falhas da democracia, para implementar as pré-condições para o exercício da autonomia pública.

No caso específico dos direitos sociais a situação não é diferente. Pretendemos realizar uma leitura da Constituição extremamente expansiva no que tange àqueles enunciados.

subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo.” (SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 271)

¹⁷ Cf. TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Ed) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1992.

Vivemos com toda intensidade os reflexos de uma judicialização cada vez mais forte e festejada nesse campo, como alternativa para implementar um projeto constitucional que supostamente não ganha fôlego na política ordinária. Sem dúvida estamos melhores do que alguns anos atrás. Mas, buscando corrigir os erros do passado, corremos o risco de pecar pelo excesso. É preciso um olhar crítico sobre o mencionado processo a fim de que questionemos se estamos na trilha certa para a promoção dos direitos sociais e para a construção de uma sociedade menos desigual.

O caso específico do direito à saúde.

Depois de muitos anos de luta teórica, a retórica da efetividade dos direitos sociais passou a dominar o discurso não só da academia, mas também da jurisprudência. Um a um, os obstáculos teóricos que impediam a adjudicação de direitos sociais foram sendo contornados pela doutrina e pela jurisprudência: violação à separação de poderes¹⁸, necessidade de intermediação legislativa¹⁹, ausência de força normativa dos princípios, indeterminabilidade semântica, discricionariedade administrativa²⁰, problemas relacionados com os altos custos dos direitos sociais, reserva do possível²¹, ofensa ao princípio democrático na formulação e execução judicial de políticas públicas. Todos os argumentos sucumbiram frente a uma ponderação muitas vezes mística - que envolve categorias nem sempre claras - trazidas do direito comparado alemão: de um lado o mínimo existencial, do outro a reserva do possível.

¹⁸ Trecho do voto do Min. Celso de Melo: “*Isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes), sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e de valores em conflito, a necessidade de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte adotou em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde.*” STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes

Na doutrina colhe-se a seguinte passagem: “*O que se pode dizer desde logo é que a separação dos poderes em si mesma não representa um obstáculo lógico ao controle pelo judiciário das ações ou omissões inconstitucionais praticadas pelo Poder Público, aí incluída a determinação de prestações positivas com fundamento constitucional*” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. 2a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 217)

¹⁹ “... principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzida do Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8a ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados. 2007, p. 346.)

²⁰ Trecho do voto do Min. Celso de Melo: “*Mais do que nunca, Senhor Presidente, é preciso enfatizar que o dever estatal de atribuir efetividade aos direitos fundamentais, de índole social, qualifica-se como expressiva limitação à discricionariedade administrativa.*” STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes

²¹ Trecho do voto do Min. Celso de Melo: “*Cumprir advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.*” STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes.

A maior parte da doutrina²² e da jurisprudência²³ parece encarar o fenômeno de forma bastante otimista, associando a efetividade dos direitos sociais e a redução das desigualdades sociais com uma inevitável judicialização das questões sociais e fortalecimento da intervenção judicial nessa área. A seguinte passagem colhida da edição do jornal O Globo, de 11/10/01, é exemplificativa:

“Diante dos mandamentos constitucionais, os juízes vêm acolhendo os pedidos das pessoas que não possuem capacidade econômica para a aquisição de medicamentos necessários ao tratamento de suas doenças. Na grandeza do jogo democrático, entre o interesse do Estado e o direito fundamental à saúde, os juízes fizeram a opção pela garantia da vida dos cidadãos. E para fazer valer essa escolha, diante da teimosia das autoridades públicas, os magistrados por vezes têm que usar de muita energia e determinação.” (Dr. Luís Felipe Salomão, Juiz de Direito, Oferta de Remédios, O Globo de 11/10/01, p. 7)

Salvo honrosas exceções, apenas recentemente começamos a ouvir com mais intensidade vozes denunciando os perigos de uma judicialização excessiva nesse campo. Atores jurídicos e não-jurídicos do sistema de saúde parecem não concordar com o diagnóstico excessivamente otimista da judicialização, demonstrando, por meio de estudos empíricos, a injustiça dos efeitos distributivos das decisões judiciais. Outros afirmam que a interferência judicial possui *efeitos sistêmicos* perversos que mais contribuem para dificultar a racionalização do sistema do que qualquer outra coisa. Há ainda quem afirme que o Judiciário não possui, comparativamente, maior *capacidade institucional* para decidir sobre questões técnicas e políticas públicas do que os administradores responsáveis pelo sistema de saúde. Nesse contexto, vale destacar o acontecimento da Audiência Pública sobre a Saúde, convocada pelo então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, em 2009, e o I Encontro do

²² “Seguem-se as conclusões que propugnam pela inevitabilidade da judicialização do direito à saúde, seja no que respeita aos cuidados médicos contratados com o setor privado e suplementar..., seja no setor público...” (LOPES, Mauricio Caldas. Judicialização da saúde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 8).

“É importante salientar que o Judiciário pátrio é especialmente consciencioso no momento de definir a extensão do direito à medicação. De um modo geral, apenas aqueles remédios indispensáveis à manutenção da vida foram contemplados.” (GOUVÊIA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamento. GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumem Júris. 2004, p. 224.)

“... nos casos em que o Judiciário vem concedendo tutela ao direito à saúde, simplesmente há aplicação do direito ao caso concreto e não criação de direito ou atuação política, com invasão à esfera privada do Executivo... Assim, para que se configurasse uma ilegítima expansão judiciário, haveria que se fazer presente uma atuação do Judiciário, com nítido desvio de poder ou finalidade, o que não se verifica. Ao contrário, o que assistimos é uma atuação imprescindível e legítima, que resguarda direitos subjetivos públicos, gerando, por outro lado, fenômeno que provoca a atuação regular do Estado me prol da sociedade, sempre com a correta, razoável e proporcional ponderação dos valores fundantes da sociedade.” (SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *Sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim Editora, 2009, p. 123)

De uma forma geral, cf. também STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma nova crítica do Direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²³ Como paradigma desta visão, podemos citar o “voto padrão” utilizado pelo Min. Celso de Melo desde a ADPF 45, que ainda hoje dita o tom de alguns julgados envolvendo o direito à saúde.

Fórum Nacional do Judiciário pela Saúde, ocorrido em 2010, eventos que refletem a maior abertura do meio jurídico às críticas acima formuladas.

Pretendemos, então, levar a sério as críticas envolvendo a judicialização excessiva das prestações sanitárias e analisar o mencionado processo. O grande objetivo é propor uma alternativa institucionalmente menos unilateral para a promoção dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular. Uma alternativa que não desdenhe do importante papel que o Judiciário desempenhou - e ainda tem a desempenhar - na construção de um país menos injusto e desigual, mas que não deposite excessivas esperanças de que aquele Poder nos salve de nós mesmos, que seja o responsável por assegurar a reserva de justiça da constituição ou, ainda, o único porta-voz legítimo para fins de fazer prevalecer a supremacia desta última.

O caminho a percorrer: diálogo institucional e direito à saúde.

No **CAPÍTULO I** analisaremos as teorias do diálogo institucional com o objetivo precípuo de desmistificar o papel da judicialização no processo de proteção do direito à saúde, reconstruindo as bases teóricas para a intervenção nesses assuntos sob premissas menos pretensiosas. Esse é o primeiro passo para acomodarmos a revisão judicial dentro de uma concepção mais ampla e refinada do funcionamento do sistema político em nossa democracia constitucional, permitindo a construção de uma alternativa institucional menos unilateral, que diante dos dissabores da política ordinária não deposite todas as suas esperanças nas mãos de atores que não prestam contas ao eleitorado e que possuem questionável capacidade institucional para lidar com conflitos plurilaterais de justiça distributiva.

Ao invés de ser o “guardião da reserva de justiça” da Constituição, o Judiciário será considerado um interlocutor qualificado pela linguagem dos princípios no sistema político, funcionando i) como um local privilegiado de veto das decisões majoritárias, mas também como agente ii) capaz de estatuir, em alguma medida, aumentando o valor epistêmico da democracia na interação com os demais integrantes do sistema, no processo de implementação dos direitos sociais. Essas funções, mais abertas à noção de interlocução institucional, levam mais a sério a dificuldade de *dissolver desacordos substantivos* em sociedades marcadas pelo *fato do pluralismo razoável*.

No **CAPÍTULO II** começaremos nossa análise específica do tema da saúde. Trabalharemos uma ideia aberta de saúde que leve em conta aspectos históricos e normativos importantes para a sua definição, analisaremos aspectos históricos do desenvolvimento dos sistemas de saúde a nível mundial e nacional, reconstruiremos o debate sobre a fundamentalidade formal e material do direito à saúde no Brasil para que, tendo esses conceitos em mãos, realizemos uma análise crítica dos limites e das possibilidades da utilização da ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível como categoria capaz de justificar a legitimidade da intervenção judicial no campo do direito à saúde.

O **CAPÍTULO III** tem como objetivo demonstrar a estreita relação que existe entre o tema do direito à saúde e a justiça distributiva, motivo pelo qual, adotando um sincretismo axiológico, analisaremos o sistema brasileiro de saúde desde os argumentos das principais linhas de filosofia política, na busca de critérios alocativos capazes de tornar menos dramáticas as constantes escolhas trágicas que precisam ser feitas diuturnamente no campo sanitário.

O **CAPÍTULO IV** busca amarrar as duas ideias centrais bosquejadas ao longo do trabalho: o diálogo institucional e o direito à saúde. Buscaremos demonstrar a necessidade de continuarmos lutando pela efetividade da Constituição, mas será enfatizada a inevitabilidade de abraçarmos uma perspectiva multi-institucional que considere que transformações sociais somente são realizadas com a conjugação do esforço conjunto de todos os ramos de soberania popular, sempre fiscalizados pela manifestação do povo soberano. Trabalharemos, ainda, o fenômeno da “sonegação da questão institucional”, e refinaremos o tema propondo a inserção de algumas variáveis institucionais que busquem facilitar a decisão sobre “quem decide sobre o direito à saúde.” Por fim, serão abordadas as perspectivas de utilizar demandas coletivas e individuais para a proteção e promoção do direito à saúde dentro do marco teórico da teoria do diálogo.

A questão da judicialização das demandas sanitárias deve ser encarada neste quadro mais amplo, que reconhece a variedade de agentes que concorrem para a tomada de decisões no sistema de saúde brasileiro e valoriza a participação de cada um para o atingimento do resultado final. Neste processo, composto por centros decisórios fragmentados, cada espaço possui diferente expertise, opera com diferentes racionalidades e

se vincula em graus diferentes às demandas substantivas, deliberativas, legais e científicas. O Ministério da Saúde terá influência decisiva na barganha política pelo aumento global dos recursos destinados ao orçamento federal da saúde e definirá as macrodecisões estratégicas do setor. O gestor local estará mais próximo dos problemas da população e será capaz de adequar as ações de saúde ao perfil epidemiológico do Estado ou do Município, definindo prioridades e fazendo escolhas trágicas em um quadro de escassez. Os integrantes dos órgãos deliberativos de participação popular (Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde) terão importante papel de adequar os serviços prestados ao perfil da demanda, contribuindo decisivamente para a formulação e fiscalização das políticas públicas. Os médicos e enfermeiros estarão na linha de frente do atendimento e precisarão honrar o juramento de Hipócrates e zelar pelo melhor interesse do paciente. Sem abrir mão da sua autonomia funcional, deverão utilizar seus conhecimentos técnicos, respeitando os protocolos clínicos de medicina baseada em evidência e compreenderem-se como peças integrantes de um complexo mosaico de partes interligadas.

Por tudo isso que os agentes do sistema jurídico (Ministério Público, as Defensorias Públicas, os Juízes etc.) deverão ser cautelosos ao interferir nesta complexa engrenagem. Certamente não estarão fora do processo, mas serão parte integrante dele, tendo muito a contribuir quando atuarem em sinergia com o sistema de saúde. Nada obstante, admitir essa relação simbiótica pressupõe uma autocompreensão dos operadores jurídicos de seu papel de co-autores de uma narrativa mais ampla. Nesta narrativa certamente não serão (nem deverão ser) os protagonistas, conquanto pontualmente possam estrear boas cenas.

1. DIÁLOGO INSTITUCIONAL: EM ALGUM LUGAR ENTRE AS TEORIAS DA SUPREMACIA.

O julgamento final de uma Corte é frequentemente último e final por uma geração ou duas.

Alexander Bickel.

1.1. A americanização do Direito no pós-Segunda Guerra: ascensão dos tribunais e das constituições escritas.²⁴

O constitucionalismo liberal se estrutura sob a tensão dialética entre ideais políticos de difícil compatibilização. De um lado a idéia de governo limitado, de contenção do arbítrio, de direitos individuais inatos e anteriores ao pacto civil, de liberdade concebida de forma negativa (ausência de constrictões externas), de autonomia privada e da tolerância para com as minorias, ainda que impopulares. No pólo oposto teríamos o ideal de governo popular, de soberania do povo e da comunidade, do direito de participar da formação da vontade coletiva, da liberdade concebida de forma positiva, de autonomia pública e da pretensão de síntese em torno da vontade das maiorias. Normalmente essa equação é simplificada na contraposição entre constitucionalismo e democracia. Há quem busque concebê-los de forma não contraposta, afirmando que ambos se reforçam reciprocamente: haveria uma co-originalidade entre autonomia pública e privada;²⁵ os direitos individuais reforçariam a democracia e esta seria deles dependente;²⁶ constitucionalismo e democracia seriam fruto de uma mesma virtude política e uma correta interpretação dos mesmos permitiria reconciliá-los.²⁷ Alguns mais céticos não advogariam essa possibilidade de síntese e denunciariam que entre

²⁴ “Em resumo, o recente crescimento do constitucionalismo tem sido o crescimento do constitucionalismo inventado nos Estados Unidos.” (GARDBAUM, Stephen. “The new commonwealth model of constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, v. 49, No. 4, Fall 2001. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=302401> or doi:10.2139/ssrn.302401, p. 3). Barroso usou a expressão em BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse Público*, v. 59, p. 13-56, 2010, artigo no qual defende o processo como positivo. Diferentemente deste último, meu objetivo é meramente descritivo, quando muito tento destacar eventuais vícios que podem advir desse processo de americanização.

²⁵ HABERMAS, Jürgen. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

²⁶ Bobbio, falando do encontro entre liberalismo e democracia, aduz: “... deve-se dizer que se foi formando uma tal interdependência entre um e outro [liberalismo e democracia] que, enquanto no início puderam se formar Estados Liberais que não eram democráticos (a não ser nas declarações de princípio), hoje Estados Liberais não-democráticos não seriam mais concebíveis, nem Estados Democráticos que não fossem liberais. Existem, em suma, boas razões para crer: a) que hoje o método democrático seja necessário para a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, que estão na base do Estado Liberal; b) que a salvaguarda desses direitos seja necessária para o correto funcionamento do método democrático.”

(BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4ª reimpressão. 6ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000, p. 43.). Mostrando o reforço causal empírico entre democracia e direitos individuais vale conferir os números apresentados por SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

²⁷ DWORKIN, Ronald. “Equality, democracy and constitution: we the people in court”. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

constitucionalismo e democracia não haveria apenas um conflito *prima facie*, mas uma ruptura de origem e uma necessária compensação: na medida em que um ideal se reforçasse, o outro se enfraqueceria.²⁸ Felizmente não é necessário tentar solucionar essa rica querela no presente trabalho, nem mesmo oferecer uma proposta de compatibilização. Importa enunciá-la para fins de constatar como essa tensão, que se estabelece em um plano teórico bastante abstrato, repercute no nível mais concreto da institucionalização daqueles ideais políticos.

O ideal de democracia normalmente é incorporado nos parlamentos representativos e o de constitucionalismo nos tribunais. No ambiente parlamentar seria possível a mais abrangente representação dos diversos segmentos sociais que se confrontariam reciprocamente e buscariam um pacto de compromisso possível para fins de estabelecer as políticas públicas necessárias para a consecução das vontades das maiorias. O sufrágio universal seria o grande direito individual, e a capacidade de participar e influenciar nas decisões coletivas geraria o estado de espírito necessário para que, mesmo não tendo suas demandas aprovadas, o indivíduo se sujeitasse à deliberação final. Em uma sociedade marcada pelo pluralismo e pelo desacordo substantivo, o procedimento democrático seria a única forma de dissolvê-los.

Os tribunais, por outro lado, são retratados como espaço de proteção de direitos, de contenção dos excessos de democracia. Além de proteger os próprios limites procedimentais dos regimes democráticos, evitando que aqueles que galgassem os degraus do poder jogassem a escada fora, o tribunais seriam os responsáveis por garantir o núcleo de justiça da constituição e o direito das minorias. A história do constitucionalismo demonstra que a pureza teórica retratada acima nem sempre pode ser verificada nas práticas institucionais de fato. Mas, para fins de simplificação expositiva é possível retratar o primeiro modelo no estilo britânico de supremacia do parlamento e o segundo na tradição americana de *judicial review*, incorporada pela grande maioria do Direito europeu no pós-2ª Guerra.

Dicey foi quem melhor sintetizou a doutrina da *supremacia do parlamento* no final do séc. XIX. Segundo ele, o princípio significava que ninguém além do Parlamento teria o direito de promulgar ou revogar qualquer lei; e, além disso, a ninguém, nem a nenhum corpo, seria

²⁸ Por todos cf. DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1991 e MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999, p. 6: "If these two rough definitions fairly capture what we mean by "democracy" and "constitutionalism," then attempts to fold the two principles into one ideal conception of a political order do indeed appear to be headed for trouble".

reconhecido, pelas leis da Inglaterra, o direito de revogar ou de não aplicar a lei aprovada pelo Parlamento. Analiticamente haveria uma dimensão positiva e uma negativa na doutrina da supremacia parlamentar: o Parlamento poderia criar e revogar qualquer lei (dimensão positiva) e a vontade do Parlamento não poderia ser afastada ou invalidada por outro órgão (dimensão negativa).²⁹

É preciso enfatizar que a organização da comunidade política em torno do modelo de supremacia do parlamento não significa, em absoluto, a rejeição dos ideais constitucionais de proteção de direitos e de limitação de poder. O modelo inglês, que se sedimentou de forma lenta e gradual desde a idade média, tem em sua essência a noção de limitação de poder. A formação do parlamento, como local capaz de refletir o pensamento dos diversos segmentos sociais (aristocracia, segmento popular e Rei) e como espaço de contenção do arbítrio real, foi o maior legado do constitucionalismo inglês. A supremacia do parlamento sempre foi afirmada diante do fato de ser ele composto de forma plural, bem como de seus atos refletirem o resultado do concerto das forças sociais em seu interior.³⁰ Além disso, a cultura inglesa concebia os direitos da *common law*, principalmente aqueles relacionados com a tríade lockeana (liberdade, vida e propriedade), como limites até mesmo ao poder decisório do Parlamento. Isso se dava mesmo na ausência de um corpo legislativo unificado e com status legal hierarquicamente superior aos atos legislativos ordinários.

É possível afirmar que até meados do século passado esse era o modelo dominante no constitucionalismo mundial, principalmente no europeu. A tradição de adotar constituições escritas já vinha desde as revoluções burguesas do séc. XVIII, mas, apesar desta diferença importante do modelo inglês, deve-se notar que estruturalmente as comunidades políticas se organizavam em torno de um sistema de primazia parlamentar. Aliás, duas eram as principais características do constitucionalismo da primeira metade do século XX: o caráter legicêntrico e a supremacia parlamentar.

O traço legicêntrico mais acentuado não era o de matriz rousseauiana, que equiparava a lei à vontade geral e impedia a domesticação da soberania popular em um

²⁹ “The principle, therefore, of parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely that ‘Parliament’ has ‘the right to make or unmake any law whatever; and further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament.” (DICEY, Albert. *Introduction to the study of the law of the Constitution*. 9th ed. London: Macmillan and Co., 1950.)

³⁰ Cf. FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Madrid: Editorial Trotta, 2000 e *Idem. Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

documento constitucional capaz de estabilizar a vida social ao longo do tempo. Esse foi o traço do não-constitucionalismo, da soberania popular ilimitada combatida ao longo de todo o século XIX. A matriz legicêntrica subjacente ao constitucionalismo da primeira metade do sec. XX foi aquela que se iniciou com Syeiès, legitimando a atuação da Assembléia Constituinte em nome do poder soberano da nação, mas que acabou descambiando para o estatualismo formalista quando, após usar a força do povo para romper com o antigo regime, dele se afastou ao limitar o sufrágio e estabilizar a sociedade equiparando a vontade do povo à vontade da burocracia estatal.³¹

Essa fase, muito bem retratada pela ascensão do Direito Público alemão na formulação do *Rechtsstaat*, equivaleu ao Estado de Direito formal. Nele, qualquer ato de força estatal, desde que observado o procedimento legal adequado, tornava-se Direito e a lei surgia como o veículo por excelência de composição das forças sociais. As constituições eram documentos formais que organizavam o Estado, dividiam o poder e, no máximo, declaravam alguns poucos direitos individuais, cuja compatibilização era atividade precípua do legislador. O Judiciário era o árbitro de conflitos de interesses privados e, na melhor tradição de Montesquieu, funcionava como boca fria da lei.

A ascensão ao poder dos partidos de extrema direita na Alemanha e na Itália e a vivência dos horrores da Segunda Guerra certamente foram eventos que determinaram uma mudança decisiva nos rumos da história política e constitucional do séc. XX. As duas características até então dominantes no constitucionalismo foram abandonadas e apostou-se no modelo constitucional norte-americano que desde o início já afirmara a força normativa da constituição e sua superioridade em relação à lei ordinária, bem como a possibilidade de controle judicial dos atos que afrontassem o mencionado paradigma.

Essa americanização do Direito europeu pós-1945 reflete-se com clareza nas Constituições da Alemanha de 1949, da Itália de 1947, da Espanha de 1978 e de Portugal de 1976 e na criação dos respectivos tribunais constitucionais, responsáveis por realizar controle de constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, funcionando como um

³¹ “É a apoteose do estatualismo: a soberania popular se dissolve em soberania estatal, o poder constituinte é diretamente assumido pelos poderes constituídos, o próprio povo é concebido como órgão do Estado que quando vota exerce uma função pública e, enfim, os direitos abandonam a sua condição de ‘reserva do direito natural’ do indivíduo frente ao poder para converterem-se singelamente em direitos definidos pela lei mercê de um processo de autolimitação do Estado”. (SANCHÍS, Luís Pietro. SANCHÍS, Luis Pietro. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 78/79.)

contraponto aos excessos ilegítimos que poderiam advir dos ramos diretamente representativos. Certamente é muito questionável a correção de se expiar a culpa das tragédias da época no arranjo institucional e no modelo constitucional existente. Tudo indica que contra a força bruta o Direito possui diminuta capacidade de resistência.³² De todo modo, o que se verificou desde então foi o abandono dos modelos de constituições procedimentais - que tinham a eficácia de suas normas subordinadas à interposição legislativa futura - e de supremacia parlamentar.

É bem verdade que desde a disseminação das idéias de Kelsen - no primeiro terço do século passado na Europa - e da criação do Tribunal Constitucional austríaco, já havia a tentativa de buscar um contrapeso institucional ao parlamento. Mas é preciso enfatizar que o Tribunal Constitucional kelseniano em muito se diferenciava daqueles que floresceram na segunda metade do século. O Tribunal kelseniano era a corte do legislador negativo, compunha-se de membros políticos, era organicamente separado dos demais Poderes e não tinha como função precípua densificar normas de textura aberta da constituição. Esses traços se alteram substancialmente na fase pós-45. No fim das contas, o que realmente se verifica é que o grande legado do modelo kelseniano é o organizacional. A inspiração para a atuação funcional indubitavelmente advém da matriz americana.

O grande paradigma desse novo modelo fortalece-se na Alemanha e na rica jurisprudência produzida pelo Tribunal Constitucional Federal. Em poucos anos de atuação, sob a égide da Lei Fundamental de Bonn, foi possível perceber a alteração qualitativa da atividade por ele exercida e a ascensão vertiginosa daquela Corte no concerto das forças políticas internas. Tudo isso em um contexto de fortalecimento da “jurisprudência dos valores” que favorecia posturas interpretativas mais ativistas e criativas por parte dos Ministros.³³

A grande diferença desses novos modelos que ascenderam na segunda metade do século XX daquele de matriz americana se relaciona com o tipo de constituições adotadas por

³² Como dito por um famoso juiz norte-americano: “*Liberty lies in the hearts of men and women; when it dies there, no constitution, no law, no court can save it.*” (HAND, Learned. *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*. New York: Knopf, 1952, p. 190.)

³³ Uma boa reconstrução desse contexto teórico e de evolução da jurisprudência dos conceitos até a jurisprudência dos valores pode ser encontrada em LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163-261. Para verificar o tom do discurso teórico da época e a “ressurreição jusnaturalista” vale cf. RADBRUCH, Gustav. “Five minutes of legal philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 13–15 e *Idem*, “Statutory lawlessness and supra-statutory law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 1–11.

cada qual. Em oposição ao estilo americano em que vigora uma carta sintética e com a previsão de uns poucos direitos individuais, os países europeus optaram por constituições substantivas, constituições fundamentos, que não apenas organizavam o Estado, dividiam poderes e declaravam direitos individuais. As constituições passaram a conter uma enorme lista de direitos fundamentais, em cujo centro estaria o princípio da dignidade da pessoa humana, visando-se impedir novamente que seres humanos fossem tratados como meios para a consecução de fins escusos, como os perseguidos na Segunda Guerra. Além disso, se disseminou a adoção de princípios de linguagem aberta e fins públicos que atribuíam ao Estado uma série de deveres positivos relacionados com a promoção da igualdade material. Por fim, vale destacar a inserção de cláusulas de imutabilidade, que impediam que reformas constitucionais afrontassem os valores básicos do pacto político.³⁴ Tudo isso agora em um contexto de reforço da jurisdição constitucional.

Além da diferença do conteúdo do documento constitucional, que deixou de ser uma norma procedimental para converter-se em norma principiológica e materializada, é possível verificar uma abertura da justiça constitucional para os discursos aplicativos de resolução de casos concretos, o que implicou que os tribunais deixassem de ser juízes exclusivamente abstratos e de legalidade, passando a se converter em juízes de constitucionalidade, que diante das normas de textura aberta utilizavam técnicas interpretativas mais fluidas como a ponderação, e em função da força irradiante dos direitos fundamentais passavam a reler o ordenamento infraconstitucional de acordo com os valores mais importantes inscritos no pacto fundamental.³⁵

Essas peculiaridades do modelo Europeu certamente favoreceram a incorporação de várias das virtudes existentes no sistema americano e deram origem a um conjunto de práticas jurisprudenciais e teorias que são afirmadas como o paradigma de um novo direito constitucional, cujas características principais seriam as seguintes: i) a afirmação da força normativa dos princípios; ii) a reabertura do Direito à Moral; iii) a disseminação de um antiformalismo e a adoção de técnicas interpretativas mais fluidas; iv) um processo de

³⁴ “... a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos EUA, onde, desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos da organização do estado e prever alguns poucos direitos individuais, as cartas européias foram, em geral, muito além disso.” (SARMENTO, Daniel. *Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. Op. cit. p. 237/238.)

³⁵ SANCHÍS, Luis Pietro. “Presupostos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 92.

constitucionalização do direito e v) a judicialização das relações políticas, sociais e econômicas.³⁶

Há uma série de críticas que podem ser levantadas contra esse novo modelo. Para fins do presente trabalho é preciso nos concentrarmos em uma específica, qual seja: a de que o pendor judicialista desse novo arranjo seria antidemocrático. Entender a teoria do diálogo pressupõe entender em que medida essa judicialização é tão questionada.

1.2. O caráter antidemocrático dos tribunais: a dificuldade contramajoritária.

Qualquer discussão sobre o caráter antidemocrático do controle judicial de constitucionalidade que se preze deve começar recordando a dificuldade contramajoritária cunhada por Bickel. Não que ele tenha sido o primeiro a denunciá-la. Definitivamente não o foi, e desde os primórdios da história constitucional norte-americana já se encontram manifestações reticentes a respeito da viabilidade de se atribuir a juízes não eleitos a possibilidade de dar a última palavra sobre a compatibilidade dos atos dos demais Poderes com a Constituição.³⁷ Inobstante seu não ineditismo, a formulação de Bickel ficou para a posteridade como a mais famosa e passou a ser uma questão prévia a toda e qualquer discussão sobre direito constitucional, principalmente dentro da tradição norte-americana. Nas palavras de Friedman: se tornou uma verdadeira obsessão acadêmica.³⁸

Se a democracia é o governo da maioria e isso representa um ganho civilizatório em relação aos modelos aristocráticos que prevaleciam até então, como justificar que juízes não eleitos pelo sufrágio universal se sobreponham à vontade manifestada pelos órgãos representativos sujeitos à prestação de contas eleitoral, ou seja, *accountable*? A dificuldade

³⁶ SARMENTO, Daniel. Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 233.

³⁷ Em seus panfletos, o antifederalista *Brutus* expressava grande preocupação em relação ao Judiciário federal, conforme proposto na Constituição submetida à ratificação pelos estados: “*Seria inimaginável permitir que os juízes decidissem sobre o significado da Constituição*”; “*juízes com extraordinária autoridade não poderia ser removidos ou terem seus salários diminuídos*”; “*sob esta Constituição, a Suprema Corte será exaltada sobre todos os outros Poderes e não será sujeita a nenhuma espécie de controle*”. No mesmo sentido Jefferson afirmaria que a Constituição não possuiria interprete mais autorizado do que outro. Sobre o assunto conferir respectivamente FRIEDMAN, Brian. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped de meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009, p. 6 e CHERMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3rd. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 29.

³⁸ FRIEDMAN, Barry. “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five.” *The Yale Law Journal*. Vol. 112, No. 2 (Nov., 2002), pp. 153-259.

para responder esta questão refletiria o fato de que o *judicial review* seria uma força contramajoritária no sistema, uma instituição desviante. Nas palavras de Bickel, “*quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou uma ação do Governo, ela distorce a verdadeira vontade dos representantes do povo naquele momento; ela exerce controle, não em favor daquela maioria, mas contra ela. Por isso se afirma que o controle judicial é antidemocrático.*”³⁹

Muitas construções foram oferecidas no sentido de buscar justificar o escopo da atuação judicial, ainda mais quando levamos em conta que a Constituição americana em momento algum afirma expressamente que compete ao Judiciário realizar o mencionado controle. O próprio Bickel ofereceu sua versão de que as cortes deveriam ter uma função que repousasse em sua habilidade de proteger os valores e princípios duradores da comunidade que estivessem em risco diante do imediatismo do processo político ordinário. O insulamento dos juízes da política eleitoral favoreceria sua função. Muito conhecida também é a formulação de Ely que desenvolveu sua teoria do reforço da representação (*representation-reinforcing*), segundo a qual o controle judicial se legitimaria na medida em que corrigisse os vícios do processo político ordinário, quer seja protegendo os direitos das minorias insulares, quer seja desobstruindo os canais políticos bloqueados. Seria um modelo mais procedimental, que buscaria reforçar questões de participação e não atribuir às cortes a decisão sobre o mérito substantivo das escolhas políticas.⁴⁰ Dentre as justificações mais entusiasmadas da legitimidade do controle judicial está a de Dworkin, para quem caberia ao Judiciário garantir as pré-condições da democracia, o que remeteria à necessidade de realização de uma leitura moral da constituição que teria como axioma fundamental o postulado de igual respeito e consideração.⁴¹ Para tanto a figura contrafática do Juiz Hércules, dotado de infinita sabedoria e de ilimitado tempo para decidir, ocupa um lugar de destaque em sua argumentação.

³⁹ BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 16/17.

⁴⁰ ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980, especialmente cap. 5 e 6.

⁴¹ DWORKIN, Ronald. “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”. In: *Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. Deve-se observar que Dworkin não nega a possibilidade de que juízes cometam erros, nem mesmo sonega o problema de que a democracia constitucional é um sistema proceduralmente incompleto. Nesse sentido afirma ele: “Claro que se assumirmos que a decisão foi errada, nenhuma das vantagens se verificará. Certamente ela debilita a democracia quando um tribunal autorizado decide erroneamente sobre o que é requerido pelas condições da democracia – mas a mesma debilitação ocorre quando parlamentares majoritários cometem decisões constitucionais equivocadas. A possibilidade de erro é simétrica.” (DWORKIN, *Op. Cit.*, p. 33) Mas, apesar disso, defende o controle judicial sob dois argumentos. O primeiro de natureza histórica (nos EUA o controle se sedimentou e se afirmou ao longo dos anos, mesmo sem previsão expressa na Constituição). O segundo argumento é uma verdadeira profissão de fé: “Se a interpretação mais clara da prática constitucional americana mostra que os juízes possuem a competência interpretativa final, e que eles entendem amplamente a Carta de direitos como uma

É muito comum se buscar justificar a legitimidade do controle judicial estendendo a ele os argumentos que justificam o próprio ideal de constitucionalismo, de governo limitado. Ou seja: argumentar-se-ia que o controle judicial é essencial para a proteção de direitos e para evitar que a democracia atentasse contra si mesma, descambando em autoritarismo e violando os direitos das minorias. Essa linha de argumentação deve desde logo ser afastada, ainda mais quando consideramos que mesmo os sistemas que optaram por um modelo de supremacia parlamentar prezavam a proteção de direitos e organizavam-se nos moldes democráticos. Nesse sentido, pertinentes as observações de Dieter Grimm no sentido de que ninguém duvidaria do caráter democrático de nações como o Reino Unido e a Holanda quando não possuíam um sistema de controle de constitucionalidade, o que leva à conclusão de que a jurisdição constitucional não é nem incompatível nem indispensável à democracia, mas é sim uma questão pragmática. Tal escolha requer um juízo de custo-benefício.⁴²

A possibilidade de erro ao interpretar a constituição é simétrica e a história demonstra que, se é verdade que um sistema de supremacia parlamentar é capaz de garantir direitos, um modelo no estilo americano de controle judicial muitas vezes serviu exatamente como instrumento de violação dos mesmos. A experiência norte-americana possui exemplos paradigmáticos. Depois de se manifestar em *Marbury v. Madison*, em 1803, a Suprema Corte só voltou a realizar controle de constitucionalidade no fatídico julgamento *Dred Scott*⁴³, em 1857, quando demonstrou complacência diante da escravidão nos estados do sul, antecipando o advento da Guerra Civil. Em *Plessy v. Ferguson* o mesmo Tribunal confirmou a doutrina do “*equal, but separate*”, convalidando lei que proibia brancos e negros de viajar no mesmo vagão.⁴⁴ Alguns anos mais tarde, por meio de uma interpretação absolutista das liberdades econômicas, voltaria a se destacar novamente no contexto político americano por declarar a inconstitucionalidade de uma série de leis destinadas a conferir proteção social às classes economicamente mais frágeis.⁴⁵ Foi a fase conhecida como *Era Lochner*, que somente teve

constituição de princípios – se isso explica melhor as decisões que os juízes de fato tomam e que o público aceita de forma ampla – não temos razão para resistir essa interpretação e esforçar-nos em direção a uma que apareça mais propícia à premissa majoritária.” (DWORKIN, Op. Cit., p. 35.)

⁴² GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, *Revista de Direito do Estado* 4:3, 2006, p. 6.

⁴³ *Scott v. Sandford*, 60 U.S., 393 (1857)

⁴⁴ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

⁴⁵ Em *Lochner v. New York*, 198 US 45, 57 (1905) julgou inconstitucional a lei estadual que pretendia limitar a jornadas de trabalho dos padeiros; em *Coppage v. Kansas*, 236 US 1 (1915) reconheceu o direito do empregador de demitir o empregado que se filiasse aos sindicatos; em *Adkins v. Children’s Hospital* 261 US 525 (1923) a Suprema Corte invalidou lei que estabelecia salário mínimo para as mulheres. Em todos os casos o argumento era o mesmo: nem mesmo as vontades das maiorias podem limitar a liberdades dos indivíduos, dentre elas a liberdade econômica de contratar.

seu ocaso em 1937⁴⁶ após as fortes reações anunciadas pelo então presidente Franklin Roosevelt. Sua ameaça de “empacotar a corte”, por meio da aposentadoria dos juízes relutantes e da ampliação de sua composição com integrantes a ele partidários, foi suficiente para reverter a linha jurisprudencial prevalecente.

No campo da ciência política há manifestações recentes que denunciam o processo de judicialização como estratégia conservadora de manutenção do poder nas mãos das elites dominantes, perspectiva muito diferente daquela constante nos manuais de direito constitucional. Hirschl, analisando os processos de constitucionalização e judicialização experimentados no Canadá, na Inglaterra, na Nova Zelândia e na África do Sul, defendeu a teoria da *preservação hegemônica* de acordo com a qual no momento em que se vivenciou um processo de universalização do sufrágio e as elites políticas e econômicas passaram a perder espaço nos fóruns representativos, optaram elas conscientemente por transferir poder decisório para os Tribunais como forma de garantir nesses redutos zonas de bloqueio das transformações políticas que afrontassem seus interesses imediatos na esfera majoritária.⁴⁷ Tom Ginsburg defendeu a *teoria do seguro* analisando as Cortes Constitucionais asiáticas. Segundo ele, a constitucionalização dos direitos e a judicialização das relações políticas e sociais seria uma forma para que os agentes envolvidos no processo constituinte se assegurassem contra eventuais perdas de poder na fase posterior à aprovação da constituição. Como não saberiam a posição que ocupariam no futuro regime instituído, as forças dominantes da sociedade optariam por minimizar os riscos de perdas e utilizar o Judiciário como instrumento de desaceleração da velocidade das alterações incitadas pelos órgãos majoritários.⁴⁸

Essas denúncias do possível viés conservador da judicialização e as lições históricas e empíricas da possibilidade simétrica de erros - quer seja por parte do Judiciário ou por parte

⁴⁶ *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379, 399 (1937).

⁴⁷ “The most plausible explanation for voluntary, self-imposed judicial empowerment is therefore that political, economic and legal power-holders who either initiate or refrain from blocking such reforms estimate that it serves their interest to abide by the limits imposed by increased judicial intervention in the political sphere. In other words, those who are eager to pay the price of judicial empowerment must assume that their position (absolute or relative) would be improved under juristocracy.” (HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 11).

⁴⁸ “I call this the insurance model of judicial review. By serving as an alternative forum in which to challenge government action, judicial review provides a form of insurance to prospective electoral losers during the constitutional bargain. Just as the presence of insurance markets lowers the risks of contracting, and therefore allows contracts to be concluded that otherwise would be too risky, so the possibility of judicial review lowers the risks of constitution making to those drafters who believe they may not win power. Judicial review thus helps to conclude constitutional bargains that might otherwise fail.” (GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies. Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 25)

do Legislativo - conduz a uma defesa contingente do controle judicial, na medida em que atinja as respostas substantivas corretas. Essa defesa contingente é claramente perceptível dentre os integrantes da linha teórica identificada nos EUA como “constitucionalismo popular”. Antes defensores do *judicial review* no contexto de decisões progressistas - como aquelas proferidas sob a égide da Corte de Warren em *Lawrence*, *Roe* e *Brown* -, alguns autores passaram a se opor veementemente à legitimidade da atuação da Suprema Corte com o estabelecimento de uma linha de julgados conservadores, após a recomposição da mesma pelos Governos Republicanos.⁴⁹ Nesse contexto, voltaram a repercutir com força algumas críticas como aquelas que afirmam que a ênfase excessiva no espaço judicial pode levar ao esquecimento de outras arenas importantes para a concretização da constituição e a realização de direitos, gerando um resfriamento da mobilização cívica dos cidadãos e o obscurecimento do papel central de outras instâncias na definição da constituição (como o Legislativo, o Executivo e a própria esfera pública informal). Ou ainda críticas que aduzem ser esse modelo judicialista conducente a um governo aristocrático à moda platônica, que convida os tribunais a assumir uma postura paternalista diante de uma sociedade infantilizada.

A crítica mais interessante nessa linha de refutação total da legitimidade da revisão judicial é encontrada não por acaso em um herdeiro da melhor tradição de supremacia parlamentar nos moldes britânicos. Jeremy Waldron desenvolve uma empreitada teórica que vai muito além da discussão sobre a dificuldade contramajoritária e a legitimidade judicial para o controle de constitucionalidade. Ele escreve não só contra a revisão judicial, mas contra o próprio constitucionalismo concebido à moda norte-americana de constituição rígida e escrita.⁵⁰ No final das contas, assim como aqueles que pecaram por confiar demais no Judiciário, retratando os Juízes por meio de uma descrição edulcorada, concordamos com a leitura que acredita que Waldron cometeu o mesmo equívoco com sinal trocado em direção ao legislador. Além disso, sua teoria parece pecar por uma contradição interna insuperável: se sua supervalorização do desacordo sobre questões substantivas nas sociedades desencantadas da modernidade fosse levada ao extremo, nem mesmo seria possível qualquer acordo sobre

⁴⁹ Nessa linha TUSHNET, Mark. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, 1999 e KRAMER, Larry. D. *The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 1994. O primeiro chegou a advogar a necessidade de uma emenda constitucional que expressamente retirasse da Suprema Corte a atribuição de realizar controle de constitucionalidade.

⁵⁰ É possível encontrar em diversas passagens argumentos no sentido de que uma carta de direitos fundamentais escrita empobreceria o discurso político na proteção dos direitos, ou que os mecanismos de pré-comprometimento - como as cláusulas pétreas - feririam o ideal de soberania popular. Cf. WALDRON, Jeremy. “Disagreement and precommitment” In: *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 255 ss.

qual o procedimento democrático viável para dissolvê-los. Mas não é preciso concordar com Waldron para louvar os méritos de suas observações.⁵¹

No coração do pensamento de Waldron está o desacordo: “*Há muitos de nós, e discordamos sobre a justiça*”. Com essa frase o jurista neozelandês inicia seu livro “Direito e desacordo”. Ele não busca construir uma teoria da justiça capaz de oferecer uma compatibilização substantiva possível desses desacordos. Sua pauta teórica é diferente. Busca analisar como é exercida a autoridade, mesmo diante do desacordo reinante. Isso seria o foco de uma teoria da autoridade ou da democracia. Tudo isso fica mais claro quando Waldron exemplifica o desacordo diante de casos difíceis como aborto, casamento gay, ações afirmativas e questões distributivas. A grande observação de Waldron é que nesses casos, mesmo permanecendo o desacordo, o que se verifica em um sistema de controle judicial é a superação da vontade manifestada nos ramos majoritários pela vontade da corte. Dessa forma, a associação entre o pluralismo social, as dificuldades de interpretação de cláusulas de textura aberta e a existências de casos difíceis refletiria que no fim das contas um sistema de controle judicial seria indesejável como mecanismo democrático de dissolução de desacordos. Continuar-se-ia a decidir pela contagem de cabeças, mas agora pelas dos integrantes de um tribunal e não pelas do povo.⁵² E, ainda assim, o desacordo permaneceria, com o vício de não respeitar mais a igualdade (que se manifesta no direito individual de participar da vida política) e ferir as demandas por legitimidade democrática.⁵³

Jogar luzes sobre essa possibilidade simétrica de erros na interpretação da constituição, sobre a dificuldade contramajoritária, sobre o desacordo substantivo, sobre as vacilações históricas dos tribunais e dos ramos representativos na proteção dos direitos, tudo isso é importante para que não pequemos pela ingenuidade no momento de desenvolver desenhos institucionais ou teorias que busquem justificar a margem de atuação de

⁵¹ Waldron tenta defender-se das críticas que recebeu nos últimos anos e apresentar as questões essenciais contra o controle judicial, sem a necessidade de uma defesa contingente do mesmo, em um artigo mais recente. Cf. WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

⁵² “*Leitores rapidamente discernirão minha oposição estilo americano de controle de judicial review. Quando cidadãos ou seus representantes discordam sobre quais direitos ou sobre o que estes direitos impõem, parece quase um insulto dizer que isso não é algo que se lhes permite resolver por meio de procedimento majoritário, mas que deve ser atribuído para determinação final a um pequeno grupo de juízes. É particularmente insultante quando descobrem que juízes discordam entre si exatamente pelas mesmas linhas que cidadãos e representantes, e que juízes tomam suas decisões, também, por votação majoritária. Cidadãos podem sentir que, se desacordos nesses assuntos devem ser resolvidos pela contagem de cabeças, então são as suas cabeças ou de seus representantes que deveriam ser contadas.*” (WALDRON. *Law and disagreement*, *Op. cit.* p. 12.)

⁵³ Frisa-se que isso não significa adotar um relativismo em relação à possibilidade de que haja respostas corretas para as mencionadas questões sob as quais reina o desacordo. A objetividade dos juízos morais não resiste à possibilidade de erro. Cf. WALDRON. “The irrelevance of moral objective.” In. *Law and disagreement*, *Op. cit.* p. 188 ss.

determinado ramo de soberania popular. Não devemos apostar cegamente no Judiciário e justificar seu ativismo desde uma visão extremamente crítica do processo político, nem acreditar em demasia no Legislativo e no Executivo e defender uma autocontenção irrestrita do Judiciário a partir da visão romantizada da atividade parlamentar. É preciso que consideremos as diferentes capacidades institucionais do intérprete e a necessidade de que cada qual contribua desde sua diferente posição no processo decisório.⁵⁴ Essa será uma premissa teórica essencial não só para a exposição da teoria do diálogo nos tópicos seguintes, mas também para justificar, nos capítulos futuros, uma atuação judicial mais deferente para com as decisões dos integrantes do sistema de saúde, ainda mais quando estiver em jogo questões técnicas complexas. Por enquanto, deixemos em suspensão a discussão.

De tudo o que foi dito pode restar uma sensação de que os eventos históricos mais recentes tendem a contradizer a força dos argumentos desenvolvidos. Como narramos no tópico anterior, vivemos desde a segunda metade do século passado um intenso processo de constitucionalização e judicialização das relações sociais e políticas em escala global.⁵⁵ A França, um dos últimos redutos da não incorporação de um controle repressivo de constitucionalidade, abandonou seu modelo de controle puramente preventivo, por meio da reforma constitucional de 2008, atribuindo ao Conselho Constitucional competência para realizar juízo repressivo⁵⁶. Além disso, a notícia de que nos últimos anos países com uma longa tradição de *common law* – como a Inglaterra, o Canadá, a Nova Zelândia – passaram a adotar declarações de direitos fundamentais garantidas por alguma forma de controle judicial suscita a indagação se seria este o apogeu desse novo modelo pós-2ª Guerra. Estariam proscritos definitivamente os sistemas de supremacia parlamentar nos moldes da democracia de Westminster?

O próximo tópico busca analisar mais de perto essas experiências constitucionais de tradição britânica, apontando nelas as manifestações empíricas mais interessantes de alternativas que buscam explorar o melhor dos modelos de supremacia judicial e parlamentar,

⁵⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institution”, *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003.

⁵⁵ A bibliografia sobre o tema é extremamente extensa, valendo conferir as seguintes citações TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Ed) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1992; SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002; SWEET, Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000; GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies. Constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

⁵⁶ Foi adicionado ao texto de 1958 o art. 61-1 que autoriza o Conselho Constitucional a declarar a inconstitucionalidade de norma (publicada, vigente, aplicada) que “*atente contra os direitos e liberdades que a Constituição garante*”. A matéria foi disciplinada pela Lei Orgânica nº 2009-1523, de 10 de dezembro de 2009.

oferecendo uma terceira via para aqueles que não se contentam nem com um sistema de supremacia parlamentar (na tradição original da Inglaterra), nem com um modelo de supremacia judicial (inspirado no modelo norte-americano). O diálogo surge da negação das supremacias.

1.3. Os modelos dialógicos: um estudo da experiência neozelandesa e britânica, com especial atenção para o caso canadense.

A impressão que reina é a de que a rejeição do modelo de supremacia parlamentar conduziu o constitucionalismo contemporâneo a um extremo oposto de supremacia judicial no qual, diante de questões controversas, prevaleceria a última palavra dos tribunais sobre os julgamentos (ainda que razoáveis) realizados pelos ramos representativos. Por óbvio isso causa toda a gama de objeções descritas no tópico anterior, mas, tanto no Brasil⁵⁷ como fora dele⁵⁸, parece que a maioria esmagadora enxerga o fenômeno de forma bastante positiva. Entre os dois modelos não haveria um meio termo, e a dificuldade contramajoritária enfrentar-se-ia por meio de um apelo temporizador à necessidade de alguma deferência para com as decisões dos ramos representativos.

Há, contudo, um conjunto de práticas que vêm se desenvolvendo nos últimos anos do século XX que apresentam uma intrigante alternativa às duas matrizes clássicas, uma alternativa que rejeita o axioma central da incompatibilidade entre a supremacia legislativa e a efetiva proteção dos direitos fundamentais. Entre 1982 e 1998 o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido adotaram cartas de direitos fundamentais e, de forma consciente, se afastaram do modelo norte-americano prevalecente no pós-2ª Guerra. Buscaram reconciliar e equilibrar exigências rivais e criar um meio termo entre os pólos opostos de supremacia judicial e

⁵⁷ “É certo, contudo, que países de democratização tardia ou de redemocratização recente precisam do modelo que foi celebrado e exportado, a despeito de suas idealizações. Nesses países, como regra, o processo político majoritário não consegue satisfazer plenamente as demandas por legitimidade democrática, em razão de distorções históricas na distribuição de poder e de riquezas. Nesse cenário, melhor do que a vocação autoritária do Executivo ou a baixa representatividade do Legislativo é a atuação equilibrada e independente dos tribunais constitucionais. Na medida em que consigam escapar da captura pela política ordinária, cabe a eles o papel de guardadores da estabilidade institucional e dos avanços sociais possíveis.” (BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse Público*, v. 59, 2010, p. 56.)

⁵⁸ Na Alemanha, após julgamentos controvertidos como aquele que determinou a retirada das salas de aula de crucifixos [93 BVerfGE I (1995)], a discussão sobre a legitimidade do controle judicial vem ganhando força, tanto é que Donald Kommers noticia que a decisão manchou a reputação do Tribunal aos olhos dos alemães e levantou questões sobre a legitimidade o controle judicial. (KOMMERS, Donald. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997, p. xiv.)

parlamentar. Criou-se um terceiro modelo de constitucionalismo que deliberadamente rejeitou a opção americana por considerá-la excessivamente judicialista. Foi feita uma tentativa de se criar equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo entre tribunais e parlamentos na proteção e efetivação de direitos fundamentais, tudo isso sem se apostar no modelo de supremacia judicial, já que ao legislador caberia a última palavra sobre as decisões mais importantes da comunidade política.⁵⁹

Esse terceiro modelo - que vem sendo denominado de “modelos de controle judicial fraco”⁶⁰, “modelo de constitucionalismo da *Commonwealth*”⁶¹, “modelo de carta de direitos parlamentar”⁶² ou ainda de “modelo dialógico” – tem em sua essência as seguintes características: i) recusa a visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual deve ser exercida também por outros poderes; ii) rejeita a existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) provê mecanismos institucionais para que pessoas e instituições respondam às decisões dos tribunais com as quais não concordam por outros meios que não apenas a emenda constitucional ou a recomposição da corte; iv) prevêem alguma forma de controle político da possível violação de direitos (e não revisão judicial); v) autoriza o controle de constitucionalidade, com a opção do desacordo político; vi) nutre a esperança de que por meio de alguns incentivos institucionais os parlamentos possam levar a sério os direitos.

O modelo adotado por cada país possui peculiaridades diferenciadoras que, em maior ou menor medida, remetem às características acima mencionadas. Ademais, é possível perceber que por se tratarem de fenômenos relativamente recentes, nem mesmo no interior da doutrina nativa há consenso sobre os efetivos potenciais do novo modelo institucional. O interessante é perceber que a disseminação da metáfora do diálogo traz para o bojo da discussão uma imagem fecunda na política que conclama à igualdade, à horizontalidade e ao respeito mútuo entre os agentes envolvidos nas tomadas de decisões coletivas, abrindo, desta

⁵⁹ “Além de significativo por oferecer novas opções institucionais, o novo modelo sugere soluções para um grande número de problemas práticos e teóricos que há muito tempo geram a demonização do modelo americano. Criando responsabilidade conjunta e genuíno diálogo entre tribunais e parlamentos, em relação aos direitos fundamentais, o modelo promete reinserir importantes questões no debate popular e legislativo e oferecer uma solução radicalmente direta para a dificuldade contramajoritária”. (GARDBAUM, Stephen. “The new commonwealth model of constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, v. 49, No. 4, Fall 2001. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=302401> or doi:10.2139/ssrn.302401, p. 5).

⁶⁰ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

⁶¹ GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*

⁶² HIEBERT, Janet L., Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? *Modern Law Review*, Vol. 69, No. 1, pp. 7-28, January 2006.

forma, possibilidades de que a separação dos poderes seja entendida, para além de sua função clássica de contenção recíproca, como instrumento de cooperação entre instituições que dialogam entre si na busca de melhores respostas que compatibilizem os direitos individuais com as finalidades coletivas perseguidas pelas maiorias (por meio das políticas públicas). Desse núcleo teórico comum há um conjunto de práticas institucionais e teóricas que vêm sendo desenvolvidas nos últimos anos. No presente tópico nos interessa analisar as manifestações concretas desses novos modelos, com especial atenção para o caso canadense, para, posteriormente, avaliar os desdobramentos teóricos que vêm a reboque.

O primeiro caso digno de nota é o da *Nova Zelândia*, que em 1990 adotou sua Declaração de Direitos (*New Zealand Bill of Rights Act*, doravante NZBORA). A mencionada declaração teve origem em uma proposta governamental de ampla constitucionalização de um conjunto de direitos fundamentais que recebeu esmagadora oposição política perante os defensores da tradicional concepção nacional de democracia e supremacia parlamentar. Diante disso optou-se por um modelo intermediário que possui as seguintes peculiaridades. Formalmente trata-se de uma lei ordinária sem hierarquia diferenciada e passível de revogação pelas maiorias políticas de ocasião. Quanto ao conteúdo, assemelha-se bastante às declarações de direitos civis e políticos de primeira dimensão. Na essência do modelo existe a noção de que é apropriado que o legislador tenha a palavra final acerca de qual deve ser a lei da comunidade política, mas desde que exista o desenvolvimento de mecanismos capazes de assegurar um processo decisório no qual direitos são levados a sério.⁶³

Na seção 4 o NZBORA expressamente previne que os tribunais invalidem leis aprovadas por considerá-las incompatíveis com os direitos contidos na Carta: “*Nenhum tribunal poderá considerar leis promulgadas antes ou após a vigência dessa declaração de direitos: (a) implicitamente repelidas ou revogadas, ou ainda invalidas ou ineficazes; (b) se recusar a aplicar qualquer disposição promulgada sob o argumento de inconsistência com a declaração de direitos.*”⁶⁴ A peculiar competência concedida ao Judiciário se resume a interpretar, sempre que possível, todas as leis de acordo com os direitos contidos no NZBORA. Nesse sentido dispõe a seção 6: “*sempre que a uma lei seja possível atribuir um*

⁶³ GARDBAUM, Stephen. “The new commonwealth model of constitutionalism”, *Op. cit.*, p. 33.

⁶⁴ “*No court shall, in relation to any enactment (whether passed or made before or after the commencement of this Bill of Rights), (a) hold any provision of the enactment to be impliedly repealed or revoked, or to be in any way invalid or ineffective; or (b) decline to apply any provisions of this enactment by reason only that the provision is inconsistent with any provision of this Bill of Rights*”

*sentido consistente com os direitos e liberdades contidos na declaração, ele deverá ter preferência sobre os outros possíveis sentidos”.*⁶⁵ Diante de tais peculiaridades costuma-se falar que o modelo neozelandês traz um mandato interpretativo.⁶⁶

A aparente contradição entre a seção 4 e 6 é patente. A primeira reforça o princípio da supremacia parlamentar na medida em que impede que seus atos sejam revogados por decisão judicial, quer sejam eles anteriores ou posteriores ao NZBORA. Já a segunda atribui ao Judiciário a importante missão de proteger direitos fundamentais por meio do controle do sentido das leis, relegando ao parlamento o ônus político de aprovar medidas flagrantemente contrárias aos direitos declarados. Verifica-se, desta forma, que diferentemente do modelo americano de controle forte com eficácia anulatória, o sistema neozelandês proíbe expressamente que as cortes invalidem os atos do parlamento (protegendo de forma bastante acentuada uma versão de supremacia parlamentar), permitindo que os legisladores arquem com os custos políticos de aprovarem leis que violem os direitos previstos no NZBORA. Mas, além disso, transfere importantes poderes para os tribunais na proteção dos direitos, na medida em que os permite interpretar os demais atos legislativos, sempre que possível, de acordo com os direitos fundamentais declarados. Essa faculdade pode gerar inúmeros casos de desacordo entre os tribunais e os parlamentares, uma vez que a interpretação da legislação, na maior medida do possível, de acordo com os direitos fundamentais previstos no NZBORA pressupõe uma prévia interpretação dos próprios preceitos substantivos elencados nesse último. Nesse caso, mesmo sem anular ou invalidar lei, os tribunais poderiam distorcer a vontade do Legislativo, promovendo controle por vias transversas e obrigando o legislador a aprovar nova lei revertendo a decisão, o que estaria muito além das expectativas normativas dos defensores de um modelo de controle judicial mais fraco. Certamente a disseminação deste tipo de prática significaria normativamente a atribuição aos tribunais de uma função muito mais ampla do que aquela que se imaginou em um primeiro momento, qual seja, a de destacar possíveis violações de direitos e remeter a discussão sobre a compatibilização deles novamente para o espaço público e para os legisladores.⁶⁷

⁶⁵ “*Whether an enactment can be given a meaning that is consistent with the rights and freedoms contained in the Bill of Rights, that meaning shall be preferred to any other meaning*”

⁶⁶ Além de Gardbaum, cf também TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. *Op.cit.* p. 25.

⁶⁷ Nesse sentido TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. *Op.cit.* p. 26/27.

Na prática neozelandesa o que se observa é que os tribunais têm se demonstrado entusiastas protetores dos direitos fundamentais. Em alguns julgados já se firmou entendimento de que o NZBORA deveria ser interpretado de forma ampla e criativa e não simplesmente técnica e estritamente; assim como que o status ordinário dos direitos não afetaria sua importância e significado. Nesse sentido, o NZBORA e os tribunais têm contribuído para a disseminação de uma cultura de direitos denunciando, por exemplo, abusos cometidos pela legislação que regula o procedimento criminal.⁶⁸ Tal postura, contudo, não tem sido suficiente para inserir definitivamente nos ramos majoritários uma efetiva cultura de respeito aos direitos.⁶⁹

O caso do *Reino Unido* se dá em circunstâncias políticas bastante peculiares. A Carta de Direitos Humanos (*Human Rights Act*, doravante HRA), de 1998, praticamente incorporou a Convenção Europeia de Direitos Humanos no âmbito do direito interno do Reino Unido, permitindo que os juízes britânicos apenas antecipassem as decisões que futuramente seriam tomadas pela Corte europeia de Strasburgo. Nas palavras de Tushnet, o HRA simplesmente tornou a maioria dos direitos previstos na Convenção Europeia – e, desta forma, exigíveis de acordo com as leis internacionais - demandáveis diante das regras legais domésticas. Ao invés de perder nas Cortes britânicas e depois ganhar em Strasburgo, agora o demandante pode vencer nas Cortes britânicas.⁷⁰ A novidade se verifica na forma como a Convenção Europeia foi incorporada, respeitando-se na maior extensão possível os parâmetros da supremacia parlamentar, o que repercute tanto no status legal dos direitos declarados (o HRA é norma de status ordinário), quanto nos mecanismos adotados para a sua proteção (declaração de incompatibilidade).

O HRA já em sua seção 1 estabelece que os direitos e liberdades contidos na Convenção Europeia integrariam o conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos na

⁶⁸ GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*, p. 31/32.

⁶⁹ “Apesar disso, não é claro em que medida essa base de direitos utilizada como medida para a avaliação de políticas públicas penetrou na cultura política ou influenciou o comportamento político após a introdução da legislação. O Advogado Geral frequentemente conclui que as leis propostas pelo governo violam direitos de forma inconsistente com uma sociedade livre e democrática (até agora há notícia de 18 manifestações em relação às propostas do governo, e 35 no total). Mas nem a possibilidade de tais manifestações, nem a sua ausência, parecem desincentivar seriamente os ministros a proporem os mencionados atos. Ademais, os parlamentares frequentemente discordam das conclusões do Advogado Geral, ou simplesmente ignoram-nas. Essa percepção de que a interpretação do Bill of Rights tem gerado efeitos limitados na cultura política é reforçada pelo recente comentário do Primeiro Ministro Sir Geoffrey Palmer, em 2004, que a Declaração de Direitos não introduziu uma cultura de direitos no Parlamento.” (HIEBERT, Janet L., *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, *Op. cit.* p. 26.)

⁷⁰ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. *Op.cit.* p. 29.

ordem interna (chamados de direitos convencionais). Na seção 3 foi estipulado que todos os tribunais deveriam interpretar e dar efeito à legislação de forma que ela fosse compatível com os direitos e liberdade reconhecidos, “na maior medida do possível”. Sob os mandamentos da seção 4, caso uma das especificadas cortes superiores entender ser impossível proceder àquele juízo de compatibilização e considerar a legislação incompatível com os direitos da Convenção, deveria ela emitir *declaração formal de incompatibilidade*. Entretanto, destaca-se que de acordo com a seção 4 (6), inobstante a mencionada declaração, nenhum tribunal teria o poder de ignorar ou não aplicar a legislação declarada incompatível, que continuaria a ter completo efeito e validade. A declaração não cria dever legal nem para que o Parlamento nem para que o Governo se manifeste. Apenas confere a um dos Ministros uma relevante faculdade de iniciar um procedimento sumário que permita alterar a legislação considerada incompatível, com posterior referendo das duas casas do Parlamento.

Seguindo nomenclatura cunhada por Tushnet, o HRA trouxe um *mandato interpretativo e argumentativo*. Isso porque impôs que os Tribunais ingleses interpretassem atos legais de acordo com os direitos fundamentais, conferindo-lhes o poder de emitir uma “*declaração de incompatibilidade*”, ou seja, caso não fosse viável interpretar determinado ato legislativo em consonância com os direitos fundamentais, poderia ele ser declarado incompatível com a Carta de Direitos. A peculiaridade é que a legislação permaneceria vigendo, sendo perfeitamente aplicável em qualquer processo judicial em curso. A lei declarada incompatível com a Carta de Direitos somente seria extirpada do mundo jurídico quando o Parlamento decidisse alterá-la, eliminando a referida incompatibilidade. Vale destacar duas peculiaridades procedimentais relativas a esse jogo interativo entre Cortes, Legislativo e Executivo: i) A Carta de Direitos confere ao Ministro encarregado da legislação a prerrogativa de iniciar um procedimento sumário de alteração, que diminui significativamente os custos e a demora do procedimento ordinário; ii) O Ministro que achar que a alteração se faz urgente, poderá levá-la a cabo por meio de ordem ministerial sujeita a subsequente ratificação parlamentar. Dentre algumas particularidades que mereceriam ser destacadas aqui, vale frisar que há uma forte tendência de que as declarações de incompatibilidade sejam respeitadas pelo Parlamento, uma vez que as omissões caprichosas destes seriam facilmente revertidas no âmbito da Corte Européia de Direitos Humanos.

Em relação à explícita tentativa de se impedir que a decisão judicial se sobrepusesse aquela tomada pelos parlamentos, devem-se fazer algumas considerações. A primeira é esclarecer que o que de fato ocorre é uma divisão de funções no processo de controle: às cortes é atribuída a competência para determinar se existe um conflito entre a legislação aprovada e os direitos da convenção, ao passo que ao parlamento é conferida a faculdade definitiva de decidir sobre o seu futuro (revogação, alteração ou manutenção). Em segundo lugar, vale mencionar que as cortes britânicas possuem inegável poder para realizar controle judicial no contexto da legislação da União Européia. Tal prática vem sendo considerada compatível com o princípio da supremacia parlamentar uma vez que o Parlamento permanece livre para expressamente emendar o *European Communities Act*, de 1973, que tornam as leis comunitárias parte do direito interno britânico. Mas, fora desses casos, a mera possibilidade de questionar um ato do Parlamento (ainda que por meio de uma interpretação conforme dos direitos da convenção ou pela declaração de incompatibilidade) representa uma experiência totalmente nova no Reino Unido e de alguma forma reflete concessões por parte da doutrina da supremacia parlamentar, ainda mais quando se leva em conta que há uma tendência muito grande de que o normal resultado de uma declaração de incompatibilidade seja a emenda ou revogação do ato. Por último cabe destacar que há uma séria preocupação de que uma extremada deferência para com as decisões dos tribunais, aliada à adoção pelo mesmo de técnicas interpretativas muito fluidas e criativas (capazes de distorcer a vontade original do parlamento), possa permitir que a pretexto de interpretar leis de acordo com a convenção os tribunais recriem do zero os preceitos legais, sobrepondo seus juízos de razoabilidade àqueles manifestados pelo parlamento.⁷¹

Notícias recentes denunciam que apesar do objetivo precípua do HRA ter sido o de fortalecer uma cultura de direitos humanos na política britânica, tal desiderato não tem se concretizado a contento. Há estudos empíricos que relatam que não foram desempenhadas tentativas sérias sob a égide do HRA, do governo ou do setor privado, no sentido de se criar

⁷¹ As três observações são feitas por GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*, p. 40/43. A possibilidade de um ativismo pela via interpretativa também é denunciada por ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 64/65: “Entretanto, há razões para acreditar que a resposta judicial mais comum no Reino Unido não será a declaração de incompatibilidade, que instaura um diálogo amplamente transparente, mas sim a simples interpretação da legislação de forma consistente com os direitos da Convenção. As Cortes essencialmente irão consertar a legislação de tal forma que, segundo a interpretação de seus integrantes, ela se compatibilize com os direitos relevantes... Os tribunais do Reino Unido podem frustrar o diálogo com o Parlamento se distorcerem a intenção legislativa a pretexto de interpretar as leis de forma a obedecerem à Convenção... A ausência de uma cláusula geral de limitação de direitos e a disseminação de interpretações distorcidas para fazer a legislação compatível com a Convenção pode inconscientemente conspirar no sentido de atribuir às cortes a última palavra. Seria irônico, dado o desejo do Governo de preservar a supremacia parlamentar e evitar o estilo canadense de entrenchamento de direitos.”

uma cultura de direitos humanos capaz de conduzir a mudanças significativas na prestação de serviços públicos. Essa tendência é reforçada com o registro das legislações antiterroristas aprovadas na Inglaterra, logo após os atentados de 11 de setembro de 2001, que sugerem a falta de disposição do Governo de se subordinar a quaisquer exigências de respeito à direitos ou restrições impostas pelo Judiciário em atenção à Convenção Européia de Direito Humanos.⁷²

Dos três modelos analisados o que merece maior atenção é o *caso canadense*, não só por ser a matriz da experiência britânica e neozelandesa, mas também por ser o mais antigo, e, conseqüentemente, o mais decantado na teoria e na prática. Desde o *British North America Act*, de 1867, vigorou com toda intensidade o princípio da supremacia parlamentar desde uma perspectiva de poderes ilimitados aliada a uma cultura de pouco respeito aos direitos fundamentais. Em um modelo federal, que distribuía verticalmente o poder entre a esfera federal e as províncias, a única questão constitucional era qual jurisdição deveria ter o poder de cometer eventual injustiça, não se ela era proibida ou não de fazê-lo. A situação se altera com a aprovação, em 1960, da Declaração de Direito do Canadá (*Canadian Bill of Rights*, doravante CBOR), cujo conteúdo estatuiu que toda lei deveria ser elaborada e aplicada de forma a não ab-rogar, limitar ou infringir qualquer dos direitos e liberdades reconhecidos e declarados. A peculiaridade é que o mesmo diploma legal estabelecia que, não obstante ferir alguns dos direitos previstos na Declaração, a lei aprovada poderia ter sua validade confirmada por manifestação expressa do Parlamento do Canadá.⁷³ Dentre algumas peculiaridades do CBOR deve-se destacar que se tratava de norma de status hierárquico ordinário e que em seu conteúdo não havia previsão expressa dos poderes atribuídos aos tribunais (se competentes para invalidar ou não atos do parlamento incompatíveis com os direitos declarados no CBOR).

Comprovando as dúvidas que existiam em relação à margem de atuação atribuída ao Judiciário, vale destacar que em apenas uma situação, por apertada maioria, a Suprema Corte canadense reconheceu o poder de declarar a inaplicabilidade de lei incompatível com o

⁷² HIEBERT, Janet L. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, Op. cit. p. 22.

⁷³ A alínea “c” da seção 2 do CBOR dispunha no seguinte sentido: “Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the Canadian Bill of Rights, be so constructed and applied as not to abrogate, abridge or infringe... any of the rights and freedoms herein recognized and declared”

CBOR.⁷⁴ Fora isso o que se verificou foi uma timidez extremada do Judiciário, que interpretou o CBOR através das lentes de uma tradição de supremacia parlamentar pouco preocupada com a efetividade da proteção de direitos.⁷⁵

A *Carta de Direitos e Liberdades (Charter of Rights and Freedoms*, doravante CORF), instituída em 1982, representa um divisor de águas na história canadense e marca uma inegável aproximação com o modelo norte-americano. Inicialmente se estabeleceu uma lista relativamente extensa de direitos fundamentais. Na seção 2 e nas seções 6 a 15 tutelaram-se liberdades fundamentais como a de locomoção, a religiosa, a de pensamento, crença, opinião e expressão, o direito à vida, à liberdade e à segurança e, por fim, os direitos de igualdade. Aliado a isso, frisa-se que a CORF possui status hierárquico constitucional, superior ao das leis ordinárias aprovadas pelo Legislativo, e, conseqüentemente, somente alterável por meio de emenda constitucional submetida a exigências formais diferenciadas. Por fim, importa mencionar que aos tribunais foi atribuído explicitamente o poder de invalidar leis incompatíveis com a Carta por meio da interpretação conjunta das seções 52 e 24 (1). Enfim, percebe-se sem grande dificuldade que as características essenciais da Constituição americana foram adotadas: i) direitos fundamentais com status de lei suprema; ii) entrincheirados contra emendas e superiores à legislação ordinária e iii) garantidos pelo Poder Judicial.⁷⁶

A história demonstra que essa aproximação com o modelo americano não foi um acidente e que a pretensão inicial era de se promover uma constitucionalização ampla à moda dos vizinhos do sul. O projeto, contudo, não foi adiante haja vista a forte rejeição que recebeu de grande parte do meio político. Dentre as principais objeções, há de se destacar, para além dos argumentos que simplesmente invocavam a tradição de supremacia parlamentar como fator impeditivo de qualquer objetivo de modificação do sistema, dois tipos de críticas que, apesar de coincidentes, não se confundem. Houve quem criticasse a própria Declaração de Direito por considerar que ela empobreceria a gramática da discussão sobre questões políticas importantes no espaço público. Para esses cétricos dos direitos (*rights sceptics*) a cidadania não poderia ser igualada a um conceito estreito de direitos individuais portados pelos sujeitos

⁷⁴ R v. Drybones [1970] 3 C.C.C. 355. No caso entendeu-se que Lei que considerava ofensiva a conduta dos índios de se apresentarem embriagados fora das reservas violava a igualdade uma vez que a mesma não impunha a mesma restrição aos brancos.

⁷⁵ GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*, p. 18.

⁷⁶ GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*, p. 22.

contra o Estado, mas exigiria um processo reflexivo contínuo, com cidadãos reinterprestando as bases de sua vida coletiva de formas novas, de modo correspondente com suas necessidades e seus ideais. Seria mais desejável, portanto, um tipo de constitucionalismo mais político. A segunda crítica não seria diretamente contra a Declaração de Direitos, mas contra os tribunais (*Court sceptics*), argumentando na linha daquilo que foi desenvolvido no tópico anterior.⁷⁷

Apesar de os opositores da Carta terem perdido a batalha, suas críticas foram extremamente importantes para que a redação final do documento forjasse um sistema que explicitamente pretendesse evitar os perigos de um ativismo judicial ao estilo americano. Nas palavras de Roach, o resultado foi um compromisso que não encampava nem um purismo de supremacia judicial nem de supremacia parlamentar. Às cortes foram atribuídos importantes poderes de garantir direitos individuais e de grupos minoritários por meio da invalidação de leis incompatíveis com a Carta, mas, em contrapartida, também ao parlamento foram garantidas poderosas atribuições, quer seja para impor limites justificados aos mencionados direitos, quer seja para superá-los (*override*) por um período limitado de tempo.⁷⁸ Essas duas formas de reação parlamentar são as grandes inovações do modelo canadense que ensejam a sua classificação como dialógico e sugerem a viabilidade de se pensar em um modelo híbrido que mescle as virtudes dos sistemas de supremacia parlamentar e judicial.⁷⁹ Passemos a analisá-las.

A possibilidade de que o parlamento discordasse das decisões proferidas pelos tribunais e de que fosse capaz de afirmar a constitucionalidade de suas leis e políticas públicas, não obstante a alegada violação aos direitos declarados na Carta, possuindo, desta forma, a última palavra nesses assuntos, foi institucionalizada por meio da “cláusula de não obstante” (*notwithstanding clause*) prevista na seção 33 da CORF. Esse foi o mais emblemático exemplo das concessões mútuas realizadas pelos defensores do modelo

⁷⁷ Diferenciando os dois tipos de críticas que surgiram no debate canadense cf. HIEBERT, Janet L. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, *Op. cit.* p. 10.

⁷⁸ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. *Op. Cit.*, p. 55.

⁷⁹ Janet Hiebert ainda cita que uma importante inovação do modelo canadense se relacionaria com a instituição de um controle político prévio de compatibilidade das leis de iniciativa do Executivo com os direitos declarados na Carta. Esse controle seria realizado pelo Ministro da Justiça que, uma vez constatando qualquer incompatibilidade, deveria comunicar o Parlamento. O mecanismo introduziria a visão de que a proteção de direitos não depende exclusivamente do controle judicial, mas deve abranger a burocracia, o Governo e o Parlamento. (HIEBERT, Janet L. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, *Op. cit.* p. 12)

americano e do britânico.⁸⁰ Por meio dela o parlamento teria a faculdade de superar o eventual juízo de inconstitucionalidade realizado pela corte, tornando a lei aplicável por um período de 5 anos, renovável por iguais períodos indefinidamente.⁸¹ Desta forma, a cláusula de não obstante preservaria o traço mais característico da supremacia parlamentar, conservando nessa instituição a atribuição de emitir decisão final sobre assuntos importantes para a comunidade política, e, por conseguinte, limitaria o poder atribuído ao Judiciário. Tudo isso seria conseguido por meio de uma engenhosa interação interinstitucional entre tribunais e parlamentos uma vez que ambos estariam envolvidos em uma atividade comum de compatibilização entre os valores individualistas (objeto dos direitos) e de maximização de bem-estar (objeto das políticas públicas) previstos na Carta. A alegação dos tribunais de eventual violação de direitos deveria servir como um alerta para que o parlamento reavaliasse os fins por ele perseguidos e os meios para tanto utilizados, causando alguma forma de custo político quando se optasse por afirmar a validade de leis consideradas inconstitucionais. Além disso, a expectativa era de que “questões de princípios” ventiladas pelos tribunais passassem a ter mais peso nas decisões sobre políticas públicas do parlamento e que, em contraposição, os tribunais se tornassem mais sensíveis aos complexos juízos de bem-estar coletivo inerentes às políticas públicas. Em suma, a lógica do processo decisório seria a seguinte: o Legislativo aprovaria determinara lei ou política pública; o tribunal avaliaria sua compatibilidade com os direitos da Carta; por fim, caberia ao parlamento decidir sobre o futuro de seu ato atacado, quer seja confirmando-o (por meio de um ato positivo)⁸², quer seja revogando-o ou corrigindo-o, tudo isso a partir dos *inputs* gerados pelo tribunal.

⁸⁰ GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*, p. 20.

⁸¹ “(1) Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.

Operation of exception

(2) An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.

Five year limitation

(3) A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.

Re-enactment

(4) Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).

Five year limitation

(5) Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).”

⁸² Essa necessidade de resposta por meio de atos positivos é considerada pela doutrina a grande diferença do modelo canadense para aqueles instituídos no Reino Unido e na Nova Zelândia. No primeiro caso o ônus da inércia legislativa após a decisão do tribunal favorece aquele que teve o direito alegadamente violado; já no segundo, a decisão do tribunal somente surte qualquer efeito após a transformação em lei pelo parlamento, ou seja, o ônus da inércia pesa em favor do ato impugnado. Nesse sentido cf. HIEBERT, Janet L. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, *Op. cit.* p. 18 e ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. *Op. cit.*, p. 63.

Apesar de promissora na teoria, muitos consideram que na prática a cláusula de não obstante não se mostrou capaz de evitar a ascensão dos tribunais, nem mesmo de promover interações mais dialógicas. Isso porque, afora sua utilização pela província de Quebec como mecanismo para imunizá-la dos efeitos dos dispositivos da própria Carta (por ela não aprovada),⁸³ a cláusula somente foi invocada uma vez por uma província chamada Sakatchewan, ocasião em que o Legislativo local usou a seção 33 para reverter a decisão do Tribunal de Apelação que reconhecia o direito de greve aos servidores públicos da província, decisão essa posteriormente revertida pela Suprema Corte.⁸⁴

A segunda “inovação” trazida pela Carta de 1982 foi a inserção de uma “cláusula geral de limitação de direitos” na seção 1, cujo conteúdo assim dispõe: “A Carta garante os direitos e liberdades nela declarados, estando eles sujeitos apenas àquelas restrições razoáveis previstas em lei e demonstravelmente justificadas em uma sociedade livre e democrática.”⁸⁵ Esse dispositivo seria a característica mais importante da Carta para evitar os perigos de um ativismo judicial e gerar interações dialógicas. A seção 1 acompanharia a tendência das declarações de direitos pós-45 que refutam a existência de direitos absolutos, admitindo que haja restrições recíprocas entre direito colidentes e entre direitos e finalidades públicas. Isso não significa, contudo, que todos os limites sejam admitidos. A primeira limitação é a “reserva legal”, só podendo a lei em sentido estrito realizar essa compatibilização. Além disso, se exigiria que quando o parlamento pretendesse realizar eventual limitação, procedesse de forma clara e justificada, o que demandaria um debate público acirrado sobre o ponto ótimo de calibragem. Ademais, a cláusula geral de limitação geraria para o Governo, a um, a necessidade de justificar as limitações impostas aos direitos por meio da demonstração de que elas seriam necessárias para a consecução de objetivos importantes; a dois, a necessidade de justificar que não haveria alternativas menos custosas e, por fim, de demonstrar que a soma geral dos benefícios trazidos pela limitação compensaria a quantidade de perdas. Segundo Roach, a habilidade dos Governos de justificar abertamente as leis que restrinjam direitos promoveria um diálogo entre tribunais e parlamento: os primeiros questionariam o porquê da

⁸³ A prática foi corroborada em parte em *Ford v. Quebec*, [1988] 2 S.C.R. 712, 54 D.L.R. (4th) 577.

⁸⁴ *Satchewan v. Retail, Wholesale & Dep’t Store Union*, [1987] 1 S.C.R. 460 (Can.)

⁸⁵ “The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society”.

necessidade de se violar direitos e o segundo ofereceria alguma explicação razoável. Por isso a seção 1, e não a 33, seria a verdadeira engrenagem do diálogo sob a Carta.⁸⁶

Sob a égide da Carta de 1982 o que se verificou no Canadá foi a disseminação de uma ampla cultura de direitos, mas isso às custas de um processo inegável de ascensão do Judiciário no concerto das forças políticas. Prova disso é que críticas sobre o ativismo judicial passaram a advir dos conservadores e dos progressistas, incorporando a discussão norte-americana muitas vezes sem salientar as diferenças estruturais de ambos os modelos. Mas a discussão no Canadá não se desenvolveu por meio da incorporação acrítica da doutrina norte-americana. Muito pelo contrário.

Em 1997 foi publicado um artigo por Peter Hogg e Alison Bushell que serviu para inaugurar a discussão teórica mais sofisticada em torno da figura do diálogo.⁸⁷ Por meio da análise de uma série de julgados da Suprema Corte os autores buscaram demonstrar que na maioria esmagadora dos casos o Legislativo respondeu à decisão judicial, propondo nova legislação que incorporava a jurisprudência firmada. Além disso, enfatizaram que a inércia legislativa não deveria ser concebida como um ato de fraqueza institucional, mas como uma forma de dialogar, ainda que por meio do silêncio. Ou seja, quando se cala diante da decisão judicial o parlamento aquiesceria a ela. Por fim, menciona-se que através da análise da repercussão gerada pelas decisões no espaço público os autores passaram a afirmar que a decisão judicial não seria um veto, mas o começo de uma comunicação inter-institucional a respeito de como conciliar os direitos individuais com os objetivos políticos, econômicos e sociais. A Carta atuaria como um catalisador, promovendo intercâmbios de mão-dupla entre o Judiciário e o parlamento acerca dos temas envolvendo direitos humanos e liberdade.

Não foram poucas as críticas que advieram a essa formulação. Hutchinson afirmou que a figura do diálogo entre as instituições judiciais e parlamentares distorce as pautas do debate público e restringe as vozes que deveriam ser ouvidas: *“pessoas comuns não tomam parte nos litígios constitucionais e, por isso, nunca possuem a oportunidade democrática de*

⁸⁶ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 156. Vale conferir o Capítulo 9 do mesmo livro, no qual o autor narra as discussões travadas em torno da possibilidade de limitação de direitos relacionados à liberdade de religião, à liberdade de expressão, à proteção dos aborígenes e às garantias do processo penal. Consta Roach que, apesar de inicialmente se mostrar pouco deferente para com as decisões do Governo e do parlamento, com o tempo a Suprema Corte sedimentou um parâmetro de atuação de maior valorização e respeito para com as decisões dos órgãos majoritários.

⁸⁷ HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All), 35, *Osgoode Hall Law Journal*, 75 (1997).

falar por si mesmos. É quase perverso ligar a revisão judicial a um diálogo ou debate sobre a razoabilidade da ação governamental entre cidadãos e Estado.” Morton criticou a concepção dialógica de Hogg e Bushell afirmado tratar-se na verdade de um monólogo. O Parlamento não deveria funcionar de forma reativa às decisões judiciais, adaptando as leis revogadas às suas exigências. Uma postura mais interessante seria usar com mais frequência a cláusula do *override* prevista na seção 33. Manfredi e James Kelly também engrossaram a lista. Além de criticarem a metáfora do diálogo em si,⁸⁸ afirmaram que a visão de Hogg e Bushell equipararia de forma acrítica a interpretação judicial da Carta com a própria Carta, negando ao parlamento o crédito de ter alguma função na definição do sentido da Constituição.⁸⁹

Sobre o modelo canadense cabe uma última palavra. Muitos denunciam seu fracasso pelo fato de o parlamento não se utilizar da seção 33 com frequência. O que se verificou ao longo dos anos foi que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de algum ato do legislativo ou do executivo, o parlamento se manteve inerte, aquiescendo à declaração de nulidade⁹⁰, ou reagiu à decisão por meio da aprovação de novos atos que se adequavam às exigências estabelecidas pelas cortes.⁹¹ Essa postura, contudo, não é indicativa do fracasso do modelo, ao menos quando concebido em termos dialógicos. Isso porque, quando se utiliza da cláusula de não obstante o parlamento não dialoga, não aproveita o melhor das contribuições que poderiam advir do Judiciário, do Legislativo e do Executivo. Nesses casos há simplesmente a imposição unilateral de uma visão singular, ou seja, o Legislativo utiliza-se da faculdade de poder falar mais alto, silenciando a corte. Os analistas ponderam que a seção 33 não é utilizada com frequência principalmente por duas causas, que em certa medida se sobrepõem. Em primeiro lugar pelos custos políticos que advém da superação de decisões que declaram a

⁸⁸ Essa crítica foi respondida acidamente por Peter Hogg e Alison Bushell em *Charter Dialog Revisited – or ‘Much Ado About Metaphors’*, 45, *Osgoode Hall Law Journal*, 1 (2007), p. 26: “*Nunca fizemos a sugestão ridícula que tribunais e Legislativo estavam verdadeiramente conversando entre si. Adotariamos animadamente outra terminologia se fossemos persuadidos de que outra expressão fosse melhor, mas até agora ninguém sugeriu uma melhor.*” Hiebert também critica a metáfora: “*Ao invés de conceber esse compartilhamento constitucional de responsabilidades em termos de diálogo, sugiro considerá-lo em termos relacionais.*” (HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal & Kingston: McFrill-Queen’s University Press, 2000, p. 52.)

⁸⁹ Todas essas críticas são resumidas por HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* *Op. cit.*, p. 47-49.

⁹⁰ Essa ausência de resposta se verificou no caso paradigmático sobre o aborto (*R. v. Morgentaler* [1988] 1 S.C.R. 30, no qual se considerou inconstitucional o dispositivo do Código Criminal do Canadá que criminalizava o aborto por violar o direito das mulheres de “segurança pessoal”, previsto na seção 7) e naquele que reconheceu a inconstitucionalidade na omissão da província em garantir tratamento isonômico aos homossexuais (em *Vriend v. Alberta* [1998] 1 S.C.R. 493 a Suprema Corte considerou inconstitucional a omissão da legislatura local em garantir o direito de igualdade para homossexuais e heterossexuais, omissão essa utilizada por uma escola local para demitir um professor que reconhecera sua opção sexual).

⁹¹ Certamente o caso mais famoso se deu em *RJR - MacDonald Inc. v. Canada* (Attorney General), [1995] 3 S.C.R. 199, oportunidade em que, após a Suprema Corte ter declarado por, apertada maioria, inconstitucional a lei que proibia o anúncio de cigarros, o parlamento reagiu aprovando nova legislação que adotava alternativas menos restritivas àquela que proibia totalmente a propaganda de cigarros.

inconstitucionalidade de uma lei. Em segundo lugar, pelo fato de ter se disseminado uma cultura de supremacia judicial, que diante do desacordo tende a conferir à interpretação da corte primazia em detrimento daquela emanada dos órgãos majoritários. Esse fato é claramente percebido quando se constata que desde o início do processo de elaboração legislativa, o Governo e o Parlamento desenham suas propostas de forma a não contradizer a jurisprudência firmada pela Corte.⁹² O mecanismo da seção 33 é certamente um importante mecanismo para limitar o poder dos tribunais, mas não é necessariamente o elemento essencial para se definir o potencial dialógico de um sistema. Ele permite que ativismo judicial possa ser combatido com ativismo parlamentar. Mas esse jogo de quem grita mais alto deve ser um recurso extremado.

O sucesso do modelo canadense deve ser avaliado com base em outras características. Em primeiro lugar, na capacidade de promover uma cultura de maior respeito aos direitos, ensejando maior debate público sobre as diversas possibilidades de compatibilização de direitos entre si, e de direitos e fins públicos, tudo isso de acordo com a gramática inaugurada pela Carta. Esse desiderato, de fato, vem sendo alcançado.⁹³ Em segundo lugar, os mecanismos institucionais inaugurados devem ser capazes de oferecer alternativas à dificuldade contramajoritária e evitar os perigos de uma judicialização antidemocrática. Isso se faz principalmente por meio da promoção de uma cultura menos judicialista em relação à interpretação da Carta. Os órgãos políticos não podem se conceber de forma meramente reativa, adequando suas proposições a todas as exigências feitas pela Corte. Devem insistir justificadamente na possibilidade de interpretar a constituição de forma mais adequada e implementar políticas públicas que persigam objetivos coletivos, sem desprezar os direitos individuais. Diante da indagação sobre quem será capaz de oferecer melhores respostas para os conflitos da Carta, a resposta deve ser a de que não é necessário fazer uma escolha excludente. Deverá haver contribuições recíprocas e horizontalidade, não um diálogo bitolado na manifestação de qualquer órgão de soberania popular. Nas palavras de Hiebert, melhores respostas estão mais propícias de surgir quando são produto de julgamentos cuidadosamente realizados sobre a compatibilidade entre as ações estatais e os valores normativos mais importantes da comunidade política. Uma declaração de direitos oferece oportunidade de

⁹² “What has emerged are bureaucratic and political cultures that try to ‘Charter proof’ proposed legislation, by which its meant the project of anticipating litigation and amending or removing those aspects of a bill that could lead to successful constitutional challenges.” (HIEBERT, Janet L. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, Op. cit. p. 27.)

⁹³ “A robust rights culture has arisen...” (HIEBERT, Janet L. *Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?*, Op. cit. p. 19)

justificação de restrições de direitos. Mas justificação não é a mesma coisa que se estabelecer um conjunto de atores institucionais que policiam o outro, quer seja por meio de uma abordagem judicialista ou, alternativamente, por meio da utilização acrítica da seção 33.⁹⁴

1.4 As teorias do diálogo: noções fundamentais.

Para além das novas práticas institucionais narradas, é interessante observar que um conjunto de desdobramentos teóricos de grande valia vem sendo desenvolvido nessa tentativa de buscar uma melhor compatibilização entre os modelos de supremacia judicial e parlamentar, diminuindo o peso atribuído à dificuldade contramajoritária e a todas as críticas que dela são conseqüências. O interessante é observar que a preocupação teórica dialógica nem sempre é consequência da adoção de um dos três modelos institucionais acima descritos. Grande parte da melhor doutrina produzida sobre o tema advém dos EUA, modelo paradigmático de supremacia judicial desde a decisão do juiz Marshall em 1803.⁹⁵

Bickel já falava em “colóquio contínuo” e em “conversa permanente”. Louis Fisher nas décadas de 70 e 80 enunciava a necessidade de diálogos constitucionais. Como destacado por Hübner, o interessante é observar que nos EUA o desenho institucional se mantém inalterado desde a promulgação da Constituição de 1787 e, mesmo assim, as variações ocorreram em função dos desdobramentos teóricos e do surgimento de novas práticas interpretativas, o que reflete a construção do diálogo dentro de um modelo preexistente. O mesmo não se verificou nos países do *commonwealth*, que buscaram instalar o diálogo por meio de reformas institucionais capazes de mitigar os traços negativos do forte pendor judicialista do sistema.⁹⁶

⁹⁴ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal & Kingston: McFrill-Queen's University Press, 2000, p. 72.

⁹⁵ A decisão de Marshall, que se baseava na premissa de que a constituição é lei suprema e de que é função do Judiciário julgar os casos a ele submetidos, é seriamente questionada por confundir duas questões. Primeira: a Constituição é vinculante para os Poderes estatais? Segunda: “Os tribunais estão autorizados a aplicar sua interpretação da Constituição contra aquela realizada pelos outros ramos de soberania popular?” É fundamental perceber que a resposta afirmativa da primeira questão não conduz automaticamente à segunda. Para conferir a denúncia de Carlos Santiago Nino ao que chamou de “falácia de Mashall” cf. NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 269: “não é verdade que um sistema que não utilize o controle judicial de constitucionalidade seja uma impossibilidade lógica ou que tal sistema negue a supremacia da constituição. A revisão é necessária, mas essa não tem que ser necessariamente judicial. O poder de controle judicial de constitucionalidade é contingente, inclusive quando o sistema tenha uma constituição suprema.” Uma série de julgamentos paradigmáticos da Suprema Corte reforçam a conclusão de Marshall e o dogma da supremacia judicial, tais quais *United States v. Nixon*, 418 U.S 638 (1974) e *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1 (1958).

⁹⁶ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit., p. 157.

Por óbvio há uma correlação entre os **modelos dialógicos** e as **teorias do diálogo**. Ambos se influenciam reciprocamente, sendo difícil estabelecer uma relação de causa e efeito precisa. Mas destaca-se que entre eles não há qualquer relação de necessidade ou suficiência. Isso porque em modelos não dialógicos (ou pouco dialógicos), surgem teorias que apostam no diálogo e vice-versa. O maior exemplo é o caso dos EUA. Esse fato traz à tona uma constatação importante, qual seja: ao invés de haver uma opção excludente entre dois pólos incompatíveis, os novos modelos e desenvolvimentos teóricos sugerem a possibilidade que várias práticas intermediárias sejam desenvolvidas, podendo variar sob um contínuo que vai desde um modelo de supremacia legislativa até outro que opte pelo sistema totalmente constitucionalizado e garantido pelo controle judicial.⁹⁷ Além das próprias características do modelo institucional adotado, elementos culturais influenciarão decisivamente. Ou seja: um modelo de supremacia judicial pode se converter ao diálogo na medida em que os juízes passem a exercer controle fraco, demonstrando deferência para com os atos dos órgãos majoritários; da mesma forma um modelo dialógico poderá perder essas características na medida em que o judiciário passar a exercer controle forte, sem sofrer retaliação do parlamento. Esta última combinação é o que ocorre no caso canadense.

Como nos EUA, possuímos um sistema de controle judicial forte, certamente menos dialógico do que as novas experiências do *commonwealth*. Por isso vale desde logo observar que nada obstante aqueles exemplos institucionais poderem servir como uma alternativa *de lege ferenda*, a forma mais imediata de explorar os potenciais dialógicos de nosso sistema é por meio da disseminação de uma cultura menos judicialista, que resgate a dignidade dos demais ramos de representação popular na definição das decisões políticas mais importantes da nação. Mas isso será assunto de um tópico específico. Por ora fica o alerta.

O que cabe agora é tentar minimamente organizar as teorias do diálogo. Destaca-se que utilizamos a expressão no plural uma vez que em seu conjunto há um grupo bastante heterogêneo de autores, das mais variadas filiações (seja em relação às questões substantivas ou de simples desenho institucional), motivo pelo qual não consideramos essencial para a caracterização de um pensamento dentro das teorias dialógicas a apresentação de todas as características abaixo elencadas.

⁹⁷ Nesse sentido GARDBAUM, Stephen. “*The new commonwealth model of constitutionalism*”, *Op. cit.*, p. 5 e TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. *Op.cit.* p. 21.

Entretanto, como “mínimo denominador comum” podemos elencar, ilustrativamente, as seguintes características (algumas delas já utilizadas para caracterizar os modelos dialógicos): i) a recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deveria ser legitimamente exercida por outros poderes; ii) a recusa da existência de última palavra, pelo menos de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) a valorização do desacordo sobre questões substantivas e a afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para dissolvê-los; iv) uma visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; v) uma visão mais estendida do tempo na política. A exposição das idéias dos teóricos dialógicos, a ser apresentada no próximo tópico, permitirá uma melhor compreensão de cada um dos pontos listados.

Buscando sistematizar o tema, Roach elenca três conjuntos de teorias dialógicas. A primeira seria a do diálogo baseado na interpretação independente da constituição pelos tribunais e pelos parlamentos. Essa linha é conhecida como teorias da “construção coordenada”⁹⁸ e remete ao pensamento dos pais fundadores, Jefferson e Madison.⁹⁹ A Construção coordenada oferece ao Legislativo não apenas o poder de responder às decisões do Judiciário, mas de ignorá-las, interpretando a constituição por si próprio. O Executivo também teria essa faculdade de oferecer-se como interprete autorizado da constituição, não se submetendo aos juízos prévios de outros departamentos.¹⁰⁰ Há uma série de argumentos que se opõem a mencionada teoria da construção coordenada, normalmente relacionados com a ofensa aos princípios básicos do Estado de Direito ou aos riscos de uma anarquia

⁹⁸ Definindo didaticamente o núcleo das teorias da construção coordenada, Chemerinsky aduz: “... *nenhum ramo seria considerado o intérprete mais autorizado em questões constitucionais. Cada Poder deveria ter igual autoridade para determinar o significado das disposições constitucionais, e os conflitos deveria ser resolvidos pelo poder político e o compromisso.*” (CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3rd. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 29.)

⁹⁹ Jefferson acreditava que se os juízes pudessem decidir sobre a constitucionalidade das leis, sobrepondo-se ao Executivo e ao Legislativo, o Judiciário se tornaria um poder despótico. Madison também expressava preocupações em permitir que as decisões dos tribunais estivessem no final da cadeia decisória: ‘isso faria o departamento judicial supremo em relação ao Legislativo, o que nunca foi pretendido e em hipótese alguma seria apropriado’.

¹⁰⁰ A mais influente voz nesse sentido foi a do então Presidente do EUA, Andrew Jackson, que chegou a afirmar o seguinte: “... *a opinião dos juízes sobre o Congresso não tem mais autoridade do que a opinião do Congresso sobre os juízes, e, nesse ponto, o presidente é independente de ambos. Cada agente público que jura proteger a constituição espera que sua atividade se faça de acordo com seu entendimento próprio, não de acordo com o entendimento alheio.*” Em outra conhecida passagem, após discordar de decisão da Suprema Corte, afirmou ironicamente que tendo havido a decisão, deixasse ela agora implementá-la. (“*the Chief Justice has made his decision and now let him enforce it.*”) Cf. ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 241-243.

interpretativa.¹⁰¹ De fato, nos parece que segundo a construção coordenada não há diálogo, mas um conjunto disperso de agentes orgulhosos disputando ver quem grita mais alto. Mas, certamente, há a virtude de questionar os perigos de um despotismo judicial.

O segundo conjunto de teorias seria a do diálogo baseado na capacidade do Legislativo e da sociedade civil impor às cortes alguma forma de *accountability*, de controle político eleitoral e responsabilização por suas decisões. A premissa seria a de que os agentes não eleitos não deveriam se distanciar demais das opiniões democráticas majoritárias disseminadas no espaço público. Se assim agissem estariam ofendendo o princípio da igualdade, violando os preceitos básicos da democracia, correndo o risco de terem suas decisões desobedecidas e, acima de tudo, arriscando seus cargos. O mais influente trabalho nessa linha foi escrito por Robert Dahl que, após estudo empírico analisando a influência da Suprema Corte dos EUA nas decisões mais importantes da comunidade política, concluiu que a visão dominante do Tribunal nunca se afasta muito, por um longo período de tempo, da visão dominante disseminada dentre os ramos político majoritários. Poderia haver momentos de não coincidência e de atitudes contramajoritárias, mas o realinhamento inevitavelmente ocorreria com o passar do tempo.¹⁰² Essa linha de pensamento nutre a virtude de empiricamente demonstrar que muitas vezes a alegada dificuldade contramajoritária não existe, uma vez que apesar de desviante em alguns momentos, a decisão do tribunal acaba refletindo o entendimento da maioria. Já no campo prescritivo há de se ressaltar a sensibilidade da teoria de lembrar aos juízes que, mesmo ocupando cargos vitalícios, eles devem ser sensíveis às manifestações que ocorrem fora das cortes.

A terceira expressão de diálogo seria aquela que compreende os tribunais e o parlamento como agentes que desempenham funções diferentes, todavia complementares. A matriz teórica para tanto seria mais uma vez os escritos de Bickel, para quem às decisões judiciais deveriam ser atribuídas a devida importância, sem, contudo, ser necessário considerá-las a última palavra. Até mesmo os julgamentos finais dos Tribunais em temas envolvendo direitos fundamentais não seriam (e não deveriam ser) considerados finais. Todas as decisões importantes das cortes superiores seriam virtualmente conversações entre tribunais, o povo e seus representantes. No início, nunca seriam conversas entre iguais. Os

¹⁰¹ Uma das mais enfáticas críticas às teorias da construção coordenada se encontra em SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. "On extrajudicial constitutional interpretation". *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

¹⁰² DAHL, Robert A. 1957. "Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker." *Journal of Public Law*, 6: 279.

tribunais estariam no limite, mas a universalização dos julgamentos dependeria do consenso da administração. As cortes interagiriam com outras instituições, com as quais se engajariam em uma sempre renovável conversação educativa. Isso definitivamente não seria um monólogo, mas diálogo.

Uma proposta mais analítica de organização do tema foi desenvolvida por Christine Bateup. A autora divide os teóricos que nutrem alguma das preocupações acima elencadas em dois grandes grupos. O primeiro seria o de teorias sobre o método judicial (*theories of judicial method*), que possui o caráter comum de advogar um uso consciente por parte dos juízes de técnicas decisórias capazes de estimular e encorajar debates mais amplos sobre o significado constitucional, seja no interior dos Poderes, seja entre os Poderes reciprocamente.¹⁰³ O segundo grupo seria o das teorias estruturais do diálogo (*structural theories of dialogue*), que se baseariam no reconhecimento de que existem instituições e mecanismo políticos no sistema constitucional que habilitam seus atores a responder às decisões judiciais no caso de desacordo. Os diálogos emergiriam quando os mecanismos de resposta estivessem habilitando um processo dinâmico de idas e vindas entre juízes e outros atores constitucionais.¹⁰⁴ No tópico seguinte não falarei em teorias do método judicial e teorias estruturais do diálogo, mas, adotando a terminologia empregada por Hübner para me referir ao mesmo conjunto de idéias, falarei sobre *diálogo no interior das decisões* e *diálogo como fruto da separação dos poderes*.

Frisa-se que além de organizar de forma bastante didática a matéria, o artigo de Bateup alerta para uma importante discussão subjacente às teorias dialógicas, qual seja, a relação entre os juízos descritivos e prescritivos inerentes ao pensamento de cada autor. Nas teorias do diálogo no interior da decisão há uma forte carga de prescrição, de dever-ser. Nelas o objetivo não é apenas retratar como se dá verdadeiramente a prática interpretativa da constituição. Pretende-se deliberadamente emitir um juízo de valor sobre as práticas existentes, afirmando o que é certo ou errado. Já nas teorias do diálogo como fruto da separação dos poderes o que se percebe é uma abordagem bem mais descritiva, relatando, por meio da análise de dados empíricos, a efetiva interação entre os ramos de soberania popular. Tal fato se reforça quando observamos que nesse segundo grupo se insere um número muito

¹⁰³ BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Brooklyn Law Review*, Vol. 71, 2006; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-24. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=852884>, p. 17.

¹⁰⁴ BATEUP, Christine, *The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue*. *Op. Cit.* p. 32.

grande de cientistas políticos. Aproveitando a diferenciação, é possível afirmar que as teorias do diálogo, além de várias derivações teóricas, teriam uma dimensão prescritiva e outra descritiva. Obviamente isso não seria uma questão binária, mas de grau.

Na *vertente descritiva* (ou positiva), os defensores da idéia de diálogo se aliam aos estudiosos de ciência política para demonstrar empiricamente a manifestação de suas premissas. Cientistas políticos têm demonstrado de forma cada vez mais impactante que a disseminada ideia de que o Judiciário possui a última palavra em questões constitucionais é incorreta. Tendo como parâmetro as decisões constitucionais de Cortes Supremas, se é verdade que a decisão judicial é final por vincular as partes do processo, o mesmo não se pode dizer em relação à capacidade para dar a última palavra em assuntos constitucionais considerados em uma acepção mais ampla. Muitos exemplos ilustram as diversas formas por meio das quais os ramos democraticamente eleitos fizeram sua vontade prevalecer sobre a decisão das cortes ao longo dos anos. O histórico norte-americano é extremamente rico em exemplos. Em algumas decisões contramajoritárias verificou-se a dificuldade de sua implementação, o que somente foi possível em contextos sociais mais favoráveis.¹⁰⁵ Em outros casos o Legislativo promulgou novas leis (ou mesmo Emenda Constitucional) quando discordou da decisão judicial.¹⁰⁶ Por fim, é possível verificar que em situações extremas as forças políticas se mobilizaram para impor sanções diretas ou indiretas ao órgão Judiciário, obrigando-os a reverter sua linha jurisprudencial.¹⁰⁷

Já em uma *vertente prescritiva* as teorias do diálogo defenderiam que não deve haver competição ou conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiros na busca do melhor significado constitucional. Assim, não haveria prioridade, hierarquia ou verticalidade entre instituições lutando pelo monopólio decisório sobre direitos fundamentais. Haveria, ao contrário, uma cadeia de contribuições horizontais que ajudariam a refinar, com a

¹⁰⁵ Esse foi o caso da decisão sobre a segregação racial nas escolas em *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁰⁶ Apenas para ficar nos casos de emendas constitucionais, vale destacar que foram quatro aquelas que buscaram especificamente reverter decisões proferidas pela Suprema Corte, quais sejam: a décima primeira (impediu que cidadãos e estrangeiros processassem os Estados nos tribunais federais); a décima quarta (reconheceram que os escravos eram pessoas e não mercadorias); a décima sétima (autorizou a instituição do imposto de renda pessoal); a vigésima sexta (atribuindo aos maiores de 18 o direito ao voto). CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3rd. ed. New York: Aspen Publishers, 2006, p. 12/13.

¹⁰⁷ O marco do fim da Era Lochner, já descrita acima, foi *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379, 399 (1937)

passagem do tempo, boas respostas para questões coletivas. Separação de poderes, nesse sentido, envolveria circularidade e complementaridade infinitas.¹⁰⁸

Nas páginas seguintes tento descrever as linhas principais daqueles autores que de alguma forma recorrem à figura do diálogo e tentam estabelecer uma possibilidade de proteção de direitos que não peque pela unilateralidade míope que desprestigia algum dos ramos de representação popular em detrimento de uma visão idealizada de outro.

1.5. O diálogo no interior das decisões judiciais e o diálogo como fruto da separação dos poderes.

Bateup tipifica três subconjuntos de teorias do diálogo dentre aquelas que vislumbram um processo interativo no interior da decisão judicial. A primeira seria a “teoria do aconselhamento judicial” (*judicial advice-giving*), cujo foco central estaria concentrado em encorajar juízes ativistas a dizer aos demais Poderes como interpretar a Constituição.¹⁰⁹ Outro grupo de pensadores poderiam ser enquadrados nas “teorias do respeito às regras procedimentais” (*process-centered rules*). Estes teriam como característica marcante a preocupação de enxergar o juiz como um controlador do procedimento majoritário pelo qual são atingidos os resultados políticos substantivos, e não como o responsável por impor aos ramos representativos sua visão substantiva particular.¹¹⁰

¹⁰⁸ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 9.

¹⁰⁹ Para tanto os juízes deveriam usar uma ampla gama de técnicas proativas de interpretação e de decisão com o fim, por exemplo, de recomendar determinados cursos de ação aos ramos políticos e de emitir avisos sobre eventuais formas de se evitar problemas constitucionais. O principal objetivo dessas técnicas seria garantir que os ramos políticos aprendessem a visão judicial sobre o significado constitucional, o que os auxiliaria no rascunho de novas legislações ou na emenda daquelas já analisadas judicialmente. Isso permitiria a sobrevivência a futuros questionamentos constitucionais. O mencionado aconselhamento geralmente se daria em *obiter dictum*, na fundamentação da decisão judicial, não constando do dispositivo, motivo pelo qual não seria entendida como vinculante. Nessa linha KATYAL, Neal Kumar. *Judges as Advice-Givers*, 50, *Stanford Law Review*, 1709, 1709 (1998).

¹¹⁰ Juízes seriam encorajados a analisar questões como, por exemplo, se os agentes políticos destinaram devida atenção aos julgamentos políticos que afetem valores constitucionais substantivos, ou, ainda, se deliberaram adequadamente sobre tais decisões. Caso constatado que não houve respeito às exigências mencionadas o Judiciário poderia forçar os ramos políticos a reconsiderar suas decisões, agora com o devido respeito a um nível apropriado de atenção àqueles valores. É importante observar que a mencionada teoria não pretende dizer qual a decisão correta a ser tomada pelos ramos de soberania popular, mas apenas exigir dos mesmos que, quando engajados no processo decisório, levem em consideração exigências mínimas relacionadas com a legitimidade do procedimento, tais como o respeito à clareza deliberativa ou às regras definidoras de competência. Nesse sentido vale conferir COENEN, Dan T. "A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue" *William and Mary Law Review* 42.5 (2001): 1575-1870. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/289>

A limitação de espaço do presente trabalho nos impede descrever e analisar mais a fundo os vícios e as virtudes dos modelos mencionados. Aqui se mostra peremptório fazer um corte e concentrar a análise em um terceiro grupo de manifestação do diálogo no interior da decisão, qual seja, na defesa do minimalismo judicial. Suas raízes remontam ao pensamento de Bickel e atualmente o seu mais influente defensor é jurista norte-americano Cass Sunstein. Em seu núcleo há a defesa de uma autocontenção judicial contingente que permita o desenvolvimento do espaço de deliberação e escolhas democráticas. Na muito famosa defesa de Bickel das “virtudes passivas” da Suprema Corte, festejava-se a arte de não fazer, de se abster, que permitia ao Judiciário atingir seus objetivos mais por meio da persuasão do que por técnicas de coerção. Tal prática se fazia não apenas para fins de prestigiar o espaço democrático do Legislativo, mas também para permitir que as Cortes se protegessem contra reações adversas dos ramos políticos diretamente responsabilizáveis diante da população.¹¹¹ Tudo isso é retomado por Sunstein de forma mais elaborada e refinada.

Sunstein publicou em 1999 um influente livro¹¹² no qual advoga que quando juízes estivessem julgando, deveriam adotar a estratégia de não dizer mais do que o necessário para justificar a decisão, deixando não decididas questões não essenciais. O fenômeno de dizer não mais do que o necessário para justificar um resultado, e de deixar o máximo possível de questões não decididas seria identificado como “minimalismo decisório”. O minimalismo iluminaria importantes idéias do direito constitucional envolvendo o uso construtivo do silêncio. O minimalismo contrastaria com o maximalismo, compreendido como a orientação teórica que procura decidir casos estabelecendo regras abrangentes para o futuro e justificações teóricas ambiciosas.

As decisões, ao invés de abrangentes e profundas, deveriam ser estreitas e superficiais. Por estreitas entende-se que as decisões precisam ter seu objeto limitado, surtindo somente os efeitos necessários para resolver o caso sob análise. Já a superficialidade se refere ao grau cognitivo da atividade decisória: juízes deveriam evitar considerações sobre questões relativas aos princípios últimos subjacentes ao caso, concentrando-se em julgar o caso concreto em sua particularidade.

¹¹¹ Tal argumento é desenvolvido tanto no capítulo 4 de *The Least Dangerous Branch*, quanto em uma introdução da Revista de Direito de Harvard de 1961 [BICKEL, Alexander M.. Foreword: The Passive Virtues, 75 *Harvard Law Review*. 40 (1961)].

¹¹² SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

Duas seriam as características mais atrativas do minimalismo. Em primeiro lugar se reduziriam os encargos de uma decisão judicial, principalmente quando essa precisasse ser tomada em órgãos colegiados e em relação a questões muito controversas. Isso porque o minimalismo exigiria uma base de acordo comum muito menor do que decisões maximalistas.¹¹³ Além disso, a segunda característica que torna o minimalismo extremamente atrativo é a capacidade de reduzir a frequência de erros judiciais, tornando esses menos danosos quando de sua ocorrência.¹¹⁴

A característica que mais nos interessa para relacionar o minimalismo com as teorias do diálogo se liga ao seu apelo à democracia. A técnica de deixar coisas não decididas aumenta o espaço de reflexão e debate nos ambientes políticos, não levantando limitações rígidas e desnecessárias a futuras deliberações. Além disso, o uso construtivo do silêncio judicial incentiva que os agentes políticos fundamentem suas decisões, mantendo nesse espaço decisório a competência para dar a última palavra de forma convincente ao julgamento do povo, responsável último por fiscalizar se os rumos das decisões coletivas se compatibilizam com os valores disseminados na comunidade. Enfim, duas características básicas de qualquer modelo democrático seriam fomentadas: controle popular e aumento do espaço de deliberação dos órgãos majoritários.

É preciso ressaltar que a concepção de democracia subjacente ao trabalho de Sunstein é deliberativa, contrapondo-se aos modelos de democracia mais antagonistas, que a compreendem como mero majoritarismo, no qual se agregam preferências privadas, mesmo que ilegítimas ou distorcidas pelo mercado de idéias. O minimalismo aposta na capacidade de deliberação dos ramos majoritários e acredita que a troca de razões por pessoas com diferentes informações e perspectivas é bem vinda em sociedades pluralistas, podendo contribuir para converter aqueles pontos de vistas substantivamente equivocados em melhores

¹¹³ Essa virtude estaria ligada à superficialidade das justificações decisórias, ambos os traços também conectados com o que Sunstein chama de “acordos incompletamente teorizados” (*incompletely theorized agreement*). Estes acordos poderiam ser alcançados em dois níveis: i) acordos sobre casos concretos e situações particulares ou ii) acordos sobre conceitos abstratos. Este último tipo de acordo é muito utilizado em convenções constituintes, quando se adotam expressões como ‘igualdade’, ‘liberdade’, sem que, para tanto, haja consenso sobre o que isso queira dizer nos casos concretos. Todavia, para o minimalismo o que importa são os acordos concretos, já que eles possibilitariam que juízes que discordam sobre as bases fundacionais dos direitos constitucionais, ou sobre o correto método de interpretação judicial, atingissem algum consenso nos casos a eles submetidos para análise. Independentemente de suas opiniões sobre a fundação da liberdade de expressão, por exemplo, os juízes poderiam concordar que o Estado não pode impedir protestos políticos, a menos que exista perigo claro e presente. (SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. *Op. cit.*, p. 11-14).

¹¹⁴ Sunstein exemplifica a afirmação argumentando que o tribunal poderia falhar se buscasse de uma vez por todas resolver temas controversos como a ação afirmativa, ou os desafios de compatibilizar a liberdade de informação com as novas tecnologias de comunicação. Além disso, decidir pouco poderia impedir os riscos adversos derivados de consequências não antecipadas decorrentes de decisões abrangentes e pretensivas.

opiniões.¹¹⁵ Esse ponto demonstra a alta carga de prescrição do minimalismo, o que permite estender a ele todas aquelas críticas que atacam as concepções deliberativas de democracia sob o argumento de que ao idealizarem o processo político majoritário estariam sendo insensíveis à realidade, e, conseqüentemente pecariam pelo mesmo vício dos ferrenhos defensores do ativismo judicial, mas agora com o sinal trocado. Mas, frisa-se, que não é necessária a correlação entre democracia deliberativa e teorias do diálogo. A relação que podemos traçar é que quanto mais prescritiva for a teoria do diálogo, mais chances haverá de que ela se baseie em uma concepção deliberativa de democracia. Em contraposição, como veremos mais adiante, teorias mais descritivas não fazem grandes exigências prescritivas aos ramos majoritários, e, assim, afastam-se das teorias deliberativas de democracia.

Outra conexão do minimalismo com as teorias do diálogo se relaciona com a valorização do desacordo substantivo nas comunidades plurais da atualidade e com o alerta da possível inaptidão do Judiciário para lidar com esses assuntos de forma indiscriminada. O minimalismo geralmente (não sempre)¹¹⁶ faria muito sentido quando estivéssemos tratando de temas constitucionais altamente complexos, sob os quais houvesse grande divisão de entendimentos.¹¹⁷ A complexidade poderia resultar de falta de informação adequada, da mutabilidade das circunstâncias fáticas ou mesmo de relevante incerteza moral. Nas palavras de Sunstein: *“uma pista para entender o minimalismo seria reconhecer que quando decidem casos constitucionais, os juízes geralmente carecem de informações relevantes e suas decisões podem gerar conseqüências não pretendidas. Seu interesse em decisões estreitas e superficiais derivaria do reconhecimento das próprias limitações cognitivas e motivacionais. Eles sabem que não sabem.”*¹¹⁸

¹¹⁵ Perceba-se que essas características se enquadram perfeitamente na clássica definição de Elster de democracia deliberativa: *“... a noção de democracia deliberativa inclui a realização de decisões coletivas com a participação de todos os potenciais afetados ou seus representantes: essa é a parte democrática. Também, todos concordam que se deve incluir uma tomada de decisão que leve em consideração os argumentos levantados pelos participantes, comprometidos com os valores da racionalidade e da imparcialidade: essa é a parte deliberativa.”* (ELSTER, John. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 8.)

¹¹⁶ É importante perceber que o minimalismo não opera indiscriminadamente. Algumas vezes haverá justificativas para decisões amplas e profundas. Isso estaria relacionado com as questões essenciais da substância do minimalismo, sob as quais haveria amplo consenso, tais quais a proteção contra prisões arbitrárias, o direito ao voto, as liberdades religiosas, a proteção do Estado de Direito etc. Cf. SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Op. cit., Capítulo 4; e SUNSTEIN, Cass. *Beyond judicial minimalism*. *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 432. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1274200>.

¹¹⁷ *“Em sociedades heterogêneas, pessoas razoáveis discordam sobre um grande número de tópicos. O fenômeno do pluralismo razoável é uma característica definidora de sociedades livres. Algumas vezes é fonte de grandes benefícios; outras é fonte de sérios problemas, e até violência. Deixando entre aspas as disputas mais amplas, um tribunal minimalista busca promover uma meta fundamental da sociedade: promover possibilidade de acordo quando ele for necessário, e tornar o acordo desnecessário quando ele seja impossível. Essa meta se associa com a promoção de estabilidade social e de mútuo respeito.”* (SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Op. cit., p. 50.)

¹¹⁸ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Op. cit., p. 47.

Esta rápida exposição da essência do minimalismo parece-nos interessante para ilustrar a viabilidade de se conceber a atividade judicial de interpretação da constituição no contexto de uma interação mais dialógica e menos draconiana em relação aos demais poderes e a sociedade civil. Trata-se de um diálogo percebido e administrado pelas cortes. Essas compreendem melhor seu papel em uma comunidade política e perdem a pretensão heróica de funcionar como guardião das promessas não cumpridas. Restringem seu papel, passando a funcionar como propulsoras, catalizadoras, supervisoras. Deve-se perceber, contudo, que nesses casos o diálogo depende da boa vontade do tribunal: poderá optar pela evasão pura e simples, poderá intervir minimamente, poderá enviar recados e, por fim, poderá até mesmo impor uma linguagem para o diálogo. Mas, ao fim e ao cabo, estaremos lidando com uma mera faculdade. Sempre estará ao alcance do tribunal trancar os canais de comunicação. Esta característica nos conduz à análise do segundo grupo de teóricos do diálogo que buscam perceber como o desenho das instituições pode impactar na interação entre os ramos de soberania popular. Ou seja: como conceber o fenômeno estrutural da separação de poderes como uma empreitada dialógica que não depende apenas da boa vontade do Judiciário.¹¹⁹

Um livro muito importante na defesa do diálogo como fruto da separação dos poderes foi escrito por Luis Fisher e Neal Devins.¹²⁰ Várias das características básicas das teorias dialógicas surgem ao longo do trabalho: questionamento da supremacia judicial, recusa da existência de última palavra, valorização do procedimento democrático etc. Já na década de 80 Fisher defendia a idéia de que os princípios constitucionais emergiriam de um diálogo entre os três ramos do Estado e o público em geral, analisando, para tanto, uma série de circunstâncias colaterais que estavam envolvidas nas mais importantes e controvertidas decisões da Suprema Corte.¹²¹ Na prática, o que se verificaria não seria a alegada supremacia

¹¹⁹ Segundo a classificação de Bateup, as teorias estruturais do diálogo se baseiam no reconhecimento da existência, no sistema constitucional, de mecanismos institucionais ou políticos que permitem aos atores políticos oferecer respostas às decisões judiciais em casos de desacordos. Cinco teorias como integrantes desse grupo: i) Teorias de construção coordenada; ii) Teorias da proteção judicial dos princípios, que se biparte em entre ii.1) aquelas que enxergam que os possíveis erros judiciais cometidos na proteção dos princípios possam ser corrigidos por meio do controle político Legislativo, no sistema de freios e contrapesos e ii.2) aquelas que acreditam que o Legislativo têm uma peculiar função de influenciar na substância das discussões constitucionais.; iii) teorias do equilíbrio e iv) teorias da parceria.

¹²⁰ FISHER, Luis; DEVINS, Neal. *The democratic constitution*. New York: Oxford University Press, 2004. Há um interessante artigo escrito pelo primeiro no qual o autor fala em “colóquio contínuo”. Vale a pena conferir toda a obra. FISHER, Louis. Judicial finality or an ongoing colloquy? In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, D.C: Georgetown University Press, 2004. Na classificação de Bateup se encaixam nas teorias estruturais do diálogo da “construção coordenada.”

¹²¹ Ao longo do livro “A constituição democrática”, Fisher e Devins analisam temas como federalismo (cap. 3), separação de poderes (cap. 4), poderes em caso de guerra (cap. 5), privacidade (cap. 6), raça (cap. 7), liberdade de expressão (cap. 8) e religião (cap. 9). Em todos os capítulos os autores demonstram como houve variações de entendimentos sobre cada um dos

judicial, mas um processo interativo que envolveria muitos outros atores responsáveis por contribuir para a definição dos rumos da nação. Quando decide, os tribunais são influenciados pela opinião pública, pelas manifestações parlamentares e pelas tendências do chefe do executivo. Além disso, as decisões dos tribunais estão submetidas aos humores do jogo político para serem implementadas a contento. Outro ponto que demonstra a falácia do dogma da supremacia judicial se relaciona com aptidão de outros ramos da soberania popular para se manifestar em assuntos constitucionais específicos como impeachment e guerras. Alertar para esses pontos não significaria, entretanto, desprezar o papel desempenhado pelos tribunais. As cortes usualmente modelam o discurso dos órgãos majoritários e isso seria uma virtude do sistema. Essa influência recíproca entre oficiais eleitos, o público e os tribunais torna a constituição mais relevante em nossas vidas e incrementa a qualidade das decisões constitucionais. Com o controle recíproco entre os poderes, e o controle popular sobre eles, estabelecer-se-ia um processo dinâmico que tornaria a constituição mais vibrante e estável.¹²²

Fisher e Devins argumentam convincentemente que a inferência do dogma da supremacia judicial a partir da decisão de *Marbury v. Madison* é um equívoco, como também é equivocada a famosa frase do Juiz Robert Jackson, na qual se afirmou que a decisão do tribunal não é final porque infalível, mas infalível por que final. A história constitucional norte-americana infirmaria a assertiva: a decisão sobre o status dos escravos em *Dred Scott*, no final do século XIX, não foi final, assim como também não foram finais várias decisões relacionadas com temas controvertidos como o aborto, o federalismo, o trabalho infantil, as relações Igreja-Estado, a pena de morte e assim por diante. A história também seria uma parceira para desmentir o dogma de que os tribunais teriam um papel especial na proteção dos direitos individuais e das minorias, assunto que não poderia ser alocado nos parlamentos. A recomposição das Cortes, ora mais progressistas, ora mais conservadoras, reflete a contingente relação entre tribunais e proteção de direitos. O mesmo tribunal que valida a escravidão e impede reformas sociais para proteger o patrimônio dos mais ricos pode anos

temas ao longo dos tempos, bem como a série de atores não judiciais que influenciaram decisivamente nos rumos da discussão.

¹²² “*In calling attention to the profound role that non judicial actors play in shaping constitutional values, we do not argue that the Court plays but a minor role in these disputes. Quite the contrary. We agree that the Court often shapes elected government discourse and explain why the Court must play such a role. These volleys between elected officials, the public, and the Court both make the Constitution more relevant to our lives and improve the quality of constitutional decisionmaking. With each branch checking the other and the people checking government, a dynamic process makes the Constitution more vibrant and stable.*” (FISHER, Luis; DEVINS, Neal. *The democratic constitution. Op. cit.*, p. 5)

mais tarde determinar a o fim da segregação escolar e proteger as liberdades mais intrínsecas do indivíduo.

Manifestações dos tribunais em casos constitucionais importantes não seriam o final da discussão, mas o ponto de partida. Não seria necessária uma escolha excludente entre tribunais, parlamento e Governo. Direitos constitucionais seriam mais bem protegidos por meio de um processo político que envolvesse todos os departamentos do Estado. Isso exporia fraquezas, controlaria excessos e gradualmente forjaria consenso sobre valores constitucionais. O processo seria aberto: vários pontos de entrada e oportunidades de reconsideração, reforçados pelo equilíbrio entre decisões democráticas e controle judicial.¹²³

Enxergar a decisão judicial como final significa negligenciar o rico processo interativo que se inicia após aquela manifestação, envolvendo o Presidente, o Congresso, as agências executivas, os estados, as associações profissionais e o público em geral. Nesse contexto surge uma série de possibilidades de reações desses agentes envolvidos, várias delas no intuito de conter a manifestação dos tribunais. O Congresso poderá aprovar novas leis ou até mesmo emendar a constituição. O Governo poderá se recusar a implementar as decisões, ou implementá-las de forma distorcida. Pode haver alteração do número de integrantes da Corte para fins de alinhar a jurisprudência aos anseios dos ramos majoritários. A sociedade civil poderá se mobilizar e organizar protestos. Poderão surgir entendimentos divergentes e insubordinações nas instâncias inferiores ou até mesmo desobediência civil. Essas técnicas de contenção das cortes (*court curbing*) não seriam um vício do sistema, mas uma parcela virtuosa do desenho constitucional.

Na essência do trabalho de Fisher e Devins há a defesa da existência de um diálogo contínuo construtivo e inevitável, e não de um simples monólogo estabelecido sob a premissa da supremacia judicial. Mas, frisa-se que a constatação das evidências da inexistência da alegada supremacia das cortes não conduz os autores ao extremo oposto de afirmar a total ilegitimidade ou inefetividade do controle judicial, o que conduziria à supremacia parlamentar. O diálogo não apóia a supremacia, quer seja judicial ou parlamentar. A teoria do

¹²³ “Constitutional rights are better protected by a political process that involves all three branches, the states, and the public. It is this process of give and take and mutual respect that allows all parts of government to expose weaknesses, hold excess in check, and gradually forge a consensus on constitutional values. An open process — with many entry points and opportunities for reconsideration, reinforced by a balance between democratic decisions and judicial checks — provides a lasting stability to the Constitution.” (FISHER, Luis; DEVINS, Neal. *The democratic constitution*. Op. cit., p. 7)

diálogo qualifica as teorias da última palavra e defende que um modelo melhor seria fundado na fragmentação de poderes, no qual tribunais não eleitos e parlamentos ou Presidentes sufragados não pudessem exceder suas atribuições. Rejeita-se a supremacia em qualquer um dos três Poderes em função da importância atribuída aos valores da liberdade, do discurso, da deliberação e do governo limitado.¹²⁴

A crença na supremacia judicial impõe sobre os tribunais um encargo que ele não está apto para carregar. Constrói expectativas que convidam ao desapontamento, quando não ao desastre. O tribunal é um ator importante, mas não o único. Apenas aceitando o jogo de trocas mútuas que se estabelece entre ramos eleitos e não eleitos é que se torna possível compatibilizar os primeiro em uma concepção democrática de sociedade. Participando nesse processo os Poderes se controlam reciprocamente, corrigem falhas alheias e estabelecem bases de consenso. A participação popular acrescenta legitimidade, vitalidade e atualiza o sentido da constituição, impedindo que ela se torne algo estranho à realidade social. Aí sim haveria estabilidade, respeito e compreensão constitucional.¹²⁵

Outro autor norte-americano que tem se destacado nos últimos anos por defender uma versão do diálogo como fruto inevitável e virtuoso da separação dos poderes é Barry Friedman.¹²⁶ Assim como qualquer defensor do diálogo ele não é contrário ao controle judicial, mas busca legitimá-lo sobre premissas menos pretensivas do que aquelas adotadas pelos defensores da supremacia judicial. Para realizar essa defesa mais modesta dos tribunais, Friedman procura desmistificar o problema da “dificuldade contramajoritária” o que, segundo ele, seria uma obsessão acadêmica que muitas vezes sufoca outras questões importantes e desvia a atenção do estudioso para o que de fato ocorre na prática constitucional. A

¹²⁴ “*This very preference for fragmented Power denies the Supreme Court an authoritative and final voice for deciding constitutional questions. We do not accept the concentration of legislative Power in Congress or executive power in the President. For the same reason, we cannot permit judicial Power and constitutional interpretation to reside only in the courts. We reject supremacy in all three branches because of the value placed on freedom, discourse, democracy, and limited government.*” (FISHER, Luis; DEVINS, Neal. *The democratic constitution. Op. cit.*, p. 233.)

¹²⁵ “*It is this process of give and take and the mutual respect the branches have for one another that permits the unelected Court to function in a democratic society. By agreeing to an open exchange among the branches, all three institutions are able to expose weaknesses, hold excesses in check, and gradually forge a consensus on constitutional values. By participating in this process, the public has an opportunity to add legitimacy, vitality, and meaning to what might otherwise be an alien and short-lived document. Therein lies true stability. Therein lies respect for and understanding of the Constitution.*” (FISHER, Luis; DEVINS, Neal. *The democratic constitution. Op. cit.*, p. 239.)

¹²⁶ Na classificação de Bateup encaixam-se nas teorias estruturais do equilíbrio, que enxergam como papel fundamental dos Tribunais o fomento de uma discussão constitucional ampla que conduza, em última instância, a um acordo equilibrado sobre o significado constitucional. No mesmo grupo são elencados conhecidos trabalhos de Robert Post como POST, Robert. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge: Harvard University Press, 1995 e POST, Robert; SIEGEL, Reva B., Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; Yale Law School, *Public Law Working Paper No. 131*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=990968>>.

dificuldade contramajoritária repousaria sob duas premissas empiricamente equivocadas, quais sejam: a de que existe uma maioria cuja vontade é representada pelo parlamento¹²⁷ e a de que a decisão judicial é final e, no fim das contas, triunfaria sobre a vontade das maiorias. Para os fins do nosso trabalho nos interessa a segunda parte da argumentação, com a qual poderemos perceber porque Friedman considera que as decisões dos tribunais não são finais e qual seria a função atribuída ao Judiciário dentro de uma comunidade política.

Mesmo não concordando com a possibilidade de trabalhar com categorias como maiorias e minorias, Friedman busca demonstrar a falácia da dificuldade contramajoritária fazendo uma importante constatação: nem sempre há uma correlação entre majoritarismo/parlamentos e cortes/contramajoritarismo. É equivocada a visão de que juízes não eleitos e irresponsáveis perante os mecanismos ordinários de prestação de contas eleitoral atuam distorcendo a vontade das maiorias quando invalidam leis ou determinam condutas ao Governo. Muitas vezes as Cortes atuarão de forma majoritária e, por motivos de falhas no processo representativo, os órgãos majoritários se oporão à vontade popular. Esse é um primeiro ponto contrário ao ataque irrestrito à atuação dos tribunais.

Mas, além disso, aqueles que argumentam contra a revisão judicial por enxergar nela um ponto final nas questões políticas importantes da comunidade também não possuem razão. A experiência demonstra que o processo de interpretação constitucional não é um jogo adversarial entre os ramos eleitos e os tribunais irresponsabilizáveis eleitoralmente. O processo constitucional integraria os três ramos do governo e o significado constitucional seria construído por meio deste complexo diálogo, que também envolveria os segmentos da sociedade civil.¹²⁸ Perceba-se, então, que para Friedman a afirmação de que os tribunais não possuem a última palavra é um argumento que funciona no sentido de enfraquecer a dificuldade contramajoritária e legitimar o controle judicial, mesmo que de forma bem menos pretensiosa do que nas teorias da supremacia judicial.¹²⁹

¹²⁷ A argumentação de Friedman nesse ponto é muito interessante. Ele questionará e demonstrará por dados empíricos que não é possível se definir estaticamente a relação entre minorias e maiorias em uma sociedade complexa. O que haveria seria uma dinâmica interação entre o eleitorado que se aglutina contingentemente em torno de interesse comuns pontuais. Além disso, o Governo não representaria a vontade da maioria, mas integraria as demandas dos diferentes eleitorados buscando acomodações possíveis. Cf. FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 628 ss.

¹²⁸ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 581.

¹²⁹ “This notion of ‘judicial finality’ seriously overstates the impact of judicial decision, however even a decision by the Supreme Court. A judicial decision is a important word in any subject. But it is not necessarily the last word. Because judicial word is not the last word, the countermajoritarian difficult loses force.” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 644.)

As decisões judiciais não seriam a última palavra nem na resolução de casos concretos¹³⁰, nem no equacionamento definitivo das questões abstratamente consideradas. Esse segundo ponto é que interessa mais diretamente à teoria do diálogo. Isso porque quando se questiona a legitimidade da atuação contramajoritária dos tribunais o que se tem em mente não é imediatamente o que ocorre com uma das partes em um caso concreto, mas a possibilidade de que em sua atividade de dizer o direito (*lawsaying*) as cortes interfiram nas decisões sociais mais importantes, como no caso da proibição do aborto ou da segregação racial nas escolas. Mas é precisamente no controle de questões abstratas, quando está em questão essa atividade de *lawsaying*, que a falácia da última palavra judicial se torna mais evidente. Os críticos da interferência judicial enxergam a decisão da corte como um bloqueio definitivo para as decisões majoritárias; frustraria qualquer outra manifestação da vontade popular, ainda que legítima. Ocorre que a decisão judicial não possui necessariamente este efeito.

Aqueles que superestimam o peso da decisão judicial enxergariam em *Roe v Wade*, decidido em 1976, o ponto final da discussão sobre o aborto nos EUA. Mas a história trataria de desmentir essa descrição. Apenas quinze anos mais tarde o direito foi refinado, sofrendo algumas limitações em *Planned Parenthood v. Casey*. Além disso, uma série de reações foi observada, não só na sociedade civil organizada, mas também por parte dos parlamentos locais, que continuaram a deliberar sobre o assunto, algumas vezes enfrentando diretamente os limites da decisão. O que se percebe é que a população certamente sente o impacto da decisão judicial, mas o inverso também é verdadeiro. O que ocorre é um processo contínuo e circular que se protraí no tempo. Normalmente a narrativa se inicia com uma ação governamental; em seguida uma série de indivíduo contesta-na sob o argumento de ter violado seus direitos, querela que submetida a decisão judicial recebe uma resolução de primeira instância. A discussão se estende para os tribunais superiores, e quanto mais importantes forem as ações governamentais, maior será o número de questionamentos. Inevitavelmente a questão vai parar na Suprema Corte. Neste ponto o debate já estará maduro. Argumentos de ambos os lados terão sido ouvidos, sintetizados, refinados e remodelados. A Corte decide. Essa será a última manifestação judicial, ao menos durante essa rodada.

¹³⁰ Aqui Friedman considera uma série de dificuldades relacionadas com a implementação das decisões.

A população notará que a Corte decidiu sobre o assunto. Repórteres noticiarão o feito e isso gerará debate. Alguns concordarão com a decisão, outros discordarão, fato que inevitavelmente gerará discussão em ambientes formais e informais. Artigos serão escritos, comentários virão sobre a decisão. Novas demandas continuarão a ser ajuizadas. A sociedade civil se mobilizará, assim como os órgãos majoritários, que aprovarão leis em sentido favorável ou contrário ao decidido. Enfim, o processo se estenderia infinitamente. Essa complexa interação, por si só, seria um diálogo.

Definitividade não seria nem atingível nem desejável. Estaria na essência humana desafiar aquilo com o que não se concorda. Erros do passado poderiam reclamar correção no presente. Além disso, seria inviável se imaginar consenso suficiente para que em sociedades plurais como as nossas se estabelecessem as bases para a estabilização definitiva de qualquer decisão. Sem acordo não haverá última palavra, ainda que os tribunais se afirmem dela detentores.

Outro fator importante que impede a existência de última palavra é o caráter geral de indeterminação do texto constitucional. A constituição é um documento histórico e espacial, cujo conteúdo varia ao longo do tempo, demonstrando flexibilidade para mudar com a sociedade que a governa. Por ter esta característica, nenhuma interpretação deve ser considerada correta agora e para sempre. A corte é livre para mudar de opinião. O povo é livre para discordar da corte. A corte é livre para discordar do povo. Os integrantes da corte são livres para discordar entre si. Conforme os desacordos forem sucedendo, o documento vai adquirindo novos sentidos.¹³¹ O desacordo conduz ao diálogo e neste diálogo os tribunais possuem voz ativa, mas não uma voz que pretende calar a multidão. Nessa pequena passagem de Friedman percebemos claramente duas das características que elencamos como capazes de integrar o “mínimo denominador comum” das teorias do diálogo: valorização do desacordo e maior relativismo moral. Mas disso tudo dito, resta saber: qual seria então a função da corte em uma comunidade política complexa, na qual vigora o desacordo e que se compõem de ramos autônomos dentre os quais se fragmenta o poder?

Os tribunais teriam duas funções nesse jogo interativo dialógico: funcionariam como interlocutores e como modeladores ou facilitadores do diálogo. A função de interlocução é

¹³¹ FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 651.

mais óbvia. Interessante é entender como o tribunal funciona como um facilitador ou modelador do diálogo. Além de surgirem reações de outros atores constitucionais quando a corte decide, muitas vezes seus integrantes agem de forma deliberada como intermediários no diálogo, como sintetizadores de visões diferentes disseminadas na sociedade, oferecendo tais sínteses novamente para futuras discussões sociais. Como um tenista, a corte sempre rebateria a bola. Em suma, a corte desempenharia as seguintes funções: i) realizaria a síntese das diferentes visões constitucionais sobre o sentido da constituição; ii) focaria o debate em temas relevantes; iii) atuaria como um elemento catalizador, gerando debates sociais que de outra forma poderiam permanecer adormecidos na agenda política; iv) modelaria o debate de acordo com a gramática constitucional; v) poderia dar voz e corpo ao diálogo, trazendo para o seu centro posições pouco disseminadas no espaço público e idéias marginalizadas no processo político ordinário, quer sejam elas bem-vindas ou não; vi) poderia moderar e direcionar o debate por meio da proteção de algumas instituições que participam do diálogo.¹³²

O trabalho de Friedman retrata com clareza que uma teoria do diálogo não precisa estar necessariamente relacionada com um juízo prescritivo muito exigente sobre a correta função de cada Poder, nem mesmo sobre a correta concepção de democracia ou de algum específico método de interpretação constitucional. Além de desejável, o diálogo seria inevitável. Abordagens sobre o assunto deveriam ser travadas nesses termos e não bitolados pela dificuldade contramajoritária. A grande discussão deveria ser a melhor forma de tornar o diálogo mais aberto, vibrante e efetivo. Nessa linha cabe frisar que as limitações à atividade judicial não adviriam simplesmente de teorias normativas. O diálogo e as contenções aos tribunais seriam internos e inerentes ao sistema. Juízes são limitados pelo sistema político que os circunda. Quando se afastam muito dos marcos por ele estabelecidos, pressões promovem um natural realinhamento (quer seja pela recomposição das cortes ou pela retórica política). A proteção dialógica é que o Judiciário – ou o povo – sempre se esforça para atingir convergência. As restrições são inerentes ao sistema, não externas ao processo. A vontade popular segue a decisão judicial na medida em que juízes parecem estar certos. Quando eles parecem se equivocar, a vontade popular os pressionará por mudanças.¹³³

¹³² FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 668-671.

¹³³ “Judges are constrained by the political system that surrounds them. When judges stray to far from the mark, pressures build – in judicial appointments and in political rhetoric – to bring them back into line. The dialogic protection is that judiciary – or the people – always are struggling to achieve convergence. The constraint is inherent in the judicial process rather than external to it. The people will follow judicial decisions so long as judges seems right. When the judges no longer

No fim das contas, os tribunais que afirmam que suas decisões são finais (e as teorias que reforçam o dogma da supremacia judicial) estariam atuando nos moldes do Rei do Asteróide 325, em relação ao Pequeno Príncipe, do conto heterônimo de Saint Exupéry. Insistem em sua autoridade absoluta, mas no fundo sabem que somente podem exercer poder quando alinhados com o restante das forças sociais. Sabem que podem errar e que são limitados. Não são nem podem ser os protagonistas da vida constitucional, que somente se desenvolve em sua plenitude na interação entre as diversas forças que sob ela convivem. E, por fim, quando percebem que irão ser desafiados, cedem, recuam, compartilham poder e se contêm.¹³⁴

Deixando o ambiente americano e passando para o canadense, vale destacar duas sofisticadas manifestações teóricas de bases dialógicas. Uma das defesas mais robustas da figura do diálogo adveio dos escritos de Kent Roach, por meio dos quais buscou explorar as potencialidades de um modelo que aposta no controle judicial e parlamentar forte, contudo, sem hierarquias. Roach é defensor do controle judicial, ainda mais quando necessário para a defesa de grupos minoritários. Durante anos desenvolveu atividade profissional junto à Suprema Corte canadense, tanto na qualidade de assessor do *Justice* Berta Wilson, quanto como representante de várias associações protetoras do direito de minorias (como presos e aborígenes). Segundo ele, seu ponto de vista não decorre da crença de que os tribunais tenham o monopólio do saber ou devam sempre ter a última palavra. A justificativa se funda na crença de que a democracia é incrementada quando somos forçados a considerar os efeitos de nossas ações sobre grupos impopulares e desvantajados, e que um Judiciário independente e corajoso seria a melhor instituição possível para nos recordar dessas preocupações. Durante todos os seus escritos é possível perceber a recusa em focar as decisões judiciais como o

appear to be correct, the people will press for judicial change.” (FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 668-671.)

¹³⁴ De forma resumida, o Cap. 10 do Pequeno Príncipe narra que, depois de uma longa viagem, na chegada dele ao Asteróide, o personagem deixa escapar um longo bocejo, prontamente reprimido pelo Rei. Constrangido, o Pequeno Príncipe se desculpa e se justifica, motivo pelo qual o Rei, tamanha a comoção com a situação, determina que o personagem boceje novamente. O príncipezinho argumenta com o Rei que não mais conseguiria, fato que causa extremo desconforto para o soberano, cujo poder ilimitado não poderia ser afrontado. Ele então determina que o Pequeno Príncipe bocejasse algumas vezes e outras não! Afinal sua autoridade deveria ser respeitada; ele não toleraria desobediência! Diante da situação o Pequeno Príncipe pediu um pôr-do-sol ao monarca, pedido que foi aceito, mas condicionado à reunião de condições favoráveis segundo as ciências do bem governar, afinal o Rei só dava ordens razoáveis. Nesse ponto o Pequeno Príncipe já havia desmascarado o Rei. Sentiu vontade de partir, mas o Rei não deixou. O Pequeno Príncipe então sugeriu ao Rei que, se ele pretendesse ser prontamente obedecido, deveria determinar que, caso o Pequeno Príncipe quisesse, partisse no final daquele minuto. Essa seria uma ordem razoável e que preencheria as condições favoráveis. Com um sorriso no rosto o Pequeno Príncipe se despediu, mas o Rei determinou que ele não desse nem mais um passo: Estava sendo nomeado Embaixador!

inevitável ponto final de disputas políticas. Sua premissa é a de que todos os ramos de soberania popular possuem algo a oferecer para o jogo democrático e que, no caso canadense, o parlamento frequentemente foi capaz de responder de forma rápida e eficaz às decisões da Corte. Assim sendo, a partir do momento em que as decisões judiciais são encaradas como o início de um processo que permite respostas legislativas, executivas e da sociedade, surge com naturalidade o enquadramento do *judicial review* como parte de um diálogo contínuo entre diferentes atores que não entendem o provimento da corte como auto-executável ou final. “A democracia se enriquece e torna-se mais autoconsciente e autocrítica quando os extremos da supremacia judicial e legislativa são evitados e o Judiciário e o Legislativo atuam naquilo que possuem de melhor, respondendo às inevitáveis limitações do outro.”¹³⁵

Como o julgamento de uma Corte Suprema, a mais alta Corte da nação, poderia ser inserido na figura do diálogo? Julgamentos, afinal, não seriam convites a conversações. Eles demandariam obediência e quem ousasse desafiar decisões judiciais poderia parar na cadeia. O diálogo não seria fruto da fantasia dos professores de Direito que se aproveitam das decisões para continuar a desafiá-las, quando não coincidentes com suas teorias? Por meio dessas assertivas Roach ressalta novamente a relação entre as teorias do diálogo, a negação do Judiciário como última palavra e a necessidade do desenvolvimento de uma visão temporalmente mais sofisticada do tempo na política. Segundo ele, a chave para entender o julgamento de um tribunal constitucional como fruto de um diálogo depende de entender e examinar o processo como um todo. As decisões seriam finais e demandariam obediência na medida em que determinam os direitos e obrigações das partes litigantes. Também serviriam de precedentes para as futuras decisões. Mas, de outro lado, o Legislativo sempre poderia responder ao julgamento aprovando legislação que superasse a decisão. O processo em si seria democrático e isto seria um diálogo.¹³⁶

Outro ponto importante trabalhado por Roach é a relação que ele estabelece entre teorias do diálogo e um possível relativismo moral.¹³⁷ Valorizar o pluralismo e as dificuldades

¹³⁵ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. x.

¹³⁶ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 239.

¹³⁷ Hiebert também enfrenta o tema, posicionando-se no mesmo sentido, mas enfatizando o papel do legislativo: “*Arguing against a judicial-centric approach to Charter judgment does not justify moral relativism. The call for shared responsibility aims to have Parliament exercise principle judgments about the merits of legislative decisions. Its conclusions may diverge from judicial opinion. Yet, if legislation has significant implications for protected rights, it should be subject to careful and deliberate political evaluation to determine whether the objective is justified, with respect to the merits of the concern it addresses and the seriousness of the rights infringement.*” (HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 226.)

de dissolver desacordos substantivos, propondo o processo democrático de luta política como o meio mais legítimo para tanto, poderia conduzir às atrocidades de se ter que aceitar resultados flagrantemente injustos, como aqueles observados na Segunda Guerra. Os defensores da supremacia judicial acreditam que nesses casos o Judiciário seria o último reduto para guardar a reserva de justiça da constituição e, certamente, argumentariam que defender a possibilidade de reversão parlamentar seria negar a possibilidade de se afirmar um conjunto básico de princípios morais que estariam indisponíveis, até mesmo para as deliberações democráticas. As idéias de Roach são importantes para demonstrar a ausência de relação entre diálogo e relativismo moral. Isso porque cabe observar que independentemente da existência ou não de respostas corretas para casos controvertidos como casamento gay, aborto e ações afirmativas, haverá possibilidade de que o agente responsável por decidi-las cometa erros no momento de julgar. Daí ter percebido, com precisão, que a objetividade de alguns juízos morais não conduz a um modelo de supremacia judicial. Pelo contrário! Como destaca Roach as teorias dialógicas poderão conduzir mais efetivamente ao alcance de respostas corretas, na medida em que inserem no processo decisório mais atores, para além do monólogo judicial ou parlamentar.¹³⁸ As teorias dialógicas enfatizariam que permitir a última palavra aos tribunais abriria margem para boas decisões, como aquelas que determinaram o fim da segregação escolar entre negros e brancos, mas também perenizariam decisões degradantes com aquelas que equipararam os negros a objetos ou aquelas que invalidaram legislações sociais protetoras das classes menos favorecidas. Defender a teoria do diálogo não significa se apresentar como um relativista, significa apenas acreditar que melhores respostas são obtidas pela interação de mais agentes no processo decisório. Isso não negaria a possibilidade simétrica de erros.¹³⁹

O que se percebe na essência do pensamento de Roach é a defesa de um diálogo como fruto da separação de poderes, no qual concorreriam em sinergia e com a mesma dignidade todos os Poderes e, sob eles, a sociedade civil. Apesar disso, haveria uma divisão de trabalhos. O tribunal lembraria os legisladores sobre os direitos passíveis de serem

¹³⁸ “*Dialogic theories of judicial review can enhance democracy by requiring legislatures and the public to confront their prejudices and fear. Sometimes they will give in to these ugly forces, but not generally. When they do give in, nothing, not even judicial supremacy, will save the society from itself. Theories that allow for dialog among the Court, the legislature, and the people demonstrate a faith and optimism about democracy that is absent from the conventional theories of judicial review.*” (ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 241)

¹³⁹ “*A boa notícia é que o Legislativo canadense poderia reverter tanto Dred Scott quanto Lochner. A má notícia é que também poderia limitar ou mesmo alterar o que decidido em Brown v. Board of Education. Esta possibilidade, entretanto, pode ser o preço a pagar por uma abordagem mais democrática do controle judicial de constitucionalidade.*” (ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 33.)

negligenciados no processo legislativo e administrativo. O parlamento recordaria os tribunais das razões porque limitações de direitos são requeridas em contextos particulares, e as alternativas que os governos consideraram e rejeitaram. A justificação governamental para a limitação de direitos poderia posteriormente ser revista pela corte. O dialogo que emergiria sob a seção 1 da Carta canadense não seria uma “competição de quem grita mais alto” (*shouting match*) sobre determinado ponto, mas uma conversação expansiva e construtiva que impediria os extremos da supremacia legislativa e judicial.¹⁴⁰

Nesse processo o Judiciário teria uma função importante de defender questões de princípio. Em função da competência para realizar controle judicial, poderia intervir nos casos individuais mais emergenciais. Todavia, mais importante que isso seria a função do *judicial review* de criar uma sociedade de cidadãos mais conscientes das implicações do que burocratas e parlamentares fazem em seu nome. Deveria permitir que a sociedade usufrísse das virtudes da democracia, mas que também se tornasse mais atenta dos perigos advindos da possibilidade de que o Legislativo limitasse ou negasse seus direitos.¹⁴¹

Um diálogo construtivo e democrático entre tribunais e parlamentos sob as regras das modernas cartas de direitos fundamentais pode aprimorar o desempenho de ambas as instituições. Um Judiciário independente poderá ser robusto e menos temeroso na proteção dos direitos e das liberdades, consciente de que não precisará ter a última palavra. O Legislativo será encorajado a considerar a possibilidade de perseguir seus objetivos de uma maneira mais respeitosa aos direitos. O Executivo poderá ser explícito e sincero sobre o porquê da necessidade de limitar e se afastar dos precedentes das cortes por meio da adoção de legislação ordinária em sentido contrário. Não será necessário manipular o poder de nomear os integrantes do tribunal, tentar restringir sua jurisdição ou, ainda, tentar emendar a constituição, tudo no intuito de reverter as decisões judicial controversas. O diálogo democrático entre tribunais e parlamentos pode evitar monólogos e poderes desenfreios gerados tanto pela supremacia judicial ou legislativa. Tribunais fortes são necessários para equilibrar o poder de legislativos fortes. A premissa é o diálogo, mas ativismo precisa ser combatido com ativismo!¹⁴²

¹⁴⁰ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 293.

¹⁴¹ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 294.

¹⁴² ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 295.

Nesta breve organização das teorias dialógicas, acredito ser importante finalizar o tópico com algumas palavras sobre as idéias desenvolvidas por Janet Hiebert, a segunda representante canadense acima aludida. Assim como Friedman, Hiebert valoriza o empírico como forma mais adequada de enfrentar os desafios constitucionais relacionados com o possível déficit democrático inerente ao modelo de *judicial review*. Seu trabalho relata a participação de uma série de atores nos processos de discussão de temas da mais alta relevância para a comunidade política, tais quais a discussão sobre os limites da propaganda de cigarros, as leis que atenuavam o tratamento dos crimes de agressão sexual, matérias relacionadas com biodireito e o uso de DNA, garantias relacionadas com o processo penal e as questões de igualdade envolvendo homossexuais. Mas isso não a leva a negligenciar a estreita relação que o empírico guarda com o normativo.¹⁴³

Hiebert desenvolve sua versão normativa da interação entre cortes e parlamentos, tentando-se afastar de ambos os pólos extremos do espectro político, ou seja, daqueles que negam totalmente a revisão judicial por antidemocrática e daqueles que a defendem sob o argumento de que não fere a democracia. Ao invés de procurar definir a função judicial em correspondência com os argumentos rivais de guardião dos princípios democráticos ou, alternativamente, ressaltando seu déficit democrático, ela oferece uma perspectiva diferente: busca avaliar o potencial de influência que uma carta de direitos fundamentais exerce, sobre o ramo judicial e político, através da noção de *compartilhamentos de responsabilidades*. Essa responsabilidade compartilhada deve ser concebida em termos relacionais.¹⁴⁴

Hiebert prefere usar a metáfora da conversação para caracterizar a interação entre os poderes, uma vez que, mais que o diálogo, indicaria mais fluidez e menos formalidade. Parlamentos não estariam adstritos a meramente responder às decisões judiciais, mas deveriam contribuir também interpretando a constituição. A conversação ocorreria nas duas direções. A autora, contudo, admite que nos últimos anos teve seu entusiasmo pela figura da conversação diminuído, principalmente pelo fato de que muitos que assim se rotulam usam do mecanismo para defender uma posição de primazia judicial. Daí Hiebert falar em

¹⁴³ “... princípios e direitos não são conceitos autônomos ou auto-evidentes. Ao contrário, requerem julgamentos políticos para o esclarecimento de seus significados e aplicações em conflitos sociais e políticos. A natureza subjetiva desses julgamentos e a natureza discricionária das regras legais que fundamentam a interpretação tornam difícil, senão artificial, separar análise empírica de julgamentos normativos.” (HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal & Kingston: McFrill-Queen’s University Press, 2000, p. 22)

¹⁴⁴ “A better way to assess how a bill of rights affects judicial and political power is to think of constitutional judgments as shared responsibility. As I will argue in the next chapter, this shared responsibility should be conceived in relational terms” (HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 43.)

responsabilidades constitucionais compartilhadas em termos relacionais, e não dialógicos. Isso implicaria em três características básicas: i) Cada ramo da soberania popular ofereceria uma contribuição diferente para a questão, uma vez que suas estruturas institucionais e suas formas de enfrentar o problema são diferentes. Parlamento e Judiciário possuem distintos relacionamentos com os conflitos estabelecidos sob a Carta. Eles não apenas estão situados em pontos diferentes em relação aos conflitos, mas seus julgamentos são feitos com base em distintas características institucionais e responsabilidades que caracterizam suas funções. ii) Ambos deveriam refletir sobre a possibilidade de que a outra instituição possa reagir à sua decisão, fato que realça não haver última palavra, mas renovação cíclica. iii) Por fim, cada instituição deveria buscar reagir à outra, analisando as justificativas para a tomada de suas decisões, o que deve ser feito sem a pretensão de simplesmente afirmar o erro alheio. Como a própria Hiebert reconhece, diferentemente de muitas explicações da figura do diálogo, sua versão concebe o processo em termos de exigência de cuidadoso escrutínio por cada uma das instituições envolvidas no processo decisório; não descreve o diálogo em termos de um processo no qual o Judiciário corrige os “erros” do Legislativo e do Executivo.¹⁴⁵

Desse modo, a Carta se implementa de forma mais desejável quando o parlamento aceita o fato de que divide a responsabilidade com o Judiciário de fazer julgamentos sobre a justificação das ações estatais com base em princípios. Isso não quer dizer que o parlamento deve simplesmente declarar sua visão particular, sem considerar as preocupações judiciais, ou calcular sua opinião inteiramente com base na antecipação do que o Judiciário poderá dizer. Nem o parlamento nem o Judiciário devem aspirar repetir o argumento alheio. Segundo a visão das responsabilidades compartilhadas, o parlamento e os juízes se satisfazem com a justificação de suas decisões e, quando surgem diferenças, refletem sobre a opinião daqueles situados em um local diferente. A significância de julgamentos alternativos não é que eles sejam mais iluminados ou baseados em bons princípios, mas é que eles são feitos de diferentes pontos focais e refletem distintas responsabilidades institucionais. A perspectiva alternativa trazida para a resolução do conflito pode introduzir preocupações negligenciada nos outros julgamentos.¹⁴⁶

Essa descrição do diálogo que enfatiza as responsabilidades compartilhadas, principalmente a partir das diferentes expertises dos agentes envolvidos no processo

¹⁴⁵ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 51.

¹⁴⁶ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 220.

decisório, é especialmente importante para os fins do nosso trabalho, no qual buscamos defender a necessidade de maior deferência para com as decisões dos integrantes do sistema de saúde na questão de proteção desse direito social em sua dimensão individual e sua compatibilização com as políticas públicas de saúde que são implementadas pelo governo. Nos mesmos moldes de Sunstein, que enfatiza as limitações cognitivas do julgador como justificativas para deixar questões não decididas, Hiebert caminha no mesmo sentido ao enfatizar a menor capacidade institucional comparativa do Judiciário em matéria de controle de políticas públicas. Segundo ele é o parlamento, não o Judiciário, que tem acesso aos variados recursos necessários para a tomada de decisões prudentes e responsáveis sobre políticas públicas que reflitam algum objetivo legislativo perseguido. O Parlamento é composto por uma ampla burocracia com especialistas de vários departamentos que, no desenvolvimento de políticas públicas, realizam amplos estudos, acessam amplo material científico e social, consultam especialistas comunitários e não-governamentais, tomam de empréstimo as experiências de outros países e utilizam uma memória institucional de como os objetivos políticos evoluíram, incluindo sucessos e fracassos de estratégias prévias.¹⁴⁷ Por isso, Parlamentos estão mais bem situados que o Judiciário na identificação dos meios apropriados para implementar políticas públicas.¹⁴⁸

Mas é preciso enfatizar que em muitas situações o Judiciário estaria, comparativamente, mais bem posicionado que o legislativo e o executivo. A liberdade judicial das pressões políticas e sua particular atenção à dimensão dos direitos nos conflitos constitucionais são razões porque os agentes políticos devem ser particularmente atentos acerca das mensagens normativas sobre direitos constantes nas judiciais. Quando a Suprema Corte decidir que alguns direitos foram infringidos – aqueles direitos relacionados com as mais profundas razões filosóficas que a comunidade política pretende proteger contra os atos estatais – essas decisões devem garantir especial e escrupulosa atenção política. Quanto mais séria a restrição a um direito, de forma mais cuidadosa o Parlamento deve se portar antes de adotar qualquer ação (ou inação) que possa afrontá-lo.¹⁴⁹

1.6. Há potencial dialógico no sistema brasileiro?

¹⁴⁷ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 222.

¹⁴⁸ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 223.

¹⁴⁹ HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Op. cit., p. 226.

A primeira questão que deve ser enfrentada quando pretendemos transpor toda a teoria do diálogo para a realidade brasileira gira em torno da seguinte questão: seria possível o desenvolvimento de práticas dialógicas em sistemas que optam explicitamente pelo modelo americano de constituições rígidas e escritas, controladas pelo Judiciário? Na terminologia de Tushnet: poderia haver formas fracas de controle judicial (*weak-form judicial review*) em sistemas de controle forte (*strong-form systems*)? A resposta dele, tratando do caso norte-americano, é afirmativa. Com ele concordamos e justificaremos a opção ao longo deste tópico. Acreditamos que possuímos no Brasil um **modelo moderadamente dialógico** e que, especificamente no campo do direito à saúde, quanto mais interativo for o sistema, maiores serão as chances de obtermos melhores respostas.

Já tangenciamos, no tópico 1.4, a questão quando destacamos que, apesar de haver uma correlação entre os **modelos dialógicos** e as **teorias do diálogo**, não há entre eles uma relação de necessidade ou suficiência. Em modelos não dialógicos (ou pouco dialógicos), surgem teorias que apostam no diálogo e vice-versa. Vimos no tópico anterior como nos EUA há uma destacada produção teórica que se apóia na figura do diálogo, mesmo que o modelo tenda a privilegiar a decisão da Suprema Corte no circuito decisório. Nos EUA o diálogo surgiu como fruto das práticas interpretativas e dos apelos teóricos que buscam tornar o sistema mais sensível aos influxos democráticos e às vontades das maiorias. Diferentemente das experiências narradas nos países de tradição britânica, o desenho institucional permaneceu inalterado e o diálogo eclodiu como um fenômeno adaptativo, mantidas constantes as variáveis institucionais.

O fenômeno acima descrito deixa claro outro ponto que já enfatizamos, qual seja: entre os novos modelos dialógicos (que permitem uma interação mais rápida e dinâmica entre os ramos de soberania popular entre si, e entre eles e o povo) e os clássicos modelos de supremacia (quer seja judicial ou parlamentar) não há uma polaridade estanque. Há um contínuo, uma gradualidade, que permite que mesmo mantidas constantes as variáveis institucionais, seja possível tornar o sistema mais ou menos sensível à influência de alguns dos atores envolvidos nas tomadas coletivas de decisões e na compatibilização em abstrato de direitos colidentes.

Na verdade, a grande diferença entre as recentes experiências dos países de tradição britânica e aqueles modelos adotados pelos países que possuem forte influência da tradição americana de supremacia judicial se relaciona com o tempo necessário para que, em cada qual, determinado agente decisório responda às manifestações dos outros atores, com as quais não concorda. Em outras palavras: enquanto os sistemas dialógicos permitem que os ramos políticos revertam as decisões tomadas pelos demais atores em um prazo curto, o modelo de supremacia judicial até permite que ocorram reversões, mas essas somente se processarão em um período de tempo mais estendido. Como precisamente observado por Tushnet, mesmo em modelos de controle forte, a definitividade das decisões dos tribunais superiores poderá ser alterada por emenda constitucional, reversão legislativa, pela recomposição dos tribunais ou até mesmo pela mudança de opinião dos julgadores. Isso elucidada o fato de que os sistemas de controle forte também permitem que os ramos políticos revisem eventual interpretação judicial, mas em um período que às vezes pode ser bastante longo.¹⁵⁰

Dito isto, cabe frisar que a primeira alternativa para promover a mencionada abertura dialógica seria *alterar variáveis do desenho institucional*, permitindo, por exemplo, como feito pelo Canadá, que mesmo após proferida a decisão de inconstitucionalidade pelo tribunal, o parlamento confirmasse a vigência do seu ato, não obstante a alegada ofensa a determinados direitos. A idéia básica seria oferecer mecanismos para que o povo respondesse às decisões que ele razoavelmente acredita equivocadas, de forma mais rápida do que por meio de emendas constitucionais ou pelo processo de indicação de novos ministros.

No Brasil essa alternativa não pode ser desprezada de *lege ferenda*, mas deve ser analisada com grande parcimônia, não só pelo relativo sucesso e a estabilidade apresentada pelo modelo de jurisdição constitucional inaugurado pela CF de 1988, mas principalmente em função de vivermos aquilo que Boaventura de Sousa Santos chama de democracia de baixa intensidade, facilmente colonizada por poderosos grupos de interesses que se infiltram na vida política e contribuem para a perpetuação de nosso histórico de clientelismo, de administração patrimonialista e para a disseminação de um sentimento da naturalização irreversível da corrupção, gerando descrença e apatia cívica.¹⁵¹ Aliás, nosso próprio histórico constitucional

¹⁵⁰ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Op. cit., p. 34.

¹⁵¹ “... com isso se naturaliza a corrupção, que é fundamental para manter essa democracia de baixa intensidade, porque naturaliza a distância dos cidadãos em relação à política – ‘todos são corruptos’, ‘os políticos são todos iguais’ etc. -, o que é funcional ao sistema para manter os cidadãos afastados. Por isso a naturalização da corrupção é um aspecto fundamental

é capaz de sugerir prudência, impedindo posturas maniqueístas. Vale lembrar que já adotamos um mecanismo muito semelhante à cláusula de não obstante do direito canadense, fato que coincidiu com a nossa primeira ditadura e com a vigência de nossa mais autoritária constituição, elaborada pelo ideário de Francisco Campos.¹⁵²

Cabe observar ser inegável que nosso modelo claramente favorece as manifestações do STF dentro do circuito decisório. Após aprovada determinada lei ou política pública, ela geralmente é levada ao STF por aqueles que saíram perdedores no processo político, contribuindo para tanto, além do caráter analítico da Constituição, a ampliação dos legitimados ativos habilitados para provocar o controle abstrato de constitucionalidade. O STF decide a questão, o que esperamos já termos demonstrado não significar a última palavra. Não concordando com a decisão os detentores de iniciativa para a deflagração do processo legislativo iniciam nova rodada deliberativa, o que pode conduzir à reversão da decisão judicial, seja por emenda constitucional, seja por aprovação de lei. O assunto é levado novamente ao STF que poderá mais uma vez declarar o ato incompatível com a Constituição. Nesse ponto, não podemos negligenciar por completo os efeitos que a decisão judicial possui, simplesmente recorrendo à imagem contemporizadora do diálogo e da ausência de última palavra. De fato a decisão não será definitiva se considerarmos a possibilidade de que ao longo do tempo a Corte seja recomposta e mude seu entendimento, ou mesmo situações menos ortodoxas como a reação generalizada dos Poderes políticos com a ameaça de destituição dos integrantes da Corte ou mesmo de desobediência. Mas isso tudo implica custos (políticos, temporais e deliberativos) e não camufla o peso institucional da decisão judicial.

A análise objetiva de nosso sistema demonstra que não possuímos um mecanismo institucionalizado para que no limiar do desacordo o Parlamento ou o Executivo respondam, em um espaço de tempo curto, às decisões do STF. Nos últimos anos percebemos esforços no sentido de minimizar os efeitos antidemocráticos dessa característica, por meio da abertura procedimental do próprio processo judicial de controle de constitucionalidade à participação

desse processo.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. “Para uma democracia de alta intensidade.” *Renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 83-126.)

¹⁵² O parágrafo único do art. 96 da CF de 37 dispunha que no caso da declaração da inconstitucionalidade de lei que, a juízo do Presidente da República, fosse necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá ele submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmasse por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficaria sem efeito a decisão do Tribunal.

de outros atores da sociedade civil,¹⁵³ como nos casos das audiências públicas¹⁵⁴ ou do *amicus curiae*.¹⁵⁵ É comum também encontrarmos manifestações no sentido de que o Supremo supriria sua ausência de legitimidade originária por meio da argumentação, transformando-se em um “representante argumentativo da sociedade”.¹⁵⁶ Ambos os pontos minimizam algumas dificuldades, mas não devem ser supervalorizados como a panacéia para todos os males.

O que importa observar neste momento é que, apesar de ocupar uma posição privilegiada no circuito decisório, nem mesmo a análise objetiva de nosso ordenamento parece-nos conduzir à conclusão de que estamos fadados a viver em um modelo de supremacia judicial, no qual as decisões do STF devam ser encaradas como a última palavra. O fato de a cabeça do art. 102 da CF enunciar que “*compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição*” certamente contribuiu para a disseminação de algumas confusões. Mas seria interessante indagarmos se na oração o advérbio “*precipuamente*” quer dizer que dentre as funções do STF a de guardar a Constituição é a precípua, ou, de outro lado, se diante dos demais guardiões da Constituição o papel do STF é precípua?¹⁵⁷ Não é incomum encontrar passagens de votos em que se repete o texto constitucional, extraindo-se a conclusão de que o STF é o “*último interprete do texto Constitucional*” ou ainda que o desrespeito à sua decisão representa uma “*fragilização da força normativa da Constituição*”¹⁵⁸, inferências sob as quais repousam sérias dúvidas.

¹⁵³ O fundamento teórico sempre evocado para tanto é a obra de HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação “pluralista” e procedimental da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

¹⁵⁴ Art. 9º, § 1º da Lei 9.868/99 e art. 6º § 1º da Lei 9.882/99.

¹⁵⁵ A figura do *amicus curiae* está expressamente prevista para o processo objetivo de controle abstrato (para a ADI e a ADC, art. 7º, § 2º da Lei 9.868/99; para a ADPF o art. 6º §§ 1º e 2º da Lei 9.882/99) e para o os incidentes de inconstitucionalidade nos tribunais inferiores (art. 482 do CPC). Novos mecanismos de “abstratização do controle difuso” também apostam em alguma forma de abertura procedimental. No processo de aprovação de súmulas vinculantes há previsão nesse sentido (art. 3º, § 2º da Lei 11.417/06), assim como também há para o julgamento de questões que tenham a repercussão geral reconhecida pelo STF (art. 546-A, § 6º do CPC) ou que sejam consideradas causas repetitivas pelo STJ (543-C, § 4º do CPC).

¹⁵⁶ Nesse sentido a manifestação do Min. Gilmar Mendes, na ADI 3.510/DF, Rel. Min. Carlos Britto: “*O STF demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do Povo, tal qual o parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontrem guarida nos debates procedimentais e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. Audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos na matéria em debate, a intervenção do amicus curiae, com suas contribuições jurídicas e socialmente relevantes, assim como a intervenção do MP, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias públicas e privadas, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um espaço democrático. Um espaço aberto à reflexão e argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy ‘o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente.’*”

¹⁵⁷ José Adércio Sampaio Leite afirma que “*quando o art. 102 fala de uma competência precípua do Supremo Tribunal Federal de guarda da Constituição não está a precluir, antes, pelo contrário, pressupõe a sua defesa pelos demais poderes. De lege data, toda a argumentação sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade se lança, então, para o seu alcance e grau de intervenção do tribunal...*” (SAMPALIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de controle de constitucionalidade no Brasil. (Org.) SARMENTO, Daniel. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 208)

¹⁵⁸ STF, RE 328.812, DJ de 11-04-2003, Rel. Min. Gilmar Mendes.

Além disso, não devemos nos olvidar que o próprio texto da Constituição prevê a possibilidade de emendas, o que viabiliza a reversão das decisões do STF pelo parlamento, como também atribui ao Presidente da República a prerrogativa de nomear os integrantes do Supremo mediante a aprovação prévia do Senado federal (art. 52, III), o que pode permitir que os ramos políticos consigam, ao longo do tempo, realinhar o Tribunal aos seus entendimentos por meio de sua recomposição com integrantes que guardem compatibilidade de pensamento com eles. Mas parece-nos que a prova mais cabal para se defender o argumento contra a supremacia judicial reside na constatação de que a decisão do STF em controle abstrato de constitucionalidade não vincula o legislador. O art. 102, § 2º da CF dispõe expressamente que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos *demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta* (perceba-se que propositalmente não se inclui o Legislativo), nas esferas federal, estadual e municipal. O mesmo se verifica do regime das súmulas vinculantes trazidos no art. 103-A da CF. Há inclusive entendimento consolidado do STF nesse sentido, de onde se colhe a seguinte passagem: “*Se assim não fosse, interferir-se-ia de maneira desarmônica na esfera de atuação do Poder Legislativo do Estado, impedindo-o de legislar novamente sobre a matéria, toda vez que esta Corte se manifeste pela inconstitucionalidade de lei preexistente*”.¹⁵⁹

Dentro ainda da análise objetiva de nosso ordenamento jurídico, cabe frisar que em determinados pontos não existe nem mesmo divergência de que a vida constitucional brasileira não se exaure no ambiente das cortes. Há conhecidíssimos exemplos de *processos decisórios interativos*, assim como *espaços de reserva material* nos quais o Judiciário não possui competência decisória, cabendo ela ao Poder Executivo¹⁶⁰ e ao Legislativo¹⁶¹, ou

¹⁵⁹ STF, Rcl 2617, DJU 20-05-05, Rel. Min. Cezar Peluso.

¹⁶⁰ Sobre essas zonas de reserva material atribuídas ao Executivo, cabe mencionar a competência privativa de conceder indulto e comutar penas (CF, art. 84, inc. XII), o que, de fato, significa a última palavra em matéria de direito penal, uma vez que ambas possuem o efeito de extinguir a punibilidade do injusto cometido pela agente (art. 107, II do CP). Outro exemplo claro, no qual a Constituição atribui ao Chefe do Executivo a última palavra, se verifica nas hipóteses de decisão sobre concessão ou não de extradição, após deferido o pedido extradicional pelo STF e não havendo tratado bilateral pelo qual o Brasil tenha se obrigado a entregar o extraditando. Nesse sentido a melhor doutrina: “*Ocorre que, sendo o Presidente da República, e não o STF, o competente para “manter relações com Estados estrangeiros” (CF, art. 84, inc. VII), será sua – e não do Poder Judiciário – a palavra final sobre a efetiva concessão da medida. Portanto, autorizada pelo STF a extradição, compete ao Presidente da República decidir em definitivo sobre a sua conveniência, sendo perfeitamente possível que a autorização do Supremo não seja efetivada pelo Presidente, sem que isto cause qualquer tipo de responsabilidade para este último.*” (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 608.) Nesse sentido foi o entendimento do STF, por apertada maioria, no “caso Cesare Battisti”, STF, Ext. 1.085/República Italiana, DJU 15-04-10, Rel. Min. Cezar Peluso. Destaca-se que a reserva atribuída ao Executivo, muitas vezes é oponente inclusive em relação ao Poder Legislativo, não podendo, por exemplo, este último assinar prazo para que o primeiro

mesmo à sociedade civil.¹⁶² No primeiro caso definitivamente podemos vislumbrar a figura do diálogo; já no segundo o que percebemos é mais um fenômeno de interpretação constitucional extrajudicial¹⁶³. No primeiro a interação é mais óbvia, já no segundo o monólogo prevalece, ainda que compartimentalizado.

Um exemplo emblemático de *processo decisório interativo* de envergadura constitucional ao qual fizemos menção acima é o próprio processo legislativo, que pode apresentar muito mais potencialidades a partir do momento em que é compreendido como uma atividade dialógica, para a qual contribuem uma série de atores com a mesma dignidade e responsabilidades compartilhadas de efetivação da constituição. A variedade de atores detentores de iniciativa legislativa é a primeira característica salutar. Certamente o Parlamento ostenta protagonismo durante o procedimento, nele se dando o processo de discussão e votação das propostas. A interação com o Executivo se torna inevitável, estando o Presidente responsável por encerrar a fase constitutiva do processo legislativo por meio da sanção e do veto. A sanção conduz à fase complementar de promulgação e publicação da lei; já o veto não é absoluto, ensejando nova manifestação do Parlamento, que poderá derrubá-lo em seção conjunta das duas Casas, por meio de quórum qualificado. Durante todo o procedimento

encaminhe projeto de lei de sua iniciativa privativa (STF, ADI 546, DJ 14-04-00, rel. Min. Moreira Alves) Sobre o tema das reservas administrativas vale cf. CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva administrativa e separação de poderes. In. BARROSO, Luis Roberto. (org.) *A reconstrução do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 575-612.

¹⁶¹ Vale mencionar as hipóteses de análise, por Comissão mista de Deputados e Senadores, do preenchimento dos pressupostos autorizadores para a edição de Medida Provisória (CF, art. 62, § 9º), como também das questões *interna corporis*. Deve-se reconhecer que nos últimos anos o STF vem afirmando autoridade sobre ambos os espaços decisórios, o que nos parece, em certa medida, até salutar. Na análise da relevância e urgência das MP, desde o julgamento da ADI-MC 162, julgada em 1989, cujo relator foi o Min. Moreira Alves, o Supremo passou a entender pela possibilidade de sindicabilidade do ato nas hipóteses de “abuso manifesto”. Já no que tange às questões *interna corporis*, há inúmeros julgados do STF entendendo possível o controle judicial do “devido processo legislativo”, inclusive por meio da interpretação de normas contidas no Regimento Interno das respectivas casas (STF, MS 26915 MC/DF, DJU de 16.10.2007, Rel. Min. Gilmar Mendes), ou mesmo pelo reconhecimento do direito das minorias à investigação parlamentar por CPI (STF, MS 24.831/DF, DJU 04-08-06, Rel. Min. Celso de Mello). Cada caso guarda uma peculiaridade, mas em regra o controle procedimental parece-nos bem vindo, representando um exemplo clássico de controle judicial fraco, na medida em que apenas busca corrigir o procedimento e não determinar um resultado específico a ser atingido. Há inclusive quem vislumbre nesse tipo de controle uma espécie de diálogo. Cf COENEN, Dan T. “A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue” *William and Mary Law Review* 42.5 (2001): 1575-1870. Disponível em: <http://digitalcommons.law.uga.edu/fac_artchop/289>. Se os exemplos não agradam podemos ainda citar a impossibilidade de controle judicial sobre a decisão proferida pelo Senado em matéria de impeachment (STF, DJ 07-04-1995, MS 21689, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno – Caso Collor) e no caso de decisão sobre a perda do mandato dos parlamentares na hipótese do art. 55, § 2º da CF.

¹⁶² O exemplo mais emblemático neste ponto é a autonomia constitucionalmente conferida aos partidos políticos para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento (CF, art. 17, § 1º), o que não impede apenas a intervenção judicial nestes assuntos, mas também a própria tentativa de regulação legislativa. Isso, contudo, não parece impedir a possibilidade de se cogitar uma eficácia horizontal direta (e conseqüente possibilidade de sindicabilidade) em situações para a defesa de valores fundamentais do constitucionalismo liberal democrático. Nesses casos é preciso muita prudência para que não se sufoque as peculiaridades das instituições privadas por meio de uma teoria totalizadora e perfeccionista dos direitos fundamentais. Sobre o assunto cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 350-362.

¹⁶³ Cf. WHITTINGTON, Keith. “Extrajudicial constitutional interpretation: Three objections and responses, *North Carolina Law Review*, v. 80, 2001. Nesse casos, parece-me que o debate é mais construtivo para questionar o dogma da supremacia judicial do que efetivamente para construir perspectivas dialógicas.

poderá o Judiciário realizar controle procedimental, a fim de tutelar o devido processo legislativo. Descritivamente há diálogo nesse processo. Nele a interação institucional como corolário da separação dos poderes é indiscutível.

Recentemente vivenciamos um exemplo relacionado com o processo legislativo que apenas confirma a crença no potencial epistêmico da deliberação inter-institucional, ou seja, na possibilidade de que melhores respostas sejam atingidas na medida em que se abre o procedimento para participação de um maior número de atores decisórios. Como bem sabido, um dos principais elementos componente das bases institucionais do nosso presidencialismo de coalizão se relaciona com *preponderância legislativa do Executivo*,¹⁶⁴ característica que gera um indesejável amesquinamento do Legislativo. Além das inúmeras hipóteses em que a Constituição atribuiu ao Presidente a iniciativa exclusiva de deflagrar o processo legislativo (art. 61, § 1º e art. 165, I, II e III), podendo, ainda, solicitar a aprovação dos referidos projetos de lei em regime de urgência (art. 64, § 1º), podemos verificar que a preponderância legislativa do Executivo se materializa especialmente em função da existência da espécie legislativa da Lei delegada e do mecanismo da Medida Provisória (art. 59, IV e V; art. 62 e art. 68, todo da CF), esta última sempre entendida como capaz de trancar a pauta da casa em que estivesse tramitando quando não apreciada no prazo de 45 de sua publicação (art. 62, § 6º).

Buscando recuperar o poder de controle da agenda legislativa, o Presidente da Câmara dos deputados deu ao § 6º do art. 62 da CF nova interpretação, por meio da qual “*entendeu que, sendo a medida provisória um instrumento que só pode dispor sobre temas atinentes a leis ordinárias, apenas os projetos de lei ordinária que tenham por objeto matéria passível de edição de medida provisória estariam por ela sobrestados*”. Desta forma, considerou “*não estarem sujeitas às regras de sobrestamento, além das propostas de emenda à Constituição, dos projetos de lei complementar, dos decretos legislativos e das resoluções, as matérias elencadas no inciso I do art. 62 da Constituição Federal, as quais tampouco podem ser objeto de medidas provisórias*”. Por fim, entendeu ainda “*que as medidas provisórias*

¹⁶⁴ As outras bases institucionais do presidencialismo de coalizão se relacionam com o padrão centralizado dos trabalhos legislativos e com a disciplina partidária. Nesse sentido FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FAPESP; FGV, 1999, p. 22/23: “*O Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda e essa agenda é processada e votada por um poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com os princípios partidários. No interior deste quadro institucional, o Presidente conta com os meios para induzir os parlamentares à cooperação. Da mesma forma, parlamentares não encontram o arcabouço institucional próprio para perseguir interesses particularistas. Ao contrário, a melhor estratégia para a obtenção de recursos visando a retornos eleitorais é votar disciplinadamente.*”

*continuarão sobrestando as sessões deliberativas ordinárias da Câmara dos Deputados, mas não trancarão a pauta das sessões extraordinárias”.*¹⁶⁵

Interessante também foi a postura de deferência do STF quando da apreciação do questionamento da matéria, entendimento que, dentre outros pontos, ressaltou que a decisão do Presidente da Câmara teria a virtude de devolver ao parlamento o poder de agenda, que representa prerrogativa institucional das mais relevantes, capaz de permitir ao Legislativo o poder de selecionar e de apreciar, de modo inteiramente autônomo, as matérias que considere revestidas de importância política, social, cultural, econômica e jurídica para a vida do País, o que ensejará – na visão e na perspectiva do Poder Legislativo (e não nas do Presidente da República) - a formulação e a concretização, pela instância parlamentar, de uma pauta temática própria, sem prejuízo da observância do bloqueio procedimental a que se refere o § 6º do art. 62 da Constituição.¹⁶⁶

Cabe frisar, todavia, que além da possibilidade de tornar determinado sistema mais dialógico pela alteração de eventuais variáveis institucionais, o mesmo resultado pode ser obtido pela alteração do processo interpretativo, por meio do questionamento do dogma da supremacia judicial e da disseminação de uma cultura mais dialógica e menos unilateral no processo de densificação das cláusulas abertas contidas na Constituição. Isso porque, como bem percebido por Hübner, o diálogo interinstitucional é forjado por dois componentes básicos: i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e ii) a cultura política que o anima.¹⁶⁷ Desta forma, mesmo mantendo inalteradas as variáveis institucionais, é viável acreditar que também seja possível construir um sistema mais interativo e cooperativo por meio da tentativa de submeter a um juízo crítico uma cultura jurídica que caminha a passos largos em direção à afirmação da supremacia judicial, juízo este que procure analisar o processo e, sem negar-lhe as virtudes, aponte suas falhas e apresente alternativas. O importante é perceber que não há um equilíbrio estático no sistema, mas uma acomodação dinâmica que pode ser influenciada por fatores culturais.

Levando em conta esses fatores culturais, o que normalmente percebemos nos manuais de direito é uma descrição satanizada dos ramos de representação popular e uma retratação

¹⁶⁵ STF, MS 27931 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo de jurisprudência do STF n. 540.

¹⁶⁶ STF, MS 27931 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo de jurisprudência do STF n. 540.

¹⁶⁷ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Op. Cit., p. 173.

edulcorada do ramo judicial. Certamente não é preciso grande esforço para encontrarmos notícias veiculadas nos canais de comunicação denunciando práticas pouco republicanas dos integrantes do Legislativo, nem mesmo bibliografia especializada narrando a persistência de vícios de uma sociedade marcada pelo clientelismo, pelo patrimonialismo e pelo jeitinho, quer seja no Legislativo, quer seja na Administração.¹⁶⁸ Mas é preciso perceber que os escândalos não escolhem Poderes, e, assim como a possibilidade de erros é simétrica, também o é a possibilidade de práticas desviantes e de corrupção.

Por que, então, construímos teorias que partem de uma descrição da realidade tão parcial, que maximiza virtudes de um lado em detrimento dos defeitos do outro, acreditando que o Judiciário pode fechar as frestas deixadas pelos ramos representativos, salvando-nos de nós mesmos e garantindo os pressupostos da democracia? Talvez a figura do juiz de toga e da Têmis de olhos vendados segurando a balança da Justiça ainda tenha um peso grande no imaginário do jurista, que enxerga no Judiciário o reduto da imparcialidade e da independência, afastado por completo da política. Enxerga nele aquela instituição que pode transformar o errado em certo e defender o direito das minorias.¹⁶⁹ Talvez efetivamente padeçamos daquilo que Nino chamou de elitismo epistemológico, e, inconscientemente, por nos identificarmos mais com os juízes do que com os políticos, desvalorizemos o conhecimento extrajurídico como menos apto para alcançar conclusões morais corretas.¹⁷⁰ Talvez simplesmente sejamos uma sociedade órfã, que não suportando conviver na condição de livres e iguais, busquemos, por razões psicanalíticas, um substituto funcional capaz de exercer o papel de superego coletivo.¹⁷¹

O certo é que nesse ponto devemos tomar cuidado para não pecar por destacar os vícios de um lado sem buscar enxergar os próprios. Vícios e virtudes existem em todos os

¹⁶⁸ A referência clássica sobre o assunto é FAORO, Raymundo. Os donos do poder. Rio de Janeiro: Globo, 2000. Uma boa descrição do percurso do Estado brasileiro da fase tecnoburocrática-capitalista dependente para a fase reguladora, posterior a reforma do Estado dos anos 90, pode ser encontrada em MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006, p. 109-154.

¹⁶⁹ FISHER, Luis; DEVINS, Neal. *The democratic constitution*. Op. cit. p. 217.

¹⁷⁰ “La perspectiva usual de que los jueces está mejor situados que los parlamentos e que otros funcionarios elegidos por el pueblo para resolver cuestiones que tengan que ver con derechos, parece ser la consecuencia de cierto tipo de elitismo epistemológico. Este último presupone que, para alcanzar conclusiones morales correctas, la destreza intelectual es más importante que la capacidad para representarse y equilibrar imparcialmente los intereses de todos los afectados por la decisión. Es entendible que aquellos juristas que celebran las bondades del control judicial de constitucionalidad se sientan ellos mismos más identificados con los jueces que con los políticos e, de este modo, se inclinen a pensar... que aquello que ellos consideran ser las soluciones correctas – sus propias decisiones correctas – serian más factiblemente descubiertas por los jueces que por los políticos.”(NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 260.)

¹⁷¹ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

Poderes, e, nesse ponto, ainda vale a lição dos Federalistas de tentar estabilizar a comunidade política e proteger direitos não confiando em ninguém. Nesse sentido, em épocas de veneração do STF, nunca é demais lembrar a frase de João Mangabeira, na qual enunciou que o órgão que mais falhou à República foi o Supremo¹⁷²; ou, ainda, que em momentos críticos de nossa história a postura do STF foi a de retração e do evitamento de confronto com os ramos representativos¹⁷³ (quem sabe confirmando a tese da ciência política, afirmada desde o evento do “Court Packing Plan” da Era Lochner, nos EUA, de que entre o embate institucional e a manutenção de seus cargos, invariavelmente o Judiciário opta pela segunda opção).

A disseminação de uma cultura mais dialógica certamente pode contribuir para a sedimentação entre nós de um sistema mais interativo e menos judicialista, até porque, como já demonstramos, a análise objetiva de nosso ordenamento não parece conduzir a um modelo de hipertrofia judicial em detrimento dos demais espaços de atribuição de significado e sentido à Constituição. Nesse ponto a descrição empírica de uma série de reversões legislativas de decisões proferidas pelo STF soa adequada como mecanismo hábil para enfatizar que, de fato (descritivamente), o Judiciário não é a última palavra sobre assuntos constitucionais, naquilo que Friedman chamou de *lawsaying*, ainda que seja, e deva ser, na resolução de conflitos particulares, como corolário lógico da segurança jurídica.

O Parlamento pode reagir às decisões do STF com as quais não concorda por meio da aprovação de emendas à Constituição e por meio da promulgação de legislação infraconstitucional. E de fato o faz a todo momento, o que somente reforça a tese de que não há definitividade na manifestação do STF no equacionamento de nossos problemas

¹⁷² “O órgão que, desde 1892 até 1937, mas falhou à República, não foi o Congresso Nacional. Foi o Supremo Tribunal... O órgão que a Constituição criara para seu guarda supremo, e destinado a conter, ao mesmo tempo, os excessos do Congresso e as violências do Governo, a deixava desamparada nos dias de risco ou de terror, quando exatamente mais necessitada estava ela da lealdade, da fidelidade e da coragem dos seus defensores.” (MANGABEIRA, João. Rui: *O Estadista da república*. 3ª ed. São Paulo: Martins, 1960, p. 70, *apud* SARMENTO. *Por um constitucionalismo inclusivo*. *Op. Cit.*, p. 26.)

¹⁷³ O caso mais notório ocorreu no MS 3.557, impetrado, no STF, pelo Presidente afastado Café Filho, na tentativa de reassumir seu posto diante do impedimento criado pelo Congresso. Nereu Ramos (então Presidente do Senado) estava ocupando o cargo com apoio do Congresso e dos militares, que, dias antes, haviam promovido um golpe provisório e destituído o substituto de Café Filho (afastado por motivos de saúde), Carlos Luz. Famosa é a passagem do voto do Min. Nelson Hungria, que, reconhecendo as limitações da instituição, votou com a maioria, preferindo suspender o mandato de segurança e evitar se envolver na contenda pelo poder: “Afastado o ‘manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade’, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Sr. Café Filho, de reassumir a presidência da República, em face da imposição dos tanques e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do STF... Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contra-insurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal Federal, posto que esse não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição; Aqui está o nó górdio que o Poder Judiciário não poder cortar, pois não dispões da espada de Alexandre.”

constitucionais. Ademais, ainda quando prefere se calar, a simples possibilidade de manifestação pode ser encarada como uma postura interativa, ainda que por aquiescência.

Alguns casos podem ser mencionados ilustrativamente com exemplos nos quais não coube ao Judiciário a última palavra no equacionamento de questões constitucionais. Um caso relevante ocorreu na discussão sobre a possibilidade de *instituição, sob a égide da redação original da CF de 88, de IPTU progressivo com finalidade fiscal e com alíquotas definidas segundo a capacidade econômica do sujeito passivo*, hipótese não prevista expressamente no art. 156, § 1º do mesmo diploma. O STF se manifestou reiteradas vezes sobre a inconstitucionalidade das leis municipais que caminhavam naquele sentido, entendimento que foi revertido com a aprovação da EC 29/2000, que alterou a redação do art. 156, § 1º, passando a prever a possibilidade de progressividade fiscal em razão do valor do imóvel. Tal entendimento ficou inclusive cristalizado na Súmula 668 do STF. Ao mais apressado, talvez a impressão seja a de que coube ao Parlamento a última palavra. Mas isso de fato não ocorreu, até por que a ânsia pela definitividade dificilmente é correspondida em uma sociedade plural e democrática. A questão continua em aberto tendo o STF já reconhecido a repercussão geral da tese que questiona a própria constitucionalidade da EC 29/2000, tese que em nosso entender corretamente não será encampada pelos Ministros do Supremo.¹⁷⁴

Outro exemplo de reação legislativa por meio de emendas às manifestações do STF ocorreu na questão da *definição da proporcionalidade de número de vereadores*, em atenção ao art. 29, inc. IV da CF. No julgamento do RE 197.917/SP, o STF declarou a inconstitucionalidade da lei do Município de Mira Estrela, que previa a existência de 11 cargos de vereadores para uma população de menos de três mil habitantes. Naquela oportunidade manifestou entendimento de que a Constituição determinava a necessidade do estabelecimento de uma proporcionalidade aritmética, elaborando, inclusive, uma minuciosa tabela na qual estava previsto a relação de vereadores permitidos de acordo com o número de habitantes. Tal entendimento foi incorporado pela Resolução n. 21.702/04 do TSE, posteriormente impugnada por ações diretas de inconstitucionalidade, em cujo julgamento se confirmou a constitucionalidade da Resolução do TSE, reforçando o entendimento inicial da Suprema Corte.¹⁷⁵ Ocorre, contudo, que por meio da EC 58/09, o Legislativo Federal alterou

¹⁷⁴ STF, RE 586.693 RG/SP, DJU 12-09-08, rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁷⁵ STF, ADI 3.345/DF, DJU 20-08-10, rel. Min. Celso de Mello.

o entendimento firmado pelo STF, aumentando significativamente a quantidade de vereadores permitidos nos municípios.¹⁷⁶

Em várias hipóteses o Parlamento também reverteu decisões do STF por meio de atos normativos infraconstitucionais. O exemplo mais emblemático dos últimos tempos foi o caso da Lei da Ficha Limpa (LC 135/10), que veio expressamente reverter decisão proferida, em apertada maioria, pelo TSE e posteriormente confirmada pelo STF, sobre a impossibilidade de se considerar situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado como hipóteses de inelegibilidade, obstando, assim, candidaturas para mandatos eletivos. Na ADPF 144 pretendia-se a declaração de não recepção de alguns dispositivos da Lei de inelegibilidades (LC 64/90) que exigiam o trânsito em julgado da decisão para fins de configuração das hipóteses de inelegibilidade, preceitos esses questionados com base na nova redação do art. 14, § 9º da CF, ao que se pretendia atribuir eficácia plena e aplicabilidade imediata, para fins de considerar também como causas impeditivas da candidatura fatos relacionados à vida pregressa do candidato, independente de decisão judicial definitiva, que atentassem contra a moralidade e a probidade administrativa. O posicionamento do STF (vencidos os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto) gerou fortes reações na sociedade civil e nos meios de comunicação.¹⁷⁷ No dia 29 de setembro de 2009, o MCCE (Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral) entregou ao presidente da Câmara dos Deputados, Michel Temer, o Projeto de Lei de iniciativa popular, junto com 1 milhão e 300 mil assinaturas o que corresponde à participação de 1% do eleitorado brasileiro. Até a tramitação no Senado Federal, mais 600 mil assinaturas foram entregues, além da campanha virtual coordenada pela organização não-governamental Avaaz. O projeto foi sancionado pelo presidente Lula no dia 04 de junho deste ano e passou a vigorar no dia 07 de junho, gerando significativas alterações nas hipóteses de inelegibilidade. Dentre as principais alterações destaca-se a autorização para se considerar inelegíveis aqueles candidatos que tiveram contra si decisões proferidas por órgão judicial colegiado. Ou seja: suprimiu-se a necessidade de se aguardar o

¹⁷⁶ Destaca-se que no julgamento da ADI 4307/DF REF-MC, DJU 05-03-2010, Rel. Min Cármen Lúcia, o Tribunal, por maioria, referendou liminar concedida pela Min. Cármen Lúcia que suspendera os efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58/2009 o qual alterou o inciso IV do caput do art. 29 e do art. 29-A da CF, disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais, determinando a retroação dos efeitos das alterações procedidas e fixando a sua aplicação ao processo eleitoral, já aperfeiçoado, de 2008. Frisa-se que a decisão apenas afeta o caráter intertemporal da Emenda, não o mérito da alteração promovida.

¹⁷⁷ Apenas exemplificativamente, a manchete do portal eletrônico globo.com foi “STF libera candidatos com ficha suja”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Eleicoes2008/0,,MUL714605-15693,00-STF+LIBERA+CANDIDATOS+COM+FICHA+SUJA.html>>

trânsito em julgado, assim como se evitou a consideração de decisões de primeiro grau e de inquéritos policiais.

A reação legislativa gerou polêmicas, principalmente com relação à observância do princípio da anualidade eleitoral (art. 16 CF), tendo o STF enfrentado o questionamento sobre a constitucionalidade da LC 135 e da aplicabilidade da mesma para as eleições de 2010 em dois recursos extraordinários. No primeiro houve empate e, na ausência da composição plena da Corte, os Ministros preferiram não decidir, suspendendo o julgamento até a perda de seu objeto.¹⁷⁸ Já no segundo caso, após a mudança de posição do Min. Celso de Mello em relação à proclamação do resultado, o STF afirmou a aplicabilidade da lei na hipótese de inelegibilidade questionada no RE.¹⁷⁹ Após o preenchimento da vaga restante pelo Min. Luiz Fux a questão da aplicabilidade da LC 135 já nas eleições de 2010 voltou a ser analisada, formando-se maioria pela sua não aplicação imediata, decisão que em hipótese alguma infirma o exemplo na medida em que continua válida a reversão legislativa no ponto específico das novas condições de inexigibilidade.

Em diversas situações o parlamento interagiu com o STF encampando posição por ele firmada, adequando o conteúdo da lei aos parâmetros estabelecidos. Isso se verifica especialmente na esfera criminal. Na discussão sobre a vedação de progressão de regime para aqueles condenados por crimes hediondos o STF se manifestou, em controle difuso, pela inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º da redação original da Lei 8.072/90, que determinava o cumprimento integral da pena em regime fechado.¹⁸⁰ A necessidade de abstrativização da decisão de efeito *inter partes*, gerou o desenvolvimento de teses como a mutação constitucional do art. 52, inc. X da CF e da transcendência dos motivos determinantes da decisão, para fins de se atribuir a ela eficácia *erga omnes*.¹⁸¹ Ocorre que com o advento da Lei 11.464/07 foi inserida nova redação ao art. 2º da Lei 8.072/90¹⁸² em consonância com a decisão paradigma do Ministro Marco Aurélio. Situação análoga se verificou na discussão sobre as hipóteses de prisão decorrentes de sentença condenatória ou de pronúncia como pressupostos para a admissibilidade da apelação criminal, regra que vigorava no art. 594 do

¹⁷⁸ STF, RE 630147/DF, rel. Min. Ayres Britto, notícia publicada nos informativos 601 e 602 do STF.

¹⁷⁹ STF, RE 631102/PA, rel. Min. Joaquim Barbosa, notícia publicada no informativo 603 do STF.

¹⁸⁰ STF, HC 82.959/SP, DJU 01-09-06, rel. Min. Marco Aurélio.

¹⁸¹ Cf. STF, RE 4.335, Rel. Min. Gilmar Mendes, publicada nos Informativos 454 e 463, ainda pendente de julgamento final.

¹⁸² Lei 8.072/90, art. 2º, § 2º. “art. 2º, § 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. (Redação dada pela Lei nº 11.464, de 2007)”

CPP.¹⁸³ O STF se manifestou pela inconstitucionalidade da disposição por violação à convenção interamericana de direito humanos,¹⁸⁴ entendimento encampado pela Lei 11.719/08 que revogou o mencionado art. 594 do CPP e acrescentou o parágrafo único ao art. 397 do mesmo diploma.¹⁸⁵

Realizado este breve esforço de descrição de práticas dialógicas sobre questões constitucionais importantes, cabe destacar que nos últimos anos já é possível perceber um esforço considerável da melhor doutrina nacional no sentido de defender uma postura teórica menos judicialista e mais aberta ao diálogo.¹⁸⁶ Daniel Sarmento já destacou em diversas passagens objeções a uma judiciocracia.¹⁸⁷ Oscar Vilhena nos alerta para os perigos de uma supremocracia.¹⁸⁸ Especificamente sobre as teorias do diálogo constatamos esforços no sentido de traduzir os importantes artigos de autores relevantes para o debate, como Waldron, Stephen Gardbaum, Stephen Griffin, Larry Kramer e Mark Tushnet.¹⁸⁹

A figura do diálogo também vem ganhando força nos ambientes de pós-graduação. No *I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos*¹⁹⁰ o grupo denominado “*Representação argumentativa e desenhos institucionais: um estudo sobre o Supremo Tribunal Federal*” afirmou como um de seus objetivos buscar modelos alternativos de exercício da jurisdição constitucional e estudar a possibilidade e a necessidade de um

¹⁸³ “Art. 594. O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime de que se livre solto. (Redação dada pela Lei nº 5.941, de 22.11.1973)”

¹⁸⁴ STF, HC 88.405/PR, DJU 08-06-07, rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁸⁵ “Art. 397... Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”

¹⁸⁶ A tendência de discutir os fundamentos de legitimidade da jurisdição constitucional não é tão recente, datando da segunda metade da década de 90 e coincidente com o fortalecimento entre nós do discurso pós-positivista. Nessas obras precursoras não se encontra, explicitamente, referências às teorias do diálogo. Cf. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; NETO, Cláudio Pereira de Souza Neto. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002 e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹⁸⁷ “Nesta linha, vejo com reticências a sedimentação, na nossa cultura jurídica, da visão de que o grande – senão o único – intérprete da Constituição seria o Poder Judiciário. Esta leitura descarta a autocontenção judicial bem como tende a desprezar a possibilidade de que sejam travados construtivos diálogos interinstitucionais entre diversos órgãos estatais para a definição da melhor interpretação dos ditames constitucionais.” (SARMENTO, Daniel. “O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades”. In. *Por um constitucionalismo inclusivo*. Op. cit., p. 262.)

¹⁸⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: Daniel Sarmento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

¹⁸⁹ Cf. MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Col. ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010 e MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. *Limites do controle de constitucionalidade*. Col. ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

¹⁹⁰ *Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos*. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009, disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/anais-do-i-forum-de-grupos-de-pesquisa-em-direito-constitucional-e-teoria-do-direito/9-declaracao-final-do-i-forum-dos-grupos-de-pesquisa-de-direito-constitucional-e-teoria-do-direito>>

constitucionalismo cooperativo materializado pelos processos de diálogos institucionais. O grupo denominado “*Diálogos institucionais: o Poder Judiciário e a última palavra.*” destacou que “*a constatação do desenvolvimento do ativismo jurisdicional e do conceito e ele associado, a saber, supremacia do Judiciário, abriu caminho para o grupo de pesquisa refletir a respeito de alternativas institucionais que pudessem neutralizar os riscos democráticos inerentes a um processo político que permita ativismo judicial exacerbado. Despontou, nessa linha, a presença de alternativas exploradas notadamente na literatura estrangeira, valendo referir as obras de Mark Tushnet cogitando do weak judicial review.*” Mais à frente afirma que “*a política de efetivação dos Direitos Fundamentais pode ter a colaboração do Parlamento, em modelos que não apostem tão fortemente na supremacia judicial.*”¹⁹¹

No âmbito da pós-graduação em Direito Público da UERJ já foi publicado trabalho específico correlacionando as teorias do diálogo com a matéria tributária,¹⁹² tendência que também se constata no âmbito da pós-graduação em ciência política da USP, onde Conrado Hübner defendeu tese de doutoramento sobre o tema, talvez o trabalho mais relevante até hoje publicado no Brasil sobre o assunto.¹⁹³ Aliás, no campo da ciência política cada vez é mais crescente a tendência de se propugnar pela necessidade analítica de se inserir o Judiciário, ao lado do Legislativo e do Executivo, como participante do processo ordinário de implementação de políticas públicas e proteção de direito no Brasil.¹⁹⁴

Antes de terminar o tópico cabem duas observações. A primeira já tangenciamos linhas acima, mas vale a pena repetir. Não é possível deslumbramentos com a figura do diálogo de modo a negligenciar por completo a inevitabilidade de se atribuir a alguém “últimas palavras provisórias” ou “últimas palavras em cada rodada procedimental”. Como destacado por Hübner, toda constituição prevê os “*caminhos para a vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos, caminhos que têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final.*” É bem verdade que desde uma

¹⁹¹ *Anais do I Fórum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos. Op. cit.*, p. 10.

¹⁹² OLIVEIRA, Gustavo da Gama de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

¹⁹³ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008. Do mesmo autor cf. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Editora Campus Elsevier, 2007. Também no âmbito da USP vale citar o precursor trabalho de SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁹⁴ Cf. TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, n. 2, 2007, pp. 229 a 257.

perspectiva dialógica esse ponto somente será final dentro de uma rodada, haja vista sempre ser possível o recomeço. Entretanto, essa possibilidade não pode ser irrelevante para a reflexão sobre a autoridade democrática, pois o reinício implica uma nova mobilização de diversos recursos (de tempo e esforços argumentativos) e novos custos necessários para movimentar a “*máquina institucional*”.¹⁹⁵ Por isso é preciso tomar cuidado para não utilizar o questionamento da inexistência de última palavra como um argumento para esconder os perigos que podem advir do encerramento de rodadas procedimentais e legitimar ativismos em ambientes nos quais já há bastante disparidade no concerto das forças institucionais.¹⁹⁶

A segunda e última observação é que a teoria do diálogo não é contra a o controle judicial nem ignora a importante função que o Judiciário teve (e ainda terá) na a construção de um Brasil melhor e mais justo. A teoria do diálogo é contra a supremacia judicial, concebida como prevalência absoluta e irrestrita das decisões judiciais, principalmente do STF, em matéria constitucional, sobre os demais atores responsáveis pela disputada interpretação das cláusulas abertas da constituição. A teoria do diálogo é contra o sufocamento dos demais espaços de tomada de decisões coletivas da comunidade política e contra posturas que enxergam no Judiciário o guardião único e maior das promessas não cumpridas da constituição. A teoria do diálogo é contra o amesquinamento da dignidade da política e dos representantes populares e contra uma postura ingênua que maximiza defeitos dos Parlamentos e da Administração em detrimento da minimização das falhas dos julgadores. A teoria do diálogo é contra o controle judicial “na base do porrete”, que nega limitações cognitivas e possibilidade de efeitos sistêmicos adversos decorrentes de suas decisões e acredita que, muitas vezes, um controle judicial mais fraco, mais indutivo e menos coercitivo, poderá contribuir para melhores respostas.

Isso tudo poderia servir de base para uma teoria mais profunda da jurisdição constitucional, mas o nosso objetivo no presente trabalho é compreender como essa postura mais cooperativa, dialógica e de controle judicial fraco pode contribuir para o fortalecimento dos direitos sociais em geral e, especificamente, do direito à saúde, tema do próximo capítulo.

¹⁹⁵ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. *Op. cit.*, p. 167.

¹⁹⁶ Daí se observar que em si a teoria do diálogo não é nem judicialista nem “majoritarista”. Ela reclama interações em busca de estabilidade, podendo indicar necessidade de maior ativismo judicial em ambiente nos quais os ramos representativos estão hipertrofiados e autocontenção situações inversas.

2. POR UMA CONCEPÇÃO INTERDISCIPLINAR E MULTIDIMENSIONAL DO DIREITO À SAÚDE.

*Der Streit um die Leistungsrechte war und ist daher wesentlich Methodenstreit, Streit um Grundrechtfunktionen und Grundrechtstheorien sowie deren Bedeutung für die schließlich entscheidende Grundrechtsauslegung.*¹⁹⁷

Klaus Stern.

2.1. Da idéia aberta de saúde: aspectos históricos e normativos.

Um trabalho sobre o direito à saúde não pode se furtar do ônus de enfrentar a intrincada questão sobre o que vem a ser a saúde. Qualquer um minimamente familiarizado com o tema sabe da dificuldade, senão da inviabilidade, de se oferecer um conceito acabado e fechado de uma idéia tão multifacetada e polimórfica. Temos aqui com clareza a manifestação daquilo que é conhecido como um “conceito essencialmente contestável”, para cuja definição não concorrem apenas juízos descritivos da realidade, mas também atribuições de sentido valorativos e historicamente determináveis. Essas observações parecem-nos capazes de indicar um percurso possível a ser seguido neste primeiro tópico, no qual buscaremos, sem pretensões ontológicas mais profundas, delinear algumas dimensões da idéia de saúde, destacando, para tanto, os principais aspectos históricos e normativos que contribuíram para o atual entendimento de nosso objeto de estudo.

A história de uma idéia conforma seu entendimento, ressalta peculiaridades espaciais e temporais, assim como valoriza especificidades culturais que não podem ser desprezadas sob pena de contribuir para a construção de uma noção oca, que de tão abstrata careça de funcionalidade e não se adapte à realidade. De outro lado, os elementos prescritivos buscam a universalidade e valorizam o conhecimento científico, contribuindo para evitar que a tradição e os dogmas sirvam como elementos de opressão e irracionalidade, travestidos sob o manto do multiculturalismo e da subjetividade. Uma noção mais sofisticada de saúde precisa equilibrar essas duas demandas de difícil conciliação: deve ser sensível à história, às particularidades locais de cada cultura e à contingência pessoal, ao mesmo tempo que também

¹⁹⁷ “A luta pelos direitos a prestações foi e ainda é na sua essência uma questão metodológica sobre as funções, teorias, bem como o significado último e decisivo destas na interpretação dos direitos fundamentais.”

deve ser aberta à universalidade mais perene dos conceitos científicos e dos juízos morais mais essenciais.¹⁹⁸

A primeira observação de caráter histórico que merece ênfase relaciona-se com a acidentada trajetória da idéia de saúde, desde uma concepção inicial ligada a superstição e a magia, até uma noção mais contemporânea que analisa os problemas de saúde a partir de suas condicionantes sociais, assim como também relaciona suas soluções com o uso de procedimentos cientificamente testados para tanto. Não eram raros os relatos que atribuíam causas sobrenaturais às doenças, cuja cura deveria ser buscada por meio do apelo às divindades ou por intermédio de líderes religiosos. Recurso ao sagrado, exorcismos de demônios e prática de rituais curandeiros eram uma constante que dificultava não só a delimitação de uma noção mais precisa de saúde, mas também o estabelecimento de uma relação mais clara de causalidade natural entre os males e as suas origens. O recrudescimento da superstição na sua relação com a questão da saúde ganhou ares de dramaticidade na idade média quando a Igreja passou a associar a doença à desgraça divina, concebendo-a como processo inevitável de purificação da alma, fato que muito contribuiu para o descaso com a questão sanitária que se manifestava eloquentemente nos surtos de pestes, epidemias, febres e nas precárias condições sanitárias encontradas nas primeiras cidades que começavam a se formar em torno dos novos centros urbanos.¹⁹⁹

Esse quadro somente começa a se alterar ao longo da modernidade quando, em resgate à concepção grega desenvolvida por Hipócrates, verificamos o surgimento de basicamente duas concepções de saúde, que podem ser entendidas como pólos opostos de um espectro contínuo, espectro esse que caminha de uma noção menos exigente para uma mais abrangente. De um lado está a *concepção biomédica de saúde*, que a compreende como ausência de doença, objetivo que poderia ser perseguido por meio de práticas curativas ou preventivas. Do outro lado há uma concepção mais pródiga e recente, que enxerga a *saúde*

¹⁹⁸ “Concepts such as “health” or “quality of life” cannot claim to have a meaning that can be validated by reference to an external source. Such concepts entail a degree of social and cultural construction, with different meanings across time and place. Society must decide which different possibilities are important. Still, as Thomas Scanlon argues, there is merit in searching for a substantive-enough account against which activities can be assessed so that it can serve as a basis for criticism of certain injustices and oppression in the world.” (RUGER, Jennifer Prah. Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements. *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 18, 2006, p. 313. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=933009>.) No mesmo sentido KLEINMAN, Arthur. Ethics and experience: An anthropological approach to health equity. In: ANAND, Dudhir; FABIANNE, Peter; SEN, Amartya. (Editors) *Public health, ethics and equity*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 269-282.

¹⁹⁹ Cf. SCLIAR, Moacir. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

como completo bem-estar físico, mental e social. No primeiro caso fala-se em cura e prevenção; já no segundo, a idéia é de fomento e promoção da saúde.

Eventos importantes da modernidade contribuíram para a disseminação da mencionada concepção biomédica de saúde, em contraposição a visão mística que reinava até então. Em primeiro lugar deve-se destacar o processo de unificação dos Estados Nacionais na Europa. Isso porque, se até então as questões de saúde eram concebidas como problemas essencialmente privados, com a emergência dos Estados Nações e a definição dos territórios houve uma mudança de atitude em relação à população local, que deixou de ser um quantitativo de habitantes para tornar-se uma população que almejava objetivos comuns sob um comando centralizado. A população humana passou a ser concebida como um recurso regulado e monitorado, como parte de um processo de maximização do progresso e da riqueza nacional. A idéia de saúde pública foi se forjando com o objetivo de erradicar patologias da população (do corpo social). O Estado gradualmente passou a assumir responsabilidade pela melhoria das condições de vida de seu povo, desenvolvendo sistemas de saneamento básico e água tratada. Estradas foram pavimentadas e as questões de moradia passaram a ser objeto de preocupação. Regulações foram gradualmente impostas aos matadouros e aos centros produtores de alimentos. Os enterros passaram a sofrer monitoramento. Uma série de instituições como prisões, asilos, hospícios, escolas e hospitais surgiram como parte desse processo em direção ao monitoramento, controle e reforma social.²⁰⁰

O outro elemento fundamental para o fortalecimento da concepção biomédica de saúde guarda estreita relação com o triunfo da ciência e da razão sobre as explicações tradicionais e religiosas do mundo.²⁰¹ A aplicação da ciência aos diagnósticos médicos e às curas foi a característica mais marcante de desenvolvimento dos sistemas de saúde. Doenças passaram a ser definidas objetivamente em termos de sinais de manifestação corporal, e não mais por meio de experiências subjetivas do paciente. As técnicas de tratamento para as doenças físicas e mentais passaram a ser dominadas e desenvolvidas por peritos e, em consequência, a Medicina se tornou uma ferramenta para a reforma de comportamentos e condições socialmente desviantes. Essa concepção biomédica de saúde fundamentou-se

²⁰⁰ GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 5th ed. Cambridge: Polity Press, 2006, p. 260.

²⁰¹ Bertolli Filho narra que Louis Pasteur e Claude Bernard foram os pioneiros da medicina moderna. O primeiro revolucionou o conceito e os métodos de combate às doenças infecciosas, provando que um grande número de doenças era causado por micróbios específicos. Bernard aperfeiçoou os métodos de estudo da fisiologia. Cf. FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. 4^a ed. 10^a impressão. São Paulo: Editora Ática, p. 12.

basicamente em três pilares: em primeiro lugar, a concepção de doença passou a ser vista em oposição a qualquer desvio dos padrões de normalidade, havendo, portanto, agentes específicos identificáveis por detrás de qualquer anormalidade; em segundo lugar, houve uma ênfase na cura do corpo doente e uma crença na possibilidade de tratar corpo e mente de forma separada; e, por fim, verificou-se uma afirmação da exclusividade da classe médica para tratar dos assuntos relacionados com a saúde, marginalizando qualquer tipo de conhecimento não convencional e supervalorizando as técnicas relacionadas com o desenvolvimento de novas tecnologias, prescrição de medicamentos e cirurgias.²⁰²

Seria extremamente injusto negar os diversos avanços trazidos pela concepção biomédica de saúde e pelos conhecimentos científicos que lhe serviram de pressupostos: aumento da expectativa de vida, desenvolvimento de uma série de novas tecnologias e drogas, especialização do conhecimento, desmistificação de preconceitos tradicionais que afligiam grupos minoritários, dentre outros. Todos esses são pontos positivos que precisam sempre ser enfatizados. Todavia, é necessário destacar que nas últimas décadas uma série de críticas vem sendo realizada sobre a concepção biomédica de saúde. Dentre várias que poderiam ser mencionadas vale frisar as seguintes.

Em primeiro lugar, os perigos de se conceber a saúde como preenchimento de um padrão de normalidade. Doença e saúde são conceitos culturalmente construídos, assim como também o são os padrões de normalidade e anormalidade.²⁰³ Uma concepção de saúde que negue esse caráter histórico e cultural do conceito tende a ser discriminatório para com grupos minoritário e historicamente aliçados dentro do convívio social, gerando problemas de reconhecimento dentro da própria comunidade da qual buscam fazer parte. Basta lembrar que o homossexualismo foi por muito tempo considerado uma patologia passível de cura e não uma opção existencial legítima. Uma concepção adequada de saúde deve ser sensível às diferenças: deve oferecer mecanismo de equalização quando a diferença oprimir, mas não pode estigmatizar a diferença (a “anormalidade”) quando nesse padrão social esteja o elemento emancipatório. Aqui nunca é demais lembrar o imperativo transcultural de

²⁰² GIDDENS, Anthony. *Sociology. Op. Cit.*, p. 262.

²⁰³ “Como muitas outras idéias, saúde e doença são termos cultural e socialmente definidos. Culturas diferem naquilo que consideram saudável e normal.” (GIDDENS, Anthony. *Sociology. Op. Cit.*, p. 259.)

Boaventura: temos o direito de ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza.²⁰⁴

Outro ponto importante que deve informar uma concepção mais aberta da noção de saúde se relaciona com o exclusivismo do discurso médico sobre as questões de saúde e doença e a supervalorização da ciência convencional em detrimento dos conhecimentos tradicionais. Não é recente a denúncia aos limites da razão para lidar com a complexidade da vida contemporânea e para resolver os problemas da pós-modernidade. Isso se verifica nas ciências em geral e na área da saúde em particular. A disseminação da crença de que o conhecimento médico-científico é o único legítimo vem sendo combatida pelo aumento da popularidade de formas alternativas de medicina, como a homeopatia e a acupuntura, que demonstram muitas vezes maior capacidade de combater males do que os tratamentos convencionais. Ademais, a “objetividade do conhecimento científico” dos médicos muitas vezes leva a uma desconsideração do importante papel a ser desempenhado pelo paciente, sujeito que deve ser compreendido não apenas como um “corpo doente”, mas como um agente corresponsável pelo tratamento, cujas opiniões e percepções devem ser cuidadosamente consideradas.²⁰⁵ Deve-se ainda ressaltar que 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, 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.²⁰⁶ Novamente recorrendo a Boaventura, talvez aqui seja possível se pensar em alguma possibilidade de aplicação de uma hermenêutica diatópica²⁰⁷ que, a partir do reconhecimento mútuo da incompletude, busque explorar o melhor dos mundos dos conhecimentos convencionais e não-convencionais.²⁰⁸

²⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In. (Coord.) SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESA, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 36.

²⁰⁵ GIDDENS, Anthony. *Sociology*. Op. Cit., p. 263.

²⁰⁶ SILVA, Fábio de Souza. *Tutela judicial do direito à saúde*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 66.

²⁰⁷ “A hermenêutica diatópica baseia-se na idéia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que pertencem. Tal incompletude não é visível a partir do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objetivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude – um objetivo intangível – mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside seu caráter dia-tópico.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma concepção intercultural de direitos humanos*. Op. Cit., p. 19/20.)

²⁰⁸ Um exemplo exitoso nesse sentido pode ser encontrado na Lei 8.080/90, que traz uma série de disposições relacionadas com o subsistema de atenção à saúde indígena (Cap. V, art. 19-A ao art. 19-H). Dentre os dispositivos legais destaca-se aquele que determina o dever de levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas, assim como também determina que o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, deverá contemplar os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição,

Por fim, é preciso enfatizar a descrença, até mesmo no meio especializado, de se conceber a possibilidade de tratamento das questões de saúde de forma compartimentalizada, sem levar em consideração os fatores sociais determinantes e condicionantes da saúde. Passou-se a criticar o modelo biológico por abrigar uma visão unidimensional do indivíduo – a biológica – desconsiderando as muitas outras dimensões do ser humano (e.g. social, psicológica). É exatamente no contexto desta última crítica que ganha força a pródiga concepção de saúde agasalhada pelo preâmbulo da Constituição da OMS de 1948, que a define como “*o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.*”

A concepção de saúde trazida pela Constituição da OMS recebe várias críticas e elogios. Os mais entusiastas enfatizam a ampliação do conceito, passando a abranger também uma dimensão positiva de melhoria da saúde por meio do reforço dos fatores determinantes da saúde como alimentação, educação física, moradia, dentre outros. Destacam também a atenção destinada aos fatores não apenas biológicos, mas psíquicos relacionados à saúde. Por fim, enfatizam o importante caráter aspiracional da declaração, servindo muito mais como uma ideia-guia do que um conceito descritivo. De outro lado há quem critique a definição abrangente por falta de operacionalidade, pela abstração dos conceitos utilizados, por equiparar o conceito de saúde ao de bem-estar ou qualidade de vida, ou mesmo por disseminar um “imperialismo da saúde” que tenta enxergar toda a realidade social através de uma lente unidimensional, negando a autonomia das demais políticas públicas necessárias para o bom funcionamento de uma sociedade bem ordenada. De todas as críticas, parece-nos que essa última seja a mais importante, mas, desde logo, vale enfatizar acreditarmos que a adoção de uma concepção abrangente de saúde não conduz necessariamente ao mencionado “imperialismo da saúde”. Desenvolveremos a idéia mais a frente.

Traçado esse rápido esboço histórico, ainda revela-se necessário fazer menção aos elementos normativos básicos que contribuem para a definição de uma noção aberta de saúde. Interessa-nos concentrar atenção em dois grupos de abordagens que partem de premissas bastante díspares, quais sejam, as concepções organicistas e liberais de saúde. No próximo

habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional (art. 19-F). Também frisa-se o dispositivo que permite a participação dos povos indígenas nos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde (art. 19-H).

capítulo teremos a oportunidade de aprofundar o tema, realizando uma interface entre o sistema brasileiro de saúde e as teorias da justiça distributiva. Por ora, basta estremar os conceitos e fazer, desde já, opção por uma concepção liberal de saúde, que não negue a importante dimensão coletiva do problema, mas que afirme enfaticamente que cada pessoa possui uma inviolabilidade que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar. Esse deve ser o principal elemento normativo integrante de uma concepção de saúde, que seja sim sensível à história e as peculiaridades locais, mas que guarde nesse núcleo axiológico a perenidade universal que não pode estar ausente sob pena de descaracterização total do instituto.

Conforme ensina a Filosofia Política, as concepções organicistas caracterizam-se, em sua essência, por conceber a sociedade como um fato natural e o poder como uma função social necessária. Apesar de apresentar variações, partilham a premissa comum aristotélica de que o homem é, por natureza, um animal político e social, assim como defendem a visão de que o todo é mais que a soma das partes e que cada uma das partes cumpre uma função peculiar na vida do todo, que se sobrepõe aos seus fragmentos.²⁰⁹ Nessa linha, a visão organicista de saúde concebe a saúde coletiva (a saúde do corpo social) como o grande objetivo a ser protegido e promovido, ainda que, para tanto, elementos individuais tenham que ser desconsiderados. Como narramos acima, essa concepção está na base do surgimento do conceito biomédico, quando a saúde dos indivíduos passou a ser tutelada pelo Estado como parte de um processo de maximização do progresso e da riqueza nacional. Práticas cruéis foram legitimadas sob esse discurso, como o tratamento desumano destinado aos socialmente desviantes, que eram trancafiados em hospícios e manicômios com o objetivo único de segregá-los do convívio dos “socialmente normais”. Notícias históricas de vacinações compulsórias e outros tipos de violações da inviolabilidade corporal também se repetem e sempre encontram no discurso organicista seu fundamento legitimador.

Por tudo nos parece inevitável optar por uma concepção de saúde que seja em sua essência liberal. Liberal não no sentido do liberalismo econômico, mas do liberalismo político e filosófico, que tem em seu núcleo conceber o ser humano em sua individualidade a pedra fundamental de constituição cósmica e de toda e qualquer convivência social. Uma concepção

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de política. 11ª ed. Vol. 1. Brasília: Editorial UNB, 1998, p. 277. Para uma visão mais completa de teorias organicistas não marxistas vale conferir HOLMES, Stephen. *The anatomy of antiliberalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

adequada de saúde deve sempre buscar sua base de legitimidade na igual proteção da saúde de cada indivíduo, concebida essa como elemento fundamental para o exercício da liberdade de definir finalidades de vida e caminhos para alcançá-los. Isso não significa pregar uma postura individual liberticida ou um Estado absenteísta. A saúde possui uma dimensão coletiva inegável até porque: i) boa parte das doenças são transmissíveis; ii) o bem-estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma perspectiva coletiva; e iii) normalmente boa parte dos custos com os sistemas de saúde são financiados por meio de recursos públicos decorrentes da arrecadação de tributos. Mas, apesar de tudo isso, o que não parece possível é subordinar invariavelmente os indivíduos ao todo, sob o argumento de que a maximização do bem-estar coletivo deve legitimar eventuais perdas individuais. Em alguns casos essas opções ocorrerão inevitavelmente. Mas é preciso enfatizar a existência de uma zona de não interferência individual que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode justificar agressões. É na busca do equilíbrio entre essa dimensão coletiva e individual que caminharemos durante o restante de todo o capítulo.

De tudo o que foi exposto, cabe ainda duas observações finais. A primeira é que seguindo a proposta de Ruger, parece-nos funcional enunciar uma noção de saúde que se localize entre os pólos extremos do conceito reducionista biomédico (saúde como ausência de doença) e do pródigo conceito adotado pela OMS (saúde como o estado de completo bem-estar físico, mental e social). Nesse sentido podemos conceber a saúde como:

1. O estado de funcionamento ótimo do organismo, sem evidências de doenças ou anormalidades.
2. O estado de equilíbrio dinâmico no qual esteja em um nível ótimo a capacidade do grupo ou do indivíduo de lidar com todas as circunstâncias da vida.
3. Um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica; pela capacidade de desempenhar pessoalmente funções de valor no ambiente familiar, de trabalho e na comunidade; pela habilidade para lidar com o stress físico, biológico, psicológico e social; pelo sentimento de bem estar; e pela liberdade do risco de doenças e morte repentina.²¹⁰

Essa definição parece bastante funcional para os propósitos do presente trabalho. A um, porque define saúde e doença com base no conhecimento médico especializado (pesquisas, educação, práticas), mas não somente nele; a dois, porque abrange os aspectos

²¹⁰ RUGER, Jennifer Prah. *Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements*. Op. Cit. p. 316.

psicossociais, biológicos e psicológicos do indivíduo, reconhecendo que o ser humano interage como um organismo social em seu meio envolvente e enfatizando a importância de que um indivíduo saudável tenha a possibilidade de desempenhar papéis que ele considere valiosos nos meios comunitários; a três, porque não se apresenta relativista em relação às práticas sociais e aos valores, destacando a presença de elementos nucleares e inegociáveis como a liberdade do risco de doenças e de morte prematura; a quatro, porque não amplia desmesuradamente a concepção de saúde de forma a abranger uma visão perfeccionista de vida boa ou qualidade de vida; a cinco, porque define as características centrais da saúde humana em um nível prático (e não epistemológico).²¹¹

A segunda observação que enunciamos acima é mais importante, qual seja: deve-se enfatizar que a adoção de uma idéia aberta, complexa e abrangente de saúde não necessariamente conduz ao reconhecimento de um direito à saúde extremamente pródigo e adjudicável individualmente por meio de demandas judiciais. A saúde como uma preocupação coletiva pode ser protegida e promovida por diversas formas, por meio de sistemas mais ou menos complexos. Tão melhor será determinada sociedade quanto mais apto for seu sistema de saúde. Normalmente o bom desenvolvimento desses sistemas independe de qualquer interferência judicial, sendo seu funcionamento conduzido pelos especialistas em matéria de saúde e políticas públicas sanitárias, que projetam nas decisões tomadas pela burocracia estatal as opções das maiorias representadas politicamente. Em situações excepcionais será viável conceber a interferência judicial, mas parece-nos que a intervenção deva ser sutil e pontual, de forma a fortalecer o sistema como um todo (o que, por si só, constitui uma garantia à saúde individual e coletiva). A intervenção judicial deve ser concebida como mais um elemento integrante do sistema de saúde, importante sim, como a de todos os outros ramos, mas provavelmente desprovida da aptidão para o protagonismo nesta seara.

2.2. A proteção da saúde por meio de um sistema de saúde: para um melhor entendimento do modelo brasileiro.²¹²

²¹¹ RUGER, Jennifer Prah. *Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements*. Op. Cit. p. 316

²¹² Infelizmente não será possível abordar o tema dos sistemas de saúde no presente trabalho, senão pontualmente. Fica a indicação de algumas obras dentre a bibliografia pesquisada: FRIEDMAN, Milton Irwin. *National health systems of the*

Segundo a OMS, um *sistema de saúde* compreende o conjunto de organizações, instituições e recursos destinados a produzir ações de saúde. Por ações de saúde se compreende qualquer esforço de promoção da saúde relacionado à assistência privada, aos serviços públicos ou às iniciativas intersetoriais. De uma forma mais genérica, a definição de sistema de saúde inclui todas as atividades cujos propósitos primários sejam a promoção, recuperação ou manutenção da saúde.²¹³ Perceber o conceito a partir dessa amplitude deixa claro o conjunto de atores envolvidos nesse processo, bem como as diferentes perspectivas que podem ser adotadas por cada um: o Ministro da Saúde defendendo seu orçamento diante do parlamento; o Ministro do Planejamento buscando equilibrar as múltiplas demandas diante dos recursos escassos; o superintendente hospitalar sob pressão para disponibilizar mais leitos; os médicos e as enfermeiras de um centro de saúde que acabara de ficar sem antibiótico; o jornalista em busca de uma reportagem; a mãe desesperada em busca de tratamento para a sua filha de dois anos de idade; os empresários em busca da exploração de um milionário mercado, dentre outros.

Ignorar que a saúde é protegida e promovida por um sistema complexo, para o qual concorrem conhecimentos interdisciplinares e variados interesses, parece ser uma falha cognitiva comum do meio jurídico, que muitas vezes, por meio de um bacharelismo voluntarioso e imediatista, busca conceber todos os problemas envolvendo a saúde a partir de um enquadramento do tema na dogmática dos direitos fundamentais, assim como por meio da subsunção das questões envolvendo políticas públicas ao processo judicial. Por isso acreditamos importante a inserção do presente tópico, no qual buscamos enquadrar a questão da saúde pública dentro de um quadro teórico mais abrangente, que ressalte que a proteção judicial do direito a saúde se insere em um sistema maior (o sistema de saúde) e não o contrário!

world. The countries. Vol. I. New York: Oxford University Press, 1991; LIGHT, Donald D.; SCHULLER, Alexander. *Political values and health care: The German experience.* Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

²¹³ Cf. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance.* Geneva: World Health Organization, 2000, p. xi, p. 5. A partir de uma perspectiva diferente, Lora e Fajuri assim conceituam um sistema sanitário: “*Un sistema sanitario es el intento colectivo de asegurarse contra las pérdidas sufridas en la lotería natural y social planeando racionalmente la beneficencia humana. Su función es restarle fuerza a las tragedias de la naturaleza, así como a las elecciones inicuas e indiferentes de las personas, incluyendo a quien no muestran compasión hacia a los necesitados. Son constructos sociales dirigidos a liberar a las personas de algunas ansiedades asociadas al miedo a la enfermedad y a la muerte. Son uno de tantos intentos humanos de hacer más llevadera la naturaleza a las personas.*” (LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva.* Madrid: Iustel Biblioteca Jurídica Básica, 2009, p. 35.)

Algum tipo de sistema de saúde sempre existiu, haja vista ser intrínseca à vida em coletividade a tentativa das pessoas de deliberadamente protegerem-se de doenças e de promover seu bem-estar físico e mental. Desde as civilizações clássicas foram constantes as manifestações culturais de práticas baseadas em curas por meio de ervas aliadas a algum tipo de aconselhamento espiritual do líder comunitário. O tradicional e o sagrado sempre estiveram por detrás da questão da saúde, perdendo força com o advento do racionalismo da idade moderna e o desenvolvimento da medicina profana como ciência autônoma. Entretanto, os sistemas de saúde que nos interessam não são esses, mas sim aqueles que se estruturam no final do século XIX, como uma resposta aos riscos crescentes do capitalismo industrial em ascensão e dos problemas sanitários decorrentes do crescimento desordenado das cidades.

O paradoxo da opulência e da miséria é o fato comum que define a co-originalidade histórica da narrativa dos sistemas de saúde e da “questão social”. Não porque os ricos não sofressem com problemas de saúde, mas sim porque os pobres eram desproporcionalmente mais afetados em função da estrutura social opressiva que se lhe impunha. Certamente é possível buscar os fundamentos históricos dos sistemas de saúde em geral e do direito a saúde em particular em eventos diferentes daqueles relacionados com o surgimento dos modelos de seguridade social do fim do século XIX.²¹⁴ Todavia, nada obstante essas manifestações remotas, parece-nos essencial marcar a proximidade entre o surgimento dos sistemas de seguridade e o gérmen do desenvolvimento dos modernos sistemas de saúde, ainda mais dentro de nossa tradição jurídica que classifica o direito a saúde como espécie do gênero direitos sociais, tais quais o direito do trabalho, a previdência social, a educação, dentre outros.

Apesar de cada um guardar certa peculiaridade, não seria equivocado afirmar que todos foram conquistas da classe trabalhadora que se fortalecia naquela época de dualismos entre capitalismo e socialismo, entre classe trabalhadora e burguesa, entre igualdade e liberdade, entre Estado e mercado. Hoje não é preciso ser socialista para se defender em alguma medida o direito à saúde, nem a necessidade de que o Estado intervenha na ordem

²¹⁴ Na Inglaterra são conhecidas as Leis dos Pobres, a primeira de 1601 (*Old Poor Law*) – que regulamentou a instituição de auxílios e socorros públicos aos indigentes necessitados, por meio de um sistema paroquial - e a segunda de 1832 (*New Poor Law*) – que concentrava a assistência nos manicômios como centros voltados para resolver problemas de segurança pública e excluir do convívio social os indesejados -, ambas com caráter assistencial e inseridas em uma cultura fortemente ligada a noção de solidariedade privada.

econômica para promover finalidades coletivas nesse campo. Mas negar aquele vínculo de origem parece-nos uma omissão imperdoável.

Já no final do século XIX os trabalhadores estavam expostos a todos os tipos de riscos no exercício de sua atividade laboral. Infortúnios como acidentes de trabalho, invalidez e velhice eram resolvidos por técnicas de direito privado, como a responsabilidade civil do empregador ou a contratação privada de seguros. Os mecanismos se mostravam extremamente insuficiente para conter os riscos da vida na sociedade capitalista, ainda mais no contexto de um mercado securitário incipiente e desregulado e de um quadro social em que existia um grande contingente de trabalhadores que não dispunham de nenhuma reserva material.

Na Alemanha de Bismarck esse quadro foi pela primeira vez inovado quando se instituiu um conjunto de seguros obrigatórios gerenciados pelo Estado. Em 1883 se estabelece o seguro-doença obrigatório para os trabalhadores, gerido por companhias autônomas, financiado por contribuições obreiras e dos patronos, e cujas prestações se orientavam de acordo com os recursos aportados. A esse evento se seguiu, em 1884, a instituição do seguro contra o acidente de trabalho; em 1889 o seguro de invalidez e, por fim, em 1891, o de velhice (cujo marco era 70 anos).²¹⁵ O modelo alemão ganhou grande popularidade entre os trabalhadores e conduziu a adoção de legislação similar na Europa (Bélgica, 1894 e Noruega, 1909) e fora dela (Japão aprovou, em 1922, legislação estendendo aos trabalhadores a tratamento médico financiado por receitas tributárias). A Rússia, no início do século XIX, começou a estruturar uma ampla rede de estações médicas e hospitais locais de tratamento gratuito, tendência que se fortaleceu com a Revolução Bolshevik de 1917, oportunidade em que se decretou total gratuidade do atendimento médico e universalidade do atendimento. O modelo bismarckiano caracterizou-se por: i) ter a cobertura limitada às classes trabalhadoras; ii) ser financiado por quotização dos empregados com participação dos trabalhadores; iii) ter caráter comutativo e sinalagmático, assegurando os rendimentos obtidos na atividade, sem

²¹⁵ Interessante notar que as mencionadas leis foram aprovadas com o voto contrário dos socialistas. Isso se deve à ascensão, dentre os trabalhadores alemães, do pensamento revolucionário marxista que pregava ser o Estado capitalista mero instrumento de dominação de classe, cujo ocaso estaria próximo e se verificaria quando alguma crise de superprodução conduzisse os trabalhadores à sociedade comunista. As leis aprovadas eram consideradas formas de domesticar e desarticular as reivindicações da classe trabalhadora. A política de Bismarck ficou conhecida como “política do pau e da cenoura”. A primeira expressão se deve à constante repressão e proibição do partido obreiro. A segunda às leis do seguro social. Cf. SOTELO, Ignácio. *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 173.

pretensões redistributivas; iv) ser administrado principalmente por associações de mútuo, integrantes da sociedade civil.

Da Inglaterra arrasada pela 2ª Guerra surge o modelo mais influente de sistema de saúde da atualidade. O multicitado *Beveridge Report*, de 1942, identificou a assistência à saúde como um dos três pré-requisitos necessário para um sistema de seguridade social viável. O *White Paper* do Governo, de 1944, afirmou a necessidade da adoção de uma política em que todos, independentemente dos meios, idade, sexo ou ocupação tivessem igual oportunidade de se beneficiar dos melhores e mais modernos serviços médicos e complementares disponíveis. Afirmou-se ainda que os mencionados serviços deveriam ser abrangentes e gratuitos, destinados a promover a boa saúde e a tratar enfermidades e doenças. O modelo beveridgeano caracteriza-se: i) por ter a cobertura ampla; ii) por ser financiado essencialmente por receitas fiscais, responsáveis pela manutenção do equilíbrio financeiro do sistema; iii) por ser administrado pela burocracia estatal. O caráter distributivo da totalidade do modelo é fortemente questionado, daí, com mais razão, poder ser combatida a necessidade de que um de seus ramos específicos (o sistema de saúde) tenha que operar como mecanismo de distribuição, privilegiando os mais pobres em detrimento dos mais ricos.²¹⁶

A tendência da adoção de um sistema de proteção social mais pródigo se disseminou após a segunda guerra. Japão, União Soviética, Noruega, Suécia, Hungria e muitos dos países comunistas estenderam a cobertura oferecida pelos seus sistemas nacionais à maioria ou à totalidade da população. As colônias recém independentes também tentaram adotar amplos sistemas de proteção social, com forte participação estatal. A percepção da força dos estados nacionais modernos, os movimentos de reconciliação, estabilidade e reconstrução e o sentimento coletivo de solidariedade foram elementos fundamentais para o surgimento dessa fase conhecida como “universalismo clássico”, capaz de disseminar a crença na construção de um estado eficiente, benevolente, promotor do desenvolvimento e que, especificamente no

²¹⁶ Esse é um argumento conservador, mas precisa ser enfrentado, especialmente para se discutir a abrangência do princípio constitucional da universalidade. (art. 194, I c/c art. 196 CF). Sotelo demonstra com clareza que o modelo original inglês não tinha pretensões distributivas amplas. O autor diferencia o modelo de bem-estar socialdemocrata (vivenciado pela República de Weimar e pela Suécia) do modelo de bem-estar britânico. O primeiro teria as seguintes características: i) questionar a relação direta entre contribuições e prestações com base na solidariedade; ii) pretender uma distribuição mais equitativa da renda nacional como meio de atingir uma sociedade mais igualitária; iii) pretender superar o capitalismo e avançar gradualmente a um socialismo democrático. Já o segundo não pretenderia a alteração das estruturas sociais, mas instituiria benefícios sociais para evitar a revolução iminente no quadro de desemprego e miséria. Cf. SOTELO, Ignacio. *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Op. cit., p. 232.

campo da saúde, pudesse oferecer acesso ao melhor tipo de assistência médica existente para todos.²¹⁷

Os eventos até então narrados descrevem a *primeira geração de reformas* dos sistemas de saúde, modelo que já nos anos de 1960 começava a apresentar grandes insuficiências. Os custos aumentavam cada vez mais, especialmente em função dos avanços científicos prometidos pelas novas tecnologias e drogas. Os serviços oferecidos pelos sistemas de cobertura universal eram mais utilizados, proporcionalmente, pelos economicamente mais favorecidos. Grande parte da população ainda continuava a depender de recursos próprios para custear seus tratamentos de saúde. Todos esses problemas foram ainda mais flagrantes nos países pobres, nos quais o universalismo clássico privilegiou desmesuradamente os centros urbanos e os tratamentos de maior complexidade em detrimento da atenção primária nos centros rurais. Tudo isso conduziu à *segunda geração de reformas*, por meio das quais se pretendeu tornar o sistema mais custo-efetivo, equitativo e acessível, por meio da promoção da assistência primária à saúde. Essa estratégia foi encampada pela Conferência Internacional sobre assistência primária à saúde, realizada em Alma-Ata, antiga União Soviética, em 1978.²¹⁸

Resultados animadores foram colhidos sob esse novo paradigma. Países como a Costa Rica e o Sri Lanka alcançaram grandes avanços a custos relativamente pequenos, aumentando de 15 a 20 anos a expectativa de vida no período de apenas duas décadas. Em ambos os casos houve esforços pesados na tentativa de se assegurar universalmente um nível mínimo de assistência, alimentação e educação, tudo isso aliado ao fornecimento adequado de água tratada e saneamento básico. Enfim, concentrou-se em elementos centrais como medidas de saúde pública relacionadas com assistência clínica, prevenção, oferecimento de drogas essenciais e educação da comunidade pelos profissionais da saúde. Malgrado os avanços narrados, falhas sistemáticas continuaram a permear os sistemas de assistência à saúde. O sistema de financiamento continuava a se mostrar inadequado e insuficiente; muitos

²¹⁷ WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance*. Geneva: World Health Organization, 2000, p. 13.

²¹⁸ É importante observar que o termo “primário” adquiriu uma variedade de conotações, algumas mais técnicas, relacionadas com o primeiro contato com o sistema de saúde, ou o primeiro nível de assistência, ou tratamentos simples que pudessem ser oferecidos por pessoas relativamente sem treinamento, ou ainda intervenções que agissem nas causas primárias das doenças. O termo também adquiriu conotações políticas relacionadas com a necessidade de ações multisetoriais ou envolvimento comunitário. Essa multiplicidade de sentidos e suas implicações geralmente contraditórias ajudam a explicar porque não existe consenso sobre o que deveria conter um modelo de assistência primária. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance*. Geneva: World Health Organization, 2000, p. 14.

confundiram assistência primária com assistência primitiva, ainda mais quando os serviços passaram a ser limitados aos pobres; os serviços de nível inicial continuaram a ser pouco utilizados pelos pacientes, que os contornavam buscando atendimento diretamente em hospitais, fato que ocasionava a manutenção de maiores investimentos públicos no setor terciário e nos centros urbanos. Além disso, o sistema de assistência primária concentra-se essencialmente na oferta de prestações sanitárias formuladas a partir de conceitos abstratos de necessidades, deixando em segundo plano a variável da demanda popular por tipos específicos de assistência.

Tudo isso conduziu à *terceira geração de reformas* conhecida como “novo universalismo”, por meio do qual se pretende oferecer tratamento essencial de alta qualidade (definido principalmente pelo critério de custo-efetividade), para todos, e não toda a assistência possível para toda a população ou simplesmente a mais básica assistência para os mais pobres. Dentro da racionalidade de custo-efetividade o novo universalismo priorizou intervenções que pudessem oferecer benefícios de saúde para muitos, por meio do menor custo possível, como, por exemplo, a concentração de esforços no combate às doenças altamente contagiosas e a atenção às informações epidemiológicas locais. Também buscou combater as comuns falhas de diagnósticos e tratamento na rede pública por meio do oferecimento de treinamento adequado e pela busca de integração gerencial entre os diferentes níveis de atendimento. Outra característica marcante dessa fase foi a assunção explícita da necessidade de estabelecer prioridades e racionamentos dentre as diversas intervenções demandadas, desde que respeitado o princípio ético da inadmissibilidade de exclusão da totalidade de grupos sociais.

Essas novas idéias de forjar um sistema mais sensível às demandas, mais capaz de garantir o acesso dos mais pobres, mais preocupado com o aspecto financeiro e o custeio e mais capaz de compreender a atuação do setor público e privado de forma sinérgica são características marcantes da terceira onda de reformas. No plano econômico e político percebe-se claramente uma influência dos movimentos liberais relacionados com as crises da década de oitenta e a descrença no modelo centralizador e planejado comunista, ou seja, a terceira onda de reformas afasta-se do discurso de intervenção econômica totalizante do estado na economia, passando a defender os benefícios de um sistema de saúde com maior capacidade de promoção de competição entre os agentes econômicos, assim como de uma

postura estatal mais regulatória e capaz de explorar as potencialidades do mercado. Verifica-se também uma diminuição das expectativas acerca da capacidade de prestação de serviços públicos por parte dos Governos, principalmente daqueles financiados pelas receitas públicas, conformando-se essas demandas à capacidade financeira e organizacional dos entes políticos.

No Brasil a trajetória da formação de nosso sistema de saúde foi bastante acidentada, mas, em regra, seguiu as grandes tendências mundiais. Já começamos atrasados. As primeiras ações de saúde pública somente foram executadas no período colonial com a vinda da família real para o Brasil (1808) e sob o argumento equivocadamente de assegurar uma mão de obra saudável e capaz de manter os negócios da realeza.²¹⁹ A superstição continuava a disputar espaço com as explicações científicas, e o mágico se digladiava com o profano. Pouco a pouco a questão da saúde foi deixando de ser um problema privado, que relegava o atendimento dos necessitados à caridade das Santas Casas de Misericórdias. As primeiras academias médico-cirúrgicas foram fundadas no Rio de Janeiro e na Bahia por ordem real, respectivamente em 1813 e 1815. Em 1829 foi criada a Imperial Academia de Medicina que, reunindo os principais clínicos que atuavam no Rio, funcionou como órgão consultivo do Imperador nas questões ligadas à saúde nacional. Apesar disso a desorganização dos serviços de saúde, mesmo após a proclamação da República, facilitou a ocorrência de várias ondas epidêmicas como varíola, febre amarela, peste bubônica, febre tifóide e cólera. Começava-se a saga até hoje não terminada.²²⁰

No período da República Velha (1891-1930) verificamos avanços consideráveis em relação às questões de saúde pública, principalmente diante da atuação destacada de nomes como Oswaldo Cruz, Carlos Chagas e Emílio Ribas a frente do movimento sanitário. As novas concepções científicas passaram a ser melhor aceitas em nosso meio e vários institutos de pesquisa articulados à estrutura do serviço sanitário foram inaugurados.²²¹ Os problemas de saúde pública passaram a ser enxergados como um grande obstáculo à civilização nacional e durante toda a fase da República Velha as ações no setor foram defendidas como alternativas capazes de viabilizar o progresso econômico das atividades de exportação de café exploradas

²¹⁹ BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das políticas públicas 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. 30.

²²⁰ FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. Op. cit. p. 5-15.

²²¹ Apenas exemplificativamente cita-se a criação, em 1892, dos laboratórios Bacteriológico, Vacinogênico e de Análises Clínicas e Farmacêuticas de São Paulo, posteriormente transformados nos institutos Butantã, Biológico e Bacteriológico. No Rio de Janeiro o principal centro de pesquisa foi o Instituto Soroterápico de Manguinhos (1899), posteriormente transformado no Instituto Oswaldo Cruz, até hoje o principal centro de pesquisas médico-epidemiológicas do país.

pelas oligarquias locais. Nesse sentido, importante destacar que os problemas endêmicos de saúde entre a população nacional da época - que gerava baixas taxas de produtividade -, suscitaram duas posturas bastante diversas entre os especialistas. De um lado se destacavam posicionamentos que atribuíam à má qualidade da raça brasileira os problemas nacionais, apoiando posturas eugênicas que se baseavam na crença absurda de que a mistura entre brancos, negros e índios criaria um tipo nacional condenado à preguiça e à debilidade física e mental. Do outro lado havia os defensores da necessidade de uma urgente intervenção do governo no setor sanitário, atrelando saúde e desenvolvimento como elementos de uma mesma equação, impostergáveis em um país em que prevalecia a doença generalizada.²²²

É exatamente sob essa última orientação que as políticas sanitaristas passaram a ser concebidas como elemento necessário para o desenvolvimento e a integração nacional. O período se caracterizou, em um primeiro momento, pela adoção de uma série de ações de saneamento, urbanização, vacinações obrigatórias²²³ e, numa segunda fase, pela preocupação com o saneamento e as endemias rurais, o que desencadeou uma série de expedições pelo interior do país. Ficou marcada nesse período a reforma urbanística e sanitária sofrida pela então Capital da República, o Rio de Janeiro, comandada a mão de ferro por Oswaldo Cruz.²²⁴ Os resultados vieram em pouco tempo, mas à custa de uma postura autoritária e draconiana que a pretexto de resolver problemas de saúde coletiva, e respaldada pela aprovação do recém aprovado Código Sanitário, desrespeitava as liberdades individuais mais básicas e a inviolabilidade física e de domicílio dos indivíduos. Interessante perceber que ao contrário das práticas atuais, que buscam compelir o estado a prestar serviços de saúde, a Justiça Sanitária na época era provocada para impedir a atuação estatal e conter os excessos da polícia sanitária.²²⁵ Um dos efeitos políticos do movimento foi a expansão da autoridade estatal sobre o território nacional, ao mesmo tempo em que se criavam as bases para a formação da

²²² FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. Op. cit. p. 23.

²²³ A vacinação obrigatória gerou a famosa “Revolta da Vacina”, classificada como o mais indomável movimento popular ocorrido no Rio de Janeiro. Com forte lobby de Oswaldo Cruz, a aprovação, em 31 de outubro de 1904, da lei que estabelecia a obrigatoriedade da vacina contra a varíola gerou intensa agitação popular, sendo inclusive taxada de inconstitucional. No final a obrigatoriedade foi revogada e o evento histórico passou a ser exigir novas reflexões sobre possibilidades alternativas de relacionamento entre Estado, Medicina e sociedade. Cf. FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. Op. cit. p. 29.

²²⁴ BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. *História das políticas públicas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. Op. Cit., p. 34.

²²⁵ SILVA, Fábio de Souza. *Tutela judicial do direito à saúde*. Op. cit., p. 66.

burocracia em saúde pública. Em 1920, foi criada a Diretoria Nacional de Saúde Pública (DNSP), reforçando o papel do governo central e a verticalização das ações.²²⁶

É, contudo, a partir da Era Vargas que o sistema de proteção social em geral e o sistema de saúde pública em particular começa efetivamente a ganhar corpo. Até então a manifestação mais próxima de um sistema de seguro social era encontrado no sistema privado de Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPS), somente legalizadas e regulamentadas pela Lei Eloy Chaves (1923). Tratava-se de um modelo financiado e organizado por empresas e trabalhadores integrantes de classes política e financeiramente fortes, no qual o papel do Estado se restringia ao reconhecimento da legalidade de uma prática que já vinha desde há algum tempo.²²⁷ Mas, dentro da política paternalista e populista de expansão dos direitos sociais (e, por consequência de proteção da saúde) do Governo de Getúlio, vale destacar a criação do Ministério da Educação e Saúde Pública (MESP) e do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC), que passaram a dividir funções nas ações de coordenação e proteção à saúde (o primeiro com atribuição para a realização de ações de caráter preventivo e o segundo responsável pela assistência médica assistencial previdenciária), assim como a criação do Instituto de Aposentadorias e Pensões (IAPS), que ampliou o papel das CAPS e constituiu um primeiro esboço do sistema de proteção social brasileiro. Os IAPS passaram a incluir em um mesmo instituto várias categorias profissionais (e.g. marítimos – IAPM -, comerciários - IAPC -, industriais – IAPI) e a contar com a participação do Estado em sua administração, controle e financiamento. Exigia-se o vínculo formal do trabalhador para a garantia do benefício, motivo pelo qual estavam excluídos os trabalhadores rurais, os profissionais liberais e todo trabalhador que exercesse função não reconhecida pelo Estado. Além disso, cada IAP oferecia aos seus contribuintes um rol de benefícios compatível com a capacidade de contribuição e organização da categoria.²²⁸

O período de redemocratização (1945-1964) não traz avanços significativos no setor da saúde, mas, pelo contrário, agravou a dualidade já existente entre uma política de saúde pública universal, com ênfase na prevenção das doenças transmissíveis, e uma política de

²²⁶ BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. *História das políticas públicas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. Op. Cit., p. 35.

²²⁷ Vale ainda mencionar que os benefícios que os segurados recebiam eram socorros médicos (para o trabalhador e toda a família, inclusive amigos), medicamentos, aposentadorias e pensões para os herdeiros, tudo condicionado à condição de segurado.

²²⁸ BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. *História das políticas públicas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. Op. Cit., p. 38.

saúde previdenciária, restrita aos contribuintes, com ênfase na assistência curativa. Fato de destaque foi a criação, em 1953, do Ministério da Saúde, evento que não contribuiu nem para aumentar o investimento público, nem para a geração de estabilidade administrativa no setor.²²⁹ Frisa-se que o período histórico analisado é marcado por uma rápida expansão dos centros industriais urbanos e pelo conseqüente aumento da demanda pelos serviços de saúde decorrente daquele contingente de trabalhadores excluídos da proteção previdenciária (contributiva). A isso se soma o desenvolvimento de uma assistência cada vez mais especializada e custosa - muito em função dos avanços oriundos da ciência médica pós-2ª Guerra, do aumento da expectativa de vida da população e do surgimento dos males típicos da modernidade nas grandes cidades.²³⁰ Por fim, destaca-se que no meio político começou a ganhar força um “sanitarismo desenvolvimentista”, que condicionava o desenvolvimento nacional à adoção de políticas públicas destinadas a melhorar a qualidade da saúde dos brasileiros, fato fundamental para o aprofundamento das discussões sobre o direito à saúde e a proteção social como política pública nacional.

Se a fase da redemocratização não trouxe avanços significativos, o regime militar revelou-se desastroso. Enquanto o orçamento dos Ministérios Militares cresceu vertiginosamente, os recursos destinados à saúde desapareceram. Em 1974 o orçamento do Ministério da Saúde representava apenas 0,94% do orçamento da União. O resultado foi trágico, com o aumento de enfermidades como a dengue, a meningite e a malária. E quando tais doenças se tornavam epidêmicas, as autoridades da ditadura recorriam à censura, impedindo que os meios de comunicação alertassem o povo sobre a ameaça.²³¹

Em 1966 houve a unificação dos IAPS e a constituição do instituto nacional da previdência social (INPS), fato que culminou na centralização dos poderes nas mãos do estado e no afastamento dos trabalhadores do processo decisório, no fortalecimento da tecnocracia e no reforço das relações clientelistas. O INPS continuou apenas atendendo

²²⁹ Bertolli Filho afirma que na década de 50 o Brasil gastava 1,2% do PIB com saúde e que a taxa de mortalidade geral era de 13,2%. O autor ainda menciona que nas duas primeiras décadas de funcionamento do Ministério da Saúde 19 ministros ocuparam a pasta. Cf. FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. Op. cit. p. 40-42.

²³⁰ “A guerra possibilitou um grande quantitativo de experimentos com humanos utilizados como cobaias nos campos de concentração e nos hospitais militares e, conseqüentemente, um maior conhecimento acerca das drogas, técnicas médicas e seus efeitos no homem... O conhecimento mais detalhado da fisiologia e da fisiopatologia permitiu o desenvolvimento de drogas modernas e possibilitou uma revolução na prática médica, bem como o início de um processo de mudança nos níveis de saúde das populações, que passam progressivamente a viver mais (aumenta a expectativa de vida) e a sofrer de doenças mais complexas (crônicas) ou típicas da modernidade, como os acidentes de carro, violências, entre outras.” (BAPTISTA, Tatiana Wargax de Faria. *História das políticas públicas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. Op. Cit., p. 39.)

²³¹ FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. Op. cit. p. 52.

aqueles que possuíam vínculo contributivo com o sistema, mas já no início da década de 70 novas categorias profissionais passaram a estar seguradas, como os trabalhadores rurais, as empregadas domésticas e os autônomos. Esse fato gerou um significativo aumento da demanda que somente foi estabilizado por meio da contratação Estatal de serviços privados, permitindo a criação do “complexo médico-empresarial”. Ademais, é exatamente nesta época que ocorre o grande *boom* do setor privado na exploração da saúde no Brasil. De um lado, as grandes multinacionais automobilísticas, que se instalavam no ABC, passaram a celebrar convênios com empresas médicas; do outro a Previdência, também mediante convênio, passou a transferir para as empresas a responsabilidade pela assistência à saúde de seus empregados.²³² Pouco a pouco o mercado da saúde surgia como um bom negócio para o capital estrangeiro, tanto na exploração do seguro-saúde, quanto nas fábricas de equipamento médico-hospitalar ou nos laboratório farmacêuticos.²³³

No período militar, todavia, há fatos relevantes que não podem ser desprezados. Em primeiro lugar deve-se relembrar o fortalecimento do movimento sanitário - cujas bases de apoio e respaldo teórico advinham de instituições fortes a USP, a Unicamp, o Instituto de medicina social da UERJ e a Escola nacional de saúde pública Sérgio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz. Desta forma, já começavam a se fortalecer os princípios que em 1988 viriam a integrar o texto da Constituição, como a descentralização, a participação popular, a formação de um sistema único integral e universal. Em segundo lugar deve-se mencionar a implementação de diversas políticas públicas como: i) a instituição do Plano de Pronta Ação (PPA) e do Programa de Interiorização das ações de Saúde e Saneamento (Piass), precursores de um projeto de universalização, cujos objetivos eram, respectivamente, viabilizar a expansão da cobertura em saúde e estender os serviços de atenção básica ao Nordeste; ii) a formação do Sistema Nacional de Saúde, primeiro projeto de âmbito nacional que desenvolvia um conjunto integrado de ações nos três níveis de governo; iii) a constituição do Sistema Nacional da Previdência e Assistência Social (Sinpas), em 1977, com mecanismos de articulação entre saúde, previdência e assistência no âmbito do Ministério da Previdência e

²³² “É da chamada ‘medicina de fábrica’ que surgem as ‘empresas médicas’ ou ‘grupos médico’ especializados na venda de serviços assistenciais, inicialmente por redes próprias e, depois, por sistema de credenciamento de prestadores de serviços médico-hospitalar. No regime militar, os ‘grupos médicos’ passam a receber incentivos, com a incorporação à assistência médica previdenciária, e mais tarde, dão origem à medicina de grupo.” (GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Livraria RT, p. 32.)

²³³ “Os investimentos internacionais na área do seguro-saúde mostraram-se altamente rentáveis: calcula-se que atualmente apenas 25% das verbas arrecadadas são aplicadas no atendimento aos conveniados, na manutenção da burocracia e nas campanhas publicitárias. O restante representa lucro líquido... Em 1976 existiam nas farmácias do Brasil cerca de cinco mil remédios considerados supérfluos, sem nenhum papel significativo na cura de qualquer enfermidade.” (FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. Op. cit. p. 59.)

Assistência Social (MPAS) e a criação do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (Inamps), que passou a ser o órgão coordenador de todas as áreas de saúde no nível médico-assistencial da previdência social.²³⁴

O legado do regime militar foi perverso para a saúde, mas a reabertura democrática permitiu maior reengajamento da sociedade civil nas discussões sobre as políticas públicas adotadas pelo Governo. Com a assessoria de padres e médicos sanitaristas, foram criados os Conselhos Populares de Saúde, encarregados de obter melhor saneamento básico e de lutar pela construção de hospitais e centros de saúde nas áreas mais carentes.²³⁵ Destaca-se também que a partir de associações como a Abrasco (Associação Brasileiro de Pós-Graduação em Saúde Coletiva) e o Cebes (Centro Brasileiro de Estudos de Saúde) desenvolveu-se o Movimento Sanitarista, figura central no processo constituinte. Em 1986, o Ministério da Saúde convocou técnicos, gestores de saúde e usuários para uma discussão aberta sobre a reforma do sistema de saúde, realizando, assim, a VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), marco histórico para a política de saúde brasileira, na qual se defendeu, além de uma concepção ampliada de saúde, a necessidade da criação de um sistema unificado de acesso universal e atendimento integral.²³⁶ Além do peso no processo constituinte, a VIII Conferência incentivou decisivamente a criação, em 1987, do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS), gérmen do que em 1988 viria a ser o SUS. Também influenciou na constituição da Comissão Nacional da Reforma Sanitária (CNRS), que reuniu uma série de representantes do Estado, da sociedade civil e do setor privado de saúde, e cujas proposições foram quase que na integralidade corroboradas pela Carta de 1988.²³⁷

Em 1988 surge o SUS como um dos ramos da seguridade social, fundado nos princípios da universalidade, da integralidade, da descentralização e da participação popular, inaugurando no Brasil uma estrutura, ao menos no papel, abrangente de proteção social. Opunha-se ao modelo seletivo e contributivo que vigorou até então, que segregava a assistência à saúde previdenciária da não previdenciária. Também se contrapunha ao modelo decisório centralizador e tecnocrata, que excluía das decisões mais importantes a sociedade e

²³⁴ BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. *História das políticas públicas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde*. *Op. Cit.*, p. 44.

²³⁵ FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. *Op. cit.* p. 62.

²³⁶ Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/saude/cidadao/area.cfm?id_area=1124>. Acesso em 14/12/2010.

²³⁷ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Brasília, nº 17, vol. 1, 2008, p. 108.

alimentava práticas clientelistas. Acima de tudo, o SUS representava a aspiração mais ampla de reforma social inerente ao Movimento Sanitário, apostando em um modelo altamente estatizado, que concebia o Estado como o responsável pela prestação direta dos serviços assistenciais e controlador rigoroso dos serviços prestados pelo setor privado. Em suma, entendia-se que caberia precipuamente ao Estado conduzir a sociedade em direção ao equacionamento dos problemas no setor da saúde, sendo este o modo de garantir o resgate de uma dívida social com a cidadania.²³⁸

Após mais de duas décadas de existência o SUS ainda mostra-se um projeto inacabado. Trouxe grandes avanços como a expansão da atenção básica e do acesso aos procedimentos especializados de média e alta complexidade, a ampliação do atendimento de urgência e emergência, a ampliação da assistência farmacêutica e a acessibilidade a medicamentos e a melhoria da qualidade da atenção.²³⁹ Apesar disso, ainda apresenta velhos desafios como aqueles relacionados com a busca de uma solução para o financiamento, o que passa pela regulamentação da EC 29/00, desde há muito atravancada no Congresso Nacional.

Outro desafio se relaciona com a busca de uma melhor interação entre o SUS e o setor privado de exploração da saúde. Diferentemente do modelo estatizante idealizado pelos mentores do Movimento Sanitarista, o que se verifica é o crescimento cada vez maior do setor privado na área de saúde, quer seja por meio do segmento de saúde privada contratada de forma complementar ao SUS (na forma do art. 197 da CF), quer seja por meio da livre exploração de planos e seguros de saúde pelos particulares (na forma do art. 199 da CF). No início, em um mercado totalmente desregulado, houve uma relação diretamente proporcional entre a expansão acima enunciada e a disseminação de toda uma sorte de abusos e ilegalidades por parte dos fornecedores de serviços em face dos consumidores. A aprovação do CDC, em 1991, contribuiu para amenizar a situação, mas foi somente com a aprovação da Lei 9.656/98 (dispões sobre os planos privados de assistência à saúde) e com a criação da ANS que o arcabouço regulatório foi devidamente estabelecido.

²³⁸ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Brasília, nº 17, vol. 1, 2008, p. 110.

²³⁹ Os números que embasam essas informações podem ser encontrados em INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Brasília, nº 17, vol. 1, 2008, p. 133 ss.

Seguindo as tendências mundiais e superados os antagonismos maniqueístas entre liberais e socialistas, hoje a melhor doutrina já concebe a necessidade de que no campo da saúde o Estado trabalhe de forma mais sinérgica com o mercado, utilizando-o como instrumento inserido no contexto das políticas públicas de promoção do direito à saúde da população. Tudo isso se enquadra no processo de reforma do Estado experimentado durante a década de 90, no qual se buscou redesenhar as funções estatais aos novos desafios da contemporaneidade, capacitando-o para atuar nos padrões de eficiência administrativa e, dessa forma, corrigir eventuais falhas de mercado.²⁴⁰

Por fim, deve-se mencionar como um novo desafio a ser melhor equacionado a constatare tensão antagonística que vem se verificando entre o sistema de saúde e o sistema jurídico, ou, em outros termos, entre os integrantes de cada sistema, principalmente entre juízes e gestores de saúde. O processo de “judicialização das demandas sanitárias” ou “judicialização da saúde” normalmente é uma designação pejorativa que os especialistas da saúde utilizam para descrever o fenômeno, verificado nos últimos 15 anos, de transferência do locus decisório sobre decisões alocativas de recursos na área da saúde dos ambientes da administração para os Tribunais. Muitos denunciam os efeitos distributivos perversos dessas práticas, a iniquidade com aqueles que não possuem nem mesmo acesso ao Judiciário e as distorções causadas nas políticas públicas já em andamento.²⁴¹

Por outro lado, o grande público jurídico parece hoje fechar os olhos para os argumentos dos especialistas do sistema de saúde e festejar a judicialização como o caminho inevitável para a efetivação da Constituição, para a garantia dos direitos humanos e para a promoção das precondições para a democracia. Nos próximos tópicos pretendemos descrever em grandes linhas as premissas teóricas que embasam esse otimismo judicializante e juridicizante. Buscaremos ressaltar suas virtudes e a sua importância para a disseminação de

²⁴⁰ “O Estado passou a ter novas atribuições, como as de regulação, controle e avaliação e ampliou-se a participação do mercado e da família na produção, no gasto e no financiamento do sistema de saúde. Essas mudanças compõem uma (re) institucionalização da relação público-privado.” (BAHIA, Lígia; VIANA, Ana Luiza. “Introdução”. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Agência Nacional de Saúde Suplementar. Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002, p. 9). No mesmo sentido GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. Op. cit., p. 37: “Os sistemas público e privado de assistência à saúde no Brasil, portanto, interação e seu relacionamento tem fundamental importância para o bom funcionamento da política de saúde no País.”

²⁴¹ VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007; FERRAZ, Octavio Luiz Motta, *Right to Health Litigation in Brazil, An Overview of the Research* (May 15, 2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1426011>; FERRAZ, Octavio Luiz Motta; VIEIRA, Fabiola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominante. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>

um *ethos* de respeito aos direitos humanos no Brasil, mas também destacar exageros que são cometidos a esse pretexto, exageros que, frisa-se, pouco contribuem para a melhoria do sistema de saúde e, conseqüentemente, para a promoção do direito fundamental à saúde.

2.3. O reconhecimento da saúde como um direito formal e materialmente fundamental.

Não pretendo neste tópico repetir enfadonhamente uma série de informações que são reproduzidas por todos os trabalhos jurídicos que tratam dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular. Farei apenas um recenseamento esquemático da discussão, remetendo o leitor, em notas de rodapé, aos textos de referência para aprofundamento. Aqui almejo apenas preparar o caminho para, no tópico seguinte, esboçar algumas críticas sobre posturas dogmáticas que limitam excessivamente a discussão sobre o direito à saúde a uma arenosa e sofisticada discussão de metodologia de direitos fundamentais, que muitas vezes é utilizada pelo jurista como argumento *ex post* de legitimação do mais puro decisionismo diante de uma ponderação obscura que tem em cada prato da balança dois conceitos sob os quais reina a mais acirrada divergência: de um lado o mínimo existencial e do outro a reserva do possível. Também pretendo apresentar os elementos necessários para propor uma visão crítica acerca da tendência de priorizar o estudo do direito à saúde em sua dimensão subjetiva, o que favorece a prestação seletiva e não equitativa de recursos escassos à pequena parcela da população que tem acesso ao Judiciário em detrimento das macro-decisões constantes das políticas públicas. Frisa-se: o objetivo aqui não é historiográfico.

Contudo, antes de resgatar a importante dimensão coletiva do direito à saúde, de valorizar sua manifestação na forma de política pública e de enfatizar a necessidade de que o operador jurídico não se perca nas complexidades de sofisticadas ponderações de princípios quando a matéria sanitária for normatizada por meio de regras claras e específicas é preciso compreender que o caminho do reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental subjetivo, que a sofisticação da discussão por meio da incorporação da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais e que a afirmação da normatividade da constituição (com a conseqüente possibilidade de se extrair diretamente do art. 196 da Constituição da República uma prestação originária, passível de adjudicação individual pelo Judiciário), certamente

passa pelo reconhecimento da fundamentalidade formal e material do direito à saúde. O que nos interessa agora é compreender os elementos básicos dessa discussão.

A afirmação da fundamentalidade formal de determinado direito decorre de sua mera enunciação como tal.²⁴² No plano internacional diversas foram as Declarações de direitos que caminharam no sentido de reconhecer a saúde como um direito humano de segunda dimensão, na esteira da clássica diferenciação formulada por Marshall que propõe os direitos sociais como uma segunda etapa de conquistas de direitos (posteriores aos direitos civis e políticos de liberdade). Apenas a título ilustrativo, mencionam-se os seguintes diplomas internacionais: a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, de 1948²⁴³; o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966²⁴⁴; a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)²⁴⁵, complementada pelo Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pacto de São Salvador)²⁴⁶; a Declaração de Alma-Ata, de 1978. Os dois primeiros documentos integram o

²⁴² A diferenciação entre *direito fundamental em sentido formal* e *material* guarda estreita relação com a clássica diferenciação realizada por Carl Schmitt entre *Constituição* e *lei constitucional*. A primeira seria decorrência de uma decisão política fundamental que possui uma diferenciada importância para a comunidade política. Todo o restante, ou seja, todas aquelas outras normas que, apesar de integrar o texto formal da Carta, não possuíssem tamanha relevância, seriam consideradas *leis constitucionais*. Desta forma, os direitos fundamentais em sentido formal seriam todos aqueles enunciados como tais, ao passo que os materialmente fundamentais (enunciados ou não) seriam aqueles que possuem uma diferenciada importância para a comunidade política. Cf. SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2001, p. 46.

Concordamos inteiramente com Alexy que, ao menos em um primeiro nível, seja desejável adotar uma concepção estritamente formal de direito fundamental: “*Mais conveniente que buscar o conceito de norma de direito fundamental em critérios substanciais e/ou estruturais é vinculá-los a um critério formal, relativo à forma de sua positivação. Segundo esse critério, são disposições de direitos fundamentais, em primeiro lugar, todas as disposições do Capítulo da Constituição alemã intitulado “Os Direitos Fundamentais” (art. 1º ao 19) independentemente daquilo que por meio delas seja estabelecido.*” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 68.)

²⁴³ “*Artigo XXV, I. Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outro caso de perda dos meios de subsistência fora de seu controle*”

²⁴⁴ “*Artigo XII, I. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas de gozar do melhor estado de saúde física e mental possível de atingir. II. As medidas que os Estados Partes no presente Pacto tomarem com vista a assegurar o pleno exercício deste direito deverão compreender as medidas necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o seu desenvolvimento da criança; b) O melhoramento de todos os aspectos de higiene do meio ambiente e da higiene industrial; c) A profilaxia, tratamento e controlo das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras; d) A criação de condições próprias a assegurar a todas as pessoas serviços médicos e ajuda médica em caso de doença.*”

²⁴⁵ “*Artigo XXVI. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.*”

²⁴⁶ “*Artigo 10. Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade; b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado; c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; d. Prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de*

sistema global de proteção dos Direitos Humanos, cuja fiscalização é realizada precipuamente pelo Conselho Econômico e Social (principal órgão da ONU responsável por analisar os assuntos referentes aos direitos econômicos, sociais e culturais), através do sistema de relatórios. Já os dois últimos diplomas mencionados compõem o sistema regional ibero-americano e são operacionalizados inclusive por meio do sistema de petições individuais analisadas pela *Comissão Interamericana de Direitos Humanos* e pela *Corte Interamericana de Direitos Humanos*.²⁴⁷

No contexto internacional ainda é importante mencionar o Comentário Geral n. 14, expedido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (órgão do Conselho Econômico e Social da ONU), que, dentre outras coisas, buscou delimitar o conjunto de obrigações básicas relacionadas com o direito à saúde (*core obligations*), assim como esclarecer a amplitude da expressão “o mais alto nível possível de saúde física e mental” – constante do art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966²⁴⁸ – para fins da verificação de possíveis violações do Pacto pelos Estados Partes.

No âmbito interno, o reconhecimento da fundamentalidade formal do direito à saúde também não desperta maiores dificuldades. Antes de 1988 já era possível verificar referências constitucionais indiretas ao direito à saúde (seja por meio de regras de distribuição de competência ou no contexto mais amplo de normas de proteção dos trabalhadores ou de organização da seguridade social e da ordem econômica). Mas foi somente com o advento da Carta de 1988 que ele foi efetivamente elevado à categoria de direito formalmente fundamental, a exemplo dos demais direitos sociais enumerados no art. 6º e integrantes do Capítulo II (Direitos sociais) do Título II da Carta (Direitos e garantias fundamentais).

outra natureza; e. Educação da população sobre prevenção e tratamento dos problemas da saúde; e f. Satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.”

²⁴⁷ Sobre a proteção internacional dos direitos sociais cf. PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: (Orgs.) NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 697-720 e ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

²⁴⁸ “47. In determining which actions or omissions amount to a violation of the right to health, it is important to distinguish the inability from the unwillingness of a State party to comply with its obligations under article 12. This follows from article 12.1, which speaks of the highest attainable standard of health, as well as from article 2.1 of the Covenant, which obliges each State party to take the necessary steps to the maximum of its available resources. A State which is unwilling to use the maximum of its available resources for the realization of the right to health is in violation of its obligations under article 12. If resource constraints render it impossible for a State to comply fully with its Covenant obligations, it has the burden of justifying that every effort has nevertheless been made to use all available resources at its disposal in order to satisfy, as a matter of priority, the obligations outlined above. It should be stressed, however, that a State party cannot, under any circumstances whatsoever, justify its non-compliance with the core obligations set out in paragraph 43 above, which are non-derogable.” Disponível em :<<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/34/PDF/G0043934.pdf?OpenElement>>.

Ademais, nunca é supérfluo recordar que a saúde foi fruto de regramento constitucional específico nos art. 196 ao 200, que tratam-na como ramo específico da seguridade social, concebida como o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Relevante destacar, na esteira dos ensinamentos de Sarlet, que a fundamentalidade formal é um indício de sua fundamentalidade material, assim como indica “prima facie” a submissão dos direitos assim identificados ao regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais em geral, a saber: i) superioridade hierárquica formal, situando-os no topo do ordenamento jurídico; ii) submissão aos limites materiais e formais de reforma da Constituição (art. 60, §4º, inc. IV da CF); iii) nos termos do art. 5º, § 1º da CF, aplicabilidade imediata em relação aos Estado e aos particulares.²⁴⁹ Por óbvio que a mera enunciação de determinado direito como fundamental não será condição suficiente para atribuir-lhe todas as características acima mencionadas. Mas, parece-nos que desconsiderar por completo a literalidade do texto e ignorar as opções explícitas do constituinte, ainda que com ela não se concorde, não é a melhor opção.²⁵⁰ Acreditamos que o melhor caminho seja conferir uma presunção *juris tantum* de fundamentalidade material aos direitos enunciados como fundamentais, pesando sobre os ombros de quem discorde o ônus argumentativo de justificar a inconsistência da opção do constituinte.

Além disso, importante mencionar que o reconhecimento da fundamentalidade formal do direito à saúde representou uma etapa intermediária da atual discussão sobre os vícios e as virtudes da judicialização, deflagrando, ademais, efeitos contraditórios. De um lado basta perceber que grande parte da doutrina²⁵¹ e da jurisprudência²⁵² não extraiu do reconhecimento

²⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e provado) de saúde no Brasil*, p. 5. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225>.

²⁵⁰ Por isso discordamos da posição de Ricardo Lobo Torres, para quem a literalidade do texto constitucional seria irrelevante para a definição da fundamentalidade material de determinado direito. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 274: “... o só critério topográfico não autoriza a assimilação dos direitos sociais pelos fundamentais, salvo no seu núcleo correspondente ao mínimo existencial. Por tudo isso, reservamos a expressão direitos fundamentais sociais ao mínimo existencial.”

²⁵¹ “... aí (art. 196 da CF) não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e para cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida.” (SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83.)

²⁵² Cf. STF, *DJU* 26-05-2000, RE 264.269/RS, rel. Min. Moreira Alves. (Corroborou entendimento do STJ, manifestado no ROMS 6.564/RS, no sentido de que o direito à saúde é norma programática de eficácia limitada, não gerando direito subjetivo).

da fundamentalidade formal do direito à saúde a possibilidade de adjudicação individual de prestações sanitárias, escorando-se na retórica das normas programáticas, em uma visão ortodoxa da separação dos poderes e no argumento da discricionariedade administrativa. De outra banda, aqueles que reconheceram que o art. 196 da CF ensejava a exigibilidade de uma prestação positiva do Estado pelos indivíduos baseavam-se apenas na análise da estrutura linguística dos enunciados normativos, reconhecendo que eventuais limitações decorreriam da indeterminabilidade semântica do texto constitucional.²⁵³

Se a identificação da fundamentalidade formal do direito à saúde não desperta maiores dificuldades, o mesmo não se verifica em relação ao tema da fundamentalidade material. Isso porque a identificação de determinado direito como materialmente fundamental não depende de sua mera enunciação como tal por algum diploma constitucional ou internacional. Depende, sim, de sua compatibilização com as decisões políticas fundamentais, na concepção decisionista e relativista de Schmitt²⁵⁴, ou com algum outro parâmetro normativo como a liberdade, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras: neste campo o que vale é a força do melhor argumento, o que muitas vezes torna a remissão ao texto legal insuficiente. Nesse momento fica claro que o subsistema do Direito se comunica com o subsistema da Moral e lá busca o fundamento de legitimidade para afirmar que determinado direito se encontra dentre as decisões mais importantes retratadas no texto da Constituição, sendo-lhe aplicável não apenas o regime jurídico diferenciado que a Constituição prevê para os direitos formalmente fundamentais (status supralegal; aplicabilidade imediata - art. 5º, §1º da CF e limitação material ao poder de reforma – art. 60, §4º, inc. IV da CF), mas também toda uma lógica, retórica e eficácia comuns.²⁵⁵

²⁵³ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Op. Cit.*, p. 196.

²⁵⁴ “Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. Numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio, limitado, mensurável e controlável.” (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución. Op. cit.*, p. 165.)

²⁵⁵ Esta aproximação entre o discurso jurídico e o moral pode ser associada ao pós-positivismo. Trata-se de um movimento de reação ao positivismo normativista e legalista do início do século passado, manifestado no pensamento de autores como Kelsen e Hart. Ricardo Lobo afirma que “o estudo da legitimação procura encontrar fora do ordenamento jurídico a sua justificativa, que deverá responder às perguntas: Por que a preeminência dos Direitos Humanos? Por que a dignidade humana é um dos fundamentos do Estado? Por que se deve obedecer à Lei?”. (TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *A Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 4).

Alguns bons textos nacionais sobre o tema: SARMENTO, Daniel (Org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998; VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Dentre diversas argumentações jusfilosóficas que buscam afirmar a fundamentalidade material do direito à saúde é válido mencionar ao menos três conjuntos de entendimentos que se baseiam respectivamente nos seguintes argumentos: primeiro, a saúde é materialmente fundamental, pois é condição para a liberdade (autonomia privada); segundo, a saúde é materialmente fundamental, pois é condição para a democracia (autonomia pública); terceiro, a saúde é materialmente fundamental, pois é um corolário lógico da dignidade da pessoa humana.²⁵⁶

O primeiro grupo de pensadores tentará extrair a *jusfundamentalidade de determinados direitos da noção de autonomia privada*²⁵⁷, conceito que remonta à idéia de *liberdade dos modernos*, na tradição inaugurada por Constant. Logo, segundo eles, somente serão materialmente fundamentais aqueles direitos relacionado com o gozo das posições jurídicas que representem o desdobramento da liberdade individual do sujeito, tais quais a liberdade de expressão, a liberdade de associação, a liberdade religiosa e o direito de propriedade. O argumento de que o direito à saúde é materialmente fundamental enquanto condição para o gozo da liberdade remete ao pensamento liberal igualitário, encarnado eloquentemente nas idéias de Rawls.

Já nas primeiras páginas de sua principal obra, Rawls demonstra toda a sua preocupação com o indivíduo e sua esfera de autodeterminação, quando afirma: “*Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujá-lo.*”²⁵⁸ Mas, certamente, o elemento mais relevante para a sua definição de direitos fundamentais pode ser encontrada no seu primeiro princípio de justiça, assim enunciado: “*cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de*

²⁵⁶ Há outras possíveis argumentações ou esquematizações sobre a discussão do fundamento moral dos direitos sociais. De uma forma geral vale conferir ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis Editora, 2005, p. 238-297; FABRE, Cécile. *Social rights under the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 7-39; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. *Op. cit.* p. 137-179. Especificamente no caso da saúde vale conferir HENRIQUES, Fátima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial. Limites e possibilidades*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

²⁵⁷ Daniel Sarmento apresenta um conceito didático de autonomia privada: “...significa o poder do sujeito de autorregular seus próprios interesses, de ‘autogoverno de sua esfera jurídica’, e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros, nem violem outros valores relevantes da comunidade” (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p. 188)

²⁵⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

liberdades para todos.”²⁵⁹ A característica fundamental desse primeiro princípio é que, além de constituir a essência da Constituição (*constitutional essentials*), no momento de ser institucionalizado pela sociedade deveria integrar o que Rawls chama de “*convenção constitucional*”, estando os poderes constituídos a ele limitado. O mesmo não ocorreria com o segundo princípio²⁶⁰, que, além de não possuir status constitucional, deveria ser implementado pelas forças legislativas democraticamente eleitas. A pergunta que permanece é a seguinte: e os direitos sociais como educação, saúde, moradia? Não seriam fundamentais? A resposta é: em certa medida! Direitos dessa espécie somente seriam fundamentais na medida em que constituíssem condições necessárias para o exercício daqueles direitos de liberdade. Seriam condições para o exercício da autonomia privada.

Rawls, por exemplo, chamou essas condições básica para o exercício da autonomia privada de *mínimo social*. Segundo ele: “*Em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades. É evidente que um princípio desse tipo tem de estar pressuposto na aplicação do primeiro princípio.*”²⁶¹

Robert Alexy também normalmente é identificado com esta concepção material de direitos sociais que os justificam enquanto pressupostos para o exercício das liberdades fáticas. Segundo Alexy, no grupo de argumentos favoráveis aos direitos fundamentais sociais o principal seria o da liberdade fática, sem o qual a liberdade jurídica não teria nenhum valor. Além disso, os direitos sociais seriam pressupostos para o livre desenvolvimento da personalidade humana e de sua dignidade no seio da comunidade social.²⁶² Importante observar que para Alexy o direito à saúde seria um direito subjetivo “*prima facie*”, que deveria ser sopesado com argumentos contrários, tanto de natureza substancial (colisão entre direitos sociais e direitos de liberdades; colisão entre direitos sociais e outros direitos sociais;

²⁵⁹ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.

²⁶⁰ “... as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidade; e, em segundo, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio da diferença).” (RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 60.)

²⁶¹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2ª ed. 2ª impressão. São Paulo: Editora Ática. 2000, p. 49-50.

²⁶² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. *Op. cit.*, p. 503 ss.

colisão entre direitos sociais e interesses públicos) quando de natureza formal (separação dos poderes e o princípio democrático), para que assim fosse possível definir em que situações haveria direitos subjetivos vinculantes e definitivos.²⁶³

No Brasil se destaca o pensamento de Ricardo Lobo Torres nessa linha. Segundo ele, para que os direitos de liberdade sejam efetivamente afirmados seria preciso garantir as pré-condições para o seu exercício. A essas pré-condições essenciais para o exercício da liberdade ou autonomia privada denomina o autor *mínimo existencial*. Nas suas palavras: “A liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial.”²⁶⁴ Ao mínimo existencial se atribuiria um regime jurídico diferenciado equiparado aos direitos fundamentais de liberdade: i) seria pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; ii) constituiria direito público subjetivo do cidadão e não seria outorgado pela ordem jurídica, mas a condicionaria; iii) não se esgotaria no catálogo do art. 5º da CF; iv) seria plenamente justificável; v) independeria de complementação legislativa, tendo eficácia imediata. Isso não se verificaria no caso dos direitos sociais, que não estariam ligados às pré-condições essenciais para o exercício da liberdade, mas sim aos direitos correspondentes à cobertura dos riscos da existência, tais quais doenças, a velhice, a incapacidade física, pobreza e miséria. Esses teriam seu fundamento na idéia de justiça (igualdade), que pouco teria a ver com o mínimo existencial. Ocorre, contudo, que a linha que separa dois institutos aos quais se atribui consequências jurídicas tão diversas é muito tênue, como o próprio autor reconhece.²⁶⁵

Um segundo grupo de pensadores buscará argumentar que o direito à saúde será fundamental na medida em que for *precondições para a autonomia pública*²⁶⁶, decorrendo

²⁶³ “O modelo não determina quais direitos fundamentais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. A resposta detalhada a essa questão é tarefa da dogmática de cada um dos direitos fundamentais sociais. Mesmo assim, é possível dar, aqui, uma resposta geral. Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação dos poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 512.)

²⁶⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Op. cit. p. 140.

²⁶⁵ “... os direitos sociais se transformam em mínimo existencial quando são tocados pelos interesses fundamentais ou pela jusfundamentalidade. A idéia de mínimo existencial, por conseguinte, coincide com a de direitos fundamentais sociais em seu núcleo essencial.” (TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Op. cit. p. 140.)

²⁶⁶ Cláudio Pereira oferece um bom conceito de autonomia pública: “... postulado segundo o qual as normas são legítimas quando os próprios destinatários participam de sua elaboração; quando há identidade entre governantes e governados. O

daí sua fundamentalidade material. Logo, segundo eles, somente serão materialmente fundamentais aqueles direitos dos indivíduos relacionados com a participação da vida democrática e com as tomadas de decisões sociais a eles vinculantes, tais como os direitos políticos positivos e negativos.

O pensamento de Habermas, sofrendo algumas adaptações, pode retratar com certa fidelidade este ponto de vista.²⁶⁷ Assim como Rawls, entende ele que a sociedade pós-metafísica é marcada pelo fato do pluralismo (diversidade irreconciliável de concepções de bem dentre os seus membros), motivo pelo qual seria impossível a formação de um consenso sobre quais seriam efetivamente os princípios de justiça. Dessa forma, sendo impossível um consenso sobre quais deveriam ser os resultados da deliberação democrática, seria, no mínimo, viável acordar sobre um procedimento adequado que respeitasse tanto as diversas concepções de bem dos indivíduos, quanto o seu direito inalienável de participar, em condições de igualdade, das deliberações políticas. O grande direito seria o de deliberar no espaço público em igualdade comunicativa com os demais integrantes. Dessa forma, os direitos fundamentais seriam, além daquele, todos os demais que representassem condições necessárias para o exercício da autonomia pública.

A grande questão se relaciona com os direitos sociais. Até que ponto eles poderiam ser condições para o exercício da deliberação democrática em condições de igualdade? Não parece haver muita dúvida de que um sujeito sem condições de se alimentar ou um analfabeto não estariam aptos para participar da vida política da sociedade. Depois de elencar uma lista de 4 espécies de direitos fundamentais relacionados com a idéia de autonomia pública (direitos de participação) e privada (direitos de liberdade), Habermas chega a afirmar que “*os direitos até agora explicitados implicam, finalmente, direitos fundamentais a condições de*

ideal de autonomia pública está classicamente tematizado na obra de Rousseau, cujo desiderato é ‘encontrar uma forma de associação pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça a si mesmo’. Daí a fórmula ‘a obediência à lei que se prescreve a si próprio é liberdade’ (NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 40)

²⁶⁷ Fala-se em “certa fidelidade” porque o pensamento do autor admite o que chama de co-originalidade entre a autonomia pública e a privada, o que, levado ao extremo não permitiria falar que para ele o único valor a legitimar um direito fundamental seria a autonomia pública. Em passagem eloquente Habermas afirma: “... a autonomia privada e pública pressupõe-se mutuamente, sem que os direitos humanos possam reivindicar um primado sobre a soberania popular, nem essa sobre aquela. A intuição expressa-se (sic), por um lado, no fato de que os cidadãos só podem fazer um uso adequado de sua autonomia pública quando são independentes o bastante, em razão de uma autonomia privada que esteja equanimemente assegurada; mas também no fato de que só poderão chegar a uma regulamentação capaz de gerar consenso, se fizerem uso adequado de sua autonomia política enquanto cidadãos do Estado.” (HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Curitiba: Edições Loyola, 2001, p. 293-294). Apresentaremos, contudo, seu pensamento de forma caricata para fins didáticos.

*vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos elencados de (1) a (4).*²⁶⁸

Por fim, vale fazer referência àquele conjunto de autores que afirma a fundamentalidade material do direito à saúde por ser um **corolário lógico da dignidade da pessoa humana**. Apesar de ser possível encontrar antecedentes remotos da manifestação da idéia de dignidade da pessoa humana já no pensamento clássico dos estóicos, parece-nos que a sua fonte mais imediata, conforme concebida na atualidade, seja o pensamento de Kant, principalmente por meio da formulação do imperativo prático que assim dispunha: “*age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca apenas como um meio.*”²⁶⁹ Trata-se do reconhecimento do igual valor moral de todos os indivíduos.

A incorporação desse valor aos instrumentos legais somente se verifica a partir da Segunda Guerra Mundial, notadamente após o reconhecimento pela Declaração Universal da ONU de 1948. Alguns países incorporaram o ideal em seu texto constitucional, valendo destacar os seguintes: Alemanha (art. 1º, inc. I), Espanha (preâmbulo e art. 10, I), Portugal (art. 1º), Paraguai (preâmbulo), Venezuela (preâmbulo), Cuba (art. 8º). O Brasil adota a dignidade da pessoa humana como fundamento da República no art. 1º, inc. III da CF.

No plano internacional, talvez o pensamento de Dworkin seja o que melhor reflita esse ponto de vista. Em sua obra inicial Dworkin já utilizava a idéia de dignidade humana como um dos fundamentos dos direitos morais dos sujeitos.²⁷⁰ Anos mais tarde desenvolveu suas idéias e fundamentou todo o seu sistema de pensamento no axioma do “igual respeito e consideração”, que constituiria a virtude soberana da vida em sociedade.²⁷¹ Para Dworkin, haveria argumentos de política e de princípios. Os primeiros se fundariam em considerações de bem-estar coletivo, ao passo que os segundos teriam como base uma concepção particular

²⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia. Entre faticidade e validade*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 160.

No Brasil Cláudio Pereira de Souza Neto chegou a argumentar nesse sentido: “... *se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia, então o Judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa.*” (NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica a luz do princípio democrático*. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.)

²⁶⁹ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: *Textos selecionados. Immanuel Kant*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135.

²⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University press. 1977, p. 198.

²⁷¹ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

de justiça. O argumento de política estaria a disposição das maiorias legislativas e deveriam ser implementados por meio da participação democrática. Já os princípios valeriam como trunfos que o indivíduo teria contra qualquer tentativa de intervenção Estatal. Seriam estes os direitos fundamentais para Dworkin, cujo fundamento de validade estaria no imperativo de igual respeito e consideração (idéia que remonta à noção de igualdade moral e dignidade da pessoa humana).

Em Portugal, Vieira de Andrade identifica os direitos fundamentais por seu conteúdo comum baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo ele, esse seria concretizado pelo reconhecimento, no direito positivo, de direitos e garantias fundamentais.²⁷²

Note-se que diferentemente das duas justificações anteriores, nestes casos os direitos sociais serão defendidos como uma demanda autônoma de justiça, que é legitimada por ser um desdobramento do respeito ao igual valor moral de todos os sujeitos. No Brasil, este posicionamento é dominante. Defenderam esse ponto de vista de que os direitos sociais marcados pela jusfundamentalidade teriam como fundamento a dignidade da pessoa humana autores como Paulo Gilberto Cogo Leivas²⁷³, Ana Paula de Barcellos²⁷⁴ e Daniel Sarmento.²⁷⁵ No mesmo sentido Ingo Sarlet afirma que a fundamentalidade material (ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional) se evidencia no caso da saúde por sua importância como pressuposto à manutenção e gozo da própria vida – e vida com dignidade, ou seja, vida saudável e com certa qualidade –, assim como para a garantia das condições necessárias à fruição dos demais direitos, fundamentais ou não, inclusive no sentido de viabilização do livre desenvolvimento da pessoa e de sua personalidade.²⁷⁶

A discussão sobre a fundamentalidade material do direito à saúde possui desdobramentos variados e relevantes. Em países que não previram o direito à saúde de forma expressa em suas constituições, a sua afirmação funciona para justificar a obrigatoriedade do estado de oferecer prestações materiais suficientes para garantir a liberdade fática, para permitir a participação do cidadão na vida política ou para garantir o respeito à sua dignidade,

²⁷² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987, p. 86.

²⁷³ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁷⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. *Op. Cit.*, p. 575-576.

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e provado) de saúde no Brasil*, *Op. cit.* p. 5.

a depender da linha argumentativa que se adote. No Brasil, muito em função da cláusula de abertura material do art. 5, § 2º da CF, os argumentos sobre a fundamentalidade material funcionam como válvula capaz de permitir o reconhecimento de direitos não declarados expressamente. Mas, destaca-se que esses desdobramentos são de pouca importância no caso do direito à saúde no Brasil, uma vez que a CF enunciou às claras que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, passagem interpretada geralmente de forma expansiva como fonte de uma obrigação ampla e quase incondicional do Estado de garantir e promover o completo bem-estar físico, mental e social de cada indivíduo.

De acordo com os objetivos restritos deste trabalho, vale destacar que, conquanto desde antes da incorporação definitiva dos mencionados argumentos ao linguajar jurídico já houvesse a afirmação da obrigação do estado de oferecer prestações materiais ao que delas necessitassem (ainda que por meio do recurso do Judiciário), somente após a afirmação da fundamentalidade material que ingressaram definitivamente na retórica jurídica categorias importadas do direito comparado como as figuras do mínimo existencial, da reserva do possível, da ponderação de interesses e todo o poderoso arsenal metodológico da teoria dos princípios.

Esse conhecimento foi utilizado com objetivos divergentes pela doutrina e pela jurisprudência. Em muitos casos serviu para confirmar a fundamentalidade e a aplicabilidade imediata de forma maximalista.²⁷⁷ Em outras situações buscou limitar a esfera de fundamentalidade dos direitos sociais apenas àquela zona de fundamentalidade material, funcionando como um filtro.²⁷⁸ Muitas vezes, ainda, foi utilizada como retórica vazia desprovida de eficácia argumentativa e destinada a conferir um ar politicamente correto à decisão. Aliás, é importante frisar que por mais interessante academicamente que possam ser as discussões filosóficas inseridas nesse novo contexto, muitas vezes suas querelas são desprovidas de maiores reflexos práticos, sendo possível, independente da argumentação adotada, se atingir as mesmas conclusões acerca da obrigatoriedade estatal de fornecer determinadas prestações materiais.

²⁷⁷ Além da jurisprudência que se firmou no STF a partir dos votos do Min. Celso de Mello, vale mencionar o escólio de SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Tôrres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 115-131.

²⁷⁸ Seguindo os ensinamentos de Lobo Torres, toda a escola da UERJ caminhou nesse sentido, com gradações variadas.

No próximo tópico buscaremos analisar criticamente algumas consequências do mencionado processo que, a nosso ver, representam disfunções que merecem ser repensadas, principalmente na análise do direito à saúde. Não se trata de negar suas virtudes, mas de criticar excessos que podem atrapalhar uma abordagem mais dialógica, democrática e efetiva do estudo do direito à saúde.

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.

O resgate da razão prática, a abertura ao pós-positivismo e aos debates de filosofia política, a incorporação de uma sofisticada discussão sobre a teoria dos princípios e de metodologia de aplicação dos direitos fundamentais representaram a maturidade da discussão sobre o direito à saúde entre nós. Em poucos anos foi abandonada a visão até então prevalecente acerca da ineficácia dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular, e argumentos afirmados de forma unilateral passaram a fazer parte de uma estrutura argumentativa mais complexa que buscou ponderar, entre argumentos contrários e favoráveis, as condições de possibilidade de eficácia dos direitos sociais.

Muitos pontos positivos decorreram desse processo. Em primeiro lugar, a sedimentação da idéia de normatividade da constituição e dos princípios, superando-se de uma vez por todas uma argumentação rasa que negava a possibilidade de adjudicação de direitos sociais com base na retórica das normas programáticas. Em segundo lugar, superou-se uma visão positivista que encontrava na indeterminabilidade semântica dos enunciados uma barreira para a sua efetividade. Um terceiro ponto a ser ressaltado se relaciona com a racionalização da discussão por meio da reabilitação da racionalidade prática no âmbito jurídico, com a articulação de complexas teorias da argumentação, o que serviu em grande parte para que o Estado não fugisse de suas responsabilidades sob a alegação vazia da discricionariedade administrativa.

Deve-se frisar, contudo, que os avanços não se deram sem alguns excessos. Sarmiento, identificando-os no contexto do neoconstitucionalismo, teceu pertinentes críticas sobre um processo de “ubiquidade” e de “oba-oba” constitucional. O primeiro identificar-se-ia com a

possibilidade de que uma interpretação extensiva e irradiante dos direitos fundamentais e dos princípios mais importantes da ordem constitucional limitasse excessivamente as opções democráticas legítimas dos representantes populares ou descambasse para um perfeccionismo moral na esfera privada. Já o segundo relacionar-se-ia com uma supervalorização dos princípios e de técnicas interpretativas mais fluidas, como a ponderação em detrimento das regras e da subsunção, o que geraria insegurança, imprevisibilidade e violaria a lógica do Estado Democrático de Direito, pois ampliaria demasiadamente as chances de arbítrio judicial.²⁷⁹

Se no quadro geral da prática jurídica nacional essas críticas são extremamente pertinentes, no campo dos direitos sociais e do direito à saúde a sua incorporação se torna ainda mais importante.

As críticas relacionadas a uma possível ubiqüidade constitucional (constitucionalização excessiva) no campo da saúde podem ser divididas em duas vertentes: um problema intergeracional e um problema institucional. A primeira se relacionaria com a dificuldade subjacente a toda a teoria do direito constitucional de compatibilizar a vontade dos mortos com a dos vivos, do constituinte com as gerações subsequentes. Esse problema, já detectado pelos Federalistas, tende a ser minimizado entre nós pela grande influência de uma cultura de constituição dirigente importada de nossos colonizadores portugueses - que posteriormente abandonaram-na (ou ao menos diminuíram o tom e o entusiasmo) quando a ideologia constituinte tornou-se insustentável diante do Direito Comunitário.²⁸⁰ Nesse sentido, importante observar as dificuldades encontradas pelo constituinte derivado no processo de Reforma do Estado durante a década de 90 e as seguintes. Isso porque, se é inquestionável que o constituinte originário favoreceu claramente um modelo de atuação direta do estado na prestação de serviços públicos, os anos subsequentes à aprovação do Texto Magno indicaram que os fins previstos pelo constituinte não poderiam ser alcançados por meio de um modelo de Estado intervencionista e burocrático, mas que seria preciso adequar a máquina pública aos novos desafios decorrentes da globalização e das constantes crises fiscais, readequando a atuação estatal direta apenas ao atendimento das necessidades básicas de seus cidadãos e delegando à iniciativa privada a exploração de atividades não exclusivas do Estado. Os

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Op. cit., p. 263 ss.

²⁸⁰ Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2ª ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006 e do mesmo autor *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

tempos mudaram, a realidade mudou e a tensão entre a geração constituinte (que associou Estado providência e intervencionista a um modelo de promoção de direitos sociais) e gerações subsequentes (que apostava em uma atuação mais sinérgica entre estado e mercado, e em uma Administração mais eficiente e gerencial como meio de fornecimento das prestações básicas) ficou evidenciada. Quanto mais democrática for uma constituição, maior será o poder de autodeterminação das gerações presentes, preservando-se, é claro, as precondições da própria democracia.

Mas a constitucionalização excessiva não se reflete apenas no âmbito intergeracional. Uma leitura muito expansiva dos princípios e direitos fundamentais previstos na constituição tende a gerar problemas de natureza institucional dentro de uma mesma geração a partir do momento em que são previstas várias cláusulas de conteúdo indeterminado na carta, e é atribuído ao Judiciário - por meio de atividade inegavelmente criativa - o poder de exercer jurisdição constitucional de forma difusa e concentrada, controlando, desta forma, os atos e omissões dos demais ramos estatais. A indeterminabilidade dos preceitos abertos, a possibilidade de que os ramos estatais interpretem-nos em extensões divergentes e a total ausência de hierarquia entre os Poderes funcionam como potenciais geradores de impasses institucionais.

No caso da saúde o que se verifica é a disseminação de uma interpretação judicial do art. 196 da CF extremamente pródiga e expansiva, da qual se extraem - sem a necessidade de interposição legislativa - obrigações estatais de fornecer a todos, gratuitamente, o completo bem-estar físico, mental e social (como ainda veremos, é o modelo de resgate descrito por Dworkin). No campo do Legislativo percebe-se também a aprovação de uma série de diplomas que confirmam a mencionada tendência, em manifesta contradição com a aprovação de regras sobre a contenção de gastos, previstas, por exemplo, na Lei de Responsabilidade Fiscal. Mas, é no âmbito da Administração, pressionada pelas decisões judiciais e por uma série de leis que criam direitos sem a previsão das fontes de receitas necessárias para sua efetivação, que se percebe o surgimento de interpretações mais restritivas no tocante às obrigações constitucionais do Estado em relação à saúde. Diante das dificuldades concretas a burocracia estatal realiza suas opções alocativas por meio da edição de uma série de atos administrativos, deparando-se diuturnamente com o fato inexorável da escassez moderada de recursos, elemento muitas vezes ignorado no âmbito judicial.

Essa divergência de interpretações sobre o processo de concretização dos preceitos abstratos da constituição é inevitável e, em certa medida, desejável. As diferentes perspectivas de cada um dos ramos envolvidos nessas decisões complexas podem servir de elemento importante quando utilizados de forma sinérgica. A constitucionalização - entendida como filtragem constitucional – certamente foi um avanço a partir do momento que retirou do Executivo o protagonismo absoluto nesse processo e reconduziu a Constituição ao seu devido lugar de fundamento formal e material dos demais atos legislativos e administrativos. Ocorre, contudo, que os vícios do passado não devem impedir avanços no presente. Ou seja: diante da indeterminabilidade do texto constitucional não deve o Judiciário negar a possibilidade de que os ramos representativos concretizem-no, dentro de sua margem de atuação estrutural e epistêmica²⁸¹, em atos de maior densidade semântica, a pretexto de ferir eventual interpretação que com a dele (Judiciário) divirja. Um sistema democrático pressupõe a prioridade dos ramos representativos na definição das opções alocativas e na escolha dos meios adequados para a consecução de algum fim constitucional, não podendo a interpretação judicial colonizar todos os espaços de autodeterminação coletiva.

Mas é naquilo que foi chamado de “oba-oba constitucional” que reside o cerne do problema a ser analisado neste tópico. Certamente seria uma injustiça criticar o neoconstitucionalismo por incitar o decisionismo na medida em que propõe alternativas para se manusear uma racionalidade não teorética no campo do Direito (para confirmar isso basta uma breve olhada na extensa bibliografia sobre teorias da argumentação desenvolvidas para fins de limitar o subjetivismo do intérprete diante das cláusulas abertas e dos conceitos indeterminados). O problema é que a sofisticação da melhor doutrina muitas vezes foi incorporada apenas parcialmente, transformando o reconhecimento da normatividade da constituição, da fundamentalidade material e formal do direito à saúde e da possibilidade de adjudicação individual de prestações materiais a partir de um processo de ponderação em uma mistura explosiva, com uma série de indesejados e perigosos efeitos colaterais. A ponderação é importante, mas falar em ponderação entre mínimo existencial e reserva do possível para justificar o processo de judicialização atualmente vivenciado é muito pouco.²⁸²

²⁸¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 575 ss.

²⁸² “Mas falar em ponderação é pouco. A ponderação acompanhada de standards que estruturam e limitem, pode transformar-se em uma caixa preta, de onde o intérprete consegue sacar quase qualquer solução, convertendo-se num rótulo pomposo para o mais deslavado decisionismo.” (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais*. *Op. cit.*, p. 568)

Primeiramente, e aqui fazendo coro ao que foi dito por Sarmiento, “*deve-se criticar a instalação de um ambiente intelectual que aplaude e valoriza decisões principiológicas baseadas em princípios pomposos, como o da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade*”, em total detrimento das decisões baseadas em regras e operacionalizadas por meio de subsunção. No caso da saúde essa crítica se encaixa com perfeição uma vez que, na grande maioria dos casos, o que vemos nos autos dos processos em que se discute o tema é a invocação genérica do art. 196 da CF, acompanhado de uma alusão meramente retórica de conceitos como o da reserva do possível, o da dignidade da pessoa humana e o do mínimo existencial. Há uma quantidade impressionante de leis e atos normativos secundários normatizando o complexo sistema de saúde brasileiro e o conhecimento deles facilitaria sobremaneira solucionar questões controvertidas como a discussão sobre a responsabilidade solidária ou subsidiária dos entes federados ou as querelas sobre o fornecimento de medicamentos.

É obvio que sempre seria possível realizar juízo de constitucionalidade desses atos, mas a funcionalidade de um sistema democrático depende de que as decisões da burocracia estatal e as dos representantes populares sejam encaradas também dentro de um processo de efetivação da constituição, para o qual não contribui apenas o Judiciário na invocação dos princípios como elementos derogadores de regras legítimas, ainda que com elas não se concorde. Ademais, sempre é válido enfatizar que a inconstitucionalidade é diferente da não concordância!

Um segundo ponto a ser criticado é o perigo do resfriamento das mobilizações cívicas. A redescoberta do Judiciário após 88, aliada à persistência de práticas clientelistas e patrimonialistas na Administração, bem como a um sistema representativo falho e jovem, conduziu muitos a apostarem neste novo caminho para corrigir as falhas de nossa democracia. Como já havia percebido Ely, quando os canais políticos ordinários estão bloqueados certamente a atuação do Judiciário sobre essas áreas é legítima e desejável. Mas não podemos nos iludir, transformando exceção em regra. Alterações sociais profundas e duradouras somente se processam quando emanadas do povo. Influências heterônomas podem contribuir para o processo, mas não substituí-lo. No caso da saúde a história brasileira demonstra que por detrás das alterações mais relevantes sempre esteve a força da sociedade civil organizada.

O exemplo mais emblemático disso foi a influência do Movimento Sanitário na VIII Conferência Nacional de Saúde e, por conseguinte, sobre o modelo universalista inaugurado pela Constituição de 1988. Neste ponto concordamos com Virgílio Afonso Silva quando enuncia que da mesma forma que a conquista dos direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação dos direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa.²⁸³ O SUS somente se tornará realidade quando se tornar objeto de esforço coletivo.

A terceira crítica a ser mencionada nesse contexto de “oba-oba constitucional” se relaciona com o recurso exagerado à ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, quando não há (e provavelmente nunca haverá) a mínima perspectiva de consenso sobre o que compreende cada um dos conceitos.

A figura do *mínimo existencial* pode ser compreendida a partir de duas perspectivas diversas. Partindo-se de uma postura mais filosófica o mínimo existencial equivaleria às condições materiais mínimas sob as quais o Estado estaria impedido de intervir (dimensão negativa) ou, ainda, que estaria obrigado a oferecer (dimensão positiva) aos seus cidadãos. Representaria uma obrigação incondicional cuja justificativa poderia variar de acordo com a filiação de filosofia política adotada (por exemplo, poderia ser condição para a autonomia privada, condição para a autonomia pública, corolário da dignidade da pessoa humana, etc.). De outra banda, a partir de uma perspectiva mais ligada à teoria dos princípios e dos direitos fundamentais, o mínimo existencial equivaleria ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, constituindo, a depender da teoria adotada, uma zona imune a qualquer restrição diante de eventual colisão entre princípios (teoria absoluta), ou o resultado prático de uma ponderação (teoria relativa).²⁸⁴

A figura do mínimo existencial ganhou força no Brasil através dos trabalhos pioneiros do professor Ricardo Lobo Torres aplicando o conceito no âmbito das imunidades tributárias

²⁸³ SILVA, Virgílio. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, Op. Cit. p. 593.

²⁸⁴ Haveria ainda uma terceira possibilidade ligada à teoria mista, mas, por hora, não nos interessa aprofundar no tema. Sobre o assunto cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006 e SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. Na doutrina estrangeira PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. Especificamente no âmbito dos direitos sociais cf. OLSEN, Ana Cristina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 117-174.

(dimensão negativa do mínimo existencial), mas foi na sua dimensão positiva ou prestacional que ele se popularizou.

O mínimo existencial teria todas as características dos direitos de liberdade (mesma lógica, retórica e eficácia), valendo destacar: i) seria pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; ii) constituiria direito público subjetivo do cidadão e não seria outorgado pela ordem jurídica, mas a condicionaria; iii) não se esgotaria no catálogo do art. 5º da CF; iv) seria plenamente sindicável; v) independeria de complementação legislativa, tendo eficácia imediata.²⁸⁵ Desta forma, o mínimo existencial não se confundiria com os direitos sociais.

Importa observar que apesar de haver inegável consenso genérico sobre a obrigação positiva e negativa do Estado sobre o mínimo existencial, não há menor perspectiva de consenso sobre o seu conteúdo ou sobre as formas mais eficientes do Estado prover as necessidades daqueles que dele necessitam.

Diante disso devemos ter em mente a seguinte indagação: se o mínimo existencial funciona como aquele conjunto de prestações materiais básicas passíveis de se exigir incondicionalmente do Estado, ou, ainda, refere-se ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (que não admite qualquer restrição ou representa o resultado de uma ponderação), de que adianta saber as consequências que dele defluem se não conseguimos nem mesmo definir seu objeto (ou parte de seu objeto). Em outras palavras: se há consenso sobre as consequências de ser enquadrado como mínimo existencial, mas não há consenso sobre o que ele seja, qual a utilidade argumentativa da referida categoria?²⁸⁶

Mas devemos lembrar que as complexidades relacionadas com o mínimo existencial são apenas a primeira parte da ponderação ora sob análise. A outra se relaciona com a figura

²⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. *Op. cit.* p. 39-40.

²⁸⁶ Sobre a possibilidade de definição do mínimo existencial há ao menos três posições distintas: i) aqueles que acreditam ser possível sua definição *a priori* e de forma universal; ii) aqueles que acreditam ser possível a definição *a priori* em escala nacional; iii) aqueles que não acreditam ser possível definições *a priori*, devendo o mínimo existencial ser analisado no caso concreto. No primeiro grupo é famoso o posicionamento de Martha Nussbaum (NUSSBAUM, Marta, “Aristotle, Politics and Human Capabilities: A Response to Antony, Arneson, Charlesworth, and Mulgan”, *Ethics*, vol.111, n.º.1, outubro de 2000, pp.102–140.) Em sentido semelhante cf. PEREIRA, Gustavo. Fundamentación universalista de una lista de capacidades requerida por la justicia global. In: *Dianoia: anuario de Filosofía*, n.º 57, 2006, pg. 79-102. No segundo grupo o posicionamento de Ana Paula de Barcellos, para quem o mínimo existencial abrangeria educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. *Op. cit.*, 2007.). No terceiro grupo podemos citar Ingo Sarlet e Ricardo Lobo Torres.

da “reserva do possível”²⁸⁷, elemento que nasce no direito alemão no julgamento do caso “*numerus clausus*”, oportunidade em que foi utilizado no sentido de um juízo de razoabilidade da pretensão individual demandada, considerada no contexto mais amplo de diversas outras obrigações atribuídas ao Estado, juízo este que, em situações normais, deveria ser feito pelo Legislador legitimado pelo sufrágio popular e mandatário da força da democracia. É nesse sentido que Ricardo Lobo Torres afirma que a reserva do possível surge na Alemanha como “reserva democrática”.²⁸⁸

Frisa-se que a expressão “reserva do possível”, conforme cunhada pelo Tribunal Constitucional alemão, perdeu o sentido originário ao chegar ao Brasil. Ingo Sarlet afirma que a reserva do possível apresenta uma dimensão tríplice que abrange: i) a efetiva *disponibilidade fática* de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; ii) a *disponibilidade jurídica* dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto de nosso sistema constitucional federativo; iii) a análise da razoabilidade da prestação individual reclamada. Desta forma, continua Sarlet, a reserva do possível constituiria espécie do limite jurídico e fático dos direitos fundamentais.²⁸⁹

Ana Paula de Barcellos afirmou que sob o título geral de reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. A *reserva do possível fática* seria a inexistência de recursos, algo próximo da exaustão orçamentária. Já a *reserva do possível jurídica* estaria ligada a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em

²⁸⁷ No caso concreto, um aluno, que não havia sido admitido no curso de medicina, arguiu a inconstitucionalidade de sua preterição, enfatizando o seu direito subjetivo de ser admitido no curso universitário. O principal argumento baseava-se no fato de que o direito ao ensino superior era uma condição para a sua futura escolha profissional, e, por consequência, para o exercício de sua própria liberdade fática. O BVerfGE reconheceu um direito subjetivo ao cidadão que preenchesse os requisitos subjetivos à admissão no curso universitário de sua escolha, não estando nem o legislador (por meio de Lei) nem os agentes administrativos (por meio de atos administrativos) livres para limitar o mencionado direito fundamental. Em uma segunda parte da decisão o Tribunal afirmou que o mencionado direito deveria se restringir à participação em cursos universitários já existentes, não existindo um direito individual de pleitear judicialmente a criação de vagas de estudo. Nesse sentido que o Tribunal afirma que “*mesmo na medida em que os direitos sociais de participação em benefícios estatais não sejam 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, razoavelmente 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.*” [BVerfGE 33, 303 (333)]. A decisão encontra-se parcialmente traduzida na obra de SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005, p. 656 ss. A obra pode ser acessada no sítio <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2241>>.

²⁸⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Op. cit., p. 105.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e provado) de saúde no Brasil*, Op. cit., p. 30.

particular.²⁹⁰ Nesse sentido também foi a criticada manifestação do Ministro Celso de Mello na ADPF 45 quando aduziu que o processo de concretização dos direitos sociais de segunda geração estaria condicionado pela cláusula da reserva do possível, compreendendo, a um, a razoabilidade da pretensão individual social deduzida em face do poder público e, a dois, a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.²⁹¹

Sarmento, reconhecendo a inexistência de consenso sobre o significado da figura da reserva do possível, trabalhou com o conceito bipartite. Para tanto manteve o conceito acima exposto de reserva do possível jurídica, concebendo-a como existência de previsão orçamentária para a realização de determinada despesa. Já no que toca à reserva do possível fática argumentou que esta não seria nem a absoluta exaustão dos recursos públicos, nem a avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito fundamental sobre o universo dos recursos públicos existentes, mas sim a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.²⁹²

Essa breve exposição da discussão já é suficiente para os objetivos restritos aqui perseguidos de elucidar a complexidade que envolve a mencionada ponderação entre mínimo existencial e reserva do possível, muitas vezes alegada como um processo quase autoevidente, que muito contribui para a disseminação leviana daquele “oba-oba constitucional” acima mencionado. A consequência seria a de que a partir do reconhecimento da normatividade da constituição tudo seria adjudicável, estando agora o julgador submetido a um juízo cognitivo complexo que deveria levar em conta todas as variáveis morais e fáticas relacionadas ao assunto para definir a viabilidade ou não de se constranger o Estado a ofertar determinada prestação material ao indivíduo. Não haveria mais limites externos à atividade judicial, mas somente aqueles decorrentes de sua autocontenção.

²⁹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*. *Op. cit.*, p. 262.

²⁹¹ Precisa a observação de Ricardo Lobo no que toca à reserva do possível fática, uma vez que, se ela passa a ser compreendida como disponibilidade financeira – ou, nas palavras dele, a “*existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro*” – faticamente seria impossível a tal reserva do possível fática! Isso porque o dinheiro público é inesgotável. Isso é comprovado com a constatação de que: i) o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade por meio da tributação e ii) o fluxo de recursos estatais é contínuo, se renovando a cada novo exercício financeiro. Parece-nos que o problema da reserva do possível fática deve ser analisado a partir de uma perspectiva de escassez econômica, não de cofres públicos cheios ou vazios. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. *Op. cit.*, p. 110.

²⁹²SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais*. *Op. cit.*, p. 569-574.

Sem negar todos os méritos inerentes ao processo aqui narrado, deve-se mencionar que uma das principais consequências deste entusiasmo com a ponderação foi contribuir para a *sonegação da questão institucional*. Este aqui certamente é um dos vícios mais graves que pode ser temperado com a aplicação das teorias dialógicas.

A melhor forma de explicar o que queremos dizer quando nos referimos à questão institucional é recorrer novamente à diferenciação encampada por Waldron entre *teorias da justiça* e *teorias da autoridade*. Enquanto as primeiras buscariam desenvolver os princípios capazes de reger a distribuição das parcelas distributivas dentro de uma sociedade bem ordenada, as segundas buscariam analisar como seria exercida a autoridade, mesmo diante do desacordo reinante nas sociedades marcadas pelo fato do pluralismo. A grande observação de Waldron é que nesses casos, mesmo permanecendo o desacordo, o que se verifica em um sistema de controle judicial seria a superação da vontade manifestada nos ramos majoritários pela vontade da corte. Dessa forma, a associação entre o pluralismo social, as dificuldades de interpretação de cláusulas de textura aberta e a existência de casos difíceis refletiria que no fim das contas um sistema de controle judicial seria indesejável como mecanismo democrático de dissolução de desacordos. Continuar-se-ia a decidir pela contagem de cabeças, mas agora pelas dos integrantes de um tribunal e não pelas do povo. E, ainda assim, o desacordo permaneceria, com o vício de não respeitar mais a igualdade (que se manifesta no direito individual de participar da vida política) e ferir as demandas por legitimidade democrática.²⁹³

No fim das contas não concordo com Waldron acerca da indesejabilidade da adoção de um modelo de controle judicial, mas suas idéias são importantes na medida em que jogam luzes sobre a possibilidade simétrica de erros na interpretação da constituição, sobre a dificuldade contramajoritária, sobre o desacordo substantivo, sobre as vacilações históricas dos tribunais e dos ramos representativos na proteção dos direitos. Tudo isso é importante para que não pequemos pela ingenuidade no momento de desenvolver desenhos institucionais ou teorias que busquem justificar a margem de atuação de determinado ramo de soberania popular. Em outras palavras: não devemos apostar cegamente no Judiciário e justificar seu ativismo desde uma visão extremamente crítica do processo político, nem acreditar em demasia no Legislativo e no Executivo e defender uma autocontenção irrestrita do Judiciário a

²⁹³ WALDRON. *Law and disagreement*, Op. cit. p. 12.

partir da visão romantizada da atividade parlamentar. É preciso que consideremos as diferentes capacidades institucionais do intérprete e a necessidade de que cada qual, a partir de sua diferente posição, contribua no processo decisório.²⁹⁴

No caso específico ora analisado o que verificamos foi que as dificuldades em se definir o resultado adequado da ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível (questão de teoria da justiça) implicaram, em grande medida, na sonegação de uma questão institucional extremamente importante, qual seja: em um ambiente de desacordo razoável quem deve definir o resultado desta ponderação? Ou seja: é preciso resgatar as discussões sobre as bases de legitimidade política das decisões sobre direitos sociais, trazendo para o bojo do debate questionamentos como “quem decide sobre direito à saúde?” e “de que forma se decide?” em nosso sistema político, ao invés de apenas nos concentrarmos na pergunta sobre o correto resultado da ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

A teoria do diálogo aplicada ao direito à saúde acredita que o Judiciário possui importantíssima função na sua proteção e promoção, mas tenta desmistificar o papel da judicialização no processo de proteção dos direitos sociais, reconstruindo as bases teóricas para a intervenção nesses assuntos sob premissas menos pretensiosas. Ao invés de ser o “guardião da reserva de justiça” da Constituição, o Judiciário será considerado um interlocutor qualificado pela linguagem dos princípios no sistema político, funcionando, de um lado, como um local privilegiado de veto das decisões majoritárias e, de outro, como agente capaz de estatuir, em alguma medida, aumentando o valor epistêmico da democracia na interação com os demais integrantes do sistema, no processo de implementação dos direitos sociais.

Essas funções, mais abertas à noção de interlocução institucional, levam mais a sério a dificuldade de *dissolver desacordos substantivos* em sociedades marcadas pelo *fato do pluralismo razoável*.²⁹⁵ Desta forma, parte-se da premissa de que a definição dos enunciados abertos sobre direitos sociais da Constituição não é tarefa exclusiva nem primordial do Judiciário, mas sim uma obra de responsabilidade coletiva que se prolonga no tempo. Nesse

²⁹⁴ Nesse sentido e inserida na discussão sobre a teoria do diálogo cf. HIEBERT, Janet L. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal & Kingston: McFrill-Queen's University Press, 2000.

²⁹⁵ “... como consequência disso, os indivíduos não só têm planos de vida diferentes, mas também existe uma diversidade de crenças filosóficas e religiosas, e de doutrinas políticas e sociais.” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 138.)

ponto se perceberá um afastamento significativo da dogmática alemã majoritária e de sua crença de que a utilização de métodos de interpretação, rigidamente limitados por constrições argumentativas, seja sempre uma alternativa legitimadora da atividade decisória do juiz no caso concreto. Tal postura inevitavelmente nos conduz àquilo que o renovado Canotilho chamou de *uma aproximação absolutista ao significado jurídico dos direitos sociais*.²⁹⁶

Em suma, afirmar que o mínimo existencial em matéria de prestações sanitárias é condição para a autonomia privada, e, por isso, deve ser oferecido incondicionalmente pelo Estado, pouco diz acerca de quem deve definir qual o conteúdo desse mínimo, no contexto do desacordo reinante na vida política. As duas dimensões do problema são importantes, mas a segunda tende a ser colocada em segundo plano nos debates nacionais e contra isso as teorias do diálogo se opõem.

Desta forma, acreditamos que para se evitar o mencionado “oba-oba constitucional” e a disseminação de práticas interpretativas obscuras e pouco democráticas - por meio de um recurso vazio a uma ponderação entre mínimo existencial e reserva do possível, que serve apenas como argumento de reforço do resultado pretendido com as decisões a serem proferidas - já é possível sofisticar um pouco mais a discussão e, sem negar as virtudes do recurso criticado, desenvolver algumas práticas como as narradas a seguir.

Primeiramente, buscando estabelecer parâmetros objetivos uniformizadores, capazes de diminuir o nível de subjetividade das decisões judiciais e favorecer o princípio da igualdade. Em segundo lugar, inserindo dentre as variáveis a serem consideradas, a discussão sobre quem deve realizar o juízo de ponderação. A análise de capacidades institucionais deve ser um elemento fundamental para se definir o local adequado para a tomada de decisões que gerem grande desacordo. É por isso que a melhor doutrina sustenta que questões de teoria da autoridade devem ser resolvidas por meio de uma “análise comparativa de capacidades institucionais”.²⁹⁷ Em terceiro lugar, é preciso atentar para os efeitos reflexos das decisões,

²⁹⁶ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 102.

²⁹⁷ “Uma análise baseada somente em metas sociais (goal choice) não conduz a conclusões sobre as leis e políticas públicas que precisão ser adotadas. Qualquer leitor institucionalmente sofisticado, quando confrontado com uma análise baseada em metas sociais – mesmo que acompanhada de uma análise institucional unidirecional (single institutional analysis) -, sempre poderá oferecer uma resposta de duas palavras: “E daí?”... Daí a necessidade de estudar tanto as questões envolvendo as metas coletivas a serem perseguidas, quanto aquelas relacionadas com as escolhas institucionais (decidir sobre quem decide).” (KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 49)

considerando a possibilidade de que juízes bem intencionados, ao deferirem irrestritamente os pedidos nas demandas individuais, estejam distorcendo as políticas públicas em execução e contribuindo para potencializar efeitos distributivos perversos que favorecem os mais ricos. Em quarto lugar, deve-se valorizar o empírico, buscando o jurista se aproximar da realidade que pesquisa.²⁹⁸

Em quinto, acreditamos que é preciso abandonar a pretensão de se buscar um conceito fechado de mínimo existencial, inferível pelo julgador desde o alto do artigo 196 da CF. O mínimo existencial tem uma função inegável no tocante à sua dimensão defensiva na definição de uma zona de intributabilidade. Certamente também possui uma dimensão positiva, de difícil operacionalização. Nesse campo, se não é possível se estabelecer consensos sobre o conjunto de prestações abarcadas, como já afirmamos acima, a função argumentativa do instituto praticamente se esvazia quando o que se quer com a sua utilização é atribuir àquilo por ele abarcado um regime jurídico diferenciado de exigibilidade incondicional por via judicial. Isso não significa negar a importante função heurística do conceito, mas talvez o melhor equacionamento dos problemas envolvendo o direito à saúde não passe pela definição do mínimo existencial, mas sim pela sua complementação por meio de um parâmetro procedimental.

Ademais, diante da literalidade do texto constitucional e dos próprios elementos históricos que conformaram o mencionado documento, parece-nos difícil sustentar que em tema de saúde nossa comunidade política optou por estabelecer mínimos sociais. Pelo contrário! A concepção maximalista da OMS refuta a concepção biomédica de saúde como ausência de doença e adota o conceito pródigo de completo bem-estar físico, mental e social. No mesmo sentido o texto da Constituição de 88 afirma que a saúde é direito de todos, prevê a

Em sentido semelhante afirma Hübner: “A ‘reserva de justiça’ da Constituição não anda sozinha. Há alguma autoridade que se incumbirá de determinar o sentido concreto dessas prescrições morais e emitirá um juízo que avaliará se o legislador respeitou ou não as pautas constitucionais. Tal autoridade, e não apenas aquelas balizas morais precisam ser postas sob exame.” (HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 143.)

²⁹⁸ De uma forma geral, reclamando a necessidade de que estudos empíricos embasem a teoria no estudo o Direito cf. FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993; *Idem*. *The politics of judicial review*. *Texas Law Review*, vol. 84, n. 2, 2005. Especificamente no campo dos direitos sociais cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*, p. 14. Disponível em: < <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>: “... o perfil do constitucionalista deve mudar, ao menos para aquele que lida com os direitos sociais. Não há mais espaço para aquele que senta nas bibliotecas e ‘descobre’ as respostas corretas para os casos práticos somente por meio da leitura e da interpretação das leis e dos livros doutrinários. Conhecer a realidade, conhecer o Direito como ele acontece e conhecer os resultados das decisões judiciais são condições necessárias para uma pesquisa significativa no campo”.

extensão da cobertura de forma universal e não subordina o atendimento à prévia contribuição previdenciária. Além disso, traz o princípio da integralidade do atendimento, o que pressupõe a existência de atendimento desde o nível mais básico de assistência até o de maior complexidade. Mas, frisa-se, que reconhecer uma concepção pródiga de direito à saúde não conduz a ser incondicionalmente favorável à judicialização.

A sexta e última prática a ser aqui mencionada se relaciona com a tentativa de operacionalizar com mais transparência o conceito de reserva do possível, não servindo este como uma argumentação vazia de defesa do Estado, como uma verdadeira carta de indenidade. Como a melhor doutrina afirma a algum tempo, a reserva do possível deve ser comprovada por quem alega, cabendo ao Estado o ônus da prova da insuficiência dos recursos. Além disso, o aumento da transparência das práticas orçamentárias e na gestão fiscal, como aquelas inseridas pela LC 131 nos artigos 48 e 48-A da Lei de responsabilidade fiscal (LC 101/00), sempre facilitará a formação de um juízo sobre a idoneidade da alegação fazendária. Para tanto, acreditamos ser premente a necessidade de especialização dos profissionais do direito em matéria sanitária, assim como a criação de varas especializadas no tema.²⁹⁹

Todo esse processo de racionalização é bem vindo e merece aplausos quando torna a discussão sobre o direito à saúde mais autoconsciente. Mas é preciso terminar o tópico ressaltando que o potencial para fazer o bem intrínseco à ponderação e ao Judiciário é o mesmo para realizar o oposto. Todos os elementos teóricos mencionados poderão servir como importante mecanismo dialógico quando se tornarem menos retóricos e efetivamente tiverem a função de racionalizar e criar constrangimentos à subjetividade decisória do julgador. Hübner, inclusive, elenca a ponderação/razoabilidade como elemento promotor do diálogo institucional, pois constituiria uma linguagem comum por meio da qual os ramos representativos ou não poderiam interagir, buscando contribuir para a tomada de decisões coletivas a partir de suas diferentes expertises. Como já vimos no Capítulo I, a melhor doutrina no Canadá enxerga como principal instrumento de diálogo a Seção I (que exige que as restrições aos direitos e liberdades sejam realizadas de acordo com os padrões de uma sociedade democrática) e não a cláusula de não-obstante. Todavia, a partir do momento em

²⁹⁹ O primeiro passo para tanto parece já ter sido dado por meio da Recomendação n. 31 do CNJ, de 30 de março de 2010. Foi recomendado aos Tribunais incluir a legislação relativa ao Direito Sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, assim como também a incorporação do Direito Sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados.

que os ramos representativos não mais se autocompreendem como integrantes de um processo interativo e dialógico começam a surgir impasses institucionais e a unilateralidade tende a prevalecer.

Enfim, o potencial de racionalização da ponderação deve ser festejado, mas sempre será pertinente ressaltar os inconvenientes de uma total colonização da Política pelo Direito. A razão possui limites e quando ela falha, decidir contando cabeça ainda será uma boa opção. Por isso, talvez ainda seja uma boa alternativa para uma teoria dos direitos fundamentais acreditar mais no potencial epistêmico da democracia, ainda mais quando estamos tratando de direitos sociais, cuja efetivação é uma demanda amplamente majoritária.

2.5. Por uma concepção interdisciplinar e multidimensional do direito à saúde: a saúde entre direito e política pública.

Chegamos, pois, ao epílogo do presente capítulo, no qual, após apresentadas as considerações anteriores, faz-se possível formular uma idéia interdisciplinar e multidimensional do direito à saúde, capaz de abarcar toda a sua complexidade e, ao mesmo tempo, conferir-lhe funcionalidade dogmática, sem descambar para o dogmatismo e o fundamentalismo jurídico que limita toda a discussão moral e política subjacente ao direito à saúde a um procedimento de aferição de razoabilidade a ser realizado por juristas voluntariosos.

A nota de *interdisciplinaridade* é corolário lógico da concepção aberta de saúde apresentada no tópico 2.1, que considera os elementos históricos e culturais que conformam o atual entendimento sobre a temática, mas também não despreza o importante núcleo axiológico que resiste à contingência e liga a noção de saúde às precondições para o gozo efetivo das liberdades e ao respeito à dignidade da pessoa humana, considerando os indivíduos seres dignos de igual respeito e consideração.

O *caráter multidimensional* não é uma característica específica do direito à saúde, mas sim um atributo de todo e qualquer direito fundamental. No caso específico do direito à saúde, afirmar a sua multifuncionalidade é destacar as diversas dimensões ontológicas,

histórico-culturais, prestacionais, negativa, subjetiva, objetiva, de regra, de princípios e de política pública (*policy*) do direito à saúde.³⁰⁰ No Capítulo IV do trabalho, no qual abordaremos desdobramentos específicos da aplicação das teorias do diálogo nas demandas individuais e coletivas envolvendo a matéria sanitária, enfrentaremos a dimensão processual da questão, aproximando-nos daquilo que Häberle chamou de *status ativus processualis*.

Dentro dessa perspectiva de multifuncionalidade do direito à saúde, vale iniciar enfatizando a sua vertente mais básica de não interferência ou, na acepção de Jellinek, seu *status negativus* ou *libertatis*. Nessa **dimensão negativa** se localiza uma série de situações jurídico-subjetivas que confirmam a existência de uma esfera individual de liberdade imune ao poder Estatal ou de terceiros, situações facilmente verificáveis quando está em jogo o direito à saúde.³⁰¹ Narramos o episódio da Revolta da Vacina ocorrida no Rio de Janeiro que reflete bem exageros draconianos e truculentos cometidos contra a inviolabilidade pessoal a pretexto de favorecimento do bem-estar coletivo. A famosa discussão sobre a legitimidade da recusa das testemunhas de Jeová adultas de receber transfusão de sangue também poderia ser invocada como um exemplo límpido de manifestação da dimensão negativa do direito à saúde.³⁰² Ingo Sarlet ainda nos lembra que a dimensão defensiva no dever de proteção da

³⁰⁰ Inspiro-me no caminho percorrido por SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados. 2008. Conferir também QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, Capítulo I (A estrutura dos direitos fundamentais sociais), p. 25-61, obra na qual há farta referência em português da matriz alemã da discussão.

³⁰¹ Há quem, como Rodolfo Arango, prefira não reconhecer essa dimensão negativa dos direitos sociais, diluindo-a dentre os direitos de liberdade. Não nos parece a melhor opção, nem mesmo a que prevalece. Na prática a diferença é apenas de organização das ideias. Cf. ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Op. Cit., p. 112: “Las acciones negativas del Estado (omisiones) en forma del no impedimento o la no limitación de ámbitos de libertad de la persona están descartadas como objeto de los derechos sociales fundamentales. El motivo para esto es que el daño a las obligaciones de omisión siempre significa vulneración de los derechos de libertad o igualdad.”

³⁰² Reconheço que os exemplos não são habitualmente mencionados com o propósito de ilustrar manifestações da dimensão negativa do direito à saúde. Há inclusive quem não os considere como exemplos desta dimensão defensiva do direito à saúde, mas simples manifestações do direito de liberdade e do livre exercício da autonomia privada. Discordando dos exemplos por mim colacionados, Daniel Sarmento mencionou como exteriorizações da dimensão negativa do direito à saúde regras de proteção do meio ambiente do trabalho e do meio ambiente natural, como a vedação à utilização de produtos que contenham amianto ou abesto (STF, DJU 10-10-08, ADI MC 3.937, Rel. Min. Marco Aurélio) ou a proibição de importação de pneus usados (STF, Informativo de Jurisprudência 552, ADPF 101/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, 24.6.2009). A propósito, Ingo Sarlet menciona como exemplos da manifestação defensiva do direito sociais boa parte dos direitos dos trabalhadores previstos entre os artigos 7º e 11 da CF, como a limitação da jornada de trabalho, a liberdade de associação sindical e o direito de greve. Tais exemplos confirmariam que, uma vez considerando que os direitos sociais seriam uma categoria ampla que abrangesse direitos de prestação em sentido amplo e direitos de defesa, boa parte das situações jurídico-subjetivas integrantes do segundo grupo seriam concretizações do direito de liberdade ou da igualdade. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. Cit. p. 204). Não discuto a pertinência dos exemplos mencionados por Sarmento como manifestações da dimensão negativa do direito à saúde, mas ainda continuo acreditando que os exemplos da Testemunha de Jeová e da Revolta da Vacina sejam pertinentes para ilustrar o *status negativus* do referido direito social. Isso porque demonstram com clareza a existência de obrigações sanitárias de abstenção do estado em relação aos indivíduos. Entre essas obrigações estatais de abstenção e aquelas relacionadas com a proibição da importação de pneu e de utilização de produtos que contenham amianto somente vislumbro uma diferença de grau: enquanto as primeiras são obrigações de abstenção individualizadas, as últimas são obrigações generalizadas; enquanto no primeiro caso o argumento da proteção da autonomia privada é o principal e o da proteção da saúde apenas subsidiário (promoção do completo bem-estar físico, mental

saúde se revela, por exemplo, pelas normas penais de proteção à vida, à integridade física, ao meio ambiente, à saúde pública, bem como em diversas normas administrativas no campo da vigilância sanitária, que regulam desde a produção e a comercialização de insumos e produtos até o controle sanitário das fronteiras.³⁰³ Aliás, sobre o tema vale conferir os enunciados 28 e 29 do Comentário Geral n. 14 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que permitem intervenções, mas elencam uma série de condicionantes, dentre elas o respeito aos direitos fundamentais, o uso das medidas menos restritivas, a temporariedade das medidas, dentre outras.³⁰⁴

Conquanto relevante o aspecto negativo, a *dimensão positiva ou prestacional* do direito à saúde é a que desperta maior atenção nos últimos anos. Ela se liga àquilo que Jellinek chamou de *status positivus* ou *civitatis*, no qual ao indivíduo seria assegurada a possibilidade de utilizar-se das instituições estatais e de exigir do Estado ações positivas. Segundo Robert Alexy, os direitos a uma ação positiva (direitos a prestação em sentido amplo) podem ser divididos em três grupos: i) direitos a proteção³⁰⁵; ii) direitos a organização e procedimento³⁰⁶; iii) e direitos a prestação em sentido estrito (ou direitos fundamentais sociais).³⁰⁷ No Brasil, Ingo Sarlet encampou a mencionada classificação, oferecendo-nos exemplos de grande valia no que se refere especificamente ao caso da saúde. Na condição de

e social do indivíduo, ainda que tal bem-estar se manifeste na escolha pelo risco ou pela morte), no segundo o argumento de proteção da saúde afigura-se mais decisivo, ao passo que o da proteção da autonomia privada (coordenação de liberdades) surge de forma complementar. Sob o mesmo fundamento acredito ser possível argumentar que um exemplo de manifestação negativa do direito de moradia seria a inviolabilidade de domicílio prevista no artigo 5º, XI da CF. Por fim, reconheço que não seria necessário o esforço de ampliar a noção de dimensão negativa dos direitos sociais aqui defendida, uma vez considerado que as situações mencionadas poderiam ser devidamente protegidas recorrendo simplesmente ao direito de liberdade. Entretanto, a despeito das inevitáveis sobreposições, acredito que este é o ônus de refutar a tese de que os direitos sociais só possuem uma dimensão prestacional e de reconhecê-los, via de regra, como mandamentos de otimização, que devem valer na maior medida do possível.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*, Op. cit., p. 6.

³⁰⁴ “28. Issues of public health are sometimes used by States as grounds for limiting the exercise of other fundamental rights. The Committee wishes to emphasize that the Covenant’s limitation clause, article 4, is primarily intended to protect the rights of individuals rather than to permit the imposition of limitations by States. Consequently a State party which, for example, restricts the movement of, or incarcerates, persons with transmissible diseases such as HIV/AIDS, refuses to allow doctors to treat persons believed to be opposed to a government, or fails to provide immunization against the community’s major infectious diseases, on grounds such as national security or the preservation of public order, has the burden of justifying such serious measures in relation to each of the elements identified in article 4. Such restrictions must be in accordance with the law, including international human rights standards, compatible with the nature of the rights protected by the Covenant, in the interest of legitimate aims pursued, and strictly necessary for the promotion of the general welfare in a democratic society. 29. In line with article 5.1, such limitations must be proportional, i.e. the least restrictive alternative must be adopted where several types of limitations are available. Even where such limitations on grounds of protecting public health are basically permitted, they should be of limited duration and subject to review.”

³⁰⁵ O exemplo usado por Alexy é a obrigação do Estado de proteger o cidadão contra outros cidadãos, por meio de normas de direito penal. É possível, também, defender a existência dos deveres de proteção a partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

³⁰⁶ Todas as normas processuais poderiam aqui se enquadradas como Código de processo civil e de processo penal.

³⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 433 ss.

direito a *prestação em sentido amplo*, o direito à saúde imporá deveres de proteção da saúde pessoal e pública, assim como deveres de cunho organizatório e procedimental, ficando patente neste ponto a proximidade entre o tema dos direitos fundamentais e das políticas públicas no campo sanitário.³⁰⁸ Já na condição de *direitos à prestação em sentido estrito* o direito à saúde abarcaria as mais variadas pretensões ao fornecimento de prestações materiais como tratamentos, medicamentos, exames, internações, consultas, dentre outras.

Entre nós o reconhecimento da dimensão prestacional do direito à saúde veio acompanhado do reconhecimento de sua *dimensão subjetiva*, corolário lógico de todo e qualquer direito fundamental, relacionado com o aspecto de sua titularidade. Desde uma primeira perspectiva, o traço da universalidade dos direitos fundamentais implica que todas as pessoas sejam titulares do direito à saúde, aspecto reforçado, neste especial, pelo conteúdo dos artigos 194, I e 196 da CF, que prescrevem a universalidade da cobertura e do atendimento. Desta forma a simples qualidade de ser humano é condição suficiente para a titularidade dos direitos fundamentais em geral e do direito à saúde em particular.

Uma discussão interessante, que vem a reboque do reconhecimento da dimensão subjetiva do direito à saúde, se relaciona com a possibilidade de se reconhecer algumas coletividades como titulares destes direitos. Neste ponto não se discute a possibilidade de que coletividades sejam portadoras de direitos fundamentais. A súmula 227 do STJ³⁰⁹ e o próprio Código Civil em seu art. 52³¹⁰ prevêm que pessoas jurídicas sejam indenizadas por danos aos direitos da personalidade. Mesmo em relação aos direitos sociais, a Constituição foi pródiga ao prever várias situações nas quais se protegem os direitos coletivos dos trabalhadores, principalmente o direito relacionado à liberdade de associação sindical e à greve (art. 8º e ss. da CF). Parece-nos, contudo, que em todos os casos a titularidade primária dos direitos é do indivíduo e não da coletividade. Esta somente é utilizada como um meio para permitir a proteção de cada sujeito individualmente. A grande virtude desse entendimento é que o direito do todo nunca poderá prevalecer diante do interesse individual, evitando-se, assim, o abuso

³⁰⁸ Dentre os exemplos mencionados por Sarlet destacam-se a organização dos serviços de assistência à saúde, das formas de acesso ao sistema, da distribuição de recursos financeiros e sanitário; a regulação do exercício dos direitos de participação e controle social do SUS, notadamente pela via dos Conselhos e das Conferências de Saúde; a organização e o controle da participação da iniciativa privada na execução de ações e serviços de saúde; o estabelecimento de instituições e órgãos de promoção das políticas públicas de saúde, assim como a defesa dos titulares desse direito fundamental, como é o caso do MP e das Defensorias públicas, abrangendo, ademais, processuais adequados para tanto. Cf SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional...*, *Op. cit.*, p. 6.

³⁰⁹ STJ 227. A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

³¹⁰ Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

dos direitos dos membros individualmente considerados.³¹¹ Esse entendimento é pressuposto para uma visão liberal e não-organicista do direito à saúde.

É preciso frisar que o reconhecimento da dimensão subjetiva³¹² do direito a saúde está ligado ao papel clássico dos direitos fundamentais a partir de uma perspectiva estritamente individualista, desenvolvida no ocaso das revoluções burguesas do século XVIII. Afirmar que alguém seria dotado de um direito fundamental seria transferir para o âmbito das relações Estado-Indivíduo a lógica do direito privado e afirmar que este último seria dotado de um poder jurídico de exigir uma prestação de outrem, dentro da lógica credor-devedor. No modelo de Estado Liberal clássico, o número de titulares de direitos fundamentais subjetivos era limitado, assim como também era limitado o rol de obrigados. As prestações exigíveis também se restringiam a não-intervenção, sendo exceção qualquer previsão de ação positiva do Estado para proteção de direitos fundamentais. Com o passar do tempo esse quadro se alterou substancialmente: os titulares dos direitos fundamentais foram cada vez mais se universalizando e se coletivizando; os obrigados deixaram de ser apenas os Estados nacionais, e hoje se discute a obrigação dos particulares e da comunidade internacional na proteção dos direitos fundamentais; e, por fim, o conjunto de prestações exigíveis se ampliou sensivelmente. A afirmação dos direitos sociais como direitos subjetivos se solidifica ao longo desse processo histórico.

Não há espaço, nesse trabalho, para que se discutam algumas questões centrais sobre os direitos subjetivos como seu estatuto ontológico³¹³, sua dimensão ético-filosófica, sua história, sua função social, etc.³¹⁴ O que importa salientar é que no caso do direito à saúde (e de todos os direitos sociais), o reconhecimento de sua dimensão subjetiva não pode implicar o total desprezo por sua dimensão coletiva. Primeiramente porque, como já pretendemos ter deixado claro, conquanto adotemos uma perspectiva liberal, a saúde possui uma dimensão coletiva inegável (doenças são transmissíveis; o bem-estar do indivíduo supõe aspectos sanitários, ambientais e comunitários que só podem ser concebidos a partir de uma

³¹¹ Nesse sentido são precisas as palavras de Kymlicka: “*Nesse sentido, críticos dos direitos coletivos muitas vezes invocam a imagem de culturas teocráticas e patriarcais nas quais as mulheres são oprimidas e a ortodoxia religiosa é legalmente posta em vigor, como exemplo do que pode suceder quando aos supostos direitos da coletividade são dados prevalência sobre os direitos do indivíduo*” apud ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales. Op. Cit.*, p. 73, nota 44.

³¹² “O adjetivo ‘subjetivo’ se acrescenta à expressão ‘direito’ para distinguir o direito de um sujeito de um direito ‘objetivo’. Em inglês não existe o problema terminológico. O direito objetivo se denomina Law, o direito subjetivo de denomina right.” (ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales. Op. Cit.*, p. 8.)

³¹³ ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales. Op. cit.*, p. 7.

³¹⁴ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais. Op. Cit.*, p. 181.

perspectiva coletiva; boa parte dos custos com os sistemas de saúde são financiados por meio de recursos públicos decorrentes da arrecadação de tributos). Além disso, a transposição acrítica de uma lógica bilateral inerente aos direitos de crédito para os direitos sociais (que possuem uma forte correlação com o tema de justiça distributiva) ignora os diversos conflitos distributivos plurilaterais que subjazem ocultos por detrás das demandas que chegam ao Judiciário, podendo gerar efeitos distributivos perversos.³¹⁵ Por tudo isso mais a frente destacaremos a importância de despendermos maior atenção ao estudo da dimensão objetiva do direito à saúde, tema que demonstra a toda evidência a necessidade de se estudar a questão da saúde não apenas a partir da lógica dos direitos subjetivos, mas também das políticas públicas, única esperança real para a verdadeira efetividade dos direitos sociais de uma forma igualitária e inclusiva.

Antes disso, contudo, vale mencionar que na sua dimensão subjetiva os enunciados normativos que dispõem sobre o direito à saúde podem se manifestar na forma de *regras ou de princípios*. Conforme a conhecida definição de Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não. Se uma regra vale, então se deve fazer exatamente aquilo que ela exige: nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível.³¹⁶

Diferentemente de outros direitos sociais como no caso dos direitos previdenciários ou na hipótese da educação obrigatória (art. 208, § 1º da CF), o constituinte preferiu não inserir normas-regras sobre a saúde no bojo da Constituição de 1988. Os enunciados normativos que fundamentam o dever do Estado neste campo (art. 6º e 196 da CF) são claramente princípios, ou seja, mandados de otimização. Mas, reconhecer isso não implica negar a normatividade

³¹⁵ “O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade de tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais – normalmente entre um credor e um devedor – para a esfera dos direitos sociais.” (SILVA, Virgílio Afonso. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de políticas públicas*, Op. Cit., p. 589.)

³¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 90-91. Não é meu objetivo tangenciar a discussão sobre as diferenças entre regras e princípio. Utilizo as idéias de Alexy, mas por honestidade intelectual é preciso destacar a existência de inúmeros pensadores que não as aceitam. Para maior aprofundamento vale conferir ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010 e PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

dos princípios e a possibilidade de extração de obrigações originárias a partir da Constituição, nem mesmo desprezar a importância das diversas regras atributivas de direitos criadas pelo legislador infraconstitucional e pela própria Administração.³¹⁷

Para finalizar o tópico é preciso detalhar a observação acima esboçada sobre a *dimensão objetiva do direito à saúde*, tema normalmente negligenciado, mas de cuja revitalização depende o sucesso da efetividade dos direitos sociais.³¹⁸ Falar em dimensão objetiva dos direitos sociais não é necessariamente novidade. Böckenförde já há muito tempo defendeu que os mandados de direitos sociais se articulavam apenas por meio de obrigações jurídicas objetivas, fundamentalmente para o Poder Legislativo e Executivo, e que uma vez exercidas as respectivas competências sob a cláusula da reserva do possível, surgiria a possibilidade de dedução de direitos subjetivos.³¹⁹ Entre nós esse posicionamento foi utilizado pelos defensores da teoria das normas programáticas, motivo pelo qual acreditamos ter sido relegado ao ostracismo após a superação do mencionado entendimento.³²⁰

Vale, desde logo, destacar que a construção de Böckenförde ainda continua atual e funcional, e uma simples correção é capaz de permitir seu resgate dentro de uma concepção menos conservadora e mais adequada à idéia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, qual seja: reconhecer que a dimensão objetiva dos direitos sociais é apenas uma de suas dimensões, não a única, mas certamente uma das mais importantes.

O reconhecimento da dimensão objetiva do direito à saúde implica aceitar o fato de que a sua normatividade transcende a aplicação subjetiva-individual, orientando, também, a ação do Estado em uma perspectiva mais coletiva. Nesse sentido as eloquentes palavras de Vieira de Andrade quando afirma que a dimensão objetiva remete à noção de que “*os direitos*

³¹⁷ À título exemplificativo cita-se a Lei 8.080/90 (Lei orgânica do SUS), a Lei 9.313/96 (Previu ser responsabilidade do SUS o fornecimento gratuito de medicação necessária ao tratamento de HIV e doentes de AIDS), as Normas Operacionais Básicas que detalham a responsabilização pela descentralização dos entes federativos, as Portarias do MS que dispõem sobre os protocolos clínicos e as listas de medicamentos.

³¹⁸ “... o reconhecimento da dimensão subjetiva dos direitos sociais não exclui a presença de sua dimensão objetiva. Em razão desta última, é possível detectar, por exemplo, a força irradiante dos direitos sociais, que os torna diretrizes importantes para a interpretação de outras normas e atos jurídicos; o dever do Estado de proteger perante terceiros os bens e valores subjacentes a tais direitos; e a obrigação estatal de instituir organizações e procedimentos aptos à realização dos mesmos direitos.” (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais*. Op. cit., p. 568)

³¹⁹ BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 80 ss.

³²⁰ Comparato defendeu um posicionamento mais fiel à concepção clássica dos direitos sociais como normas objetivas e não a partir de um viés conservador como os defensores das normas programáticas. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, pgs. 11/22 e O Ministério Público na defesa dos interesses econômicos, sociais e culturais. GRAU, Eros Roberto. (Coord.) *Estudos de direitos constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

*fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto faculdades ou poderes de que estes são titulares, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe a perseguir.*³²¹

O tema ganhou fôlego com a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, e, principalmente após a decisão do caso Lüth, proferida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha em 1958, na qual se consignou que “*os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas que, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos Legislativo, Executivo e Judiciário.*”³²² No Brasil, o fenômeno passa a ser explorado como uma vertente do processo de constitucionalização do Direito, associada ao efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de direito infraconstitucional.³²³

Ingo Sarlet, de forma bastante didática, trabalha alguns desdobramentos específicos da discussão sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, valendo destacar: i) questões relacionadas à eficácia irradiante dos direitos fundamentais; ii) problemática de sua eficácia na esfera privada; iii) questões relacionadas às garantias institucionais; iv) questões relativas aos deveres de proteção; v) discussões relativas aos direitos fundamentais como parâmetros para a criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para procedimentos.³²⁴ O desenvolvimento de cada tópico ensejaria a elaboração de um trabalho

³²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 144. Também em Portugal QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 14-16: “*Os direitos fundamentais não garantem apenas direitos subjetivos, mas também princípios objetivos básicos... Os direitos fundamentais sociais compreendem ‘deveres objetivos’, dirigidos ao legislador e ao poder executivo, de criação dos pressupostos reais do exercício dessa liberdade. Esses deveres integram diferentes tarefas constitucionais objetivas, posto que se apresentam como decisões de valor objetivas, a partir de uma compreensão institucional no quadro do Estado Social.*” No mesmo sentido, na Espanha, CARRERA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Madrid: Bosch Editor, 2010.

³²² BVerGE 7 (198).

³²³ BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direitos constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 168. Cf. também SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 133 ss (Cap. III – A dimensão objetiva dos direitos fundamentais).

³²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Op. cit., p. 173-176.

autônomo, já existindo bibliografia de grande qualidade principalmente a respeito da eficácia (direta, frisa-se!) do direito à saúde na esfera privada.³²⁵

Por hora interessa-nos revitalizar a discussão sobre a dimensão objetiva do direito à saúde para relacioná-la com o tema das políticas públicas, ou, em outras palavras, sobre a dimensão de *policy* dos enunciados normativos acerca da saúde constantes na Constituição. Sobre o assunto nunca é demais lembrar que, diferentemente da construção bipartite de Alexy (normas seriam regras e princípios), Dworkin defendeu que o jurista poderia utilizar-se de três padrões argumentativos em seu mister: regras, princípios e políticas (*policies*). A *regra* seria aplicável no modelo do tudo-ou-nada, uma vez que, verificados os fatos estipulados em seu antecedente e constatada a sua validade a resposta oferecida deveria ser aceita; já os *princípios* deveriam ser observados não porque promoveriam ou protegeriam alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas sim porque seriam um requerimento de justiça, equidade ou outra dimensão de moralidade, possuindo uma dimensão que as regras não possuem, qual seja, a de peso ou importância. Argumentos de *policy*, por sua vez, seriam um padrão normativo que estabeleceria uma meta a ser atingida, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade.³²⁶

Com base nessa famosíssima construção incorporou-se no Brasil uma divisão de trabalho que atribui ao Judiciário a possibilidade de controlar questões de princípio (o que significaria levar os direitos a sério) e ao Parlamento a primazia na definição de questões de políticas públicas (sendo hoje cada vez mais disseminada a possibilidade de controle judicial até mesmo nesses casos). No campo do direito à saúde, assim como em todos os outros direitos sociais, cada vez mais se buscou enquadrá-lo como uma questão de princípio (de direito fundamental), ampliando-se a zona de intervenção judicial, principalmente por meio de uma série de demandas individuais em que se pleiteava judicialmente prestações materiais não fornecidas (legítima ou ilegítimamente) pelo Estado. Em regra, esse processo foi muito virtuoso, mas trouxe algumas consequências negativas. A principal foi a quase total desconsideração pelo mundo jurídico da inevitabilidade do desenvolvimento de políticas públicas adequadas para fins de promoção do direito à saúde. Ou seja: diante da confirmação

³²⁵ Além do livro de Daniel Sarmento mencionado acima, vale mencionar MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159-246 (Capítulo 4 – Direito à saúde e os tribunais. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais, autonomia privada e serviços privados de saúde).

³²⁶ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press. 1977, p. 22.

da dimensão subjetiva e prestacional, aliada aos vícios do processo democrático e das omissões da burocracia estatal, optou-se por um “salve-se quem puder e quem tiver condições de acessar o Judiciário”, ao invés de se buscar revitalizar as possibilidades de que intervenções judiciais pudessem contribuir pontualmente para a melhoria do sistema político e administrativo, em geral, e do sistema de saúde, em particular.³²⁷

Pouco a pouco os princípios constitucionais informadores do sistema único de saúde passaram a ceder diante da alegada emergência das demandas individuais, e um conjunto de decisões bem intencionadas foram e ainda são proferidas em total descompasso com as políticas públicas elaboradas pelos gestores, em um quadro de escassez de recursos. Como já mencionei por diversas vezes, não tenho dúvida da importância da dimensão subjetiva do direito à saúde, mas acredito fortemente que é chegada a hora de, reconhecendo a sua multidimensionalidade, revitalizar a sua vertente de política pública e reconhecer que o tema das decisões coletivas sobre a saúde precisam ser realizadas de forma a compatibilizar a extensão dos direitos individuais aos princípios específicos do SUS, previstos nos artigos 196 e seguintes da CF, máxime ao princípio da equidade. Nesse sentido o próprio artigo 196 da CF é claro ao enunciar que o direito à saúde, direito de todos e dever do Estado, deverá ser implementado por meio de políticas sociais e econômicas.

O próprio Canotilho, principal disseminador da teoria da constituição dirigente entre nós, recuou nos últimos anos e passou a admitir a inevitabilidade da passagem de um discurso jurídico rigoroso centrado em categorias como direitos subjetivos e deveres jurídicos para um discurso político-constitucional baseado em programas concretizadores de princípios-setores e políticas públicas.³²⁸ Entre nós Sarmento, de forma percuciente, observou que *é praticamente impossível separar os direitos das políticas em matéria de direitos sociais, pois tais direitos só são realizados através de políticas*,³²⁹ motivo pelo qual, a despeito de não negar os méritos daqueles que procuram resolver os problemas da saúde enquadrando-a sob um regime rígido atribuído ao mínimo existencial (afirmando que sempre gerará direito subjetivo, não se submeterá à reserva do possível nem à reserva de lei orçamentária, não necessitará da prévia

³²⁷ Algumas exceções confirmam a regra. Vale conferir dentro desta perspectiva de análise da saúde a partir das políticas públicas LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. O direito à saúde e critérios de aplicação. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008. Não concordamos com o autor por limitar a discussão do direito à saúde à sua dimensão de política pública, o que a nosso entender representa um grave equívoco.

³²⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Op. Cit., p. 101.

³²⁹ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: *Por um constitucionalismo inclusivo*. Op. cit., p. 209, nota de rodapé 93.

existência de políticas públicas), parece-me que tal posição negligencia que para a promoção do direito à saúde (ainda que o mais básico), quase sempre será necessária uma política pública que o viabilize, não só por questões práticas, mas também por uma questão de justiça relacionada com os objetivos de equidade e universalização do atendimento.

Se durante muitos anos os direitos e as políticas públicas permaneceram afastados, parecendo incompatíveis, hoje a melhor doutrina já enfatiza a necessidade de uma maior articulação entre os conceitos, de modo que os Parlamentos, por meio das políticas públicas, incorporem as preocupações com a proteção dos direitos humanos e os Tribunais, por meio de uma racionalidade baseada em direitos, entendam a importância do desenvolvimento de políticas públicas para a sua efetivação. É exatamente neste sentido de reforço recíproco que na Colômbia vem se falando em um “diálogo entre direitos e políticas públicas”, na necessidade do fortalecimento do vínculo entre os dois conceitos, de modo que se contribua para o cumprimento das obrigações estatais, principalmente se considerada a necessidade de planejamento e do desenvolvimento de uma racionalidade econômica na implementação dos direitos sociais.³³⁰

Frisa-se, desde logo, que resgatar a dimensão de política pública da saúde não implica a adoção de uma postura utilitarista, contra a qual se edificaram as principais teorias da justiça da contemporaneidade, submetendo o sujeito a um cálculo de custo e benefício de utilidade geral. Assim como Rawls acredito que cada indivíduo é dotado de uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode subrepujar; da mesma forma que acredito ter precedência a afirmação de Dworkin de que os direitos básicos são trunfos contra a maioria. Mas afirmar isso não conduz à adoção de uma deontologia dura, nos moldes kantianos, que negue por completo a necessidade da adoção de uma racionalidade de maximização de bem-estar coletivo, ou, usando a terminologia de Dworkin, que as questões de *policy* às vezes tenham precedência sobre as questões de princípios.³³¹

³³⁰ “*La investigación pone en evidencia que el fortalecimiento del vínculo entre derechos humanos y políticas públicas contribuye tanto al cumplimiento de las obligaciones del Estado como a la tarea de planeación con fundamento en el principio de racionalidad económica. En otros términos, garantizar que las políticas públicas se diseñen, implementen y evalúen conforme con los contenidos de los derechos y las obligaciones del Estado no sólo contribuye a mejorar el disfrute de los derechos humanos, sino que a la vez es la inversión más rentable para darles el mejor uso alternativo a los recursos escasos.*” (MURICA, Luís Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimmy; GARAVITO, Cesar Rodrigues. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DeJustitia, 2007, p. 17.)

³³¹ Apenas para ilustrar o raciocínio que criticamos, observe-se a ilustrativa passagem escrita por Dirley da Cunha Júnior, que coloca como trunfo não só as questões do direito a saúde, mas toda a celebrada Constituição dirigente: “*No Brasil, sem dúvida alguma a existência da Constituição Dirigente é necessária. E aqui parodiando Dworkin, a Constituição Dirigente é um trunfo, que pode ser usado no discurso jurídico proferido no âmbito do controle judicial das omissões do poder público,*

Definir quando deverá haver a precedência de cada tipo de argumento, ou mesmo o conteúdo dos direitos básicos certamente é uma missão que não cabe neste trabalho, até porque não deve ser tarefa individual em uma sociedade democrática. Mas, a despeito disso, concordamos com Amartya Sen que – não se mostrando totalmente confortável com a visão de “*direitos como trunfos*” (que sempre superam qualquer outro argumento) e adotando uma linha de pensamento que concilia raciocínios deontológicos e consequencialistas – afirmou: “*Devo admitir que levar os direitos a sério requer que admitamos que é algo indesejável – às vezes terrível – a sua violação. Isso não implica o reconhecimento de que sempre admitamos que ‘argumentos baseados em direito’ devam prevalecer sobre argumentos baseados em direções opostas (por exemplo, em bem-estar ou outra liberdade não incluída no direito).*”³³²

Por fim, registra-se que não é necessário realizar uma separação artificial de trabalho como aquela proposta por Dworkin e encampada por grande parte da doutrina. A diferenciação rígida entre questões de princípio e política, entre demandas de justiça e de bem-estar coletivo, entre mínimo existencial e direitos sociais não é tão clarividente como ele próprio reconheceu,³³³ motivo pelo qual não é recomendável atribuir a cada instituto um regime jurídico tão diferenciado. Diante disto estamos convictos de que a melhor solução para a promoção da efetividade do direito à saúde passa pela preocupação com a efetivação do SUS, por meio do desenvolvimento de políticas públicas e da proteção de direitos, missões sob as quais não há e não deve haver guardiões que alegam supremacia no processo. Deve-se, sim, apostar na democracia e na capacidade de que a interação entre os ramos de soberania popular contribuam para o atingimento de melhores respostas, ainda que não tão imediatas.

Neste sentido que caminharemos no próximo capítulo, no qual analisaremos o sistema de saúde brasileiro como o principal foco de atenção das teorias dialógicas, não por considerá-lo mais importante do que as necessidades individuais, mas por acreditar que tanto maior será

contra os argumentos de política”. (JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 137.)

³³² SEN, Amartya Kumar. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 360/361.

³³³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. *Op. cit.*, p. 22 ss. Importante observar que o próprio Dworkin reconhece as limitações dessa classificação. Falando da distinção entre *principles* e *policies*, Dworkin aduz nas páginas 22-23: “*A distinção pode ruir por meio da construção de um princípio que estabeleça um objetivo social (i.e., a meta de uma sociedade na qual nenhum homem possa tirar vantagem de sua própria torpeza) ou construindo uma política pública que contenha um princípio (i.e., o princípio que a meta estabelecida pela política pública seja merecedora de importância) ou adotando a tese utilitarista, cujo princípio de justiça é uma meta disfarçada (garantir a maior felicidade para o maior número de pessoas)*”. Sobre a badalada distinção entre princípios e regras, afirma na página 27: “*Não é sempre claro se um padrão normativo se apresenta como regra ou princípio... Em muitos casos a distinção é difícil de se realizar...*”.

a efetividade do direito à saúde quanto maior for a capacidade de engajamento da sociedade e dos poderes constituídos em favor do fortalecimento SUS, sem que, para tanto, regreda-se para uma concepção superada de normas programáticas, para a equiparação da discricionariedade com a arbitrariedade administrativa, para uma interpretação rígida e ortodoxa do princípios da separação dos poderes ou ainda para uma visão utilitarista que ignore o argumento dos direitos.

3. SISTEMA BRASILEIRO DE SAÚDE E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA.

Limitações orçamentárias implicam que algumas vítimas em potencial efetivamente se tornarão vítimas e que o Estado terá feito pouco ou nada sobre o assunto. Isso é deplorável, mas em um mundo imperfeito de recursos limitados, o fato é inevitável. Levar os direitos a sério, significa levar a sério a escassez.

Cass Sunstein e Stephen Holmes.

3.1. Justiça distributiva e o direito à saúde: aspectos introdutórios.

Para introduzir o debate acerca da justiça distributiva, nada mais elucidativo do que trazer a baila o exemplo utilizado por Amartya Sen³³⁴ para questionar a viabilidade de se atingir consensos transcendentais sobre princípios imparciais capazes de organizar de forma justa a vida coletiva nas sociedades contemporâneas, na tradição resgatada por Rawls em *Uma teoria da Justiça*. Sen ilustra o problema contando uma estória envolvendo três crianças (Anne, Bob e Carla) e uma flauta, pedindo-nos para refletir ao longo da exposição a quem daríamos o instrumento musical. Parafraseando, então, o mestre indiano, tomo a liberdade para pedir ao leitor que imagine ter encontrado a mencionada flauta. Anne chegará até você e pedirá o instrumento sob o argumento de ser a única, dentre as três crianças, que sabe tocá-lo. Bob, por sua vez, reivindicará a flauta alegando ser o único tão pobre a ponto de não ter acesso a nenhum outro brinquedo. Carla, por fim, reclamará pela flauta por ter sido ela o resultado de seu árduo trabalho durante meses. A quem você daria a flauta? Devo admitir que repeti a experiência inúmeras vezes e sempre a impossibilidade de consenso se repetiu.

No contexto específico da discussão, Sen pretendia, ao retratar no argumento de cada criança o princípio base de algumas das principais correntes de filosofia política da história,³³⁵ apresentar uma teoria da justiça mais eclética, que não buscasse princípios últimos de imparcialidade para além do dissenso, mas que se contentasse em propor critérios de análises comparativas baseados na realidade estudada, admitindo que, muitas vezes, mesmo que não haja consenso sobre os princípios últimos e mais abstratos seria possível haver acordo nos casos mais concretos. Essa possibilidade de convivência harmônica entre princípios de justiça

³³⁴ SEN, Amartya Kumar. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 12 ss.

³³⁵ Anna representava o utilitarismo hedonista e a máxima de que o princípio básico da vida em sociedade deveria ser a maximização do saldo líquido de felicidade geral; Bob trazia o argumento dos igualitários econômicos, que visam a diminuição das desigualdades sociais e a equalização de bens e Carla retrata o argumento libertário de que somos donos incondicionais dos resultados de nosso trabalho.

de teorias que aparentemente se digladiam pelo protagonismo no cenário filosófico é o primeiro ensinamento que exploraremos nos tópicos a seguir. Não nos filiaremos a nenhuma escola específica de pensamento, mas optaremos por um sincretismo axiológico, reconstruindo a normatividade dos princípios do sistema de saúde brasileiro sob bases ecumênicas. Parece ser essa uma boa orientação no quadro de uma constituição tão compromissória como a de 1988, na qual os princípios (válvula de escape que permitem a comunicação direta entre os subsistemas sociais do Direito e da Moral) se equilibram de forma dramática naquilo que sabiamente foi chamado de Estado de Ponderação (*Abwägungsstaat*).³³⁶

A segunda utilidade do exemplo é a de ilustrar com precisão aquilo que Rawls chamou das duas circunstâncias da justiça, sem as quais a discussão sobre o tema não seria nem necessária nem suficiente, quais sejam: a escassez moderada de recursos e o fato do pluralismo razoável. A segunda característica estaria relacionada com o fato de os indivíduos possuírem, além de planos de vidas diferentes, diversas crenças filosóficas, doutrinárias e políticas, o que dificulta a análise da correção das decisões coletivas. Já a escassez moderada se oporia, de um lado, a um quadro de abundância total de recursos, tal qual na utopia de Morus, no qual os bens materiais seriam capazes de satisfazer todas as necessidades e desejos individuais e, de outro, à escassez total, quadro em que seria inútil falar de justiça, pois não haveria recursos para satisfazer as necessidades mínimas.³³⁷

É exatamente neste quadro, em que prevalecem as circunstâncias da justiça, que ganha relevância a discussão sobre a justiça distributiva, ou, em outras palavras, usando a terminologia de Rawls, sobre os princípios necessários para estabelecer os *termos equitativos da cooperação social*. Sobre o assunto, Roemer é preciso quando argumenta que os temas suscitados sob a égide do rótulo “justiça distributiva” se concentram em responder a seguinte pergunta: “*como uma sociedade ou grupo deve alocar recursos escassos ou produtos entre indivíduos com diferentes necessidades e exigências*”³³⁸, questão que desde Aristóteles e Platão coloniza a mente dos mais ilustres pensadores.³³⁹

³³⁶ Cf TORRES, Ricarso Lobo. *Tratado de Direitos constitucional financeiro e tributário, vol. 5: o orçamento na Constituição*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 201. Tal expressão é atribuída ao autor alemão Walter Leisner.

³³⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 137.

³³⁸ ROEMER, John. *Theories of distributive justice*. London: Harvard University Press, 1998, p. 1.

³³⁹ Sobre o desenvolvimento histórico do conceito de justiça distributiva vale conferir FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

No caso específico da saúde as dificuldades relacionadas com a discussão sobre como determinada sociedade deverá distribuir seus recursos sanitários escassos dentre indivíduos que têm necessidades diversas e conflitantes não é diferente. Se é verdade que alguns países optaram por estruturar um sistema de saúde que garanta de forma universal e integral as necessidades sanitárias de seus cidadãos, e outros limitaram a mencionada responsabilidade estatal subjetiva e objetivamente (selecionando os beneficiários dentre os contribuintes e limitando o conjunto de prestações àquelas previamente definidas em lei), deve-se ressaltar que algumas comunidades políticas rejeitaram por completo a adoção de algum tipo de mecanismo público de salvaguarda do direito à saúde, atribuindo ao mercado a possibilidade de definir o resultado da distribuição dos bens sanitários.³⁴⁰ Mas não é preciso ser adepto deste último modelo para verificar que mesmo dentre aqueles que optaram por estruturar um sistema público de saúde prevalecem severas divergências sobre a quantidade de recursos a serem destinados para o orçamento geral da saúde, sobre quais as necessidades sociais que deveriam ser cobertas, sobre os melhores meios de estruturar o sistema de saúde ou, ainda, sobre a ordem de prioridade dentre as necessidades sanitárias cobertas, tudo isso, ressalte-se, sem se questionar que se trata de nações que prezam pela proteção dos direitos humanos e consideram a proteção da saúde uma missão estatal impostergável.

A escassez de recursos dramatiza toda a teorização sobre a justiça distributiva em geral e sobre o direito a saúde em particular, ressaltando a inexorabilidade de não podermos curar todas as necessidades sanitárias individuais, a começar pelo fato de que alguns dos males que nos afligem serem incuráveis. Todavia, é exatamente a existência limitada de recursos sanitários (em forma de capital humano, tecnologia, órgãos, tecidos etc.) em cotejo com uma infinidade de demandas (artificiais ou não, agravadas por fatores como o envelhecimento da população, a descoberta de novas doenças e novas tecnologias) por estes bens que contribui para a formulação de uma equação de difícil resposta, cujo resultado muitas vezes pressupõe a realização de escolhas trágicas.³⁴¹

Certamente a discussão sobre o direito à saúde não se restringe a aspectos ligados à justiça distributiva. Várias discussões relacionadas com a sua dimensão negativa passam ao

³⁴⁰ Esse é o caso da Suíça, que em referendo celebrado em 2007, pela segunda vez, rejeitou por uma maioria de 70% a criação de um mecanismo público de salvaguarda do direito à saúde. Cf LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. Madrid: Iustel Biblioteca Jurídica Básica, 2009, p. 20.

³⁴¹ CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

largo de pensar na melhor forma de distribuir recursos escassos na sociedade ou em parâmetros para tal mister. Além do mais, e aqui adotando a terminologia de Nancy Frasier, temos plena consciência de que os problemas relacionados com a saúde não abrangem apenas questões de *redistribuição*, mas também questões de *reconhecimento*, o que não nos impede de adotar um *dualismo de perspectiva*³⁴² e nos concentrarmos especificamente no segundo grupo de questões, sem abordar desdobramentos da discussão sobre a saúde que tangenciariam assuntos como multiculturalismo e políticas de reconhecimento.³⁴³ E fazemos isso porque os maiores problemas sobre o tema na atualidade relacionam-se com a dimensão prestacional da saúde, espaço em que a faceta distributiva se manifesta com eloquência e maior força, relacionando-se com a problemática dos custos dos direitos sociais.

Aliás, neste ponto nunca é demais ressaltar a superação do velho dualismo entre direitos negativos e direitos positivos baseado no argumento de que os primeiros seriam aqueles que dependem do dispêndio de recursos estatais enquanto os segundos seriam direitos sem custo. Como já há algum tempo demonstrado por Sunstein e Holmes não há direitos sem custo, sendo verdade que até mesmo os direitos individuais e políticos demandam recursos

³⁴² Classicamente se entende por questões de redistribuição aquelas relacionadas à justa distribuição de recursos e bens, ao passo que as questões de reconhecimento estariam ligadas a idéia de um mundo “*amigo da diferença*”, ou seja, um mundo sensível aos problemas ligados às diferenças éticas, raciais, religiosas, sexuais e de gênero. As primeiras (questões de redistribuição) relacionar-se-iam com as injustiças sociais, reclamariam uma reestruturação político-econômica e teriam como sujeitos as classes sociais ou as coletividades análogas definidas pelas relações de produção. As segundas (questões de reconhecimento) relacionar-se-iam às injustiças culturais, reclamariam transformação cultural ou simbólica e teriam como sujeitos os grupos definidos por relações de reconhecimento. Nancy defende a tese de que “*a justiça requer tanto redistribuição quanto reconhecimento*” sendo que seu objetivo “*é desenvolver uma concepção bidimensional de justiça que possa acomodar tanto demandas defensáveis pela igualdade social quanto demandas defensáveis pelo reconhecimento da diferença*” (p. 168). A autora critica visões unidirecionais que reduzem uma dimensão da justiça à outra (os exemplos são o Marxismo - que reduzia o reconhecimento à distribuição - e algumas linhas de feminismo desconstrutivista - que reduzem a distribuição ao reconhecimento) e propõe, desta forma, o que denomina *dualismo de perspectiva* (para o dualismo de perspectiva a redistribuição e o reconhecimento não correspondem a dois domínios societários substantivos: economia e cultura – idéia pregada pelo *dualismo substantivo*. Ao invés, eles constituem duas perspectivas analíticas que podem ser assumidas a respeito de qualquer domínio). O *dualismo de perspectiva* tem como núcleo normativo a noção de *participação paritária* (essa noção afirma que a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros adultos da sociedade interagir uns com os outros como pares. É uma condição objetiva da participação paritária que os recursos materiais devem sejam distribuídos de tal forma que garantam independência e voz aos participantes. É uma condição intersubjetiva que os padrões institucionalizados de valor cultural expressassem igual respeito por todos os participantes e assegurem igual oportunidade para a conquista de estima social) (p. 181). (FRASER, Nancy. *Redistribuição, reconhecimento e participação: Por uma concepção integral de justiça*. In: SARMENTO, Daniel; et. al. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2008). Sobre o assunto vale ainda conferir da mesma autora *Reconhecimento sem ética?* In: SOUZA, Jessé; MATOS, Patrícia. (Orgs.) *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007, bem como o mais recente *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009.

³⁴³ Apenas para retratar a gravidade dos problemas de reconhecimento envolvendo o direito à saúde e a inevitável simbiose entre questões de reconhecimento e distribuição, vale citar os dados constantes da publicação da OMS: “*A desigualdade no Brasil afeta principalmente a população negra (pretos e pardos) e os descendentes da população indígena. No decil mais pobre há 68% de negros, enquanto que no decil mais rico há 87% de brancos; além disso, 32,2% dos mais pobres são negros.*” (ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Saúde nas Américas 2007*. 2 vol. Washington, DC: OPAS, 2007, p. 10).

para serem implementados.³⁴⁴ Entretanto, conquanto a mencionada constatação tenha o mérito de demonstrar a incoerência e a perversidade do argumento libertário conservador, que pretende eximir o Estado de qualquer responsabilidade sobre a prestação de serviços públicos relacionados com os direitos sociais, sob o fundamento de que eles teriam um traço peculiar (relacionado com a sua relevante dimensão econômica) ausente nos direitos de liberdade, assim como também tenha a virtude de enfatizar a importância das decisões verdadeiramente democráticas sobre as duas principais faces da dimensão financeira de todos os direitos fundamentais (a forma de financiá-los e o objeto de dispêndio a ser priorizado em um quadro de impossibilidade material de satisfação de todos), não nos parece correto tentar equiparar os direitos de liberdade e os direitos sociais no que toca às respectivas dimensões econômicas, nem mesmo questionar a utilidade da classificação que reconhece a face positiva e negativa de todos os direitos fundamentais.

Isso porque, se é verdadeira a premissa de que todos os direitos implicam em custos (e, dessa forma, são positivos), os direitos civis e políticos possuem, em regra, um custo menor que os direitos sociais. O próprio exemplo do direito de propriedade reflete a questão. Aqueles que defendem que esses direitos são tão custosos quanto os direitos sociais clássicos (como a educação e a saúde) argumentam que para a fruição do direito individual de propriedade é preciso que o Estado promulgue uma série de leis regulando a matéria (fato que gera custos com o pagamento dos salários dos parlamentares e com os gastos administrativos dos órgãos legislativos), assim como organize uma força policial e um sistema judicial capaz de tutelar o direito individual (fato que também teria um enorme custo). O grande vício do raciocínio, contudo, é não considerar que esses gastos também são existentes nos direitos sociais que, além de eventualmente estarem condicionados por esses dispêndios ordinários, demandarão uma vultosa alocação de recursos para a efetivação de seu objeto específico, como por exemplo, a construção de casas populares, o fornecimento de medicamentos etc. Como bem observou Virgílio Afonso da Silva, “*pagar remédios, construir hospitais, construir escolas ou construir casas custa, sim, mais dinheiro do que exigir uma abstenção estatal, sobretudo se partimos do pressuposto de que os gastos institucionais devem ser*

³⁴⁴ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights. Why liberty depends on costs*. New York: W. W. Norton & Company, 1999. A discussão ganhou eco no Brasil principalmente a partir dos trabalhos de GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005 e AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

divididos por igual na conta comum de todos os direitos.”³⁴⁵ Por tudo isso que acreditamos que o melhor entendimento é o de que entre os direitos civis e políticos e os sociais há uma diferença de grau no que tange aos seus custos.³⁴⁶ O que ocorre é que os direitos sociais geralmente se manifestam em uma dimensão positiva (implicando ações estatais) mais relevante do que os direitos clássicos de liberdade, como a liberdade de imprensa e manifestação do pensamento.

Mas, enunciadas as bases da discussão sobre a justiça distributiva e a sua estreita relação com o tema do direito à saúde, permanecem abertas certas indagações: qual a repercussão prática da tentativa de estudar o sistema de saúde brasileiro em conjunto com as idéias advindas da filosofia política que propõem critério de justiça para a distribuição equitativa de bens escassos? O constituinte já não teria esgotado as elucubrações filosóficas no momento em que desenhou as grandes linhas do direito à saúde, cabendo agora ao legislador, ao Judiciário e ao jurista comprometido apenas implementar aquele projeto dirigente? O que discutir quando a própria Constituição enuncia o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à vida e afirma que a saúde é direito de todos e dever do Estado?

A resposta às duas últimas questões implica inicialmente o desprendimento de uma postura estritamente positivista, ainda que de um positivismo de combatividade como aquele defendido inicialmente pelo constitucionalismo brasileiro da efetividade, e o reconhecimento de que a literalidade do texto é totalmente insuficiente para resolver todos os problemas relacionados com os limites e as possibilidades de efetivação do direito à saúde. Uma vez dado esse passo e reconhecida a relação umbilical entre o discurso jurídico e o discurso moral, o raciocínio se completa quando utilizamos os argumentos desenvolvidos neste último campo como estratégia para reconstruir a normatividade dos preceitos constitucionais de textura

³⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 594.

³⁴⁶ No contexto internacional vale conferir a posição de Dixon: “A distinção entre a dimensão negativa e positiva dos direitos não pode ser uma distinção entre o dever estatal de se abster de interferir em certos interesses individuais existentes, e entre o dever estatal de realizar ações positivas para assegurar o gozo de outros direitos. A distinção é, por óbvio, apenas de grau, uma vez que o gozo de direitos negativos depende, em última instância, de ações estatais básicas (background forms of government action) como o estabelecimento e a garantia de um sistema de direito de propriedade.” (DIXON, Rosalind, Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited (July 2007). *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1156226> or doi:10.1093/icon/mom021, p. 409, nota de rodapé 91). No contexto brasileiro, depois de ter recebido algumas críticas, Ingo Sarlet parece ter caminhado para esta conclusão: “Assim, não há como se negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não poderia ser limitada aos direitos sociais de cunho prestacional”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8a ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados. 2007, p. 302).

aberta sobre o sistema brasileiro de saúde. Em outras palavras, o que se pretende é empreender um esforço de construtivismo ético³⁴⁷, ou seja, utilizar os elementos de teoria constitucional e filosofia política como instrumentos habilitadores de uma reconstrução da normatividade constitucional em vigor, fornecendo-lhe coerência e integridade.³⁴⁸

Tudo isso se faz em consonância com a propalada necessidade de definição de alguns standards capazes de orientar as decisões judiciais nos temas relacionados com o direito à saúde. Todavia, neste ponto o presente trabalho é ao mesmo tempo mais ousado e mais modesto do que outros tantos estudos que pretenderam contribuir para o assunto. Diz-se mais modesto porque não pretendemos aqui oferecer um manual para eventuais decisões judiciais ou mesmo um roteiro fechado prevendo ordens lexicográficas de preferências entre as diversas prestações adjudicáveis em um quadro de escassez moderada. E não procedemos assim, a um, porque não acreditamos que seja possível em um nível de abstração como o exigido por um trabalho acadêmico oferecer respostas acabadas para fatos concretos e, a dois, porque não nos parece viável nem necessário estabelecer listas fechadas de precedência entre bens sanitários e valores a serem promovidos nesta seara, uma vez que muita dessa tarefa deve ser relegada para que as maiorias democráticas sobre elas deliberem.

De outro lado, a mencionada ousadia relaciona-se com a tentativa de reconstruir a normatividade do sistema de saúde não apenas preocupando-nos com o momento da decisão judicial. Acreditamos que eventual empreitada de definição de standards deve ser realizada de forma interdisciplinar, conjugando conhecimentos tanto da área jurídica quanto da área de saúde, e deve considerar que o Judiciário não é e nem deve ser o protagonista no campo do direito à saúde, figurando-se necessário o desenvolvimento de standards que contribuam para a promoção de uma atividade sinérgica entre os gestores públicos, o legislador, os legitimados ativos para as eventuais demandas (destacando-se o papel do Ministério Público e das Defensorias Públicas) e o juiz, respeitadas as diferentes capacidades institucionais e o tipo prevalecente de racionalidade de cada ramo de soberania popular. Enfim, nas próximas linhas não nos preocuparemos em construir um receituário para a decisão judicial, mas, sim, contribuir para tornar a discussão mais autoconsciente de si mesma e para enfatizar que todos

³⁴⁷ Sobre a utilização desta idéia vale conferir a Conferência III – O construtivismo político - de John Rawls em RAWLS, John, *O liberalismo político*. 2ª ed. 2ª impressão. São Paulo: Editora Ática. 2000, p. 135-180.

³⁴⁸ Tal metodologia foi muito bem trabalhada por NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 192 ss.

os ramos de soberania popular estão vinculados, ainda que de maneiras diversas, aos princípios constitucionais que regem a matéria, devendo, portanto, trabalhar de forma cooperativa para o atingimento de resultados comuns. Mais uma vez o diálogo surge da sinergia e não da postura adversarial e preconceituosa que maximiza virtudes e minimiza defeitos apenas de um dos lados dos agentes envolvidos.

3.2. As linhas gerais do sistema brasileiro (público e privado) de saúde.

Antes de empreender uma análise mais profunda de alguns tópicos do sistema brasileiro de saúde à luz das principais linhas de pensamento da filosofia política, competenos traçar uma visão panorâmica sobre a forma de organização constitucional do *sistema brasileiro de saúde*, conceito que não pode ser confundido com o de *sistema único de saúde*, uma vez que entre eles há uma relação de continência, o primeiro abrangendo o sistema único (público) e o sistema privado (suplementar).

O sistema brasileiro de saúde encontra-se inserido em um sistema maior, a seguridade social, que compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, tendo como objetivos a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; a irredutibilidade do valor dos benefícios; a equidade na forma de participação no custeio; a diversidade da base de financiamento e o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados (art. 194 da CF).

Diferentemente do ramo previdenciário, os setores da assistência e da saúde se caracterizam por serem não-contributivos, o primeiro se estendendo a quem dele necessitar e o segundo de acesso universal, características conscientemente adotadas pelo constituinte em repúdio ao modelo excludente de assistência à saúde existente até o advento da Carta de 1988. Mas, nada obstante à mencionada universalidade do atendimento, vale ressaltar um truísmo que nunca parece supérfluo: a universalidade e a gratuidade não implicam desnecessidade de

fontes de financiamento, muito pelo contrário, motivo pelo qual o artigo 195 de CF enunciou que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais enumeradas nos incisos I ao IV daquele dispositivo, além daquelas eventualmente criadas pela União no exercício de sua competência suplementar, por meio de Lei Complementar (art. 195, § 6º da CF).³⁴⁹

No que se refere especificamente ao financiamento da saúde, impende destacar a estratégia de vinculação constitucional de receitas para o atendimento das necessidades neste setor, resposta ao histórico déficit de investimentos públicos na área, muito aquém dos padrões mínimos recomendados pela OMS.³⁵⁰ Neste contexto se insere a EC 29/2000 que instituiu as vinculações previstas no artigo 198 da CF e seus parágrafos, determinando que os estados deveriam destinar 12% e os municípios 15% de suas receitas próprias para o financiamento de ações e serviços públicos de saúde, ao passo que a União deveria destinar, no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício de 1999, acrescido de, no mínimo, 5%, estando obrigada a despender nos anos subsequentes o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do PIB.

Neste ponto vale destacar, ao lado da importante missão a ser desempenhada pelos Tribunais de Contas na análise da legalidade, da legitimidade e da economicidade dos gastos, a possibilidade de se cogitar alguma espécie de intervenção judicial neste processo em construção do sistema de saúde brasileiro, o que não pode nos conduzir a adoção de um orçamento impositivo ou totalmente comprometido por titulações heterônomas.³⁵¹ A figura do diálogo e a possibilidade de se pensar formas de intervenções mais fracas podem oferecer um caminho interessante para que não se peque nem pelo excesso, nem pela insuficiência. Tudo isso ocorrerá com mais naturalidade a partir do momento em que for aprovada a norma

³⁴⁹ Sobre o tema cf. LAZZARI, João Batista. *As fontes de financiamento do SUS*. São Paulo: LTr, 2003.

³⁵⁰ Em publicação da OMS há a estimativa de que em 2004 o gasto total em saúde do Brasil correspondia a 7,9% do PIB (sendo que o gasto privado era de 51,9% do gasto total). Cf. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Saúde nas Américas 2007*. *Op. cit.*, p. 23. Publicação mais recente do IPEA traz dados muito mais desanimadores. Segundo o estudo, em 2006, o total de gastos públicos com ações e serviços de saúde alcançou 84 bilhões de reais, cerca de 3,5% do PIB, o que corresponde a apenas 44% do gasto total com saúde no país, participação irrisória quando comparada com sistema universais como o Canadá (70%), Itália (76%) e Reino Unido (87,1%). Cf. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Brasília, nº 17, vol. 1, 2008, p. 150.

³⁵¹ “Fenômeno financeiro importante que vem crescendo nos últimos anos é o da titulação em favor de terceiros ou da formulação de direitos de crédito contra o orçamento público. A lei ou a sentença judicial passam a criar os títulos de crédito, que muitas vezes oneram o orçamento a ponto de se tornarem impagáveis.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direitos constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. *Op. cit.*, p. 345).

regulamentadora da EC 29, que até hoje encontra-se atravancada no Congresso. O tema será melhor abordado no Capítulo IV.

No Brasil, o sistema de saúde se caracteriza pelo seu hibridismo, sendo marcante a interação entre os serviços públicos e a oferta privada na conformação da prestação dos serviços de assistência à saúde. Desta forma correto é afirmar que o sistema de saúde é formado por dois subsistemas, de um lado o *subsistema público* (que incorpora a rede própria e a conveniada/contratada ao SUS – esta última chamada de complementar); e, de outro, está o *subsistema privado* (também conhecido como sistema suplementar), que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS.³⁵² Começemos abordando o subsistema público.

O artigo 196 da CF abre a seção relacionada à saúde anunciado que 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 mencionado dispositivo é o cerne do maior número de questões enfrentadas pelo operador jurídico que se depara com lides envolvendo a temática, gerando constantes tensões institucionais diante da pródiga interpretação que geralmente a ele é atribuída pelo Judiciário e da postura mais restritiva da Administração e dos gestores da saúde, premidos pelas limitações orçamentárias. Por isso, nos próximos tópicos teremos a possibilidade de analisar com mais cuidado alguns princípios derivados do art. 196, como o da *universalidade da cobertura* (art. 194, I c/c art. 196 CF) e o da *equidade e igualdade* no acesso às ações e serviços (art. 196 CF). Mas, por hora, cabe destacar que a literalidade do preceito constitucional reforça a necessidade de enfatizar a dimensão de *policy* do direito à saúde, compatibilizando-a com a sua dimensão subjetiva. Nesse sentido o próprio STF já se manifestou, nas figuras dos então Presidentes, Ministra Ellen Gracie e Ministro Gilmar Mendes, quer seja para reforçar que o direito à saúde refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, de modo que fortaleça o sistema público de saúde,³⁵³ quer seja para reconhecer a

³⁵² GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Livraria RT, p. 35.

³⁵³ “Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde.” (STF, DJ 05-03-2007, STA 91/AL, Rel. Min. Presidente, Min. Ellen Gracie.)

inevitabilidade de formulação de políticas sociais e econômicas que concretizem o direito à saúde através de escolhas alocativas.³⁵⁴

O art. 198 é a matriz constitucional do sistema único de saúde, o SUS, *rede regionalizada e hierarquizada* de ações e serviços públicos de saúde que constituem um sistema único, organizado de acordo com as diretrizes da *descentralização*, com direção única em cada esfera de governo; do *atendimento integral*, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais e da *participação da comunidade*, sistema este responsável pelo oferecimento de mais de 75% da assistência à saúde da população brasileira.

Concordamos com Ingo Sarlet quando destaca que o Sistema Único de Saúde pode ser considerado uma verdadeira *garantia institucional fundamental*, cuja proteção se faz merecida em função da relevância dos bens jurídicos que se propõem a proteger, de modo que a constitucionalização do SUS como garantia institucional fundamental significa que a efetivação do direito à saúde deve conformar-se aos princípios e diretrizes pelos quais foi constituído, tais quais: a unidade, a descentralização, a regionalização, a hierarquização, a integralidade e a participação da comunidade.³⁵⁵ Entretanto, discordamos frontalmente de Sarlet quando extrai do atributo de garantia institucional do SUS a sua qualidade de limite material à reforma da constituição, resguardada inclusive contra medidas de cunho retrocessivo. Não nos parece essa a melhor opção, quer seja pela literalidade do art. 60, §4º da CF (que fala em direitos e garantias individuais), quer seja por estarmos convencidos de que o SUS é apenas um meio, um instrumento, para a consecução de um objetivo maior que é a proteção e a promoção, na maior medida do possível, do completo bem-estar físico, social e mental dos brasileiros, instrumento este que deve estar à disposição das maiorias democráticas, não sendo viável uma leitura da Constituição que pretende estabelecer o governo dos mortos sobre os vivos, fossilizando modelos abstratos como fórmulas ideais para

³⁵⁴ “A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalva, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde através de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuir recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada.” (STF, SL 228-8/CE, DJ 21-10-2008, Decisão monocrática do Presidente Min. Gilmar Mendes.)

³⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e provado) de saúde no Brasil*, p. 5. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225>.

a resolução de problemas sociais que precisam receber respostas de acordo com os novos desafios que vão surgindo na contemporaneidade.

Afirmar isso não significa que sejamos opositores do SUS, muito pelo contrário! Acreditamos que ele é o mecanismo fundamental para a promoção do direito à saúde e cremos conveniente lutar pelo seu fortalecimento, o que, contudo, não nos conduz a buscar retirar do debate político eventuais propostas em sentido contrário, que privilegiam mecanismos de mercado em detrimento do sistema público. O SUS é, na verdade, o mecanismo institucional no qual o constituinte depositou o dever estatal de implementação do direito à saúde,³⁵⁶ mas vitórias e derrotas sobre esses assuntos precisam ser conseguidas na arena da democracia e do debate público, não por meio da colonização da Política pelo Direito e através de uma interpretação expansiva que sufoca a criatividade da democracia e a autodeterminação coletiva em detrimento do argumento retórico da supremacia da constituição garantida por meio do controle judicial de constitucionalidade.

Sobre as diretrizes do SUS calha tecer alguns breves comentários, começando pelo *princípio da unidade*, que consiste na essência do SUS e determina que os serviços e ações de saúde, públicos ou privados (integrantes do ramo complementar), devam estar pautados e se desenvolver com base nas mesmas políticas, diretrizes e comandos. O princípio da unidade ressalta que o objetivo primeiro do SUS é articular todos os serviços existentes no país para que, atuando de forma ordenada, possa haver a otimização dos escassos recursos sociais em todos os níveis da federação, propiciando ganho de escala e evitando a sobreposição de estruturas.³⁵⁷ O princípio da unidade é aquele que essencialmente contribui para a formação da idéia de um sistema único, que predispõe todos os meios de atuação a um arranjo combinado e destinado à concretização da atenção integral à saúde. É exatamente como corolário do princípio da unidade e da idéia de sistema que se extrai a inevitabilidade de integração dos entes subnacionais ao SUS, dentro da lógica de um federalismo cooperativo.³⁵⁸ Igualmente, outra consequência importante extraível do princípio da unidade é a total legitimidade de que um cidadão, na falta de recursos adequados em sua cidade, recorra aos

³⁵⁶ DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim Editora, 2010, p. 77.

³⁵⁷ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165.

³⁵⁸ “A definição de organização da saúde em forma de sistema, abrangendo os recursos e ações de todos os entes da Federação, abre, deste modo, um hiato na organização federativa do poder, pois, ao invés de autonomia de cada um dos entes, estipula-se a integração automática de todos eles a um sistema, para o qual devem concorrer com ações e recursos, de maneira a se lograr um conjunto integrado e harmônico, apto a realizar os elevados objetivos que lhe foram atribuídos pela Constituição. Esse traço cooperativo é mais relevante, pois, sem ele, certamente a idéia de sistema cairia por terra.” (DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. Op cit., 2010, p. 80.)

serviços da municipalidade vizinha. Como bem observado por Dallari e Serrano, na lógica do sistema isso não só pode como frequentemente deve ocorrer, pois em municípios de pequeno porte não é razoável que se encontrem todos os recursos para todos os tipos de atenção, de modo que dentro de uma organização regional os gestores do SUS devem compartilhar capacidades para o atendimento. O usuário deve ser sempre atendido, cabendo ao gestor estadual adotar as medidas necessárias para que o município faltoso passe a cumprir as obrigações que lhe cabem.³⁵⁹

Outra decorrência importante do princípio da unidade é impedir a instrumentalização do sistema único pelo privado, proibindo que o paciente recorra ao sistema público exclusivamente para obter medicamentos, exames clínicos e tratamentos cirúrgicos prescritos por médico particular, responsável por seu diagnóstico e acompanhamento. Por isso assiste razão a quem denuncia o equívoco das decisões judiciais que determinam o custeio pelo Estado de remédios, tratamentos ou procedimentos cuja necessidade e adequação foram objeto de análise exclusivamente por profissional alheio ao sistema público, não vinculado às limitações racionalizadoras que conformam a atividade do profissional do sistema público.³⁶⁰

As diretrizes da **regionalização** e da **hierarquização** precisam ser compreendidas de forma integrada. A regionalização indica a necessidade de que haja organização por circunscrições territoriais, as quais, por sua vez, devem levar em conta o dinamismo e a complexidade do sistema, adaptando as ações e serviços ao perfil epidemiológico local. Já a hierarquização se relaciona com a necessidade de organização do atendimento em distintos níveis de complexidade, assinalando que o acesso aos serviços de saúde deve ocorrer a partir dos mais simples em direção aos níveis mais altos de complexidade. Os mencionados níveis de atenção são o primário (pequena complexidade como consultas, curativos), o secundário (complexidade intermediária, como pequenas cirurgias, engessamento de um braço) e o terciário (alta complexidade, como ponte de safena, tratamento de uma infecção

³⁵⁹ DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário. Op cit.*, 2010, p. 79.

³⁶⁰ HENRIQUES, Fátima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial. Limites e possibilidades.* Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007, p. 172. No mesmo sentido SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. *Radis* n. 49, setembro de 2006. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>>, p. 2: "A primeira imposição para que a integralidade ocorra é o paciente observar as regras do SUS no tocante ao acesso. Pode acessar os serviços, mas tem que respeitar seus regramentos. Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula a cirurgia, a fisioterapia, os exames complementares a uma prescrição de profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público complementar ao sistema privado em vez de um sistema público integral."

generalizada).³⁶¹ Relatando a intrínseca relação entre as diretrizes da hierarquização, da regionalização e o princípio da unidade, Marlon Weichert destaca que a divisão da rede em níveis hierarquizados de complexidade e a distribuição das unidades por regiões criam uma espécie de pirâmide de serviços, de modo que haja uma distribuição abundante de serviços primários de baixa complexidade em todas as localidades (tarefa primordial dos municípios) e, conforme a extensão geográfica e a densidade populacional, sucessivamente, serviços de média e alta complexidade.³⁶²

As diretrizes da hierarquização e da regionalização devem ser bem compreendidas e podem servir como importantes filtros a serem utilizados no momento da adjudicação individual e coletiva de bens sanitários, precisando o julgador estar atento para não subverter a lógica do sistema no momento em que determina ao estado a prestação negada administrativamente ou a implementação de alguma política pública não adotada. Isso porque dois corolários da idéia de hierarquização e regionalização (diretamente relacionados com a economicidade dos recursos) são: i) a construção de um sistema de atendimento afunilado, que induza o paciente a ter o contato inicial com o nível primário de atendimento (a grande porta de entrada no sistema) para que a partir daí seja possível o seu encaminhamento para níveis mais complexos (que possuem demanda decrescente e custo crescente em relação ao nível primário); e ii) a disponibilização seletiva de níveis de atendimento secundário e terciário em centros regionais capazes de atender à demanda de vários pequenos municípios, priorizando a alocação de recursos no nível primário de atendimento.

Um exemplo muito comum de decisões judiciais que parecem agredir a lógica da hierarquização e da regionalização são aquelas em que se verifica a condenação dos municípios³⁶³ ao oferecimento de procedimentos cirúrgicos de alta complexidade ou ao fornecimento de insumo de alto custo (desta forma, para além do nível primário de atendimento). A despeito de ser indesejável a ausência de fornecimento de procedimentos de alta complexidade em centros primários de atendimento, é preciso enfatizar que como uma estratégia de otimização de recursos escassos é totalmente esperado que tais facilidades somente sejam disponibilizadas em centros regionais de excelência. Por essas razões parece-nos correto afirmar que, em primeiro lugar, a Justiça não pode funcionar desregionalizando o

³⁶¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário. Op cit.*, 2010, p. 83.

³⁶² WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 165.

³⁶³ Criticar esse ponto não significa negar a possibilidade de se demandar contra todos os entes nacionais, para que eles resolvam suas responsabilidades em nível administrativo, de acordo com as normas de repartição de competência.

SUS e, em segundo lugar, que não é possível subverter o caráter seletivo do acesso aos níveis secundários e terciários de atendimento, prestando-se o processo judicial a ser um “fura fila” para a classe média que tem acesso à justiça.³⁶⁴

No que toca à *diretriz da descentralização* é preciso compreender que se trata de um princípio que se articula com o da regionalização e o da hierarquização, indicando que os serviços devem ser primordialmente executados pelos municípios, em atenção ao princípio da subsidiariedade, de modo que somente devem ser atribuídas ao Estado e à União as tarefas que os Municípios e Estados não puderem executar satisfatoriamente, ou que requeiram dimensão regional ou nacional. Registra-se que não se trata de uma descentralização por decreto, que desconsidere a característica centrífuga de nosso modelo federativo e a concentração arrecadatória na União, implicando responsabilidades de forma inversamente proporcional à capacidade de investimento do ente sub-nacional. A descentralização é um processo que precisa ser dia após dia aperfeiçoado pelas normas infraconstitucionais³⁶⁵ e pelos atos administrativos regulamentares.³⁶⁶

Neste ponto pertinente observar que, como a própria NOB 1/96 enuncia, o poder público federal e os estaduais são sempre corresponsáveis, na respectiva competência ou na ausência de função municipal, assim como que em certas situações caberá a eles a atuação direta como corolário lógico do princípio da eficiência.³⁶⁷ Aqui se insere a acirrada discussão sobre a modalidade de responsabilidade dos entes federados, não nos parecendo ser o melhor entendimento aquele que prega a responsabilidade solidária indiscriminadamente entre a União, os Estados e os Municípios. Isso porque, a um, a desconsideração das divisões de competências e responsabilidades estabelecidas nos atos normativos secundários e nas leis reguladoras da matéria funcionam contra a diretriz da descentralização (objetivo historicamente perseguido pelo Movimento da Reforma Sanitária e pelo constituinte como

³⁶⁴ Neste ponto é preciso reconhecer que o argumento vale apenas parcialmente e principalmente para aqueles estados que possuem Defensorias Públicas menos estruturadas.

³⁶⁵ Lei 8.080/90, Art. 7º, inc. IX.

³⁶⁶ NOB 1/96, que, dentre outras coisas, pretende tornar claras as responsabilidades do gestor municipal, estabelecendo os requisitos relativos às modalidades de gestão e as prerrogativas que favorecem o seu desempenho. Também se destaca a NOAS 1/2001, a NOAS 1/2002, a Portaria 399/2006 (Pacto pela Saúde) e a Portaria 2.048/2009 (regulamento do SUS).

³⁶⁷ Como Sarlet destaca, isso se verifica no caso da assistência de alta complexidade (NOAS 1/2001); na regulação do setor privado; na compra dos componentes estratégicos da assistência farmacêutica (medicamentos voltados ao controle de endemias, antiretrovirais, sangue, hemoderivados e os imunobiológicos, nos termos da Portaria GM/MS 204/2007) e na repartição das responsabilidades acerca do componente especializado da assistência farmacêutica (Portaria GM/MS 2.981/09). (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*, Op. cit. p. 15.)

melhor caminho para a melhoria global do sistema de saúde); e, a dois, porque a condenação incidente sobre diversos entes da federação gera desperdício de recursos em um ambiente já suficientemente marcado pela escassez.

Frisa-se que afirmar isso não impede que o demandante proponha a ação em face dos três entes federados, ainda mais quando caracterizada a sua vulnerabilidade técnica, mas sim que no momento de decidir o julgador deva estar disposto a esmiuçar, dentre as regras administrativas de repartição de competências e responsabilidades, a quem compete especificamente a obrigação reclamada, devendo a condenação recair sobre ele, e somente subsidiariamente nos demais.³⁶⁸ E, por fim, no caso de condenação da União deve ela sempre ser feita no valor da prestação pretendida, e não por meio da determinação da entrega material, haja vista que, salvo raríssimas exceções, o Ministério da Saúde não administra unidade de saúde de atendimento e nem mesmo possui estrutura capaz de realizar compras.³⁶⁹

O art. 198 da CF ainda menciona as diretrizes da integralidade e da participação da comunidade, que por motivos de ordem expositiva abordaremos mais a frente, em tópicos separados. Nesta passagem panorâmica sobre o sistema brasileiro de saúde ainda se faz necessário ressaltar que as *ações e serviços públicos de saúde são considerados de relevância pública*, conforme preceitua o art. 197 da CF, que, além disso, enfatiza caber ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Inicialmente cabe destacar que o mencionado artigo, conjugado com os parágrafos 1º e 2º do art. 199 da CF³⁷⁰, é a fonte normativa do *sistema complementar de saúde*, conjunto de serviços prestados pela iniciativa privada que, diante da

³⁶⁸ Afirmar a necessidade de maior esforço dos juízes neste sentido não implica ignorar a complexidade das normas administrativas que estabelecem regras de divisão de competências e responsabilidades, como admitido até mesmo pelos especialistas do setor da saúde. Cf. PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública* [online]. 2010, vol.26, n.3 [cited 2011-02-04], p. 461-471. Available from: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000300004&lng=en&nrm=iso>. ISSN 0102-311X. doi: 10.1590/S0102-311X2010000300004, p. 466.

³⁶⁹ Interessante observar, inclusive, que este é o posicionamento do Ministério da Saúde, que não se furta de responder subsidiariamente, nem mesmo se opõe a ser condenado no valor da prestação devida. Nesse sentido a manifestação do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, Edelberto Luiz da Silva, na Audiência Pública da Saúde realizada no STF: “*Em face dos termos dos artigos 196 e 198 da Constituição, propõe-se que, nas demandas judiciais por terapias e medicamentos, se considerem as políticas públicas formuladas pelas autoridades competentes do nível federal, nos termos da Lei nº 8.080, de 1990, salvo demonstração pelo autor de sua insuficiência para garantir o seu direito à saúde, fundada em evidências científicas, inclusive sobre a eficácia da alternativa pretendida, com observância do princípio da descentralização para atendê-la, se procedente, limitada a responsabilidade da União ao seu financiamento.*”

³⁷⁰ “CF, art. 199... § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. § 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.”

insuficiência dos serviços estatais, complementam a assistência médico hospitalar dentro do SUS, tudo isso por meio de descentralização administrativa celebrada por atos unilaterais, bilaterais ou multilaterais que regulam as normas de atuação e os valores de remuneração dos prestadores de serviços contratados.³⁷¹

Neste ponto é preciso apenas tomar cuidado para que entendimentos mais ortodoxos não inviabilizem alternativas criativas desenvolvidas pelos gestores públicos em consonância com os preceitos de eficiência e de gestão por resultado, totalmente de acordo com o processo de reforma do estado experimentado a partir de 1995, que buscou inserir a administração pública em um modelo gerencial e pós-burocrático. Neste campo da discussão sobre a “terceirização da saúde” não deve haver espaço para posturas maniqueístas, que condenem a contratação privada de Organizações Sociais sob uma visão rígida do vocábulo complementar³⁷² ou que simplesmente celebre o modelo como a panacéia para todos os males, desconsiderando as possibilidades de fraude e desvio de recursos públicos. O Estado de São Paulo possui inúmeras experiências de sucesso na utilização do mencionado modelo e, conquanto seja patente a posição rigidamente contrária do Ministério Público sobre as ações³⁷³, parece-nos que melhor caminham aqueles que apostam nas experiências, exigindo resultados e prestação de contas.³⁷⁴ Trata-se de tema carregado de disputas ideológicas e preconceitos, repleto de sutilezas e nuances, sob o qual não há espaço para maior aprofundamento. Mas vale a observação geral de que o diálogo institucional sempre parece uma boa alternativa em contraposição às posturas adversariais que amesquinham a necessidade de cooperação para a efetiva proteção da saúde. Ao invés de se combater um modelo, melhor seria buscar aperfeiçoá-lo.

³⁷¹ Sobre o tema vale conferir CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, Cap. I - O serviço público de saúde, p. 13-44.

³⁷² “Ao falar em complementação, a Constituição deixa claro que sua idéia foi a de que o sistema fosse diretamente capitaneado pelo Poder Público, admitindo a concorrência na esfera privada, podem de forma residual... Deste modo, não há dúvidas de que o Poder Público não pode franquear a entidades privadas, ainda que filantrópicas, a absorção das atividades prestacionais. Em outras palavras, devem existir entidades públicas de atendimento, secundadas, se necessário e conveniente, por entidades privadas.” (DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. Op cit., 2010, p. 96.)

³⁷³ Nesse sentido cf. o material publicado pelo Grupo de pesquisa institucional do MPF denominado *Fundamentos básicos para atuação do MPF contra a terceirização da gestão dos serviços prestados nos estabelecimentos públicos de saúde*, disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/saude/temas-trabalhados/financiamento-a-saude/atuacao-do-gt/Relatorio-Terceirizacao-GTsaude>>. No mesmo sentido a manifestação do PGR na ADI 1.923 ajuizada contra a Lei 9.637/98, cujo pedido cautelar foi indeferido pelo STF.

³⁷⁴ Neste sentido a fala da professora Odete Medauar no I encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde: a Justiça faz bem à saúde, realizado nos dias 18 e 19 de novembro de 2010 em São Paulo.

Além disso, importa mencionar que, a despeito da ausência de consenso sobre quais as consequências de ser classificado como de relevância pública, parece-nos que bem caminha Marlon Weichert quando afirma que a expressão qualifica os serviços que, embora não prestados diretamente pelo Estado, são marcados pela importância, necessidade e essencialidade para o Poder Público e para a sociedade, motivo pelo qual mesmo quando prestados pela iniciativa privada devem receber uma atenção especial do estado no sentido de corrigir eventuais falhas de mercado através das atividades regulamentares, fiscalizadoras e controladoras do mercado, o que se aplica não apenas no âmbito da saúde complementar, mas também da saúde suplementar, aberta à atividade empresarial da iniciativa privada.³⁷⁵ Com isso, o controle público sobre a atividade privada tem um *plus* em relação àquela fiscalização prevista no art. 174 da CF, podendo incidir de forma mais severa, como ocorre no poder de polícia qualificado atribuído à vigilância sanitária para fechar estabelecimento privado de saúde. Nesse ponto é preciso tomar cuidado para que não se peque pelo excesso de voluntarismo estatal, sufocando a iniciativa privada na exploração de uma atividade que foi explicitamente aberta ao mercado.

Registra-se, ainda, que a classificação da saúde como serviço de relevância pública enquadra-a explicitamente dentre as missões institucionais do Ministério Público (art. 129 CF), argumento que reforça a sua legitimidade para atuar nestes assuntos, quer seja na qualidade de legitimado extraordinário em ações coletivas para a defesa de interesses difusos e coletivos, quer seja para a defesa de interesses individuais homogêneos quando presentes o elemento do interesse social.³⁷⁶

Por fim, cabe destacar que a exploração privada com finalidade lucrativa do mercado da saúde é aberta à iniciativa privada, como explicitamente previsto no art. 199 da CF. Como se depreende da própria utilização da expressão “complementar” (art. 199, § 1º da CF), o constituinte pretendeu utilizar os mecanismos de mercado apenas de forma residual no desiderato de promover a assistência integral à saúde da população brasileira, forjando um sistema que tem como seu protagonista o Poder Público. Mas, de outro lado, não afastou a

³⁷⁵ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 128/129.

³⁷⁶ STF, DJ 26-05-09, RE 407902/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma.

possibilidade de que o rentável mercado³⁷⁷ fosse explorado pelos particulares, aflorando aí a legítima proteção de mais um importante agente envolvido na complexa teia de inter-relações de direitos e obrigações que compõem o sistema brasileiro de saúde, não se subordinando à mesma racionalidade que anima o setor público, mas sim aquela do art. 170 da CF.

Já tivemos a oportunidade de descrever perfunctoriamente no Capítulo II o processo de desenvolvimento da saúde no Brasil, inclusive fazendo menção à evolução do setor de saúde suplementar, desde o grande *boom* nas décadas de 60 e 70, passando pela anarquia regulatória ao longo da década de 80, e chegando à aprovação, na década de 90, do CDC, da Lei 9.656/98 e da criação da Agência Nacional de Saúde Suplementar, entidade da qual depende em grande medida o sucesso do setor, quer seja para aqueles que o exploram, quer seja para os consumidores. Calha registrar novamente que, seguindo as tendências mundiais e superados os antagonismos entre liberais e socialistas, hoje a melhor doutrina já concebe a necessidade de que no campo da saúde o Estado trabalhe de forma mais sinérgica com o mercado, utilizando-o como instrumento inserido no contexto das políticas públicas de promoção do direito à saúde da população³⁷⁸, motivo pelo qual é possível se propugnar a matização do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência por meio da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas envolvendo os consumidores e as operadoras de planos e seguros de saúde, como já vem defendendo a melhor doutrina.³⁷⁹

3.3. Dois modelos inviáveis: o mercantilismo sanitário e o princípio do resgate.

Esboçadas algumas notas sobre a justiça distributiva e sua estreita relação com a saúde, cabe mencionar desde já duas concepções sobre a justiça distributiva sanitária que de

³⁷⁷ No terceiro trimestre de 2010, o número de beneficiários de planos de saúde cresceu 2,3%, totalizando 44.783.766 vínculos de planos médicos. O crescimento é de 6,3% no ano e de 8,3% no acumulado de 12 meses. Os dados são da ANS, para a data-base de setembro de 2010, divulgados em dezembro do mesmo ano. Disponível em: <www.ans.gov.br>.

³⁷⁸ “O Estado passou a ter novas atribuições, como as de regulação, controle e avaliação e ampliou-se a participação do mercado e da família na produção, no gasto e no financiamento do sistema de saúde. Essas mudanças compõem uma (re) institucionalização da relação público-privado.” (BAHIA, Lígia; VIANA, Ana Luiza. “Introdução”. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002, p. 9). No mesmo sentido GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde. A ótica da proteção do consumidor*. Op. cit., p. 37: “Os sistemas público e privado de assistência à saúde no Brasil, portanto, interagem e seu relacionamento tem fundamental importância para o bom funcionamento da política de saúde no País.”

³⁷⁹ Sobre o tema vale conferir SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004; MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008 e LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 159-246 (Capítulo 4 – Direito à saúde e os tribunais. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais, autonomia privada e serviços privados de saúde).

modo algum se compatibilizam com nossa ordem constitucional e precisam ser afastadas. De um lado temos o chamado “modelo do resgate”; do outro temos o modelo de “mercantilismo sanitário”, desdobramento da teoria libertária aplicada no campo da saúde.

Começemos com o *mercantilismo sanitário*, cuja incompatibilidade com o ordenamento brasileiro é mais gritante. No núcleo do mercantilismo sanitário há a crença libertária³⁸⁰ de que a produção e a distribuição dos recursos sanitários deveriam ser inteiramente estabelecidas pelo mercado, haja vista que o serviço de assistência à saúde não teria qualquer marca de especialidade em relação aos demais. Aqueles que eventualmente não tivessem possibilidade de adquirir bens sanitários no mercado deveriam se contentar com o altruísmo alheio. Uma vez questionados a respeito das possíveis injustiças geradas em relação ao enorme contingente de excluídos do mercado, os mercantilistas sanitários se defenderiam com argumentos de ordem técnica e moral, a saber: primeiramente, afirmariam que a intervenção com a mão pesada estatal, acompanhada de toda a sua ineficiência e lentidão, geraria resultados ainda piores do que aqueles advindos de sua abstenção; e, em segundo lugar, alegariam que a instituição de um sistema centralizado por meio de ato coercitivo seria medida totalitária que violaria a autonomia individual dos cidadãos sobre si mesmos e sobre seus recursos.³⁸¹

Se na teoria há defensores do modelo de mercantilismo sanitário, na prática é difícil encontrar comunidades políticas que efetivamente optaram por um modelo de mercado puro. Talvez os exemplos mais próximos sejam aqueles adotados na Suíça e nos EUA, não por acaso os dois líderes mundiais em gasto sanitário, conquanto possuidores de um sistema marcado pela regressividade. Interessante observar que os dados do sistema suíço são bem mais favoráveis que os do norte-americano, de modo que o forte controle estatal sobre a política sanitária no primeiro país, impondo uma série de obrigações e regulações aos

³⁸⁰ De uma forma bastante simplificada podemos dizer que os partidários do pensamento libertário têm no núcleo de seu pensamento três postulados básicos: i) *não-paternalismo* (opõem-se às leis que visam proteger os indivíduos deles mesmos – e.g. uso obrigatório de capacetes, cintos de segurança); ii) *impossibilidade de legislação “moralizante”* (opõem-se à utilização coercitiva do Direito para promover noções de virtude ou concepções de bem da maioria); e iii) *não redistribuição de renda* (o sujeito teria a propriedade absoluta de si mesmo e, desta forma, deveria decidir como empregar os bens por ele produzidos; qualquer medida estatal que invadisse a propriedade seria uma expropriação ilegítima equivalente ao trabalho forçado). Uma referência clássica do pensamento libertário é NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic books, 2001.

³⁸¹ “*La imposición de un sistema sanitario de un solo nivel y global es moralmente injustificable, ya que supone un acto coercitivo de fervor ideológico totalitario, que no reconoce la diversidad de visiones morales en las que está enmarcados los intereses por la asistencia sanitaria, ni los límites morales seculares de la autoridad estatal, ni la autoridad que el individuo posee sobre sí mismo, así como sobre su propiedad. Constituye un acto de inmoralidad secular.*” (ENGELHARDT, H. T. *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1995, p. 401)

provedores de serviços, parece explicar o porquê da Suíça figurar dentre os países com maior expectativa de vida (80, 4 anos) e menor de mortalidade infantil, enquanto os cidadãos dos EUA tenham expectativas de vida inferiores aos habitantes da Costa Rica e a taxa de mortalidade infantil equiparável à da Malásia (35ª posição no ranking mundial).³⁸²

É preciso enfatizar que no ano de 2010 o Governo do Presidente Barack Obama conseguiu finalmente aprovar o projeto de reforma da saúde (objetivo do partido Democrata desde 1944, quando o Presidente Roosevelt propôs a Segunda Declaração de Direitos), aumentando significativamente a intervenção estatal no mercado de saúde norte-americano e mitigando ainda mais a sua classificação como um modelo mercantilista puro. Dentre algumas alterações podemos ressaltar a expansão da cobertura do *Medicaid*; o oferecimento de subsídios públicos para o pagamento dos prêmios de seguros contratados, limitando a contribuição direta do cidadão entre a faixa de 2% a 9,8% de sua renda; o oferecimento de incentivos para o barateamento dos serviços oferecidos pelos empresários; o endurecimento das regras sobre negativa de cobertura sob a alegação de condições preexistentes; o estabelecimento de portabilidade dentre os planos; novas regras indutivas da contratação de seguros por aqueles que têm condições de pagar e preferem não fazê-lo e o fomento às pesquisas médicas.³⁸³ Interessante ainda observar a reação adversa dos libertários norte-americanos às medidas aprovadas, fato que repercute principalmente no seu esvaziamento orçamentário promovido pelo Congresso, majoritariamente composto de Republicanos, e em algumas decisões judiciais que vêm reconhecendo a inconstitucionalidade da *Health Care Reform* com base na *interstate commerce clause* da Constituição Norte Americana (art. 1º, Seção 8, Cláusula 3).³⁸⁴ Fica aí um ótimo exemplo de ativismo judicial conservador como alerta para aqueles que apostam na supremacia judicial e maximizam virtudes institucionais de forma unilateral, amesquinhando o papel da democracia e dos ramos popularmente responsáveis na proteção dos direitos fundamentais.

A incompatibilidade do mercantilismo sanitário com o sistema brasileiro salta aos olhos, servindo de argumentos contrários à sua instituição, desde fundamentos de legalidade estrita mais gerais - relacionados com os fundamentos (art. 1º da CF) e os objetivos da

³⁸² LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva. Op. cit.*, p. 20 e 42.

³⁸³ Todas essas e várias outras informações podem ser obtidas em: < <http://www.healthcare.gov>>

³⁸⁴ “*Federal Judge Rules That Health Law Violates Constitution*”. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/02/01/us/01ruling.html>>

República (art. 3º da CF) -, passando pelo compromisso constitucional com a proteção dos direitos fundamentais (destacando-se dentre eles os sociais elencados no art. 6º e 194, ambos da CF), até chegar às disposições mais específicas constantes do art. 196 e seguintes da Constituição e da Lei 8.080/90 - que estruturam o sistema de saúde brasileiro permitindo a exploração do mercado pela livre iniciativa de forma suplementar e complementar ao sistema único, e ainda dispõem que as ações e serviços de saúde seriam de relevância pública, qualidade que atribui ao Estado um *plus* no seu poder de fiscalização, regulação e controle sobre o setor.

Mas não é só isso, pois ainda pesam argumentos de natureza moral, econômica e lógica que desabonam a adoção irrestrita das teses do mercantilismo sanitário. Dentre os *argumentos de natureza moral* há que se ressaltar uma concepção equivocada de propriedade, que estende à totalidade dos bens individuais o argumento de inviolabilidade estatal e de terceiros invocado para a proteção das liberdades pessoais mais intrínsecas do indivíduo, de modo que ignora por completo tanto as iniquidades históricas do processo aquisitivo quanto a necessidade de compatibilização da idéia de liberdade negativa com outras dimensões da liberdade (como a liberdade de fato). No *plano econômico* os mercantilistas sanitários pecam por ignorar as inúmeras falhas que podem surgir em um mercado totalmente desregulado e aberto à iniciativa privada, como aquelas relacionadas com a assimetria de informações, com os bens públicos ou com a própria concentração monopolística que afetaria a eficiência. Por fim, há que se mencionar que em grande parte do pensamento libertário há uma *contradição interna* insuperável uma vez que, a despeito de pregarem a total abstenção estatal e uma visão absolutista dos direitos de propriedade, defendem, em alguma medida, algum princípio corretivo capaz de permitir que a coletividade satisfaça as necessidades sanitárias mais urgentes dos mais pobres.³⁸⁵ Daí questiona-se: como este Estado poderia obter meios de financiar essas demandas senão mediante alguma fórmula distributiva que interviesse “ilegitimamente” no patrimônio particular?³⁸⁶

³⁸⁵ “Não há razão por que em uma sociedade livre o Governo não deve assegurar para todos proteção contra severas privações na forma de uma renda mínima. A concessão deste seguro contra infortúnios extremos pode ser considerada como do interesse de todos, ou pode ser considerado como um claro dever moral de todos (em uma comunidade organizada) de assistir aqueles que não podem ajudar-se a si próprios. Tão logo esta renda mínima uniforme seja concedida fora do mercado a todos que, por alguma razão, não estão aptos a conseguir no mercado sua adequada subsistência, essa necessidade não conduz a uma restrição da liberdade ou conflita com o Estado de Direito.” (HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy. The mirage of social justice*. Vol. 2. Chicago: The University of Chicago Press, 1976, p. 87)

³⁸⁶ LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. *Op. cit.*, p. 20 e 42.

Mencionado o modelo libertário, compete-nos expor aquilo que Dworkin chamou de *modelo do resgate*,³⁸⁷ demonstrando, desde logo, a despeito de sua atratividade intuitiva, sua incompatibilidade não só com o modelo brasileiro, mas com qualquer sociedade marcada pela escassez razoável de recursos e a necessidade de racionar bens sanitários. O modelo do resgate compor-se-ia de duas partes vinculadas: a primeira afirma que a vida e a saúde são os bens mais importantes, precedendo a todo o restante que, quando com eles confrontados, deveriam ser sacrificados; já a segunda parte afirma com veemência que se deve distribuir assistência médica de modo a não excluir os mais pobres simplesmente por não terem condições econômicas de adquiri-la no mercado. A teoria do resgate responde a pergunta acerca de quanto uma comunidade política deveria gastar com assistência médica afirmando que devemos gastar tudo que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora adicional de saúde ou na expectativa de vida.

O principal argumento contrário ao modelo do resgate é que nenhuma sociedade sadia poderia alcançar esse padrão de dispêndio, da mesma forma que uma pessoa sadia não organizaria a própria vida segundo tal princípio, uma vez que há outras necessidades sociais e individuais que precisam ser atendidas. E, para piorar, rejeitada a primeira resposta oferecida pelo princípio do resgate, ele não ofereceria uma alternativa melhor ou algum nível de recuo: simplesmente se calaria, dando a entender que só há duas alternativas, ou se gasta tudo com a saúde ou a justiça nada teria a ver com a discussão.³⁸⁸

Como dito por Dworkin, o princípio do resgate é tão antigo, tão intuitivamente atraente, e recebe tão vasto apoio na retórica política, que é fácil achar que proporciona o modelo correto para se responder à pergunta sobre o racionamento. Em nossa experiência jurídica a manifestação mais eloquente da adoção do princípio do resgate foi encontrada na passagem do voto do Min. Celso de Mello,³⁸⁹ que durante anos ditou o tom da jurisprudência do STF e, se por um lado contribuiu para sepultar a retórica vazia das normas programáticas, por outro disseminou no mundo jurídico a ilusão da inesgotabilidade dos recursos e ignorou

³⁸⁷ Na verdade a expressão foi cunhada por Albert Josen em um artigo escrito em 1989 e chamado *Bentham in a Box: technology assessment and the health care allocation*. Cf. LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. Madrid: Iustel Biblioteca Jurídica Básica, 2009, p. 107.

³⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 343-346.

³⁸⁹ STF, DJ 13/02/1997, Pet 1246 MC, Min. Celso de Mello: “Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.”

os custos de oportunidade decorrentes dos gastos públicos com a saúde em relação às outras demandas coletivas que concorrem com o seu orçamento.³⁹⁰

Como bem perceberam Ferraz e Vieira, em um país tão desigual como o nosso e com serviços públicos historicamente negligenciados e subfinanciados falar em limites financeiros a programas sociais levanta imediatamente a suspeita de que se está apresentando um mero pretexto para se justificar a inércia estatal no oferecimento de serviços que beneficiam os desprivilegiados. Esse preconceito em relação ao argumento econômico está na base do modelo do resgate e é preciso enfatizar que ressaltá-lo não implica defender que o financiamento das políticas públicas de saúde se dá a contento, que o SUS funciona adequadamente ou que o processo de judicialização representa incondicionalmente uma intervenção indevida que viola a separação dos poderes.³⁹¹ Significa apenas admitir o inevitável: o setor da saúde é marcado pelo fato da escassez relativa (os recursos estatais não se destinam apenas à saúde, concorrendo com outras necessidades sociais) e absoluta (as necessidades sanitárias sempre serão infinitas e os recursos limitados), o que gera, respectivamente, a necessidade de se determinar o *quantum* de recursos que deve ser alocado à saúde em relação às outras áreas que o Estado deve investir (educação, lazer, esporte, meio-ambiente, cultura, segurança, etc.) e, uma vez delimitado o *quantum*, determinar o *como* os recursos destinados exclusivamente à saúde devem ser alocados para atender às diversas necessidades sanitárias da população.³⁹² Tudo isso sem se olvidar que a capacidade de financiamento dos serviços de saúde esta limitada pelas possibilidades arrecadatórias do Estado (tributação), que tem como limite outros direitos fundamentais protegidos pelas imunidades.

³⁹⁰ A noção econômica de *custo de oportunidade* explica bem o equívoco da visão. O custo de oportunidade é o valor do recurso em seu melhor uso alternativo. Assim, o custo do emprego de qualquer recurso para a sociedade não é determinado por seus custos monetários, mas pelo melhor uso alternativo no qual a sociedade poderia aplicar esse recurso. Desta forma, o custo de oportunidade dos recursos despendidos no orçamento da saúde não são aqueles relativos aos dados contábeis, mas aquilo que poderia ter sido adquirido em outras necessidades sociais de acordo com o preço de mercado. GRUBER, Jonathan. *Finanças públicas e políticas públicas*. Tradução e revisão Antônio Zoratto Sanvincente. Rio de Janeiro: LTC, 2009, p. 119.

³⁹¹ O problema da judicialização é de grau, não é de tudo ou nada. Criticar a adoção do modelo de resgate pelo Judiciário não significa dizer que ele não poderá intervir no sistema de saúde. A teoria do diálogo apenas prega posturas unilaterais e dogmáticas, que desconsideram a expertise da Administração e apostam cegamente em um ramo de soberania popular não responsiva eleitoralmente. Mas é preciso ressaltar que quando a administração se fecha em seus anéis burocráticos de poder, nada mais salutar do que se cogitar a intervenção judicial dialógica, porquanto aumentar-se-ia o potencial epistêmico da democracia. Numa perspectiva dialógica esse tipo de intervenção judicial funciona como um *input* no sistema político, importante e legítimo, mas não messiânico e final.

³⁹² FERRAZ, Octávio, Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominantes. In: *Dados rev. ciênc. sociais*, 52(1):223-251, 2009, p. 230 e 243. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Direito_a_Saude_Recursos_escassos_e_equidade.pdf>. Essa idéia é muito próxima do que Calabresi e Bobbit chamaram de decisões trágicas de primeiro nível (quanto produzir) e de segundo nível (como distribuir o produzido). Cf. CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scarce resources*. *Op. cit.*, p. 57.

As disputas decorrentes da constatação dos problemas de financiamento precisam ser lutadas primordialmente nos espaços adequados, quais sejam, no parlamento e no dia a dia da política, mecanismos que respeitam a capacidade de autoderminação popular e a igualdade de participação política. Além do mais, é preciso enfatizar a incoerência dos argumentos daqueles que pregam ser a escassez um engodo, fruto de uma transposição acrítica de institutos do direito comparado desenvolvidos para os países do norte³⁹³ ou superável pela intuição de que o problema da saúde não decorre da escassez, mas da utilização inadequada dos recursos e da corrupção generalizada que assola a Administração. Ora, como muito bem percebeu Sarmiento, “*a maior carência econômica presente em países de Terceiro Mundo torna ainda mais evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais, motivo pelo qual o índice maior de pobreza não afasta a incidência da reserva do possível, mas antes acentua sua importância.*”³⁹⁴ Ademais, conquanto seja verdadeiro reconhecer que alguma forma de intervenção judicial seja necessária e desejável para fins de contribuir no controle da alocação de recursos no setor da saúde, não é possível se cogitar que diante das dificuldades inerentes ao nosso sistema representativo propugnemos o esvaziamento completo das funções do Legislativo e da Administração, emenda que sairia pior que o soneto porquanto perderia a democracia e se criariam cada vez mais titulações orçamentárias heterônomas por agentes não responsivos nas urnas. Mais uma vez enfatizamos: a intervenção judicial deve ser dialógica, compreendendo-se como mais uma voz dentre os agentes responsáveis pelas escolhas trágicas que precisam ser realizadas na gestão do SUS, não a única, a final, nem a mais qualificada.

Um exemplo trabalhado por Ferraz e Vieira ilustra bem o problema da escassez de recursos entre nós. Os autores selecionam apenas duas doenças (a hepatite viral crônica e a artrite reumatóide) e desenham um quadro no qual optar-se-ia por oferecer incondicionalmente os medicamentos mais recentes disponíveis no mercado (Interferon peguilado para a hepatite viral crônica e Infiximabe, Etanercepte e Analimumabe para a artrite reumatóide) a todos os cidadãos delas portadores, sem o estabelecimento de critérios de racionamento como aqueles que animam a feitura da listas e dos protocolos (perfil de

³⁹³ KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: 2002.

³⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: (Orgs.) NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 570.

segurança, eficácia, custo-efetividade etc.). Considerando-se que segundo os dados epidemiológicos disponíveis o total de pessoas portadoras dos referidos males atinge a monta de 1,9 milhão e que os gastos para a aquisição dos medicamentos dentro da posologia indicada atingiria o valor de 99,5 milhões de reais, os autores concluem que os recursos necessários para implementar uma política de assistência terapêutica a apenas 1% da população e em relação a apenas duas doenças equivaleriam a 4,32% do PIB brasileiro de 2006, o que representa mais do que o total de todos os gastos realizados pelas esferas do Governo federal, dos Governos estaduais e municipais no ano de 2004 (3, 69% do PIB). Em outra palavras, para fornecer apenas 4 medicamentos para tratar de duas doenças, cobrindo 1% da população, gastar-se-ia mais do que atualmente é gasto com todo o atendimento feito no SUS com internação, diagnósticos, tratamentos, cirurgias, ações de educação em saúde, vigilância sanitária e epidemiológica, entre outras.³⁹⁵

Por último, é preciso enfatizar um argumento adicional para a refutação do modelo do resgate que complementa o da escassez de recursos e indica a necessidade de estabelecimento de critérios racionalizadores do processo de judicialização, assim como a conveniência de uma postura judicial menos voluntarista no controle das ações e serviços de saúde implementados pelo Estado por meio de políticas públicas, a saber: o argumento dos efeitos distributivos perversos das demandas individuais, que proporcionalmente favorecem os mais ricos. Esse argumento se notabilizou através do estudo sobre o Estado de São Paulo publicado por Virgílio Afonso da Silva, quando o autor, com base na pesquisa empírica realizada por Zucchi e Vieira, denunciou que a persistência das demandas individuais aliada à desconsideração da existência ou não de políticas públicas desenvolvidas pela Administração, quando do julgamento pelos integrantes do Judiciário, gerava um efeito “anti-Robin Hood”, tirando dos mais pobres para dar aos mais ricos.³⁹⁶

³⁹⁵ FERRAZ, Octávio, Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominantes*. Op. cit., p. 242.

³⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em: <<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>; VIEIRA, Fabíola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. Interessante observar que essa iniquidade no acesso à saúde não é uma exclusividade brasileira: “Government health care services, although usually intended to reach the poor, often are used more by the rich. In 11 countries for which the distribution of benefits has been calculated from the distribution of public expenditure and utilization rates, the poorest quintile of the population never accounts for even its equal share (20%), and in seven of those countries the richest quintile takes 29% to 33% of the total benefit. This pro-rich bias is due largely to disproportionate use of hospital services by the well-off, who (with one exception) always account for at least 26% of the overall benefit.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance*. Op. cit., p. 16).

Otávio Luiz Motta Ferraz atingiu conclusões semelhantes. Segundo ele, no caso específico dos investimentos em novos medicamentos para o tratamento de HIV-AIDS determinados pelos Tribunais, e posteriormente incorporados pelas políticas públicas estatais, o segmento economicamente mais beneficiado da população foi desproporcionalmente mais favorecido. A mesma desproporção foi verificada, em graus diversos, em outras áreas de litígios envolvendo direito à saúde. A alta concentração de litígios sobre remédios excepcionais e de alto custo é uma distorção clara em favor dos mais favorecidos, quando considerado que os piores economicamente ainda lutam com problemas de mortalidade, cujas soluções estariam ligadas a políticas públicas de saneamento básico, moradia e serviços de assistência médica primária (como assistência pré-natal).³⁹⁷

Neste ponto é preciso abrir parênteses para realizar apenas uma mitigação aos dados mencionados e às conclusões atingidas pelos mencionados autores. Concordo com Virgílio quando ele afirma que é preciso desmistificar a crença de que a atividade judicial seria a melhor maneira para implementar o direito à saúde entre nós, assim como que incondicionalmente geraria efeitos distributivos favoráveis aos mais pobres. Todavia, é preciso considerar o paroquialismo da pesquisa que serviu de base para as afirmações do professor da USP, dados infirmados por outros estudos de diferentes Estados da federação. No caso do Rio de Janeiro, Vera Lúcia Pepe bem demonstrou que o perfil do demandante nas demandas sanitárias é de pessoas de baixa renda, cujo patrocínio em 83% dos casos é garantido pela Defensoria Pública. A mesma conclusão foi atingida em Brasília, mas as pesquisas realizadas em Minas Gerais e Santa Catarina aproximaram-lhes do perfil paulista.³⁹⁸

Disso é possível se extrair duas conclusões. Primeiramente, a de que em locais em que há uma Defensoria Pública melhor estruturada o perfil dos demandantes de saúde tende ser formado por cidadãos mais pobres, pois as dificuldades de acesso ao Judiciário se diluem diante da facilidade proporcionada pelo patrocínio gratuito. Em segundo lugar é necessário se destacar que mesmo nesses Estados em que a Defensoria Pública proporciona uma correção do perfil econômico das demandas não pode ser infirmada a conclusão da perversidade dos efeitos distributivos das decisões judiciais que adotam o princípio do resgate como critério decisório e compreendem a integralidade e a universalidade desconsiderando a limitação de

³⁹⁷ FERRAZ, Octavio Luiz Motta, *Right to Health Litigation in Brazil, An Overview of the Research* (May 15, 2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1426011>, p. 31.

³⁹⁸ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. *Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro*, *Op. cit.*, p. 467.

recursos. Isso porque, como normalmente nestes Estados tudo que é requerido é concedido (assim como nos casos em que apenas os mais ricos têm acesso à justiça)³⁹⁹ e, considerando-se, ainda, que os integrantes da classe média e rica normalmente recorrem ao Judiciário para requerer medicamentos ou tratamentos complexos ou de alto custo (não fornecido pelo SUS por motivos de racionamento), o que de fato acontece é um aumento global dos gastos que geram titulações orçamentárias heterônomas, obrigando que a Administração realoque recursos eventualmente destinados para outras áreas de atenção básica em detrimento do atendimento de tratamentos especializados, experimentais e até mesmo fornecidos no estrangeiro.

Por tudo isso se faz necessário abandonar a ilusão da inesgotabilidade de recursos e refutar o modelo do resgate, traçando alguns filtros capazes de legitimar as necessárias escolhas trágicas na gestão da saúde no Brasil. Aqui novamente é pertinente recorrer às palavras de Holmes e Sunstein, quando afirmaram que uma teoria dos direitos que nunca desce das alturas do discurso moral para o mundo dos recursos escassos é gravemente incompleta, mesmo de uma perspectiva moral. Isso porque, uma vez que “dever-ser implica poder-ser” e a carência de recursos implica não-poder, teóricos que ignoram o problema não poderão explorar completamente a dimensão moral da proteção dos direitos se falharem em levar em consideração questões de justiça distributiva.⁴⁰⁰

3.4. Utilitarismo sanitário, maximização do bem-estar coletivo por políticas públicas, consequentialismo e universalidade.

Tanto no campo da teoria moral quanto no âmbito da ciência das políticas públicas, da administração e da saúde o utilitarismo ainda hoje se demonstra uma das teorias mais disseminadas e aceitas. Em seu núcleo há a afirmação intuitiva de que o ato ou o procedimento moralmente correto seria aquele que produzisse maior utilidade⁴⁰¹ para os

³⁹⁹ Os dados do Rio confirmam a afirmação, com o número assustador de 100% de decisões proferidas em sede de liminar, dentre as quais 80,6% apresentavam pedido de algum medicamento não pertencente da RENAME. PEPE, Vera Lúcia Edais et al. *Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. Op. Cit.*, p. 464.

⁴⁰⁰ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The cost of rights. Why liberty depends on costs. Op. Cit.*, p. 118.

⁴⁰¹ A definição do que vem a ser utilidade é a primeira grande dificuldade do pensamento utilitarista, havendo diversas possibilidades de defini-la como felicidade (formulação original de Bentham, conhecida como utilitarismo hedonista), prazer, bem-estar, preferências cruas, preferências informada, dentre outras. Sobre o tema vale conferir KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 15-24.

membros da sociedade, aliada a duas características bastante atrativas, a saber: a independência de qualquer entidade metafísica que fundamente a teoria e o seu caráter consequencialista (que julga a correção de uma ação de acordo com o resultado por ela produzido). Além disso, o utilitarismo baseia-se em uma concepção rígida de igualdade, que dá igual peso às preferências de cada pessoa, independentemente do seu conteúdo ou da situação material em que se encontrem. Nas palavras de Bentham, no cálculo utilitarista contamos cada pessoa como uma, nenhuma como mais de uma.⁴⁰²

Desta forma, em simetria com a atitude individual que age no intuito de maximizar prazeres e minimizar sofrimentos, o Estado deveria agir maximizando os prazeres da sociedade, sendo necessário, para tanto, realizar um cálculo aparentemente simples: agregar todas as preferências a serem satisfeitas e tomar o curso de ação que favorecesse o maior número de pessoas. A realização do cálculo deveria ser feita com a maior imparcialidade possível, recorrendo-se à figura contrafática do observador imparcial.⁴⁰³ Percebe-se, portanto, que diferentemente do mercantilismo sanitário e do modelo do resgate o utilitarismo aceita, respectivamente, a necessidade de intervenção estatal no mercado de saúde e reconhece a limitação de recursos e a impossibilidade de satisfazer todas as necessidades sanitárias de maneira incondicional. E, para resolver essas dificuldades, propõe a adoção de um critério relativamente simples: a maximização do saldo líquido de utilidade social.

Frisa-se ainda que a maximização de utilidade social é integrada pelo importante conceito econômico de *utilidade marginal decrescente dos bens consumidos*,⁴⁰⁴ o que aproxima o utilitarismo das economias de bem-estar social que se desenvolveram ao longo do século XX e insere nele uma importante preocupação distributiva. E, se realmente o consumo de cada unidade adicional de um bem deixa um indivíduo menos satisfeito do que o consumo da unidade anterior (utilidade marginal decrescente), nada mais lógico do que questionar a premissa libertária da sacralidade do direito de propriedade e propugnar pela intervenção

⁴⁰² O pai do utilitarismo foi BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. In: SANDEL, Michael J. *Justice: a reader*. New York: Oxford University Press, 2007.

⁴⁰³ O raciocínio de imparcialidade do “observador imparcial” deveria se formar da seguinte forma: “despojados de nossos desejos ou preferências e demandados a tomar uma decisão, deveríamos resolver atendendo aos desejos e às preferências daqueles a quem afetamos - incluindo-nos não como autores da decisão, mas como potenciais afetados – e os futuramente afetados.” (LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. *Op. cit.*, p. 88.)

⁴⁰⁴ “Conceito-chave para o entendimento das preferências do consumidor é a utilidade marginal, ou seja, o incremento de utilidade resultante do consumo de uma unidade adicional de um bem. Esta função de utilidade apresenta o princípio importante de utilidade marginal decrescente: o consumo de cada unidade adicional de um bem deixa um indivíduo menos satisfeito do que o consumo da unidade anterior.” (GRUBER, Jonathan. *Finanças públicas e políticas públicas*. *Op. cit.*, p. 19.)

estatal no sentido de redistribuir os recursos sociais com o objetivo de incrementar o bem-estar agregado da utilização dos mesmos pelos indivíduos.⁴⁰⁵ Basta pensar em uma situação em que um sujeito com dor de cabeça compre uma cartela de aspirina. A primeira pílula tem valor incondicional para ele e ajuda decisivamente a diminuir seu sofrimento. As pílulas tomadas em seguida vão perdendo valor à medida que a dor vai passando, até o ponto em que terão mais utilidade para outros sujeitos com dores de cabeça. Neste marco da curva a transferência da aspirina para aqueles que dela necessitam representaria uma alternativa para a maximização da felicidade geral.

Pois bem. Especificamente no campo da saúde vale fazer menção ao modelo mais conhecido que se aproxima do critério utilitarista para propor parâmetros de racionalidade de gastos, o QALY (*quality-adjusted-life-years*), em vernáculo, anos de vida ajustados por qualidade. Trata-se de um sistema endossado pelo “Painel de Custo-Efetividade em Saúde e Medicina”, comissão criada pelo *Public Health Service* dos EUA, em 1993, e que utiliza uma série de técnicas no intuito de instrumentalizar o cálculo de maximização de utilidade. Uma primeira técnica é a análise de custo-utilidade (ACU) por meio da qual se avalia o estado de saúde individual de acordo com a combinação das preferências dominantes na sociedade em razão da relação entre tempo de vida e qualidade de vida (estas duas últimas variáveis consideradas inversamente proporcionais). Outras técnicas buscam aliar a ACU às análises de custo-efetividade (ACE) e de custo-benefício (ACB), sendo que neste último caso normalmente se transformam todos os eventuais benefícios sanitários em unidades monetárias e se aplicam questionários à população para avaliar o grau de disposição contributiva e o nível de aceitação aos riscos dominantes na sociedade. Desta forma é possível ter uma idéia de quanto uma sociedade está disposta a pagar para a cobertura de um risco adicional.⁴⁰⁶ Por fim, a ACE valora as distintas opções de dispêndio em matéria sanitária não por meio de sua

⁴⁰⁵ Essa preocupação redistributiva do utilitarismo precisa ser vista com cuidados. Normalmente o utilitarista prega que a maximização da utilidade social é obtida com o estado de máxima eficiência social, ou seja, com o estado de mercado hipotético no qual não haveria nenhuma troca adicional entre produtores e consumidores (situação de equilíbrio perfeito entre demanda e oferta). O problema é que pode haver um número infinito de pontos de eficiência social, a depender do quinhão aquisitivo inicial dos indivíduos, muitos deles extremamente iníquos. É exatamente neste ponto que se insere o conceito de utilidade marginal decrescente como critério redistributivo a indicar a necessidade de conciliar a preocupação de maximização de eficiência com a equidade. Haverá sempre uma compensação inevitável entre eficiência e equidade, ou seja, entre o tamanho da pizza e uma distribuição mais uniforme de suas fatias. CF GRUBER, Jonathan. *Finanças públicas e políticas públicas*. *Op. cit.*, p. 15 ss.

⁴⁰⁶ A análise pura de custo-benefício é totalmente insuficiente e duas são as principais razões: i) o que determinada pessoa está disposta a pagar depende do que possui, e a ACB não leva em consideração as diferentes situações de partida das pessoas pesquisadas, o que conduz a pesarem mais as preferências daqueles que têm mais capacidade contributiva; ii) considerar apenas o valor ignora por completo sensações que devem influenciar decisivamente a ação do Estado como o nível de dores e sofrimentos gerados por determinados males.

transformação em unidades monetárias, mas em função da avaliação de sua compatibilidade com aquilo que é considerado efetivo segundo o atual estágio da ciência médica.⁴⁰⁷

Um exemplo trabalhado por Calsamiglia,⁴⁰⁸ com pequenas adaptações, pode deixar mais claro o raciocínio utilitarista aplicado no setor da saúde. Pede-nos ele para imaginarmos um hospital capaz de atender simultaneamente a 20 enfermidades leves e 20 enfermidades agudas. Os enfermos leves se curam quando recebem o tratamento, mas, caso contrário, se convertem em enfermos agudos. Por sua vez o tratamento dos enfermos agudos somente cura 20% do total, passando os 80% restante para a situação de enfermo leve. 50 % dos enfermos agudos não tratados morrem. Por fim, ainda nos é oferecido um orçamento de 120 unidades monetárias e o dado que o tratamento da enfermidade leve custa 1 e o da enfermidade aguda custa 5. Questiona-se, então, qual a melhor opção alocativa diante de uma situação em que há 100 enfermos leves e 20 agudos?

Para os mercantilistas sanitários o Estado não deveria nem se preocupar com a situação, deixando que aqueles que eventualmente não tivessem contratado seguros fossem ajudados pelo altruísmo alheio. Para o modelo do resgate o problema inexistente e interesses financeiros secundários do Estado não poderiam prevalecer sobre a vida, bem maior que não pode ser quantificado. Mas, considerando que o adepto do modelo do resgate fosse um pouco mais flexível, vamos cogitar que ele aceitasse fazer algum racionamento. Desta forma, tendo em vista que a vida é o bem mais importante e que os enfermos agudos contam com o risco altíssimo de perdê-la se não tratados, optaria ele por concentrar a alocação de recursos neste segmento. E, no caso brasileiro, se essa não fosse a opção do gestor, provavelmente o enfermo crônico excluído recorreria ao Judiciário e conseguiria uma liminar determinando seu tratamento.

Diante desses dados Calsamiglia pede-nos para projetarmos a situação no tempo e admitirmos que a cada novo período o orçamento da unidade de saúde se renovasse com a mesma quantia inicial e o número de novos pacientes em cada categoria se acrescesse de 20. A situação poderia ser assim representada:

⁴⁰⁷ RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 19.

⁴⁰⁸ CALSAMIGLIA, Albert. Ética e gestión sanitaria: un ensayo sobre la necesidad de contar, *Papeles de Economía Española*, n.76, p. 236-243.

	Período 1	Período 2	Período 3	Período 4	Período 5	Período 6	Total
Leves	100	100	119	135	147	157	
Agudos	20	36	46	55	62	69	
Leves tratados	20	0	0	0	0	0	
Agudos tratados	20	24	24	24	24	24	
Mortes	0	6	11	15	19	22	73

TABELA 1

Agora imaginemos que um gestor utilitarista resolva aplicar a lógica da maximização de utilidade geral e não se veja constrangido pela ameaça de ter sua opção alocativa modificada por alguma decisão judicial bem intencionada. Para tanto opta por tratar de metade dos portadores de enfermidades aguda, tratando alguns dos enfermos leves e evitando que no período seguinte 20% deles se tornassem pacientes agudos. Perceba-se que nos primeiros anos os números de mortes aumentariam, mas, ao longo do tempo, reduziriam bruscamente.

	Período 1	Período 2	Período 3	Período 4	Período 5	Período 6	Total
Leves	100	48	31	33	33	33	
Agudos	20	28	27	25	24	23	
Leves tratados	70	50	35	35	35	35	
Agudos tratados	10	14	17	17	17	17	
Mortes	5	7	5	4	3	3	27

TABELA 2

Neste caso temos um exemplo clássico que ressalta várias das características do pensamento utilitarista, cuja fisiologia foi muito bem demonstrada por Amartya Sen quando afirmou que três são os componentes do cálculo utilitarista: o consequencialismo, o *welfarismo* e o aditivismo.⁴⁰⁹ A principal consequência favorável da adoção do raciocínio utilitarista no exemplo mencionado foi a redução global do número de mortes ao longo dos seis períodos. Mas, para tanto, é preciso observar que foi necessário o desenvolvimento de uma atividade organizada e planejada que buscou atingir, ao longo do tempo, uma meta socialmente desejável, idéia não por acaso aproximada do conceito daquilo que é uma política pública.⁴¹⁰

⁴⁰⁹ Como já dito acima o consequencialismo é o modelo de agir moral que avalia os cursos de ação de acordo com as consequências ou com o estado de coisas produzido. O *welfarismo* indica que o estado de coisas deve ser julgado exclusivamente com base nas utilidades (preferências) individuais dos sujeitos. Já o aditivismo pressupõe a soma aritmética das preferências individuais para realização do cálculo de maximização de utilidade. SEN, Amartya. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Estudios de filosofía u derecho, n. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

⁴¹⁰ “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 à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios

Como já ressaltamos ao longo do trabalho, a própria Constituição determinou que o direito à saúde seria 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, motivo pelo qual parece que, via de regra, na base das ações estatais deva estar uma preocupação utilitarista de maximização da utilidade sanitária geral da população, e não apenas preocupações com a garantia do acesso individual aos serviços e produtos médicos.⁴¹¹

O princípio da universalidade do atendimento (*universalidade horizontal*)⁴¹² parece confirmar essa premissa quando impõe a necessidade de que o acesso ao SUS esteja aberto a todos, independentemente de prévia vinculação a qualquer sistema contributivo, como ocorria antes da Constituição de 1988. Como se pensar em constituir um sistema universal sem a instituição de políticas públicas universalistas? Como se pensar em políticas públicas universalistas, em um ambiente de escassez de recursos, sem ter como base a premissa consequencialista de adotar o curso de ação que consiga maximizar o saldo líquido das necessidades sociais? Certamente quando um gestor público decide salvar 5 pessoas (que necessitam de tratamentos menos complexos) com os recursos que seriam necessários para salvar a vida de 1 sujeito (que, por precisar de tratamento mais complexo, demandaria o dispêndio de todos os recursos) ele toma a decisão moralmente legítima e legalmente correta, porquanto leva a sério a igualdade e aplica o princípio da universalidade na sua maior extensão possível.

O princípio da universalidade está diretamente relacionado com a dimensão subjetiva do direito à saúde e traz a reboque uma discussão delicada relacionada com a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais aos estrangeiros. A CF/88, em redação muito infeliz,

necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.” (BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.)

⁴¹¹ Já recebi, mais de uma vez, críticas a propósito desta passagem. A leitura do restante do trabalho deixa claro que não sou um utilitarista obtuso e que no campo sanitário proponho o pensamento liberal igualitário para fins de corrigir diversas das falhas do utilitarismo e acomodar a teorização sobre o direito à saúde dentro de um marco liberal. Mas, apesar da aparente peremptoriedade do argumento desenvolvido no parágrafo, continuo convicto de que, via de regra, em uma sociedade democrática e marcada pela escassez, as políticas sanitárias devem repousar sob uma racionalidade de maximização da utilidade sanitária geral, buscando extrair a maior eficiência possível da alocação dos recursos. A regra, por óbvio, não implica a existência de exceções, nas quais seja legítimo beneficiar certas minorias.

⁴¹² É preciso aqui ressaltar a diferença defendida pela melhor doutrina previdenciária entre universalidade do atendimento (*horizontal*) e universalidade da cobertura (*vertical*), segundo a previsão expressa do art. 194, parágrafo único, inc. I da CF. A primeira estaria ligada aos sujeitos protegidos pelo sistema, já a segunda às prestações oferecidas.

garante, no art. 5º, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. O próprio STF já decidiu algumas vezes que, em princípio, os direitos fundamentais se aplicam a todos, quer sejam brasileiro, quer sejam estrangeiros residentes ou não residentes.⁴¹³ Isso não infirma a possibilidade de que determinados direitos fundamentais sejam atribuídos apenas a alguns cidadãos específicos. Os direitos políticos (de votar e ser votado) são o maior exemplo disso. Também o são a grande maioria dos direitos previdenciários, que somente podem ser gozados por quem preencha certas condições como os idosos, os doentes, etc. No caso específico do direito à saúde não parece existir nenhuma vedação *a priori* para que os estrangeiros sejam deles titulares.⁴¹⁴ Mas não é possível ignorar que tal fato ganha repercussões mais dramáticas quando analisamos as peculiaridades das regiões de fronteira, nas quais é comum que cidadãos de outros países recorram, por exemplo, ao SUS para pleitear alguma prestação específica de saúde.⁴¹⁵ A Suprema Corte da Suíça já decidiu que “*se um direito fundamental está justificado como direito humano, aquele é devido tanto os suíços quanto aos estrangeiros*”.⁴¹⁶ No Brasil haverá a possibilidade de se discutir o tema da titularidade de direitos sociais por estrangeiros no RE 587.970-4/SP, cujo relator é o Min. Marco Aurélio. No caso, no juízo de grau inferior foi afirmada a possibilidade de que estrangeira ilegal fizesse jus ao recebimento do benefício assistencial de prestação continuada previsto no art. 203, inc. V da CF. O tema está pendente de julgamento, já tendo sido reconhecida sua repercussão geral.⁴¹⁷

Parece-nos que não é possível analisar o tema sem fazer um juízo de valor acerca da existência ou não de uma precedência dos interesses dos nacionais, em detrimento dos estrangeiros, no contexto de uma escassez moderada de recursos. Além disso, é preciso levar

⁴¹³ O maior exemplo disso é a aceitação indiscutível da possibilidade de estrangeiro impetrar Habeas Corpus no STF para questionar violação ao seu direito de ir e vir.

⁴¹⁴ No mesmo sentido ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Op. Cit., p. 68. Em sentido diverso, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 307, verbis: “Direitos sociais, como o direito ao trabalho, tendem a ser também compreendidos como não inclusivos dos estrangeiros sem residência no país. É no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos dos estrangeiros não residentes ganham maior significado.”

⁴¹⁵ Cf. GIOVANELLA, Lígia; et. alli. Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do MERCOSUL na perspectiva dos secretários municipais de saúde. In: *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Suplemento 2, p. 251-266, 2007. No trabalho, no qual se defende o direito irrestrito dos estrangeiros de acesso aos serviços do SUS, constam dados surpreendentes como existência de demanda de estrangeiros para atendimento no SUS em 75% dos municípios (50), sendo freqüente ou muito freqüente em 36% (24) das localidades.

⁴¹⁶ ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Op. Cit., p. 68.

⁴¹⁷ O art. 7º do Decreto presidencial 6.214/07, veda a percepção do benefício: “Art. 7º O brasileiro naturalizado, domiciliado no Brasil, idoso ou com deficiência, observados os critérios estabelecidos neste Regulamento, que não perceba qualquer outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, nacional ou estrangeiro, salvo o da assistência médica e no caso de recebimento de pensão especial de natureza indenizatória, observado o disposto no inciso VI do art. 4º, é também beneficiário do Benefício de Prestação Continuada.”

em conta que o SUS é financiado com recursos produzidos pelos brasileiros, e que uma aceitação ampla do acesso dos estrangeiros a esses serviços significaria uma medida distributiva de riqueza de nacionais para estrangeiros. Apesar de tudo isso, deve-se mencionar que há regras administrativas inclusivas que disciplinam o atendimento dos estrangeiros nas cidades de fronteira.⁴¹⁸

Mas, se é verdade que o princípio da universalidade se relaciona diretamente com a dimensão subjetiva do direito à saúde, acredito ser necessária a ressalva não tão evidente de que ele precisa ser analisado também desde uma ótica coletiva, principalmente no que toca à discussão da **gratuidade das ações e serviços de saúde prestados pelo SUS**. Há quem defenda que a Constituição veda qualquer exigência de contraprestação pela utilização dos serviços do SUS, até mesmo daqueles que possuam capacidade contributiva para tanto, entendimento que nos parece insustentável.⁴¹⁹ Primeiramente porque neste ponto o texto da Constituição não obrigou nem proibiu, abrindo margem de atuação para a atividade do legislador e do administrador, que reiteradamente reforçam a garantia da gratuidade como, por exemplo, por meio do art. 43 da Lei 8.080/90⁴²⁰, da Lei 9.313/96 (fornecimento gratuito de medicação necessária ao tratamento de HIV e doentes de AIDS) e da recente Portaria 184, do Ministério da Saúde, publicada em 3/02/11, que garante o fornecimento gratuito de medicamentos para hipertensão e diabetes.

Em segundo lugar é preciso enfatizar que, embora pareça à primeira vista progressista, a tese da gratuidade irrestrita traz implicitamente consequências iníquas e conservadoras, uma vez que contribui ainda mais para o agravamento das disparidades sociais entre ricos e pobres, protegendo o patrimônio da classe média em detrimento das necessidades essenciais daqueles totalmente desprovidos. Por isso que por questões de moralidade política, respeitada uma zona de intributabilidade protegida pelo mínimo existencial e verificada a capacidade técnica da instituição de taxa⁴²¹, tudo indica a necessidade de cobrar pelo serviço de saúde prestado,

⁴¹⁸ Sistema Integrado de Saúde das Fronteiras, implementado pela Portaria GM nº 1.120, do Ministério da Saúde, de 06/07/2005.

⁴¹⁹ AIITH, Fernando Mussa Abujamra. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2 vol. Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós graduação em saúde pública da USP, 2006; WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. *Op. cit.*, p. 162; DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim Editora, 2010, p. 74.

⁴²⁰ “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressaltando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

⁴²¹ Serviço público de natureza específica e divisível, na forma do art. 145, II da CF, o que se verifica principalmente nos casos de prestações de medicina curativa.

afastando-nos da ilusão da inesgotabilidade de recursos.⁴²² Essa racionalidade já esta presente no art. 32 da Lei 9.656/98, que disciplina a obrigação de que as operadoras de planos de saúde ressarcam o SUS pelos serviços contratados privadamente, mas prestados pelo setor público.⁴²³

Há, contudo, um argumento de estratégia política que precisa ser levado em conta por aqueles que defendem a instituição de cobranças no SUS, qual seja: afirma-se que se criaria dentro do sistema público uma dualidade que preservaria os serviços de boa qualidade para quem pudesse pagar e relegaria os pobres para segundo plano. Além disso, defende-se que restringindo aos pobres o tratamento gratuito, a capacidade de pressão social para aumentar o orçamento da saúde ficaria ainda mais enfraquecida.⁴²⁴

O terceiro argumento contrário a gratuidade irrestrita e obrigatória é aquele baseado na *dimensão coletiva do princípio da universalidade*, ou seja: se a universalidade implica a ampliação dos serviços a todos e não há recursos para atender simultaneamente todas as necessidades de toda a população, devem-se favorecer políticas públicas que tragam como consequência o maior número de atendimentos possíveis, conduzindo à otimização do princípio da universalidade na maior medida do possível.⁴²⁵ Por isso que nos parece lícita, moralmente justificável e politicamente oportuna a prática adotada por alguns juízes de exigir a comprovação da hipossuficiência econômica do demandante quando pleiteia

⁴²² Nesse sentido além de TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 247, as precisas palavras de SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados. 2007, p. 344: “O simples argumento de que quem contribui (impostos) já esta a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda.”

⁴²³ “Art. 32. Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde - SUS.”

⁴²⁴ “Um sistema focalizado nos indivíduos da mais baixa renda tenderia a ser ainda mais frágil politicamente nas disputas orçamentárias. Mas o pior efeito adverso desta opção de separação formal das duas clientelas seria a criação de um sistema pobre para os pobres, na contramão dos sistemas universais de saúde que deram certo em outros países. Tudo indica que não há condições sociais e políticas para tal separação entre os dois sistemas, e talvez esta nem contribua para o bom funcionamento de ambos.” (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Op. cit., p. 160.)

⁴²⁵ Frisa-se que este entendimento é totalmente consoante com as diretrizes da OMS, dentro daquilo que chamam de novo universalismo: “In the past decade or so there has been a gradual shift of vision towards what WHO calls the “new universalism”. Rather than all possible care for everyone, or only the simplest and most basic care for the poor, this means delivery to all of high-quality essential care, defined mostly by criteria of effectiveness, cost and social acceptability. It implies explicit choice of priorities among interventions, respecting the ethical principle that it may be necessary and efficient to ration services, but that it is inadmissible to exclude whole groups of the population.” (WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance*. Geneva: World Health Organization, 2000, p. xiii)

individualmente o fornecimento estatal de algum medicamento não constante das listas oficiais ou de tratamentos não abrangidos pelos protocolos clínicos.⁴²⁶

A adoção de posturas judiciais deste tipo demonstra uma maior abertura à racionalidade consequencialista que, se certamente não deve ser a única nem a principal a informar a atividade cognitiva do julgador, deve influenciar de forma mais decisiva o caminho decisório nas demandas envolvendo o direito à saúde, principalmente a partir de uma perspectiva mais dialógica de interação dos ramos de soberania popular.⁴²⁷ Neste ponto é preciso lembrar a idéia de responsabilidades compartilhadas defendida por Hiebert no cenário canadense e transportá-la para o contexto brasileiro, conclamando os agentes envolvidos no processo decisório sobre o sistema de saúde brasileiro a se enxergarem como co-participantes de uma empreitada que busca interesses comuns e na qual cada um, a partir de suas diferentes perspectivas institucionais, poderá oferecer uma contribuição diferente, ainda que dotadas da mesma dignidade. Voltaremos no assunto no último capítulo de trabalho, quando analisaremos mais detalhadamente as variáveis institucionais que precisam também ser consideradas. Por ora fica o alerta da legitimidade dos juízos consequencialista do administrador e da conveniência de que o judiciário não funcione incondicionalmente como um *veto player* a qualquer decisão administrativa tomada neste sentido.

Mas se o utilitarismo é assim tão bom, porque é alvo de tantas críticas? Podemos listar aqui sumariamente alguns dos principais argumentos contrários ao utilitarismo aplicados no campo sanitário. Primeiramente é preciso observar que, por se basear em avaliações individuais de necessidades, seria possível que uma política pública utilitarista fosse subfinanciada quando se relacionasse com aqueles que fazem uma avaliação ruim da própria saúde (como quem sofre de depressão), perpetuando situações de injustiça que passam a ser naturalizadas ao longo dos tempos.⁴²⁸ Além disso, o utilitarismo trabalha com as preferências

⁴²⁶ No mesmo sentido HENRIQUES, Fátima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial. Limites e possibilidades*. Op. cit. p. 157 e BRENNER, Ana Cristina. O direito à saúde em sua dimensão prestacional (positiva): limites fáticos e jurídicos a serem considerados pelo Poder Judiciário para garantir o acesso universal e igualitário aos potenciais beneficiários desse direito. Disponível em: <<http://tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/225-artigos-out-2005/5154-o-direito-a-saude-em-sua-dimensao-prestacional-positiva-limites-faticos-e-juridicos-a-serem-considerados-pelo-poder-judiciario-para-garantir-o-acesso-universal-e-igualitario-aos-potenciais-beneficiarios-desse-direito>>.

⁴²⁷ Sobre a utilização da racionalidade consequencialista no ambiente do Judiciário vale conferir ARGULHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (meta)teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴²⁸ Retratando com maestria o fenômeno das preferências adaptativas, anotou Sen: “*One problem with relying on the patient’s own view on medical matters lies in the fact that the internal view of the patient may be seriously limited by his or her knowledge and social experience. A person reared in a community with a great many diseases and limited medical*

externas (da forma que são expressas pelos cidadãos), conferindo a todas o mesmo peso independentemente de serem ilegítimas, egoístas ou simplesmente fruto de pouca reflexão. Aqui mora o grande perigo do utilitarismo, uma vez que não se levantam limites para a ação das maiorias sobre as minorias, sendo totalmente possível, a partir de uma perspectiva utilitarista, sacrificar liberdades fundamentais das minorias em detrimento da maximização do saldo líquido de utilidade geral, principalmente quando estamos em sociedade racistas, homofóbicas ou sexistas.⁴²⁹

Outrossim, cabe notar que a consideração igualitária das preferências externas poderia conduzir ao absurdo de se defender que intervenções sanitárias supérfluas (como uma cirurgia estética) deveriam ser consideradas tão importantes quanto intervenções emergenciais e de atenção básica. Exatamente nestes dois últimos sentidos que o mecanismo do QALY é fortemente criticado, uma vez que sempre tende a desfavorecer as intervenções sanitárias relacionadas com os deficientes e os idosos. Neste sentido muito bem pontuaram Lora e Fajuri que é possível e admissível que a sociedade priorize o tratamento dos mais jovens, mas a expectativa de vida medida em QALY não deve ser o único argumento da balança.⁴³⁰ Frisasse: não deve ser o único, mas pode ser considerado!

É exatamente este o espírito que me parece ser o melhor para enfrentar os problemas do direito à saúde. Não negar os benefícios do pensamento utilitarista, principalmente aqueles relacionados com seu caráter consequencialista, mas também não adotar incondicionalmente suas premissas. A maximização do bem-estar geral deve ser um objetivo das políticas públicas, o raciocínio consequencialista deve animar a racionalidade sobre o tema da saúde, mas é preciso tentar introduzir correções em um pensamento puramente utilitarista, missão muito bem realizada pelos defensores do liberalismo igualitário sanitário.

facilities may be inclined to take certain symptoms as 'normal' when they are clinically preventable. Like adaptive desires and pleasures, there is also an issue here of adaptation to social circumstances, with rather obscuring consequences." (SEN, Amartya Kumar. *The idea of justice*. Op. cit., p. 285/286). Os dados da OMS colhidos no Brasil demonstram esse problema na prática. Segundo eles existem diferenças nas avaliações realizadas pelos usuários dos planos de saúde e naquelas realizadas pelos usuários do SUS: dos que utilizam planos privados, 72% declararam estar insatisfeitos frente a 53,3% de insatisfação entre os usuários do SUS. Qual a explicação para isso se considerarmos que os serviços privados são extremamente melhores que os públicos? Adaptação de preferências! Cf. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Saúde nas Américas 2007*. Op. Cit., p. 201.

⁴²⁹ O utilitarista Stuart Mill tentou resolver esse problema atribuindo maior peso às liberdades básicas no cálculo utilitarista, desenvolvendo uma teoria eclética que mesclava a preocupação com a maximização do bem-estar coletivo com a proteção dos direitos das minorias. Cf. MILL, John Stuart. Utilitarianism. In: SANDEL, Michael J. *Justice: a reader*. New York: Oxford University Press, 2007.

⁴³⁰ LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. Op. cit., p. 116.

3.5. Liberalismo igualitário, integralidade, igualdade e seletividade.

Conforme já mencionado, até mesmo os adeptos do utilitarismo, como Mill, sentiram a necessidade de mitigar as premissas da teoria, propugnando correções capazes de garantir alguma forma de proteção das minorias e das liberdades básicas dos indivíduos em relação às pretensões ilegítimas das majorias. Esse ecletismo - considerado muitas vezes apenas contemporizador - não foi capaz de produzir uma teoria unificada até o advento de *Uma Teoria da Justiça*, de Rawls, em 1971. A frase que marca sua oposição ao utilitarismo como teoria moral já veio estampada nas primeiras linhas de sua obra, quando enunciou que “*cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar.*”⁴³¹ Consequência lógica dessa premissa é a prioridade léxica do primeiro princípio da justiça (igual liberdade) sobre as duas partes do segundo (princípio da igualdade equitativa de oportunidades e princípio da diferença).

No mesmo sentido deve ser entendida a proposta teórica de Dworkin que, se no campo da filosofia do direito se opunha ao positivismo, no âmbito da filosofia política realizava um forte ataque ao utilitarismo de Bentham. Na multicitada diferenciação realizada pelo autor entre questões de princípio e questões de política (*policy*), fica clara a refutação total do utilitarismo, na medida em que se nega qualquer possibilidade de que considerações acerca do bem-estar da população (questões de *policy*) prevalecessem sobre argumentos de moralidade política (princípios). Levar os direitos a sério era não submetê-los aos cálculos de custo-benefício da teoria utilitarista, motivo pelo qual jamais o maior saldo líquido de felicidade geral na sociedade poderia justificar a transgressão de um direito individual. Isso porque direitos somente poderiam ceder diante de outros direitos de igual importância e valeriam incondicionalmente como trunfos.⁴³²

Em outras palavras Rawls e Dworkin estavam afirmando que diferentemente do que pensavam os utilitaristas, os indivíduos são dotados de algumas liberdades tão elementares para o seu desenvolvimento como sujeitos livres e iguais que elas não poderiam ser submetidas a qualquer cálculo de custo e benefício, nem que isso viesse a trazer um grande aumento do bem-estar geral da sociedade: entre proteger uma liberdade individual básica e

⁴³¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Op. cit., p. 4.

⁴³² DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University press, 1977.

promover uma melhoria ampla para a sociedade a primeira opção deveria ter precedência incondicional.

Essa característica deontológica ou categórica do liberalismo igualitário surge em contraposição ao consequencialismo utilitarista. Isso quer dizer que enquanto o último julga a correção de determinada ação única e exclusivamente pelo resultado produzido, os liberais deontológicos julgam as ações com base no respeito a deveres incondicionais, independentes do resultado da ação, sendo a grande fonte deste raciocínio o agir moral kantiano fundado em imperativos categóricos.

Amartya Sen, com a leveza de sempre, nos conta uma passagem que elucida bem a diferença entre o raciocínio deontológico e o consequencialista. Segundo ele, às vésperas de uma grande batalha, Arjuna travou uma conversa com Krishna sobre os deveres dos seres humanos e de si próprio. A batalha ocorreria porque a família real fora erroneamente destronada por seus primos, que ascenderam ao poder. Arjuna lutava do lado daqueles que tinham razão: a família real. Como guerreiro, deveria lutar – esse era o seu dever! Não questionava se a causa da batalha valia à pena. Tinha convicção de que sua participação implicaria a vitória do lado justo. Mesmo assim, expressou para Krishna a sua dúvida sobre ir à batalha. Seria a coisa certa a fazer? “*Haveria muitas mortes*”, observou o guerreiro. Ele deveria matar muitas pessoas, cujo único ato censurável consistia em apoiar o lado oposto. Krishna, contudo, argumentou que Arjuna deveria cumprir seu dever, e que, no caso, ele tinha o dever de lutar, pouco importando os resultados de sua ação. Tratava-se de uma causa justa e, como guerreiro e comandante de seu lado da batalha, não poderia se eximir de suas obrigações. Na pequena passagem Arjuna representa o consequencialismo, já Krishna retrata um deontologista imaleável, para quem o agir moral é o agir por deveres incondicionais, independentemente do resultado da ação. É a Arjuna a quem normalmente se atribui razão no contexto da discussão.⁴³³

Dentro desta tradição deontológica de agires morais incondicionais na base dos imperativos categóricos que se forja toda a cultura moderna de proteção dos direitos humanos, cujo fundamento recorre às noções nucleares do pensamento kantiano de liberdade, universalização da conduta (primeiro imperativo prático – “*age de tal forma que a máxima de*

⁴³³ SEN, Amartya Kumar. *The idea of justice*. Op. cit., p. 20.

sua ação valha como lei universal”) e dignidade da pessoa humana (segundo imperativo prático - “*age de tal forma que não trate a humanidade própria ou alheia como simples meio, mas sempre como um fim*”).⁴³⁴

Especificamente no campo da saúde é possível perceber que a simples operacionalização das obrigações do Estado em matéria sanitária como um direito fundamental já é uma forte consequência da postura deontológica do liberalismo. Além disso, o *princípio da integralidade* e o da *universalidade da cobertura (universalidade vertical ou objetiva)*, ambos expressamente agasalhados em nosso texto constitucional⁴³⁵ e na legislação ordinária⁴³⁶, conjugado com a concepção pródiga de saúde enunciada pela OMS (estado de completo bem-estar físico, mental e social), confirma a extensão do raciocínio deontológico para o campo do direito à saúde, valendo destacar neste ponto que, se o liberalismo igualitário (assim como o liberalismo oitocentista) faz coro ao discurso dos direitos negativos de liberdade, com o passar dos anos as influências teóricas mais a esquerda do espectro político trataram de estender a mencionada racionalidade para os direitos sociais positivos, fato que hoje é enxergado com certa naturalidade, a despeito de ainda gerar uma série de questionamentos.⁴³⁷

O princípio da integralidade, aliado a outros princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana, o do direito à vida e à liberdade, certamente demonstram o amplo compromisso da sociedade brasileira na proteção da saúde de seus cidadãos, devendo ser entendido como uma diretriz que impele o Estado ao desenvolvimento de políticas públicas sanitárias destinadas a promoção de ações preventivas e curativas, oferecendo

⁴³⁴ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In. *Textos selecionados. Immanuel Kant*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135 ss.

⁴³⁵ “Art. 194... *Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:*

I - universalidade da cobertura e do atendimento” e “Art. 198. *As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:...* II - *atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais...*”

⁴³⁶ Lei 8.080/90: “Art. 7º *As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:...* II - *integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;...*”

⁴³⁷ A velha discussão sobre a justiciabilidade dos direitos sociais positivos e as suas diferenças em relação aos direitos de liberdade parece-nos superada, buscando hoje a melhor doutrina encontrar refinamentos que não conduzam a exageros nem insuficiências em sua adjudicação. A teoria do diálogo insere-se neste contexto. Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?”* de Fernando Atria. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 137-176; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004, 19-64; PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 59-110.

assistência em quaisquer dos níveis de complexidade. A assistência integral inclui, portanto, no campo das ações de atenção à saúde não só atividades de prevenção epidemiológica (vacinação), mas também o mais amplo espectro de atendimentos (consultas, cirurgias, internações), de assistência farmacêutica⁴³⁸ e de prestação de serviços e de fornecimento de insumos necessários à integração ou reintegração do indivíduo à vida social (próteses).

A integralidade evita diversos problemas que poderiam surgir a partir da adoção de uma política sanitária puramente utilitarista. Isso porque impede que a alocação de recursos sanitários se faça pura e simplesmente no sentido de proteger o maior número de pessoas, justificando a adoção de medidas como: i) a atenção a saúde de alta complexidade em nível terciário; ii) o desenvolvimento de políticas públicas de atenção aos grupos minoritários como índios, mulheres, crianças, negros, transexuais e idosos;⁴³⁹ iii) a gratuidade de medicamentos de alto custo para o tratamento de algumas doenças raras.⁴⁴⁰ Nenhuma dessas medidas se justificaria a partir de uma lógica utilitarista, porquanto não seriam capazes de maximizar o saldo líquido de utilidade geral. Entretanto, demonstram-se totalmente viáveis desde uma leitura liberal igualitária, haja vista que todos esses indivíduos são dotados de dignidade ímpar que não pode ser instrumentalizada.

No contexto brasileiro, os benefícios decorrentes da deontologia de uma visão liberal igualitária ficaram, durante muito tempo, paralisados diante do discurso das normas programáticas e, como já mencionamos exaustivamente no Capítulo II, somente após a Constituição de 1988 conseguiu-se afirmar a normatividade dos princípios e a possibilidade de que o indivíduo extraísse diretamente da Constituição pretensões sanitárias oponíveis ao Estado. Nesse contexto que Dallari e Vidal Serrano afirmam que a integralidade impõe ao Estado um dever que não pode ser limitado, mitigado ou dividido, motivo pelo qual todas as medidas de natureza preventiva e reparadora que estejam ao alcance de nossa atual geração

⁴³⁸ Lei 8.080/90: “Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):... I - a execução de ações:... d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;...”

⁴³⁹ No caso dos “processos transexualizadores”, instituídos no âmbito do SUS pela Portaria do Ministério da Saúde n. 1.707/08, temos um interessante exemplo de diálogo institucional no qual o Judiciário teve papel virtuoso e decisivo. Na época em que ainda não era oferecido o tratamento gratuitamente pelo SUS, foi ajuizada Ação Civil Pública pelo MPF no TRF da 4ª Região, com o intuito de obrigar a União prestá-lo. O julgamento procedente da ACP levou a União a reconhecer a necessidade da assistência dos transexuais, fato que ensejou a desistência de outras diversas ações civis públicas que tratavam do tema. A questão permanece gerando polêmicas, havendo mobilizações parlamentares no sentido de vetar a gratuidade do tratamento. A decisão judicial não foi e provavelmente não será a última palavra, mas é importante perceber o seu importante papel na proteção de uma causa de inegável valor moral na defesa de grupos minoritários.

⁴⁴⁰ Conferir Portaria GM/MS 2.981/09, que cuida dos componentes especializados da assistência farmacêutica, antigos medicamentos de dispensação excepcional.

devem ser disponibilizadas para que as condições sanitárias de todos possam ser adequadas.⁴⁴¹ No mesmo sentido Marlon Weichert enfatiza os méritos da adoção do princípio da integralidade, extraindo dele a obrigação estatal de oferecer serviços para o tratamento de quaisquer agravos e doenças, assim como em todos os níveis de especialidade e complexidade, mesmo quando não rotineiramente incluídas nas suas listas de serviços.⁴⁴²

Se em um primeiro momento esse discurso deontológico inflamado, fundado numa concepção de direitos incondicionais e de efetividade da constituição a qualquer preço teve o mérito de confirmar a idéia de que o direito à saúde poderia se manifestar em uma dimensão individual, gerando direitos subjetivos diretamente da Constituição, hoje é preciso enfatizar a necessidade de entrarmos em uma nova fase da discussão, fase esta que não negue os avanços conseguidos, mas que reconheça os problemas da escassez, que supere uma “euforia judicialista” e que trabalhe para traçar parâmetros ético-jurídicos a fim de minimizar e legitimar os efeitos das inevitáveis escolhas trágicas.⁴⁴³

É neste ponto que surge o *princípio da igualdade e da seletividade/distributividade*, também previstos expressamente como informadores do sistema brasileiro de saúde (art. 194, III e 196, ambos da CF), cuja principal função parece-nos ser a de bitolar a integralidade.⁴⁴⁴ Aqui o liberalismo igualitário - a quem não se pode atribuir a culpa pelos excessos cometidos pelos defensores de uma deontologia imaleável que descambou para a judicialização excessiva das prestações positivas sanitárias - novamente pode oferecer muitas contribuições na fundamentação de parâmetros capazes de auxiliar na realização de escolhas trágicas.

⁴⁴¹ DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. Op. cit., p. 75.

⁴⁴² WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 171.

⁴⁴³ “Na minha avaliação já vencemos, com sucesso, o momento inicial de afirmação da sindicabilidade dos direitos prestacionais. Já é chegada a hora de iniciarmos uma outra fase, de racionalização deste processo. Esta racionalização, do meu ponto de vista, passa por dois pontos principais: a) a superação de uma certa “euforia judicialista” que tomou conta dos meios jurídicos brasileiros, com o reconhecimento de que o Poder Judiciário, apesar da relevância de sua função, não é, nem tem como ser, por suas limitações institucionais, o grande protagonista no cenário de afirmação dos direitos sociais, que dependem muito mais de políticas públicas formuladas e implementadas pelo Legislativo e Executivo e da mobilização da sociedade civil; e b) o traçado de parâmetros ético-jurídicos para as intervenções judiciais nesta seara.” (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais*. Op. cit., p. 586.)

⁴⁴⁴ “Trata-se, portanto, de princípio que restringe o princípio da universalidade e cobertura do atendimento. Se este, de um lado, como norma programática coloca a necessidade de que a Seguridade cubra todos os riscos sociais e atinja todas as pessoas no território nacional, de outro o princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços exige que, em face de contingências econômico-financeiras do Sistema de Seguridade, os riscos cobertos sejam os mais prementes, e que sejam atendidas as pessoas mais necessitadas, isto é, com menor renda.” (FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social. Prestações e custeio da previdência, assistência e saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.)

A primeira contribuição que pode ser extraída dessa releitura da igualdade sob o prisma do liberalismo igualitário se relaciona com o questionamento sobre o que implicaria a idéia de igualdade e equidade no âmbito do direito à saúde.

Há quem extraia da noção de igualdade a impossibilidade do oferecimento individual de determinada prestação sanitária que não possa ser estendida a todos que se encontrem em situação similar, premissa que se funda no imperativo categórico kantiano de universalização da conduta.⁴⁴⁵ Daí decorreriam consequências práticas como: i) a impossibilidade de se interpretar a reserva do possível como uma avaliação focada exclusivamente na tolerabilidade do impacto econômico da pretensão individual do titular do direito individual sobre o universo dos recursos públicos existentes;⁴⁴⁶ ii) a impossibilidade do oferecimento de medicamentos importados ou tratamentos médico-cirúrgicos experimentais; iii) a impossibilidade de atender pretensões que impliquem prejuízo imediato a direito legítimo alheio, como a determinação de realização de cirurgias sem a observação da disponibilidade de vagas, da existência de listas de espera ou das relações de preferências estabelecidas por critérios médicos razoáveis.⁴⁴⁷

Considerando, ainda, que desde uma ótica formal a igualdade de acesso aos serviços de saúde pressupõe tratar uniformemente aqueles que se encontram em situação médica similar, e que a universalidade implica o atendimento de todos em um quadro de escassez moderada, certamente é possível estabelecer uma relação estreita entre a igualdade e os postulados da prevenção e da eficiência, instrumentos importantíssimos para permitir a otimização conjunta dos princípios da igualdade e da universalidade. Por isso que, para além da literalidade da lei e com base em Sarlet, parece-nos inconteste que a integralidade impõe a prioridade de ações estatais no campo da medicina preventiva, da vigilância sanitária e do saneamento básico (prevenção). Da mesma forma, salta aos olhos a necessidade de

⁴⁴⁵ Neste sentido SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. Op. cit. p. 572 e HENRIQUES, Fátima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial. Limites e possibilidades*. Op. cit. p. 159.

⁴⁴⁶ “Não há como confluir que o fornecimento de medicamento a uma única paciente possa causar lesões de consequências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa do pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo o postulante trazido qualquer indício que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão.” (STJ, DJU 08-09-04, SS 1.408/SP, Min. Rel. Edson Vidigal.)

⁴⁴⁷ HENRIQUES, Fátima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial. Limites e possibilidades*. Op. cit. p. 161. Como narra a autora, o são reiterados os exemplos de decisões judiciais que determinam a internação de pacientes no Instituto Nacional do Câncer, no Rio de Janeiro, sem observar a limitação de leitos e as filas de espera.

preferência dos tratamentos nacionais e da utilização de medicamentos genéricos, que favorecem e diretriz da eficácia.⁴⁴⁸

Mas, registra-se, que a releitura liberal igualitária da igualdade pode oferecer ainda mais contribuições, quer seja ensejando uma interpretação que enfatize sua compatibilidade com a idéia de liberdade, quer seja conduzindo a uma compreensão da igualdade no campo sanitário que implique a defesa da “igualdade de recursos” e não da “igualdade de resultados”. Explico-me.

Como apontado por Amartya, toda teoria normativa recente da justiça social advoga alguma forma de igualdade de algo que é considerado particularmente especial. As teorias podem ser inteiramente diversas (focando em igual liberdade, igualação de renda, igual tratamento e respeito, igual poder político ou iguais utilidades) e podem chocar-se entre si, mas, ainda assim, terão a característica comum de se preocupar com a igualdade de alguma coisa. De forma bem simplificada podemos dizer que a *igualdade de resultado* prega a ação estatal no sentido de igualar as necessidades, o bem-estar, as utilidades individuais ou qualquer outra variante da felicidade, ou seja, as mencionadas teorias pregam a intervenção estatal sempre que as consequências finais das ações dos indivíduos apresentarem resultados desiguais, importando, para tanto, observar a efetiva realização ou não de seu projeto de vida (quer sejam esses fins medidos em bem-estar, utilidade ou felicidade).

No campo dos direitos sociais⁴⁴⁹ e, especificamente, no campo da saúde, é muito comum encontrar manifestações que se aproximam dessa visão de igualdade de resultados, pregando que a integralidade do direito à saúde implica a obrigação estatal de atender às necessidades sanitárias e médicas dos indivíduos.⁴⁵⁰ Nesse ponto, as críticas gerais à igualdade de resultado servem para infirmar as premissas dos defensores da igualdade de

⁴⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Op. cit. p. 16.

⁴⁴⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 123 ss. (Capítulo V – Das necessidades básicas ao direito ao mínimo existencial).

⁴⁵⁰ “O impulso igualitário do princípio do resgate afirma que a assistência médica deve ser distribuída segundo a necessidade. Mas o que isso significa? Como avaliar a necessidade? Será que alguém “necessita” de uma operação que talvez lhe salve a vida, mas haja poucas probabilidades de isso acontecer? A necessidade de um tratamento que salve a vida de uma pessoa deve sofrer interferência da qualidade que sua vida teria se o tratamento tivesse êxito? A idade do paciente importa? Será que uma pessoa de 70 anos precisa ou merece menos o tratamento do que uma pessoa mais jovem? Por quê? Como devemos equilibrar as necessidades de que muitas pessoas têm de alívio para o sofrimento ou incapacidade, com a necessidade de tratamentos que salvariam a vida de um número menor de pessoas? Em certa ocasião as instruções de um comitê de Oregon queriam definir prioridades médicas que preferissem obturações dentais a apendicectomia, porque é possível obturar dentes pelo preço de uma obturação. Por que isso era um erro tão flagrante?” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Op. cit., p. 436)

necessidades no campo sanitário, a saber: i) a igualdade de resultados fere a idéia de imparcialidade e por isso se afigura perfeccionista, uma vez que entende o justo como a maximização de algum conceito de bem (utilidade) previamente definido (prazer, felicidade, satisfação das preferências informadas), ou, em outras palavras, incentiva a intervenção estatal para a promoção de alguns cursos de ações individuais considerados como “vida boa”; ii) a igualdade de resultados é paternalista e incentiva a irresponsabilidade pessoal uma vez que definido qual o resultado socialmente desejado, a coletividade deve se responsabilizar pelas escolhas de vida imprudentes daqueles que não contribuem para o bom funcionamento da sociedade; iii) por fim, a igualdade de resultado, assim como o utilitarismo, peca por considerar as necessidades externas dos indivíduos, não levantando barreiras contra as preferências egoístas e os gostos dispendiosos dos indivíduos; iv) a igualdade de resultados ignora o problema da escassez, fato reconhecido até mesmo pelos seus defensores.⁴⁵¹

Por tudo isso se faz mais interessante adotar uma concepção de igualdade de meios, dentre a qual se insere a “igualdade de recursos”, lapidarmente defendida por Dworkin no campo da saúde.⁴⁵² A igualdade de recursos seria capaz de corrigir todos os vícios mencionados acima a respeito da igualdade de resultados. Primeiramente não seria perfeccionista e respeitaria a imparcialidade em relação às diversas concepções de vida boa espalhadas dentre os diversos grupos sociais, na medida em que não se preocuparia em fomentar fins, mas apenas oferecer meios polivalentes necessários para que cada um buscasse realizar seus planos de vida (quaisquer que fossem eles). Em segundo lugar, a igualdade liberal não seria paternalista, de modo que se apresentaria insensível aos dotes naturais, mas sensível à ambição pessoal, ou seja, consideraria ilegítimas desigualdades que advêm de fatores moralmente arbitrários (como o talento e o nascimento) e legítimas aquelas decorrentes da diversa disposição individual para lograr sucesso pessoal. Por fim, a igualdade de recursos incentiva a responsabilidade pessoal, não considerando as necessidades (ainda mais as ilegítimas) como parâmetro distributivo, mas limitando-as pela divisão inicial dos quinhões distribuídos.

⁴⁵¹ O mais conhecido defensor da igualdade de necessidades foi Marx, que formulou o seguinte critério distributivo: “A cada um de acordo com suas necessidades”. Cf. MARX, Karl. *Crítica del Programa de Gotha*. Moscú: Editorial Progreso, 1979.

⁴⁵² Outra conhecida interpretação da igualdade liberal é a igualdade de bens primários de Rawls, instrumental teórico para operacionalizar os princípios da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença. Há uma interessante crítica à igualdade de meios em geral e da igualdade de bens primários em particular, realizada por Amartya Sen. Segundo ele a igualdade de meios seria insuficiente porque diferentes pessoas possuem diferentes capacidades para transformar meios em realizações, motivo pelo qual o foco informacional de uma teoria igualitária deveria ser as capacidades individuais. Sobre a igualdade capacitária vale conferir SEN, Amartya Kumar. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

Dworkin defendeu a aplicação da idéia de igualdade de recursos no campo sanitário através do modelo de “seguro prudente e responsável”. A propósito do modelo, é relevante destacar que se trata de uma proposta teórica, cuja aplicação é vocacionada para inspirar a realização de políticas públicas no campo sanitário, oferecendo parâmetros capazes de definir até que ponto será legítima a desatenção sanitária do Estado, ou, em outras palavras, diante da escassez de recursos, qual seria o nível adequado de alocação de recursos públicos para a satisfação das necessidades sanitárias individuais dos cidadãos. Por isso é preciso tomar cuidado para não transportar o raciocínio dworkiano para o campo jurídico e inferir dali qualquer menção do mestre norte-americano à judiciabilidade daquilo que constituísse o piso de atenção médica. Dworkin nunca falou isso e, ao contrário, se mostrou extremamente cético sobre a possibilidade de controle judicial dos direitos sociais, tese com a qual não concordamos.⁴⁵³

A primeira parte do raciocínio contrafático de Dworkin é desenvolvida por meio do recurso à figura dos naufragos presos em uma ilha deserta. Neste contexto Dworkin propõe a realização de um *leilão*, para o qual todos os habitantes da ilha concorreriam com o mesmo número de conchas (igualdade de recursos), cujo poder aquisitivo permitiria adquirir os bens leiloados. O objetivo desta construção inicial é forjar um modelo que torne os indivíduos imunes às influências de circunstâncias naturais imerecidas (insensível à dotação natural) e, por sua vez, responsáveis por suas preferências e ambições. Desta forma, realizar-se-ia o leilão e cada sujeito adquiriria o conjunto de bens que mais satisfizesse suas preferências, aplicando-se, para tanto, o teste da inveja: a igualdade seria perfeita quando nenhum membro da comunidade invejasse o conjunto total de recursos que estivesse sob o controle de qualquer dos membros, ainda que a felicidade que obtenham com eles possa não ser a mesma. O mecanismo do leilão tem como objetivo proporcionar um critério para avaliar até que ponto a distribuição real, independentemente de como se desenvolveu, se aproxima da igualdade de recursos em um dado momento.⁴⁵⁴

A segunda parte do raciocínio de Dworkin envolve a contratação das *apólices de seguro*, que nada mais é do que o mecanismo teórico compensatório responsável por mitigar,

⁴⁵³ Sobre o tema vale conferir o ensinamento de Sarmiento: “... quando Ronald Dworkin esteve no Brasil no ano de 2006, em pelo menos três palestras que proferiu (em São Paulo no CEBRAP, e no Rio de Janeiro, nos auditórios da Procuradoria-Geral do Município e da EMRJ), ele manifestou o seu ceticismo sobre a viabilidade da tutela judicial dos direitos sociais.” (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. Op. cit., p. 581)

⁴⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Op. cit., p.81.

na maior medida do possível, as desigualdades, dentre os habitantes da ilha, geradas pela sorte e pelas qualidades naturais. Nas palavras de Dworkin: “*o esquema do seguro que tem como principal objetivo compensar as diferenças moralmente arbitrárias que influenciariam na capacidade dos sujeitos de tirarem proveito de seu quinhão distributivo.*” Desta forma, o seguro buscaria imunizar as diferenças de renda e riqueza provocadas por fatores moralmente arbitrários, de modo que estariam protegidas aquelas circunstâncias decorrentes da *sorte bruta*, mas não aquelas originárias da *sorte por opção*.⁴⁵⁵

O raciocínio contrafático de Dworkin se complementa quando propõe que o conjunto de infortúnios decorrentes da sorte bruta a serem segurados deveriam ser definidos por meio do recurso a um mercado hipotético de seguros compulsórios para todos a preço fixo, conforme as especulações sobre o que um imigrante normal compraria, se os riscos antecedentes das diversas deficiências tivessem sido os mesmos. Desta forma *cada pessoa compraria o seguro naquele nível, e compensaria os que viessem a ter deficiência com uma espécie de fundo gerado pelos prêmios se as possibilidades fossem iguais. Os que viessem a se tornar portadores de deficiências teriam mais recursos à mão do que os outros, mas a extensão de seus recursos extras será definida pelas decisões de mercado que as pessoas teriam supostamente tomado se as circunstâncias tivessem sido mais igualitárias do que são.*”⁴⁵⁶ Essa é uma forma de definir democraticamente o nível de seguro segundo a vontade dos próprios segurados que, em situação de imparcialidade, deveriam escolher a proteção.

Uma vez compreendida a lógica geral da igualdade de recursos de Dworkin, fica mais simples entender sua aplicação no campo da saúde. O modelo do seguro prudente e responsável se opõe ao modelo do resgate e, reconhecendo a escassez de recursos, propugna uma forma de se definir a partir de que ponto não seria mais legítimo que o indivíduo reclamasse da coletividade a prestação gratuita de algum bem ou serviço de saúde. A lógica seria a seguinte: “não reclame do Estado o que você mesmo não teria previsto.” Desta forma, Dworkin remonta a imagem da ilha e pressupõe algumas pré-condições, quais sejam: i)

⁴⁵⁵ A primeira diz respeito a resultados de apostas deliberadas e calculadas – isto é, a ganhos e perdas de alguém que aceita um risco isolado que devia ter previsto e poderia ter recusado –, ao passo que a segunda diz respeito ao resultado de riscos que não são apostas deliberadas. Exemplificando, Dworkin afirma que “*se eu comprar uma ação na bolsa e ela subir, então minha sorte por opção vai bem. Se eu for atingido por um meteorito cujo curso não fora previsto, meu azar é bruto*”. Fundamental destacar que o esquema do seguro é um elo entre a sorte bruta e a sorte por opção, tornando a diferenciação entre ela uma questão de grau. “*A decisão de comprar ou rejeitar o seguro contra catástrofes é uma aposta calculada... Quem compra seguro médico e é atingido por um meteorito inesperado continua sofrendo de azar bruto, pois está em situação pior do que se tivesse comprado o seguro e não precisasse dele. Mas essa pessoa tem mais sorte por opção do que se não tivesse comprado o seguro, porque sua situação é melhor por não ter feito a aposta por recusar o seguro*” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Op. cit., p.92)

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Op. cit., p.97.

divisão igual dos recursos; ii) distribuição simétrica de informação médica (consequências das distintas patologias, meios preventivos e o valor efetivo dos distintos tratamentos sanitários) entre os profissionais de saúde e os possíveis pacientes; iii) ignorância geral sobre as predisposições pessoais de desenvolver enfermidades. Respeitados os pressupostos deveria ser aberto o leilão e qualquer que fosse a quantidade de recursos e a forma de distribuição da proteção, elas seriam justas. Dito de outra maneira: uma distribuição justa seria aquela que uma pessoa bem informada escolhesse para si, mediante escolha individual, supondo-se que o sistema econômico e a distribuição da riqueza social na comunidade fossem justos.⁴⁵⁷

A consequência prática mais imediata da teoria é justificar o porquê da não cobertura de algumas doenças. Seria racional que um jovem de 25 anos, com saúde normal, boas perspectivas, recursos limitados e conhecimentos a respeito dos riscos médicos escolhesse um plano de saúde que cobrisse todo e qualquer infortúnio, inclusive garantindo a manutenção das funções vitais caso o sujeito caísse em um estado vegetativo persistente? A resposta é negativa, pois a quantia substancial que precisaria ser paga em prêmio, ano a após ano, para garantir a cobertura seria melhor empregada de outras maneiras capazes de melhorar sua vida consciente e real. O mesmo raciocínio poderia ser estendido para os casos de demências severas e mal de Alzheimer: não seria prudente pagar prêmios altíssimos, que garantissem intervenções médicas de alto custo (diálise renal, transplante de órgãos), perdendo a oportunidade de utilizar os recursos para fazer com que a vida valha à pena antes de infligido pelos referidos males. Isso, contudo, não importa desconsiderar a possibilidade de contratar cobertura que oferecesse internação em condições adequadas de conforto e dignidade.

Em resumo, o modelo do seguro prudente como ideal de justiça no campo da assistência médica aceita certos limites à integralidade, não como forma de transigência à justiça, mas como uma exigência dela, compreendida a partir da igualdade de recursos. Desta forma, abriria mão de tratamentos heróicos e de valor improvável quando realizados em detrimento de benefícios mais certos como a educação, a moradia, e a segurança econômica. Às perguntas sobre quanto uma nação deve gastar em saúde e sobre quais os eventos que deveriam ser cobertos, responde afirmando que devemos gastar, coletivamente, aquilo que o

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Op. cit., p. 440.

indivíduo gastaria com a própria assistência; e que devemos usar a despesa agregada para garantir que tenhamos todos, individualmente, o que aquelas pessoas teriam.⁴⁵⁸

A descrição acima demonstra a segunda característica importante da igualdade concebida sob o prisma do liberalismo igualitário, qual seja, seu *caráter “suficientista”*. Aplicando o pensamento liberal igualitário no campo sanitário é possível perceber que seus defensores justificariam a intervenção do Estado nesses assuntos em função da necessidade de promover as condições necessárias para o exercício das liberdades individuais, permitindo, desta forma, que o sujeito, uma vez livre dos males das doenças, possa definir os fins de sua existência e escolher os melhores meios de promovê-los. Uma vez alcançado um certo nível de riqueza, satisfação de preferências, bem-estar, garantindo-se aquilo que genericamente se considera valioso (podemos falar aqui de um *mínimo existencial sanitário*), cessariam as obrigações coletivas para com aqueles que estavam abaixo da condição de autodeterminação.⁴⁵⁹ Nas palavras de Rawls: “*A força da exigência de assistência médica está ligada à manutenção de nossa capacidade para sermos membros normais da sociedade e ao restabelecimento dessa capacidade quando cai abaixo de um mínimo requerido.*”⁴⁶⁰

Dentro da perspectiva liberal igualitária o direito à saúde poderia também ser fundamentado no princípio da *igualdade equitativa de oportunidades*, complementado pelo *princípio da diferença*. No primeiro caso o sistema de saúde teria como objetivo neutralizar as diferenças moralmente injustificáveis decorrentes do nosso ponto de partida na sociedade (*e.g.* permitir que tanto quem nasça em uma família rica quanto quem nasça em uma família pobre tenha a mesma oportunidade de acessar os serviços e ações sanitárias disponíveis), ao passo que no segundo buscar-se-ia mitigar as diferenças decorrentes dos talentos naturais intrínsecos a cada um (subordinando qualquer desigualdade sanitária ao aumento proporcional dos benefícios dos menos favorecidos). Tudo isso parte da controversa premissa Rawlsiana da “*loteria natural*”, qual seja, a de que não merecemos o lugar que temos na distribuição de dons naturais e talentos, como tampouco nossa posição inicial na sociedade, motivo pelo qual haveria um acervo comum de talentos, cujos resultados precisariam ser repartidos equitativamente.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. *Op. cit.*, p. 446.

⁴⁵⁹ LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. *Op. cit.*, p. 127.

⁴⁶⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 230-231.

⁴⁶¹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. *Op. cit.*, p. 78.

Rawls não foi tão longe a ponto de operacionalizar seus conceitos abstratos no campo da saúde, missão que foi implementada por Norman Daniels, cuja célebre teoria da justiça distributiva sanitária possui assumida inspiração rawlsiana a partir do princípio da igualdade equitativa de oportunidades.⁴⁶² Para ele a satisfação de necessidades básicas e intermediárias seriam condições necessárias, ainda que não suficientes, para o desenvolvimento da autonomia crítica (capacidade de participar criticamente da vida social, levando a cabo o plano de vida escolhido). Esta construção de uma vida humana relativamente completa requereria quatro tipos genéricos de “funções primárias”: função biológica (bom funcionamento dos órgãos); função física (capacidade ambulatoria); função social (capacidade de comunicação) e função mental (variedade de capacidades emocionais e de raciocínio). Para além destas funções primárias haveria as “preferências sanitárias”. Um Estado legítimo somente deveria garantir de forma universal as funções primárias, deixando a cargo dos indivíduos a satisfação de suas preferências sanitárias. Menciona-se, ainda, que para chegar à definição do que seriam as funções primárias, Daniels se utiliza do conceito de “funcionamento típico da espécie”: as necessidades atribuíveis a todos os indivíduos devem ser aquelas que contribuam para a manutenção do funcionamento típico da espécie, ou, alternativamente, reduzam o nível de oportunidades abertas aos seres humanos para construir e alcançar seus planos de vida e sua própria concepção de bem.⁴⁶³

Alguns exemplos citados por Daniels deixam a discussão um pouco mais palpável. Segundo ele, estariam excluídos da obrigação estatal os procedimentos de melhora, motivo pelo qual não deveriam ser universalizadas cirurgia plástica daqueles que alegam precisar ser mais belos para melhor êxito social.⁴⁶⁴ Na mesma linha não se deveriam universalizar tratamentos de infertilidade nem de interrupção da gravidez.

Da simples exposição do fragmento das idéias de Daniels já é possível se perceber que no núcleo do pensamento do liberalismo igualitário existe uma visão binária entre um conjunto de necessidades sanitárias básicas (que deveriam ser fornecidas pelo Estado) e um

⁴⁶² “Em função da satisfação de certas necessidades sanitárias terem um efeito determinante na distribuição de oportunidades, as instituições sanitárias encarregadas de sua distribuição deverão estar regidas pelo princípio da igualdade de oportunidades.” (DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 42.)

⁴⁶³ DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. *Op. cit.*, p. 48.

⁴⁶⁴ Daniels menciona que seria preciso analisar as razões da intervenção plástica. Caso estivéssemos tratando de uma cirurgia daquelas mulheres que sofreram mastectomia o tratamento se justificaria.

conjunto de necessidades sanitárias supérfluas (que deveriam ficar sob a inteira responsabilidade dos indivíduos). Daí decorre a incansável tentativa de se encontrar, a partir de princípios universalizáveis, o que estaria inserido neste nível de proteção sanitária básica, ou, em outras palavras, o que constituiria o mínimo existencial sanitário.

A OMS, trilhando a mesma lógica “suficientista”, buscou oferecer algumas diretrizes sobre o que constituiria a assistência sanitária básica, oportunidade em que elencou as seguintes obrigações estatais:

- a) Saúde materno-infantil:
 - a.1) métodos de planejamento familiar;
 - a.2) imunização contra enfermidades infecciosas mais comuns;
 - a.3) tratamento adequado contra enfermidades e lesões maternas mais comuns;
 - a.4) provisão de medicamentos essenciais
- b) Condições sanitárias subjacentes:
 - b.1) educação necessária para prevenir e controlar as enfermidades mais comuns;
 - b.2) promoção de uma adequada nutrição e de suplementos alimentares;
 - b.3) oferecimento de água potável e higiene básica.⁴⁶⁵

Também o Comitê de Direitos econômicos, sociais e culturais da ONU estabeleceu o conteúdo mínimo essencial das obrigações estatais no setor da saúde, quais sejam:

- (a) Garantir o direito de acesso aos insumos, bens e serviços em bases não discriminatórias, especialmente para os grupos vulneráveis e marginalizados;
- (b) Garantir acesso ao mínimo essencial de alimentação nutricionalmente adequado e seguro, de modo a garantir a liberdade contra a fome a todos;
- (c) Garantir acesso a abrigos básicos, moradias e saneamento básico, e também o fornecimento seguro de água potável;
- (d) Prover remédios essenciais de acordo com o Programa de ação sobre medicamentos essenciais da OMS
- (e) Garantir a distribuição equitativa de insumos, bens e serviços sanitários;
- (f) Adotar e implementar um planejamento nacional estratégico no da saúde, na base das evidências epidemiológicas, cobrindo as necessidades sanitárias de toda a população; as estratégias devem ser divididas e periodicamente revisadas, na base de um processo transparente e participativo; eles devem incluir métodos que permitam vigiar estreitamente os progressos realizados; o processo mediante o qual se concebe a estratégia e o plano de ação,

⁴⁶⁵ LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva. Op. cit.*, p. 182.

assim como o conteúdo de ambos, deverá prestar especial atenção a todos os grupos vulneráveis ou marginalizados.⁴⁶⁶

No Brasil, a posição de Ricardo Lobo Torres é certamente a visão mais coerente dentro de uma perspectiva liberal igualitária, defendendo o autor que somente integrariam o mínimo existencial as ações de saúde preventivas, como as campanhas de vacinação, a erradicação de doenças endêmicas e o combate às epidemias, excluído, portanto, a medicina curativa e o atendimento nos hospitais públicos, que deveriam ser remunerados por meio do pagamento das contribuições ao sistema de seguridade, exceto quando se tratasse de indigentes e pobres.⁴⁶⁷

Na mesma linha Ana Paula de Barcellos, após definir qual seria o conteúdo do mínimo existencial, defendeu que apenas integrariam o mínimo existencial sanitário as prestações classificadas como de saúde básica, que seriam aquelas de que todos os indivíduos necessitam (e.g.: atendimento no parto e acompanhamento pós-natal), necessitam (e.g.: saneamento básico e atendimento preventivo) ou provavelmente necessitarão (e.g.: acompanhamento de doenças típicas da terceira idade), servindo como parâmetro de balizamento os modelos de planos básicos de saúde previstos no art. 12 da Lei 9.656/98.

Dentre os recentes esforços neste sentido, vale mencionar a proposta de Fábio de Oliveira, defendida em sua dissertação de Mestrado apresentada no âmbito da Pós-Graduação da UERJ, para quem o mínimo existencial sanitário seria constituído de um 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.⁴⁶⁸

A aplicação desse caráter suficientista ou, como prefere Ricardo Lobo, a redução da jusfundamentalidade dos direitos sociais ao mínimo existencial encontra uma série de

⁴⁶⁶ U.N Doc. E/C. 12/2000/4. Observação Geral n. 14 “O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde”. Disponível em : <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/34/PDF/G0043934.pdf?OpenElement>>.

⁴⁶⁷ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. *Op. cit.*, p. 245

⁴⁶⁸ SILVA, Fábio de Souza. *Tutela judicial do direito à saúde*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 142.

dificuldades no contexto brasileiro, principalmente quando se analisa a tentativa de reduzir a fundamentalidade do direito à saúde apenas às ações de medicina preventiva, o que parece agredir frontalmente o princípio da integralidade e ir de encontro à pretensão manifestada na VIII Conferência Nacional de Saúde, que tanto influenciou a Constituição de 1988. Esse é um grande problema, mas não é o maior.

A grande dificuldade de operacionalização das teorias liberais igualitárias no campo da saúde se relaciona com o problema de se delimitar o que seria o mínimo existencial sanitário. De todas as idéias acima expostas verifica-se que ou a teoria é tão abstrata que se afigura de pouca operacionalidade para oferecer parâmetros concretos ou que, quando preza pela maior concretude, oferece um conceito de mínimo sanitário sob o qual repousa pouco consenso científico ou moral. No contexto brasileiro tudo isso gera problemas graves na medida em que se atribui ao mínimo existencial – mesmo sem saber o que o constitui – um regime jurídico diferenciado que não estaria limitado pela reserva do possível, não necessitaria de complementação legislativa e teria aplicabilidade imediata, tudo isso aliado a um quadro em que se compreende o Judiciário como a última palavra messiânica na defesa dos direitos e na definição da razoabilidade das complexas decisões alocativas realizadas pelos administradores.

Essa explicação não nos parece adequada, pois subestima o dissenso (não só moral, mas também científico) em sociedades pluralistas e amesquinha a importância das opções alocativas dos agentes do setor de saúde (com maior expertise e visão mais ampla do processo), terminando por, no final das contas, transformar em mínimo existencial aquilo que o juiz bem intencionado entende como tal, postura que favorece o subjetivismo e o “achismo”.

Como bem observou Gustavo Amaral não há uma relação binária entre mínimo existencial sanitário e não-mínimo-existencial-sanitário, mas uma gradualidade entre situações que indiscutivelmente não podem deixar de ser atendidas por qualquer sociedade descente, passando por uma zona de penumbra, até chegar a uma área de futilidade médica na qual não mais haverá dúvidas sobre a impossibilidade de fornecimento estatal.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ “...sem dúvida que para a posição desses autores, perto do início da reta acima a prestação é exigível, ao passo que na extremidade oposta já não é. Mas como saber em que ponto se está? Como associar um resultado binário, exigível x não-exigível a um gradualismo? O resultado desse confronto nos parece ser a abertura de um enorme campo para o

É exatamente neste ponto, quando acabam os argumentos dos adeptos do liberalismo igualitário e as suas contribuições tendem a ser amesquinhas pelos vícios, que se deve inserir o parâmetro procedimental, que minimiza a angústia da dificuldade de se definir o que constitui o mínimo existencial e, sem negar sua importante função heurística⁴⁷⁰, oferece mecanismos mais democráticos de se conviver com o dissenso e com limites da razão.

3.6. Direito à saúde e democracia deliberativa: aspectos procedimentais e a diretriz da participação da comunidade.

A tão explorada dualidade entre substancialistas e procedimentalistas é um falso problema, pois não há forma sem substância nem substância sem forma. As ditas teorias morais substancialistas se utilizam de procedimentos para determinar seus axiomas, assim como teorias morais ditas procedimentalistas pressupõem elementos substanciais para propugnar alguma forma de consenso sobre os procedimentos. O problema aqui não é de tudo ou nada, mas de grau.⁴⁷¹

Quando falamos que no limiar do dissenso sobre a substância do mínimo existencial sanitário deve ser inserido um parâmetro procedimental estamos enfatizando mais uma vez a harmonia virtuosa entre forma e substância, reafirmando o não relativismo das idéias desenvolvidas e, por fim, propondo a inserção de elementos procedimentais como instrumentos complementares às teorias liberais igualitárias, especificamente no que toca ao mínimo existencial sanitário. No momento que o liberalismo igualitário não consegue especificar com precisão quais os infortúnios seriam cobertos pelo mínimo existencial, nem mesmo a ordem de preferência entre eles, o parâmetro procedimental deve conduzir o raciocínio, nem que seja apenas para por em cheque as certezas individuais dos voluntaristas

subjetivismo, ou mesmo para o 'achismo'." (AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Op. cit., p. 214).

⁴⁷⁰ É importante enfatizar a importante função heurística e antirrelativista do conceito de mínimo existencial (assim como de categorias metodológicas como "essência dos direitos fundamentais") já que sempre nos recorda que o indivíduo é dotado de liberdades básicas que não podem ser violadas em hipótese alguma, ainda que a definição concreta do que sejam essas liberdades e a melhor forma de compatibilizá-las entre si não configure uma tarefa tão simples. A despeito disso, permanece sua utilidade para a definição dos casos mais simples.

⁴⁷¹ "Diferentes teorias da democracia divergem em relação aos ingredientes formais e substantivos desse regime. Algumas simplificaram este dilema e optaram por um dos lados. Outras tentaram mesclar ambos os elementos: 'procedimentalistas' que não abrem mão de alguma substância e 'substantivistas', como Dworkin, que não abdicam de algum procedimento." (HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 28/29.)

que enxergam a Constituição como espelho e o mínimo existencial como o reflexo de suas necessidades pessoais.

É bem verdade que afirmar isso não é nenhuma grande novidade, e, mesmo em se admitindo um parâmetro procedimental para complementar a substancia liberal igualitária, haveria sempre o problema de definir até que ponto uma dimensão prevaleceria sobre a outra. Colocando de uma forma mais ilustrativa: seria desejável favorecer pequenos benefícios médicos para 10 pessoas ou salvar a vida de uma? Essa opção alocativa seria aberta à deliberação ou constituiria uma demanda de justiça priorizar a situação de urgência?

Essa resposta certamente não é tão simples. Mas, diferentemente do que a doutrina majoritária defende, parece-nos que perceber a desnecessidade e a indesejabilidade de definir, *a priori*, uma ordenação completa de necessidades sanitárias protegidas pelo Estado, assim como as ordens de preferências entre elas, é uma reflexão com um certo nível de originalidade, capaz de conduzir a uma correção da pauta de estudos sobre o tema e contribuir para o resgate da questão institucional, qual seja: questionar não apenas o conteúdo do mínimo existencial sanitário, mas quem define quando sua lógica deverá prevalecer sobre os argumentos de maximização de bem-estar geral.⁴⁷² Como dito por Ruger, em uma sociedade liberal e democrática é importante perceber a essencial conexão entre o exercício dos direitos fundamentais e a participação política nas decisões efetivas sobre políticas públicas.⁴⁷³

Dito isso, é preciso enfatizar a necessidade de que um modelo que integre princípios substantivos e procedimentais dê especial atenção a quatro variáveis, a saber: i) valorizar o conhecimento científico da medicina, ii) fomentar a deliberação nos espaços decisórios; iii) respeitar as leis que regem a matéria e iv) atentar para os limites morais do resultado da deliberação. Tudo isso integra um conceito maior relacionado com a idéia de “*governança de saúde compartilhada*” (*shared health governance*): trata-se de um paradigma no qual indivíduos, fornecedores e instituições trabalham conjuntamente para “empoderar” (*to empower*) os indivíduos e criar um ambiente capaz de permitir que todos sejam saudáveis. O modelo contrasta com a noção de que as decisões alocativas sobre os recursos sanitários

⁴⁷² “The moral controversy that surrounds the creation of winners and losers in resources allocation decisions results in a legitimacy problem: Under what conditions do decision makers have the moral authority to the limits they impose? To solve this legitimacy problem and to answer the third Focal Question, we must supplement general principles of justice with a fair process for setting limits. Such a process holds decision makers accountable for the reasonableness of the limits they set.” (DANIELS, Norman. *Just health*. *Op. cit.*, p. 103.)

⁴⁷³ RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. *Op. cit.*, p. 76.

devessem ser feitas a sós pelos consumidores, pelos médicos ou pelos burocratas governamentais, que decidiriam somente por meio da análise de algoritmos, por meio de análises de custo-benefício ou, ainda, por meio de regras procedimentais pré-estabelecidas.⁴⁷⁴

Podemos analisar com mais detalhes o aspecto procedimental do direito à saúde tomando como roteiro as quatro variáveis acima mencionadas. A *valorização do conhecimento científico da medicina* remete aos conceitos de *adequação médica* e *necessidade médica*, noções essenciais para servirem como parâmetro no processo de tomada de decisões coletivas sobre as questões envolvendo o direito à saúde. A valorização do conhecimento científico refuta a tese de que a medicina é mais arte do que ciência e defende o estabelecimento de protocolos clínicos baseados na medicina de evidência, conceito que busca integrar as melhores evidências disponíveis com *inputs* dos pacientes para oferecer políticas de saúde e serviços de saúde padronizados, de modo a promover níveis ótimos de assistência para os indivíduos. Médicos, empresas médicas, indivíduos, cientistas e pesquisadores devem se envolver no desenvolvimento dessas padronizações.⁴⁷⁵

Frisa-se, contudo, que a valorização do conhecimento científico não deve excluir formas alternativas de medicina, muito menos criar a ilusão do monopólio do saber médico nos assuntos de saúde e doença. O conhecimento científico deve ser construído em um processo que integra *inputs* de todos os agentes envolvidos, valorizando sim o conhecimento especializado dos profissionais da área de saúde sobre questões como benefícios de tratamentos, riscos e custos, mas não deve desprezar a voz dos pacientes diretamente afetados, cuja participação no processo tem como ponto positivo não apenas tornar os serviços mais sensíveis às demandas, mas também contribuir para a formação de uma consciência sanitária individual (*health agency*). Tudo isso parece ser capaz de fomentar um procedimento capaz de oferecer melhores respostas, equilibrando a racionalidade técnica com a racionalidade ética e permitindo a tomada de decisões trágicas de forma mais racional e legítima.⁴⁷⁶

⁴⁷⁴ RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. *Op. cit.*, p. 173.

⁴⁷⁵ RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. *Op. cit.*, p. 178.

⁴⁷⁶ RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. *Op. cit.*, p. 178. Ruger cita o importante papel da medicina baseada em evidência para a construção do conceito de “futilidade médica”. Segundo ela há forte consenso científico sobre a legitimidade de se racionar recursos e, desta forma, não oferecer tratamento para pacientes com doenças terminais que apresentem alguma das três condições: danos cerebrais severos e irreversíveis; ii) falha generalizada de órgãos; iii) metástase cancerígena que não mais reage à quimioterapia ou radiação.

No Brasil, a valorização da medicina baseada em evidência no campo da saúde já não representa nenhuma novidade. O interessante é notar que desde a Audiência Pública sobre a saúde promovida pelo STF, o ramo jurídico salutarmente se abriu a este tipo de racionalidade, firmando-se o entendimento de que, em geral, dever-se-á privilegiar o tratamento fornecido pelo SUS constante dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Uma vez comprovadas a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente, é possível que o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, forneçam prestações de saúde a determinadas pessoas que, por razões específicas do seu organismo, comprovem que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Também será sempre possível que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS sejam questionados.⁴⁷⁷ Tal entendimento representa um avanço, mas é preciso refiná-lo, missão que desenvolveremos no próximo capítulo.

A segunda variável acima mencionada e relacionada com a ideia de governança de saúde compartilhada é a do *fomento à deliberação nos espaços decisórios*. O primeiro e mais evidente benefício desta característica se relaciona com a capacidade de tornar as decisões sobre políticas públicas sanitárias mais sensíveis às demandas da população, à medida que se aumenta a participação dos representantes dos segmentos populares nos órgãos colegiados de deliberação. A Constituição expressamente previu como uma das diretrizes do SUS a participação da comunidade (art. 198, II, CF), fato que representa mais do que instrumento de democracia deliberativa, mas sim de democracia participativa, que garante à população espaço direto na formulação, implementação, gestão e controle das políticas públicas, afastando práticas paternalistas e desenvolvendo o senso de responsabilidade comum.⁴⁷⁸

O segundo benefício decorrente do fomento à deliberação nos espaços decisórios se relaciona com a crença no potencial epistêmico da deliberação democrática, ou seja, de que o resultado do procedimento decisório será tanto melhor quanto mais qualificada for a interação. O modelo defendido aposta na capacidade de deliberação dos ramos majoritários e acredita que a troca de razões por pessoas com diferentes informações e perspectivas é bem vinda em sociedades pluralistas, podendo contribuir para converter aqueles pontos de vistas substantivamente equivocados em melhores opiniões, fortalecendo aquilo que Ruger chama

⁴⁷⁷ STF, STA 244/PR, DJ 21-10-2008, Decisão monocrática do Presidente Min. Gilmar Mendes.

⁴⁷⁸ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 171.

de consciência sanitária (*health agency*). Por isso é possível dizer que a deliberação além de uma importância finalística (relacionada com a melhoria dos serviços de saúde) possui uma dimensão constitutiva da autonomia sanitária dos sujeitos que nela participam.⁴⁷⁹

Se, como dito acima, uma das importantes vertentes da idéia de governança sanitária compartilhada é a *do respeito às leis que regem a matéria*, é preciso ressaltar o pródigo tratamento da participação da comunidade estabelecido pelo constituinte e pelo legislador ordinário. A participação da comunidade foi referida pela Lei 8.080/90 (art. 7º, inc. VIII) e pela Lei 8.142/90, consagrando-se duas instâncias em cada nível de governo para a participação popular.

A primeira instância a ser mencionada é a *Conferência de Saúde* que se reúne a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, pelo Conselho de Saúde. A outra instância é o *Conselho de Saúde*, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, que funcionará em caráter permanente e deliberativo, atuando na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Importante mencionar que de acordo com a Lei 8.142/90 o Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde, bem como que a representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

As mencionadas instâncias de participação popular no SUS configuram um importante mecanismo de controle e fiscalização da ação dos gestores, principalmente no que toca à aplicação dos escassos recursos destinados ao orçamento da saúde. Para garantir a

⁴⁷⁹ “Participatory decision-making has a constructive role in health, because a critical understand of health and social needs requires interactive discussion exchange among participants at the individual and the collective level. Health agency is important for health policy because it gives members of the public their rightful role in collective choice, but it also holds a especial place for individual’s responsibility both in terms of their own behavior and in terms of decisions made on behalf of and that impact society.” (RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. Op. cit., p. 174)

transparência e o controle social, a mencionada lei ainda estipulou a obrigatoriedade de todos os integrantes do sistema disporem de um *Fundo de Saúde* e um *Plano de Saúde*.

Os *planos de saúde* (locais, estaduais e federal) deverão ser elaborados com base nas diretrizes estabelecidas pelo Conselho Nacional de Saúde⁴⁸⁰ e afiguram-se como os instrumentos legais nos quais deverão ser compatibilizadas as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos. Inserem-se, portanto, em um processo de planejamento orçamentário do SUS de caráter ascendente, que vai do nível local até o federal. Como determina a lei do SUS, os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

Importantíssimo observar ainda, que é vedada a transferência de recursos para as ações não previstas no plano de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública (art. 36, § 2º da Lei 8.080/90), assim como que a existência do plano de saúde condiciona a transferência da gestão direta dos recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) pelo gestor local do SUS, na forma estipulada pelo parágrafo único do art. 4º da Lei 8.142/90.⁴⁸¹

O *Fundo de Saúde*, por sua vez, é importante instrumento de controle social e tem por função impedir que se misturem os recursos da saúde com aqueles do caixa único do ente (contas do tesouro), e, com isso, que essas verbas acabem sendo aplicadas com outros propósitos. Como afirma Marlon Weichert, não há necessidade de serem mantidos os recursos financeiros em cota única, mas em contas bancárias distintas daquelas destinadas aos recursos do tesouro.

Por determinação constitucional os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para

⁴⁸⁰ “Lei 8.080/90, Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.”

⁴⁸¹ “Lei 8142/90, Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com: I - Fundo de Saúde; II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990; III - plano de saúde; IV - relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990; V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento; VI - Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS), previsto o prazo de dois anos para sua implantação. Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.”

a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal (Art. 77, § 3º do ADCT). A mencionada regra inserida pela EC 29/00 teve dupla virtude. De um lado reforçou o amplo poder fiscalizatório dos Conselhos de Saúde sobre a contabilidade e a gestão financeira dos fundos de saúde, podendo, inclusive, requisitar diretamente às instituições financeiras os respectivos extratos da movimentação dos recursos. De outro lado estancou dúvidas sobre a impossibilidade de que os recursos originários do próprio orçamento do ente subnacional não se submetessem a exigência de passagem pelo Fundo de Saúde, prática geralmente utilizada pelo mau gestor para dificultar a fiscalização sobre as receitas.⁴⁸²

Para finalizar este tópico cabe ainda uma última reflexão. A questão da judicialização das demandas sanitárias deve ser encarada neste quadro procedimental mais amplo, que reconhece a variedade de agentes que concorrem para a tomada de decisões no sistema de saúde brasileiro e valoriza a participação de cada um para o atingimento do resultado final. Neste processo, composto por centros decisórios fragmentados, cada espaço possui diferente expertise, opera com diferentes racionalidades e se vincula em graus diferentes às demandas substantivas, deliberativas, legais e científicas. O Ministério da Saúde têm influência decisiva na barganha política pelo aumento global dos recursos destinados ao orçamento federal da saúde e definirá as macrodecisões estratégicas do setor. O gestor local estará mais próximo dos problemas da população e será capaz de adequar as ações de saúde ao perfil epidemiológico do Estado ou do Município, definindo prioridades e tomando escolhas trágicas em um quadro de escassez. Os integrantes dos órgãos deliberativos de participação popular (Conselhos de Saúde e Conferências de Saúde) terão importante papel de adequar os serviços prestados ao perfil da demanda, contribuindo decisivamente para a formulação e fiscalização das políticas públicas, funcionando como importante mecanismo constitutivo da consciência sanitária do paciente (não mais um cliente, mas um agente de mudanças). Os médicos e enfermeiros estarão na linha de frente do atendimento e precisarão honrar o juramento de Hipócrates e zelar pelo melhor interesse do paciente. Sem abrir mão da sua autonomia funcional, deverão utilizar seus conhecimentos técnicos, respeitando os protocolos clínicos de medicina baseada em evidência e compreenderem-se como peças integrantes de um complexo mosaico de partes interligadas.

⁴⁸² WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Op. cit., p. 177.

Por tudo isso que os agentes do sistema jurídico (Ministério Público, as Defensorias Públicas os Juízes etc.) deverão ser cautelosos ao interferir nesta complexa engrenagem. Certamente não estarão fora do processo, mas serão parte integrante dele, tendo muito a contribuir quando atuarem em sinergia com o sistema de saúde. Nada obstante, admitir essa relação simbiótica pressupõe uma autocompreensão dos operadores jurídicos de seu papel de co-autores de uma narrativa mais ampla. Nesta narrativa certamente não serão (nem deverão ser) os protagonistas, conquanto pontualmente possam estrelar boas cenas.

3.7. Saúde, responsabilidade e paternalismo libertário.

Nenhuma concepção substantiva de justiça sanitária pode se forjar sem considerar a questão da responsabilidade individual. Se todos somos seres livres e iguais, a influência de nossas decisões e estilos de vida na hora de distribuir recursos sanitários deve ter algum peso, sendo moralmente injustificado limitar a liberdade daqueles que optam por estilos de vida mais perigosos ou menos saudáveis, mas, por outro lado, também incorreto transferir para toda a coletividade o peso do custeio adicional de eventuais intervenções médicas por eles necessitadas. Na melhor terminologia liberal, a necessidade de neutralidade estatal impediria proibições a pretexto de fomentar concepções de vida boa, mas também condenaria a transferência de recursos dos responsáveis para os irresponsáveis.

A questão da responsabilidade influencia tanto desde uma perspectiva da macrodistribuição de recursos sanitários, como também de uma perspectiva de microdistribuição. No primeiro caso, como já estudado anteriormente, temos o exemplo claro do pensamento de Dworkin, para quem a definição da quantidade que uma sociedade deveria gastar com a saúde equivaleria àquilo contra o que um indivíduo livre e responsável - com uma parcela inicial de recursos equitativa e dotado de informações sobre os riscos e os custos sanitários - se asseguraria, considerando os custos de oportunidade de suas decisões.

Já no segundo caso (microdistribuição), nos perguntamos se na hora de distribuir bens escassos devemos considerar o comportamento dos potenciais beneficiários ou, em outras palavras, se devemos levar em consideração o tipo de escolhas realizadas por eles no passado

que determinam as enfermidades do presente. A resposta intuitiva é positiva e confirma aquilo que Lora e Fajuri chamaram de “argumento da restauração”: se diante da necessidade de alocar recursos escassos o fator de haver desenvolvido conscientemente uma conduta arriscada, sabendo e assumindo o dito risco, não resultar decisivo, aqueles que se abstiveram do mencionado comportamento estarão custeando um estilo de vida privado e pernicioso.⁴⁸³

Imagine o seguinte exemplo mencionado por Lora e Fajuri: um motorista conduzindo seu automóvel com absoluta negligência atropela um pedestre e os dois chegam ao hospital precisando de um transplante de fígado. Considerando que só há um fígado no hospital, quem deveria recebê-lo? A resposta intuitiva é que o beneficiado deveria ser o pedestre e não o motorista, não em função da aplicação da Lei do Talião ou de sua maior urgência, mas simplesmente porque o último criou culposamente (de forma livre e conscientemente) a situação dramática de exigir que o médico escolhesse que vida salvar e qual deixar morrer.

Há diversos bons argumentos que buscam refutar o raciocínio da restauração. O primeiro é a existência de evidências empíricas que demonstram que ao invés de custar mais para o sistema de saúde, os indivíduos que possuem maus hábitos e se expõem a maiores riscos (como fumantes, consumidores habituais de álcool, praticantes de esportes radicais), de fato custam menos – o exemplo é aquele decorrente das economias ocasionadas pela desnecessidade de pagar benefícios previdenciários para os fumantes que morrem prematuramente. O segundo argumento que infirma o princípio da restauração vai na mesma linha do primeiro e defende que seria equivocado priorizar o tratamento daqueles que possuem hábitos saudáveis, uma vez que a contribuição financeira para o sistema de quem aceita maiores riscos voluntários também se dá proporcionalmente a mais (a alta carga tributária sobre bebidas e cigarros confirma o argumento).

O terceiro argumento é o mais controverso. Ele afirma que muitas das opções dos indivíduos são decisivamente influenciadas por fatores sociais, sendo difícil delimitar o que é voluntário e o que é involuntário. Por isso que a atribuição de responsabilidade não seria uma atividade mecânica, mas algo que dependeria de valorações, da análise dos fatores causais determinantes da enfermidade. O fato de ser obeso ou fumante, por exemplo, pode ser

⁴⁸³ LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva. Op. cit.*, p. 282.

causado por origens genéticas, sociais, condicionantes todos que vão muito além da livre escolha.⁴⁸⁴

Apesar de tudo isso, parece-nos que a existência de dificuldades deste tipo na definição dos fatores causais da responsabilidade não pode conduzir à equivocada conclusão de que ninguém é realmente responsável e que todos merecem exatamente o mesmo em termos de assistência sanitária, independentemente de suas escolhas ou comportamentos no passado. Deste modo, para se evitar pecar pelo excesso ou pela insuficiência é preciso ter sempre como parâmetro para a atribuição de responsabilidade o grau de autonomia e de conhecimento do indivíduo a respeito das consequências e das relações causais entre seu estilo de vida e possíveis doenças.

A idéia de fomento à autonomia dos cidadãos deve ter um peso central dentro das políticas públicas sanitárias, cujo conteúdo deve sempre favorecer aquilo que Ruger chamou de consciência sanitária (*developing health agency*), ideia que fortalece no cidadão a sensação de liberdade e da capacidade para ser agente de transformação, exigindo, em contrapartida, responsabilidade. Adotando o mencionado paradigma, os indivíduos são considerados responsáveis pelas suas escolhas, mas o *ethos* é focado menos na determinação da culpa para fins de delimitação das responsabilidades estatais, deixando as pessoas a sua conta, e mais nos esforços sociais e individuais de se criar as condições para que os indivíduos realizem boas escolhas. Numa visão de governança sanitária compartilhada, as responsabilidades são divididas entre indivíduos e estruturas sociais, mas o indivíduo estará no centro. Enquanto em um mundo ideal possa ser útil tentar atribuir as más escolhas aos indivíduos e às causas sociais, no atual estado das ciências sociais é impossível se definir precisamente a proporção de responsabilidade individual e a quantidade que ele é afetado pelo meio.⁴⁸⁵

Neste ponto podemos inserir a figura do *paternalismo libertário*. Trata-se de ideia desenvolvida por Sunstein e Thaler, cujo objetivo é conciliar dois conceitos que a primeira vista podem soar como um oxímoro. O aspecto *libertário* busca reforçar que, em geral, as

⁴⁸⁴ Roemer menciona que são fatores determinantes para que alguém comece a fumar: a classe econômica, a etnia, o fato de os pais fumarem ou não e o nível de educação. Considerando-se estes fatores, estima-se que um mineiro negro de 60 anos haverá fumado em média 30 anos, o que equivale a 8 anos de fumante de um professor universitário da mesma idade. Por isso, segundo o autor, ambos estariam igualmente legitimados para obter a mesma assistência sanitária, pois possuem graus comparados de responsabilidade, ainda que em termo absolutos um tenha fumado muito mais e talvez precise de mais recursos. (ROEMER, John. *Equality and responsibility*, *Boston Review*, vol XX, n. 2, april-may, p.5) 3-7

⁴⁸⁵ RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. *Op. cit.*, p. 154.

peçoas devem ser livres para fazer tudo aquilo que queiram de suas vidas, assim como para se desfilarem de arranjos sociais que considerem indesejáveis. Por isso que leis e políticas públicas devem preservar a liberdade de escolha, devem facilitar que as pessoas caminhem com as próprias pernas. Se os indivíduos querem fumar, comer baldes de doces, escolher planos de saúde que não se adéquem às suas necessidades ou não economizar para após a aposentadoria, o paternalismo libertário não os forçará a agir diferentemente ou dificultará que continuem agindo desta forma.

De outro lado, o aspecto *paternalista* relaciona-se com a crença de que é legítimo que “arquitetos de escolhas” tentem influenciar o comportamento dos indivíduos com o intuito de tornar suas vidas mais longevas, saudáveis e melhores. Em outras palavras, o que o aspecto paternalista da idéia prega é que instituições no setor privado e público induzam (*to nudge*)⁴⁸⁶ a escolha das pessoas na direção que incrementa suas vidas, de acordo com o que elas mesmos considerariam uma melhora.⁴⁸⁷ Por isso o paternalismo libertário é relativamente fraco, suave e não intrusivo, de modo que não proíbe ou onera significativamente as oportunidades de escolhas individuais.⁴⁸⁸

No campo da saúde o paternalismo libertário possui inúmeras aplicações e enfatiza a preferência por intervenções estatais que garantam ao máximo a convivência harmônica de iguais liberdades dentre os indivíduos e fomente a autonomia sanitária individual. Nesse sentido que sempre serão incentivadas pelo paternalismo libertário campanhas de conscientização sobre os malefícios do uso do álcool, de drogas e de hábitos pouco saudáveis. Também estará dentro da perspectiva do paternalismo libertário a regra de “consentimento presumido” para fins de aumentar a doação de órgãos.⁴⁸⁹ Outra medida de paternalismo libertário pode ser encontrada no caráter extrafiscal dos tributos incidentes sobre bebidas e

⁴⁸⁶ A tradução ao pé da letra de *nudge* é acotovelada, cutucada. Na definição em inglês: “*To nudge is to push mildly or poke gently in the ribs, especially with the elbow.*” Para contar como um nudge a intervenção deverá ser fácil e simples de evitar. Nudges não são mandamentos. Colocar a fruta na frente conta como um nudge. Proibir a comida não saudável não conta. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New York: Penguin Books, 2009, p. 4 ss.

⁴⁸⁷ Os nudges se justificam pela evidência empírica de que os indivíduos, por uma série de razões (dificuldades cognitivas e de sopesamento de compensações entre prós e contras, força do desejo, memória, atenção etc.), não realizam sempre escolhas racionais nos moldes definidos pela economia neoclássica.

⁴⁸⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*. *Op. Cit.*, p. 5.

⁴⁸⁹ “*Presumed consent preserve freedom of choice, but it is different from explicit consent because it shifts the default rule. Under this policy, all citizens would be presumed to be consenting donor, but they would have the opportunity to register their unwillingness to donate, and they could do so easily. We want to underline the word easily, because the harder is to register your unwillingness to participate, the less libertarian the policy becomes.*” (THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness*. *Op. Cit.*, p. 5.)

cigarros, medida que apresenta benefícios não apenas dissuasórios, mas também oferece um argumento favorável para não excluir do atendimento pelo sistema público os males causados pelas mencionadas práticas.

Sob a ótica do paternalismo libertário não justificaríamos as ações de vigilância sanitária e a impossibilidade estatal de fornecimento de medicamentos não aprovados pela ANVISA sob o argumento da necessidade de proteção do indivíduo contra si mesmo.⁴⁹⁰ Sendo o sujeito autônomo, é um absurdo pretender o Estado substituí-lo nas suas escolhas existenciais ou patrimoniais. Contudo, isso não implica defender que medicamentos não aprovados pela ANVISA devam ser fornecidos pelo SUS ou que juízes possam determinar a sua prestação pelo Estado. O que se questiona aqui é o argumento utilizado, que a nosso sentir poderia ser moralmente mais robusto se tomasse em conta o caráter coletivo da saúde e os perigos que poderiam advir para a liberdade sanitária dos demais indivíduos da inserção no mercado de produtos cujas consequências da utilização ainda não foram determinadas pela ciência.

Enfatiza-se, contudo, que em diversas ocasiões será moralmente legítima a aprovação de leis e políticas públicas de caráter mais coativo, como aquelas que impõem a proibição do fumo em lugares fechados, que estabelecem a ilicitude de drogas altamente viciantes, que obrigam as imunizações escolares e o uso de equipamentos de segurança no trânsito (cinto de segurança e capacetes). Também será possível um maior grau de paternalismo quando houver ausência ou déficit de autonomia individual.

Certamente o desenvolvimento de políticas públicas baseadas no paternalismo libertário e o objetivo de fomentar a autonomia sanitária do indivíduo minimizarão a necessidade de negar ajuda àqueles que optaram conscientemente por ter uma vida menos saudável ou segura. Mas, independentemente destes esforços, situações limites sempre ocorrerão. Daí surge a complexa questão: seria legítimo excluir os irresponsáveis do atendimento de urgência no sistema público?

⁴⁹⁰ Nesse sentido SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*, Op. cit. p. 34.

Um legítimo liberal não teria problemas em aceitar a hipótese. Um paternalista inveterado acharia isso um absurdo. Neste ponto estou mais próximo do raciocínio liberal e, se não chegaria a afirmar a legitimidade da exclusão do tratamento, ao menos afirmaria, sem problemas, a legitimidade de priorizar o tratamento do responsável em um ambiente de escassez. Mas é preciso reconhecer a complexidade da discussão e aceitar que no limiar de um desacordo como este se deve conferir ao Parlamento uma margem de ação muito grande para que seja adotado o reflexo do pensamento majoritário. Daí ser possível, inclusive, aceitar um argumento comunitarista e, mesmo que com ele não se concorde, corroborar práticas que vão ao encontro dos valores de solidariedade e complacência compartilhados pelos brasileiros, colocando em segundo plano a responsabilidade como critério distributivo. Este é o peso de acreditar na democracia: se render à vontade da maioria no limiar do dissenso.⁴⁹¹

Pare evitar uma solução como essa, que fizesse tão pouco caso da responsabilidade, talvez fosse prudente fazer uma concessão e adotar algumas correções paternalistas, algumas muito próximas do paternalismo libertário (como a adoção de alíquotas altas, não apenas com fins extrafiscais, mas também para aumentar a contribuição do irresponsável junto ao financiamento do sistema público) e outras mais restritivas da liberdade individual, mas indispensáveis para a maximização do bem-estar coletivo.⁴⁹²

Uma última nota. Mantendo coerência com a proposta enunciada no início do capítulo (oferecer parâmetros decisórios gerais, tanto para os integrantes do sistema jurídico, quanto para aquele do setor não-jurídico), o presente tópico sob a responsabilidade deve ser entendido mais como um instrumento para guiar o raciocínio do gestor do sistema de saúde, do médico e dos responsáveis pela elaboração das políticas públicas sanitárias, do que

⁴⁹¹ Como já afirmado, acreditamos que a preocupação com a responsabilidade seja um elemento essencial da teorização sobre o direito à saúde, mas não nos parece que o foco principal deva ser a tentativa de imputação de responsabilidade àquele que necessite de recursos sanitários para fins de desonerar o Estado de eventuais responsabilidades. O foco principal deve ser o desenvolvimento de políticas públicas que fomentem a agência sanitária individual e colabore para que o sujeito tome melhores decisões e seja agente de transformação de sua própria condição de saúde. Mas a questão limite sobre a possibilidade de priorizar o responsável em detrimento de irresponsável no caso concreto permanece em aberto. Seria possível, diante do nosso ordenamento, defender a priorização na alocação de recursos sanitários para os responsáveis em detrimento dos irresponsáveis? Acredito que sim e o argumento teria base nos princípios da seletividade e da igualdade que, conforme já explicado, possuem uma importante função de bitolar a integralidade. E o que dizer de eventual opção do Estado de não tratar do irresponsável que necessite de ajuda em situação de emergência? Nesse caso acreditamos ser inviável a opção pela desatenção, independentemente do grau de irresponsabilidade apresentado. Opção diversa não se compatibilizaria com o postulado da dignidade humana e com o direito fundamental à vida. É óbvio que o dispêndio não impossibilitaria eventual ação ressarcitória. Devo esta reflexão ao professor Daniel e acredito que detalhando a diferença entre *priorização na alocação de recursos* e *desatenção* consigo contornar sua crítica de que neste ponto eu estaria extrapolando as possibilidades de empreender um construtivismo ético dissociado de nosso ordenamento positivo.

⁴⁹² Neste segundo campo podemos pensar em todas as modalidades de seguros obrigatórios, muito utilizados para os praticantes de esportes radicais.

propriamente para animar a decisão judicial. Isso, contudo, não quer dizer que seja desimportante que, por exemplo, um juiz tenha conhecimento da relevância moral de se levar em conta a responsabilidade no momento da alocação de recursos escassos dentro do sistema de saúde, nem que seja apenas para conferir a merecida deferência à opção alocativa do gestor que obrou de acordo com os mais rígidos parâmetros éticos e científicos, conquanto não tenha conseguido salvar todos os que necessitavam da ajuda coletiva para manter o seu mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. Essa é uma consequência inevitável de abandonar o modelo do resgate e, certamente, a deferência judicial à opção do administrador e o controle judicial fraco poderão representar um resultado particular mais justo e uma melhoria global do sistema.

Essa consciência judicial de que o modelo alocativo final representa uma costura da participação de diversos pólos decisórios descentralizados, possuidores de capacidades institucionais diversas e aplicadores em graus diferentes de racionalidades alocativas variadas já é um grande passo para suavizarmos os impactos negativos de uma judicialização excessiva verificada no setor. Descritivamente essa riqueza interativa é um fato inevitável e não constitui privilégio nacional, senão uma característica global dos sistemas de saúde.⁴⁹³ Prescritivamente acreditamos que é possível enxergar virtudes no processo, principalmente decorrentes da pluralidade, que enriquece a democracia e confirma o diálogo permitindo a existência de contribuições assimétricas a partir de pontos de vistas diversificados, impedindo a unilateralidade e a centralização decisória autoritária.

A pluralidade, contudo, não pode gerar paralisia nem ineficácias crônicas, perdas evitáveis ou amesquinamento das precondições da democracia. Por isso que quando falamos em desenvolvimento de *standards* a partir de uma visão dialógica queremos enfatizar a necessidade de uma postura institucional que busque explorar a melhor contribuição possível de cada ramo decisório, o que pressupõe um mínimo de visão do todo e de reconhecimento das próprias limitações.

⁴⁹³ “Elster procura explicar esses achados como decorrência inevitável do jogo político de barganha e conflito entre os diversos atores que influenciam a elaboração de procedimentos alocativos. Como esses atores – os políticos (atores de primeira ordem), os técnicos da administração (atores de segunda ordem), os indivíduos (atores de terceira ordem) e a opinião pública – tendem a favorecer princípios alocativos diversos (respectivamente eficiência global, eficiência local, interesse individual e justiça), não surpreende que o modelo alocativo final seja um acordo que costure diversos princípios alocativos favorecidos pelos diversos atores, na medida de seu poder de barganha e influência.” (FERRAZ, Octávio, Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. *Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominantes*. Op. cit., p. 253.)

4. DIÁLOGO INSTITUCIONAL E DIREITO À SAÚDE.

[...] social rights litigation and pro-poor courts action is only one possible, and by no mean the most important, path to social transformation. Indeed, social transformation is inevitably the consequence of broader process of social conflict and political struggle. But the courts may have, under certain conditions, a role to play here.

Roberto Gargarella, Pilar Domingo e Theunis Roux.

4.1. Considerações gerais: uma perspectiva dialógica e “multi-institucional” da efetivação do direito à saúde.

Como bem observou Hübner,⁴⁹⁴ a expressão diálogo carrega uma carga semântica que denota igualdade, respeito, não subordinação e reciprocidade, constituindo uma figura interessante para ilustrar e justificar as relações intersubjetivas dos agentes envolvidos no processo interativo do exercício do poder e da tomada de decisões coletivas. Indivíduos dialogam em ambientes formais ou informais na política. No interior das instituições, decisões não costumam ser tomadas sem uma prática mínima de diálogo. Mas a grande questão que resta aberta é se seria possível que instituições dialoguem entre si? E, ainda que isso fosse possível, se tal prática contribuiria para a efetividade do direito à saúde?

Virgílio Afonso da Silva, após sugerir que em função de suas limitações institucionais o Judiciário deveria deixar a questão da saúde para o sistema político, argumentou que diante das demandas individuais que inevitavelmente continuarão a existir, dever-se-ia pensar em uma forma de capacitar o juiz para “*canalizar as demandas e, em uma espécie de diálogo institucional, exigir explicações objetivas e transparentes sobre a alocação de recursos públicos por meio das políticas governamentais, de forma a estar apto a questionar tais alocações sempre que necessário for.*”⁴⁹⁵

Ingo Sarlet também se utilizou da metáfora do diálogo quando mencionou a importância de substituir a idéia de uma hipertrofia judicial no campo do direito à saúde pelo resgate da necessidade de se estabelecer critérios práticos e objetivos para a aferição das

⁴⁹⁴ HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008, p. 97.

⁴⁹⁵ SILVA, Virgílio. *O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*, Op. Cit. p. 597/598.

pretensões formuladas, com destaque para o diálogo interdisciplinar (mediante, por exemplo, a consideração dos princípios da Bioética, da utilização da “medicina de evidência” e de critérios para o uso racional de medicamentos) e interinstitucional (do qual são exemplos os mecanismo de conciliação pré-judicial). Mencionou, ainda, que os problemas dos efeitos distributivos perversos, muitas vezes gerados pelas demandas sanitárias individuais, reforçam a importância da dimensão procedimental e organizatória do direito à saúde e do SUS, bem como a necessidade de se repensar os mecanismos de tutela, investindo-se na consideração, por parte dos operadores do Direito, das consequências das decisões e apostando-se naquilo que se tem chamado de “diálogo institucional”.⁴⁹⁶

Cláudio Pereira de Souza Neto, depois de narrar as críticas administrativas ao controle judicial dos direitos sociais (as decisões judiciais desorganizam a Administração Pública), afirmou que essas objeções confirmam a necessidade de se aprofundar o “diálogo institucional”, termo de utilização recente no cenário jurídico, mas utilizado de longa data nos debates parlamentares. Em outra passagem destacou que *“decidir sobre políticas públicas exige a superação da formação bacharelesca que ainda predomina no ensino jurídico brasileiro. O juiz contemporâneo deve, sobretudo, aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas.”* Por fim, formulou um interessante parâmetro processual que deve conduzir a efetivação dos direitos sociais, a saber, a ampliação do diálogo institucional: *“As decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários, que se inserem no contexto em que a decisão incidirá.”*⁴⁹⁷

Binenbojm e André Cyrino enunciaram a necessidade de buscar novas formas de relação entre o Poder Judiciário e outros órgãos decisórios, de modo a aperfeiçoar o arranjo institucional do Estado regulador brasileiro. Afirmaram, ainda, que isso não conduziria à defesa da impossibilidade de controle judicial em algumas ocasiões, mas explicitaria a importância de uma reflexão de viés institucional, que tenha compromisso com o diálogo entre as instituições: um modelo promotor da interação e da cooperação entre os diversos

⁴⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*, p. 35.

⁴⁹⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros.*, p. 531.

órgãos e entidades, técnicos e magistrados, com intuito de aperfeiçoar a regulação, a realização de direitos e o controle judicial.⁴⁹⁸

No âmbito internacional, Dixon buscou desenvolver uma teoria do diálogo institucional na qual sugeriu a necessidade de um controle judicial fraco na adjudicação de prestações materiais positivas, assim como defendeu a importante responsabilidade dos Tribunais em desempenhar um papel ativo na correção do procedimento democrático, quer seja atacando os pontos cegos das políticas públicas (*blind spots*), quer seja desobstruindo os canais ordinários de deliberação política (*burdens of inertia*).⁴⁹⁹ Já Gargarella, sempre na defesa da democracia deliberativa, se opôs à noção de supremacia judicial (o Judiciário como a “última palavra”), e enfatizou que os problemas constitucionais importantes devem estar abertos a uma discussão contínua entre todas as partes afetadas, motivo pelo qual seria indesejável a idéia dos tribunais tendo um papel privilegiado nessas discussões, retirando do povo a última palavra.⁵⁰⁰

No Capítulo I do trabalho analisamos minuciosamente as experiências constitucionais que utilizam a figura do diálogo na tentativa de encontrar algum arranjo capaz de conciliar o melhor dos modelos de supremacia judicial norte-americana e de supremacia legislativa inglesa. Falamos também das teorias do diálogo e, conquanto tenhamos reconhecido sua heterogeneidade, apontamos como elementos principais, que unem seus defensores, as seguintes características: i) a recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deveria ser legitimamente exercida por outros poderes; ii) a recusa da existência de última palavra, pelo menos de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) a valorização do desacordo sobre questões substantivas e a afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para dissolvê-los; iv) uma visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; v) uma visão mais estendida do tempo na política.

⁴⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Orgs.) In: *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1010/1011.

⁴⁹⁹ DIXON, Rosalind, Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited (July 2007). *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1156226> or doi:10.1093/icon/mom021.

⁵⁰⁰ GARGARELLA, Roberto. Theories of democracy, the Judiciary and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor? Op. cit.*, p. 33.

Tudo isso agora é retomado no campo dos direitos sociais e, especificamente, da saúde. O recorte impressionista de passagens alusivas à figura do diálogo que fizemos acima confirma como a melhor doutrina vem se utilizando da metáfora para indicar a necessidade de algumas mudanças na teorização sobre a efetividade dos direitos sociais, ainda que quando falem de diálogo institucional nem sempre se refiram à mesma coisa. Mas, independentemente disso, o que importa é perceber que no conjunto há a preocupação com questões como a recusa da visão juricêntrica da interpretação judicial (Virgílio Afonso da Silva); a revalorização dos demais espaços de tomada de decisões sobre os direitos sociais (Binenbojm e André Cyrino); o destaque para a necessidade de abertura interdisciplinar do estudo (Ingo Sarlet); a inserção de preocupações com a questão democrática (Cláudio Pereira) e o apelo à visão mais estendida do tempo na política (Hübner).

A análise mais profunda do tema parece indicar uma mudança de rumo na teorização sobre a efetividade dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular, apontando para a inevitabilidade do fortalecimento de uma visão do caráter multi-institucional do processo de efetivação da Constituição e de proteção do direito à saúde. Isso porque, se em um primeiro momento, diante dos vícios de nosso sistema representativo, ser progressista e defensor da efetividade da constituição implicava apostar na transferência de poder dos parlamentos para os tribunais, hoje parece que já atingimos maturidade suficiente para admitir que, embora seja desejável a intervenção judicial no campo dos direitos sociais, não é possível atribuir a ele o protagonismo no processo, até mesmo porque tudo indica que este não seria o caminho mais adequado para a promoção da tão desejada efetividade. Diferentemente de alguns anos atrás, combater a supremacia judicial no campo da saúde não significa ser contra a sua efetivação nem fechar os olhos para as necessidades dos mais pobres, mas, pelo contrário, implica aceitar que o melhor caminho para fortalecer o SUS, e, conseqüentemente, efetivar o direito à saúde é racionalizando o processo de interação entre os agentes do sistema jurídico, administrativo e sanitário.

Até mesmo autores mais à esquerda no espectro político, como Gerardo Pisarello, ressaltam esse caráter multi-institucional do processo de efetivação dos direitos sociais. Em passagem eloquente criticou a tentação de reduzir a questão da exigibilidade dos direitos sociais à sua justiciabilidade, fato que sonega a importância de se enfatizar a existência de

múltiplos órgãos e instituições que podem intervir na sua proteção, inclusive com prioridade sobre aqueles do tipo jurisdicional.⁵⁰¹

No mesmo sentido Siri Gloppen tentou construir uma estrutura teórica analítica capaz de permitir uma melhor compreensão de *quando* os tribunais poderiam ser relevantes para contribuir no processo de transformações sociais e *quais as condições necessárias* para que isso ocorra. Não importa analisar aqui os vícios, as virtudes e os detalhes de seu modelo, mas apenas ressaltar as suas conclusões no sentido de que os litígios judiciais sobre os direitos sociais e a favor dos mais pobres são apenas um caminho possível para transformação social, caminho este que em hipótese alguma é o mais importante. De fato, transformações sociais são inevitavelmente consequência de um processo mais amplo de conflitos sociais e esforços políticos. Mas, sob certas circunstâncias, os tribunais podem desempenhar um papel importante.⁵⁰² Admitir isso nos parece ser um passo importantíssimo para que avancemos no processo de racionalização defendido neste trabalho e compreendamos a efetivação dos direitos sociais dentro de um processo dialógico e multi-institucional.

Neste ponto poderiam surgir algumas críticas alegando que o que estamos afirmando nunca foi questionado pela melhor doutrina, nem mesmo pelos adeptos de um constitucionalismo da efetividade em sua versão mais forte. Afirmar-se-ia que é um consenso a existência de limitações da capacidade de conformação do Direito sobre a realidade fática, assim como que também nunca se desconsiderou a importância da existência de outras garantias não jurisdicionais de efetivação dos direitos fundamentais, como as sociais e as políticas.⁵⁰³ Esta alegação é verdadeira, contudo, parece-nos que em pelo menos três pontos a teoria do diálogo no campo da saúde aqui defendida se afasta das visões mais otimistas do processo de judicialização, ainda que, no final das contas, esta diferença seja apenas de grau.

⁵⁰¹ “Paradójicamente, esta perspectiva más compleja de la exigibilidad de los derechos sociales posibilitaría presentar de manera menos escéptica la cuestión de la tutela jurisdiccional de los mismos. Una vez asumido, precisamente, que las vías jurisdiccionales no pueden ser ni la única ni la principal vía de satisfacción de los derechos sociales, sería posible mostrar de manera coherente que son, sin embargo, vías posibles y convenientes de protección, y que todos los derechos, de manera potencialmente equivalente, presentan facetas que pueden ser objeto de exigibilidad, control y reparación por parte de tribunales independientes.” (PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007, p. 112)

⁵⁰² GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX; Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006, p. 8/9.

⁵⁰³ Neste sentido BARROSO, Luis Roberto. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 119.

Em primeiro lugar, parece-nos que os autores das teorias do diálogo possuem uma menor crença na capacidade do Direito conformar a realidade do que os discípulos de Hesse e Canotilho. Se é verdade que entre a norma e a realidade existe uma tensão permanente de onde derivam os limites e possibilidades do Direito como forma de atuação social, talvez estejamos mais próximos dos defensores de uma concepção sociológica da constituição, sem que isso, contudo, nos conduza a compreendê-la como uma mera folha de papel, ou defender a transposição para o campo jurídico de um pessimismo pós-moderno que nega qualquer viabilidade de utilização de uma dogmática jurídica mais construtiva, em alguma medida, como instrumento de emancipação social. Muito pelo contrário!

Reconhecemos, todavia, que para que toda essa discussão não se dê em torno de um mero “achismo”, é relevante reforçar a importância de estudos empíricos, como o coordenado por Siri Gloopen, acima citado, que busquem analisar quais os fatores sociais são decisivos para o engajamento da sociedade em um processo mais holístico de transformações sociais, processo este que certamente terá as normas jurídicas como uma variável, ainda que concorrente com várias outras de igual importância. Nesse sentido vale citar o trabalho de Gerald Rosenberg que, no contexto norte-americano, considerou uma esperança vazia (*hollow hope*) a crença de que os tribunais pudessem gerar mudanças sociais. Apesar de não acreditarmos ser possível a transposição acrítica das premissas do mencionado trabalho para o contexto brasileiro, certamente parece-nos útil extrairmos lições de sua metodologia mais empírica e da tentativa de mapear quais seriam as condições necessárias para que a judicialização funcionasse efetivamente como um instrumento de transformação social.⁵⁰⁴

Em segundo lugar, os adeptos da teoria do diálogo compreendem o tempo no Direito e na Política de uma forma mais alargada. Se, como defendemos, a saúde possui uma importante dimensão coletiva, que somente se efetivará por meio do desenvolvimento de políticas públicas universalistas que fortaleçam o sistema de saúde brasileiro como um todo, e não apenas por meio da adjudicação individual e seletiva de bens sanitários pela via jurisdicional, é correto pensar as decisões judiciais como pontos de partida, como *inputs* de

⁵⁰⁴ “*In the end, there is no substitute for political action. As long as many of the brightest and most idealistic young people embark on legal careers and look to legal strategies to produce significant social reform, that reform is unlikely to be achieved. Political organizing, political mobilization, and voter registration may not be glamorous, or pay six-figures salaries, but they are the best if not the only hope to produce change – not as a fallback position, not as a complement to a legal strategy, but as a strategy itself. Unless and until this occurs, there is little hope for change. If it occurs, if those seeking significant social reform build a mass political base, then hope for reforms will not be hollow.*” (ROSENBERG, Gerald. *The hollow hope. Can Courts bring about social change?* 2nd Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008, 431)

um processo muito mais amplo e complexo, e não como o ponto de chegada. Entender o tempo em circularidade e negar que o Judiciário seja a última palavra mais qualificada no debate sobre a saúde pressupõe o desenvolvimento de uma visão temporalmente mais sofisticada. As decisões seriam finais e demandariam obediência na medida em que determinam os direitos e obrigações das partes litigantes. Também serviriam de precedentes para as futuras decisões. Mas, de outro lado, o Legislativo sempre poderia responder ao julgamento aprovando legislação que superasse a decisão. O processo em si seria democrático e isto seria um diálogo.⁵⁰⁵

Por fim, e talvez aqui esteja o ponto mais relevante, há na teoria do diálogo uma menor idealização do meio Judiciário. Neste ponto vale concordar com Sarmiento quando destaca que a crise de nosso sistema representativo, a desconfiança em nossa incipiente tecnocracia e os desenvolvimentos teóricos do neoconstitucionalismo alimentaram um extremo otimismo judicializante, no qual os tribunais passam a ser compreendidos e se autocompreendem como os protagonistas do processo de resgate das nossas dívidas sociais e como os interpretes mais autorizados de um processo mais amplo de efetivação da constituição. Isso conduz à negligência da necessidade do desenvolvimento de parâmetros para uma análise comparativa de capacidades institucionais que permita analisar qual o fórum mais adequado para a tomada de decisões coletivas sobre questões relevantes para a comunidade política.⁵⁰⁶ No Capítulo II do trabalho chamamos isso de “sonegação da questão institucional” e apontamos a necessidade do resgate desta importante variável no estudo sobre o direito à saúde. Agora cabe refinar o raciocínio e bosquejar alguns parâmetros mais concretos.

4.2. A inserção das variáveis institucionais.

Mais uma vez, nunca é demais ressaltar que consideramos como parte essencial de qualquer teoria minimamente abrangente sobre o direito à saúde o enquadramento do tema no

⁵⁰⁵ ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Op. Cit., p. 239.

⁵⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 219: “A crise profunda das nossas instituições representativas e a justificada desconfiança em face de nossa incipiente tecnocracia, em sinergia com os vetores do ‘neoconstitucionalismo’, têm alimentado uma espécie de messianismo judicial, em que os juízes e os tribunais são vistos e se veem como os salvadores da pátria, protagonistas do processo de resgate das promessas constitucionais.”

contexto das discussões travadas pelas diversas teorias morais que oferecem justificativas alternativas para compatibilizar valores como a liberdade, a igualdade, o bem-estar e a responsabilidade no campo sanitário. Também aplaudimos a tentativa de racionalização do discurso no campo jurídico por meio de categorias dogmáticas como a ponderação, a razoabilidade, o mínimo existencial e a reserva do possível. Trata-se de conquistas teóricas que contribuíram para suplantarem uma visão epistemologicamente fechada do fenômeno jurídico, assim como para superar dogmas que impediam a afirmação da força normativa da constituição dentre nós. O presente tópico não visa combater tais avanços, mas, reconhecendo vícios e virtudes, pretende ir além.

Dentre nós a preocupação com considerações institucionais remonta à disseminação do trabalho de Sunstein e Vermeule, publicado em 2003, no qual os autores buscaram ressaltar a insuficiência das técnicas de interpretação do direito que não consideram os *efeitos sistêmicos* e a *capacidade institucional* dos órgãos responsáveis pelas decisões. Na primeira parte do mencionado trabalho há uma extensa análise das teorias interpretativas de diversos autores que apresentaram a referida “cegueira institucional”. Certamente a teoria do “Direito como integridade” de Dworkin é a mais marcante, servindo como modelo para demonstrar a incompletude de uma abordagem que desconsidere as imperfeições do Judiciário e os possíveis efeitos sistêmicos decorrentes de suas decisões. Esse tipo de teorização trabalha com uma imagem idealizada e heróica das capacidades judiciais e, como corolário, com uma visão desconfiada da capacidade dos legisladores, dos parlamentos e das agências reguladoras.⁵⁰⁷ A inserção destas preocupações nas teorias interpretativas representaria uma “virada institucional”, e esta é a grande contribuição dos autores que pretendemos utilizar no campo específico da saúde.

No âmbito dos direitos sociais, Sarmiento detectou o problema com precisão e afirmou que o controle judicial não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem opera, motivo pelo qual parecem inadequadas teorias que idealizam a figura do juiz, depositando no Judiciário expectativas que ele não tem como atender.⁵⁰⁸ Binenbojm e André Cyrino também destacaram que em muitas hipóteses os órgãos decisórios

⁵⁰⁷ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and institution”, *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003, p. 3.

⁵⁰⁸ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 581.

estarão limitados por fatores de tempo, informação ou ausência de conhecimento técnicos especializado, motivo pelo qual um importante elemento para definir o *locus* decisório e a melhor técnica de interpretação deve levar em conta: i) quem tomará a decisão; ii) como ela foi tomada e iii) o quão apto para decidir é tal órgão. Tudo isso poderá contribuir para um esforço de conciliação entre a idéia de inafastabilidade do controle judicial e uma perspectiva institucional que reconheça as limitações e a falta de informação conjuntural do Poder Judiciário.⁵⁰⁹

É importante destacar que enfatizar as limitações institucionais do Judiciário não conduz necessariamente à adoção de uma visão romantizada e idealizada do mercado e do processo político. A virada institucional prega a análise empírica e realística da efetiva capacidade institucional de todos os possíveis centros decisórios, considerando vícios e virtudes de ambas as partes, assim como a possibilidade simétrica de erros.

Feita essa exposição introdutória e enfatizada a necessidade de complementarmos a teorização sobre o direito à saúde com considerações de natureza institucional, já é possível inserir a primeira idéia prospectiva relacionada com a necessidade de que sejam feitas “*escolhas institucionais*”, ou, em outras palavras, que *se decida sobre quem decide* no campo sanitário. Isso porque qualquer teorização que se limite apenas a analisar a substância dos direitos e das políticas públicas e as diferentes possibilidades de compatibilização harmônica entre os valores morais e políticos em disputa nas sociedades pluralistas é totalmente insuficiente, na medida em que negligencia que para a materialização ótima das mencionadas conclusões substantivas sempre será preciso decidir a forma ótima de implementação, ou, em outras palavras, será preciso decidir a forma de alocação de autoridade capaz de levar a cabo os objetivos perseguidos.

Em grandes linhas podemos dizer que há três escolhas institucionais possíveis: o mercado, o processo político e o processo judicial, cada qual com vícios e virtudes diferentes, capazes de contribuir, em maior ou menor medida, para a promoção de algum tipo de resultado substantivo como eficiência, equidade e liberdade. Quando analisamos o sistema brasileiro de saúde fica claro perceber que a própria Constituição previu a possibilidade de

⁵⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Op. cit., p. 1009.

utilização desses três centros decisórios como alternativas para a implementação das políticas públicas sanitárias e do direito à saúde, sem estabelecer, contudo, quando seria desejável utilizar cada opção.

Fazer uma escolha institucional pressupõe indagar qual seria o melhor caminho para atingir o fim almejado, ainda que se tenha a consciência de que as alternativas disponíveis são altamente imperfeitas e variantes. Em um país de gritantes desigualdades sociais como o Brasil, certamente seria intuitivo que o processo político conduzisse à aprovação de leis e políticas públicas que beneficiassem os mais necessitados, na medida em que os seus mandatários deveriam compor a maioria parlamentar eleita. Mas, como todos sabem, o processo político é imperfeito e cheio de vícios, situação que, desde uma perspectiva institucional, muitas vezes recomenda a utilização de outro canal corretivo. O mesmo ocorre com o mercado, certamente a melhor instituição para a maximização da eficiência, geração de prosperidade e riqueza. Todavia, assim como o processo político apresenta falhas, o mercado também as possui, e as falhas de mercado (e.g. a concentração monopolística) indicam a necessidade de intervenção estatal, até mesmo para fins de promover o próprio objetivo de maximização de eficiência.

Dois autores norte-americanos, já relativamente bem disseminados dentre nós, perceberam essas variações e incorporaram preocupações institucionais em suas teorias. Ely, no desenvolvimento de sua teoria do controle de constitucionalidade, considerou a legitimidade da intervenção judicial sempre que houvesse uma falha no processo político. Posner, por outro lado, despense ainda hoje grande esforço para justificar a legitimidade da intervenção judicial sempre que houver alguma espécie de falha de mercado. Trata-se de percepções importantes que ressaltam a necessidade de realização de escolhas institucionais, mas, como destaca Komesar, pecam por empreender uma análise institucional unidirecional (*single institutionalism*), que apenas considera defeitos de um possível espaço institucional, sem, contudo, analisar a efetiva capacidade das demais alternativas disponíveis. A questão correta não seria a de questionar se teoricamente o mercado, o processo político ou o processo judicial funcionam melhor em uma situação A ou B, mas se, dadas as reais condições fática, eles funcionariam melhor do que as efetivas alternativas disponíveis.⁵¹⁰

⁵¹⁰ “The comparative ability of institutions viewed in a consistent and parallel fashion is the essence of valid comparative institutional analysis. It’s not sufficient to note the existence of the other institution and the possibility that it too may be imperfect or expensive. The crucial question concerns the relative merits of the two institutions, when compared to each

Perceber a necessidade de se fazer uma escolha institucional ressalta a importância de analisar, no contexto do sistema de saúde, qual seria o melhor caminho, em cada situação, para promover da forma mais eficiente e equitativa as políticas públicas sanitárias e o direito à saúde. Ter em mente que o Judiciário na grande maioria das vezes não será a melhor opção já é um grande avanço. E mais importante ainda será observar que, conquanto algumas vezes haja vícios no mercado e no processo político, existirão tantos problemas intrínsecos à lógica da atividade judicante que a melhor opção poderá ser atribuir aos primeiros a autoridade decisória. Trata-se de simples corolário da idéia de que fazemos escolhas entre instituições imperfeitas.

Essa percepção é importantíssima para que consigamos compatibilizar a cláusula de inafastabilidade do controle judicial, prevista na Constituição, com a percepção da existência simétrica de limitações institucionais, justificando que em certas ocasiões o juiz, por perceber as suas próprias limitações institucionais ou os perigos de efeitos reflexos de suas decisões, opte por ser deferente em relação às decisões advindas do processo político, da tecnocracia administrativa ou do mercado.

É exatamente neste intuito que parte da doutrina vem desenvolvendo relevantes parâmetros interpretativos que levam efetivamente em consideração as diferentes capacidades institucionais dos agentes envolvidos nas tomadas de decisões coletivas, propugnando a necessidade de considerar elementos como a estrutura orgânica dos órgãos decisórios, a sua legitimação democrática, os meios e procedimentos de atuação, a preparação técnica, o grau de expertise etc.

Dentre nós uma das mais refinadas análises deste tipo foi desenvolvida por Binenbojm, no contexto do controle judicial dos atos administrativos. Destacou ele a necessidade de se pensar uma teoria jurídico-funcionalmente adequada a propósito do tema do controle judicial dos atos dos demais órgãos de soberania estatal. Nas suas palavras,

[...] ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial, impor-se-ia o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre a Administração, o Legislativo e o Judiciário, que levasse em conta não apenas

a programação normativa do ato a ser praticado, mas também a sua específica idoneidade em virtude de sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica, etc. Somente assim seria possível decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão judicial das decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.⁵¹¹

No caso específico do direito à saúde enfatizamos que para além de uma complexa e muitas vezes pouco elucidativa ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível é necessário lançar mão das considerações acima esboçadas, para a composição mais completa de um sistema de *standards* decisórios. Muitas vezes os parâmetros aqui mencionados indicarão a adoção de maior deferência para com as decisões tomadas pela tecnocracia administrativa, pelo parlamento ou pelo mercado; outras vezes indicarão a necessidade de um controle judicial, ainda que mais fraco, dialógico e indutivo; haverá, por fim, hipóteses em que as variáveis institucionais recomendarão um controle judicial mais forte e incisivo. No presente trabalho não temos a pretensão de propor uma lista fechada e hierarquizada de convivência entre os *standards*, mas vale recensear alguns dos mais importantes desenvolvidos pelos autores que já incorporaram os ensinamentos da mencionada “virada institucional”. A mera incorporação destas construições argumentativas à atividade cognitiva do julgador já aumenta as perspectivas de racionalização do processo de interação entre os agentes decisórios no sistema de saúde.

O primeiro parâmetro digno de nota propõe que “*quanto maior for a tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial.*”⁵¹² Trata-se de corolário lógico das idéias de especialização funcional e de eficiência, justificável diante da constatação de que juízes não possuem, em regra, conhecimentos técnicos e econômicos especializados, nem contam com estrutura de pessoal para a avaliação das políticas públicas desenvolvidas pela Administração.

Nestes casos, havendo uma política pública em curso, as variáveis institucionais pesam a favor de um controle judicial mais fraco e indutivo, que respeite as opções técnicas e alocativas dos *experts* em matéria de políticas públicas sanitárias do Executivo. Por isso parece assistir razão à Sunstein e Vermeule quando afirmam que, regra geral, seria recomendável que nos casos de decisões técnicas e econômicas complexas o Judiciário

⁵¹¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 227.

⁵¹² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 239; SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 581.

adotasse uma postura interpretativa mais formalista, de modo a prestigiar as decisões realizadas por aqueles tecnicamente mais preparados para avaliar a situação de uma forma mais global.⁵¹³ Tal postura, além de favorecer o conhecimento técnico, evitaria os malefícios dos efeitos reflexos das decisões judiciais, fato muito perceptível no caso dos efeitos distributivos perversos ocasionados pelas demandas sanitárias individuais nos estados da federação sem Defensoria Pública bem estruturada.

Um caso emblemático que assolou nossos Tribunais, e pode exemplificar bem como o *standard* proposto poderia contribuir para evitar alguns excessos da judicialização, foi aquele relacionado aos pedidos de fornecimento de *Interferon Peguilado*. Trata-se de medicamento indicado para os portadores de Hepatite C, mas que possui um custo entre 20 e 30 vezes maior do que o *Interferon* convencional. Como contrapartida a esse custo tão elevado, apresenta taxa de resposta 6% superior, limitada a um grupo restrito de pacientes. Diante desse contexto, os responsáveis pelo SUS estabeleceram protocolos clínicos limitando o acesso ao remédio, conduta que gerou o ajuizamento de diversas demandas, várias delas julgadas liminarmente procedentes sob o argumento de que diante do direito à saúde interesses financeiros secundários do Estado não poderiam prevalecer, motivo pelo qual qualquer conduta administrativa neste sentido seria inconstitucional.⁵¹⁴

Há uma série de argumentos, principalmente aqueles relacionados com o princípio da igualdade, que poderíamos listar no intuito de demonstrar a insustentabilidade das mencionadas decisões. Todavia, no momento interessa-nos ressaltar que o argumento da menor capacidade técnica do Judiciário para definir qual a melhor política pública para enfrentar os problemas relacionados com a Hepatite C em um contexto de escassez de recursos não foi sequer considerado.⁵¹⁵ Essa posição foi temperada após a Audiência Pública sobre a saúde ocorrida no STF, ocasião desde a qual se firmou a premissa de que deveria ser dada prioridade aos protocolos clínicos e às diretrizes terapêuticas estabelecidas pelo SUS.⁵¹⁶

⁵¹³ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institution", *Op. Cit.*, p. 33.

⁵¹⁴ No STF podemos citar os seguintes julgados: STF, DJ 26-04-2005, AI 537.237/PE, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJ 20-06-2005, RE 400.040/MT, Rel. Min. Joaquim Barbosa; STF, DJ 01-02-2007, RE 509.569/SC, Rel. Min. Celso de Melo.

⁵¹⁵ No julgamento da ADI 3.510/DF, na qual se discutia a constitucionalidade da lei que regulava a pesquisa com células-tronco, a Min. Ellen Gracie esboçou sensibilidade diante das limitações técnicas do Judiciário: "Não há, por certo, uma definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícita ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não somos uma Academia de Ciências. A introdução no ordenamento jurídico pátrio de qualquer dos vários marcos propostos pela Ciência deverá ser um exclusivo exercício de opção legislativa, passível, obviamente, de controle quanto a sua conformidade com a Carta de 1988."

⁵¹⁶ Exemplificativamente cf. STF, STA 244/PR, DJ 21-10-2008, Decisão monocrática do Presidente Min. Gilmar Mendes.

Ainda teremos a oportunidade de analisar mais a fundo essa nova postura do STF, mas no momento vale mencionar que já avançamos e, mesmo sem uma fundamentação teórica mais robusta, preocupações de natureza institucional já começam a permear os argumentos do debate.

A segunda variável institucional a ser mencionada recomenda que “*quanto maior for o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial.*” Este parâmetro privilegia a idéia de legitimidade democrática e autonomia pública, apontando no sentido da valorização da participação popular nos processos decisórios sobre o sistema de saúde.⁵¹⁷ Como observamos de recentes discussões travadas no STF, nossa Corte Suprema (ou, ao menos parte considerável dela) infelizmente não parece muito simpática ao mencionado parâmetro, tendo explicitamente rechaçado o argumento no julgamento da ADI 3.510 (pesquisas com células-troncos) e das ações sobre a “Lei da Ficha Limpa” (RE 630.147/DF), valendo destacar, neste último caso, a enérgica manifestação do Min. Gilmar Mendes contra a relevância da opinião pública em torno dos temas decididos pelo Pretório Excelso.

A terceira variável institucional busca considerar a *dinâmica orgânica do processo decisório* para fins de avaliar qual instituição está mais apta para proporcionar uma maior probabilidade de melhores resultados. Neste ponto, para fins de se realizar uma análise comparativa de capacidades institucionais é preciso levar em conta peculiaridades de cada instituição. Os Tribunais, por exemplo, são compostos por agentes não eleitos, vitalícios e especialistas em Direito; decidem, em regra, casos particulares, precisando justificar cada um dos argumentos e contra-argumentos das partes litigantes dentro da retórica jurídica; se encontram limitados pelas regras procedimentais que regulam o processo judicial etc. Já os Parlamentos apresentam uma dinâmica orgânica totalmente diferente no que tange à sua composição, à duração dos mandatos de seus representantes e à sua forma de deliberação e racionalidade.

Para fins de realizar a análise comparativa de capacidade institucional que leve em conta a dinâmica decisória, a grande dificuldade que surge se relaciona com o fato de que certos atributos podem simultaneamente pesar contra e a favor da mesma instituição.

⁵¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*, p. 240.

Tomemos como exemplo o *isolamento político dos tribunais*. A doutrina é pacífica em admitir que a vitaliciedade e a desnecessidade da preocupação em agradar uma base eleitoral, já pensando na futura reeleição, permitem que os tribunais sejam instituições mais adequadas para decidir sobre os próprios pressupostos do processo democrático (incluindo-se aí os direitos das minorias). Mas, se há grande margem de verdade na referida assertiva, também é preciso observar que o isolamento político do tribunal torna impossível sua responsabilização diante do eleitorado, fato que pode ser extremamente perigoso diante da possibilidade de que o tribunal seja cooptado por pequenas elites dominantes, passando a influenciar na vida política da comunidade sem que haja a possibilidade de alterar sua composição pelo voto.

Da mesma forma a *racionalidade do ambiente dos tribunais* costuma ser considerado um argumento decisivo que recomendaria, desde uma perspectiva institucional, uma preferência pelas cortes em relação aos parlamentos. Ocorre que essa racionalidade, tão festejada pelos juristas, esconde problemas que se tornam muitas vezes invisíveis para aqueles doutrinados dentro da lógica estritamente jurídica. Waldron, por exemplo, afirma peremptoriamente que a utilização de métodos interpretativos jurídicos apenas funciona como mecanismo para distorcer os reais problemas morais discutidos, assim como destaca que há racionalidade na deliberação legislativa que, comparativamente com as discussões judiciais, possui maior qualidade, uma vez que enfrenta o núcleo da discussão.⁵¹⁸

A propósito das limitações institucionais do Judiciário decorrentes da dinâmica orgânica do processo decisório, a melhor doutrina menciona que o processo judicial foi pensado com foco em questões de justiça comutativa, vocacionado, portanto, para resolver conflitos de interesses bilaterais sob uma lógica compensatória. Tal característica dificulta o enfrentamento adequado dos problemas relacionados com a temática dos direitos sociais que, como já visto, possui estreita relação com problemas plurilaterais de justiça distributiva, na medida em que em um cenário de escassez garantir prestação a alguns implica negá-las a outros.⁵¹⁹ Neste ponto Sarmento bem destacou que, no âmbito judicial, caracterizado por

⁵¹⁸ “Courts are concerned about the legitimacy of their decisionmaking and so they focus their ‘reason-giving’ on facts that tend to show they are legally authorized - by constitutions, statutes, or precedents – to make the decisions they are proposing to make. This is an understandable thing to do. But it counts heavily against the courts in the outcome-related argument about the preferability of judicial review over legislation. Distracted by these issues of legitimacy, courts focus on what other courts have done, or what the language of the Bill of Rights is, whereas legislators – for all their vices – tend at least to go directly to the heart of the matter.” (WALDRON, Jeremy. The core case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006, p. 1384)

⁵¹⁹ Cf. FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *The Forms and Limits of Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409 e LOPES, Reinaldo de Lima. *Direitos sociais. Teoria e prática*. São Paulo: Editora Método, 2006.

formalidades e regras preclusivas imaleáveis, seria difícil se cogitar a possibilidade do atingimento de decisões ótimas, haja vista o controle de políticas públicas demandar uma visão adequada do conjunto e não uma visão de túnel que apenas considera o caso concreto sem levar em conta as demais variáveis técnicas e econômicas envolvidas, assim como os efeitos reflexos da decisão no contexto global.⁵²⁰

No caso específico da saúde acredito que o máximo que uma variável que leve em conta a *dinâmica orgânica do processo decisório* pode fazer é indicar uma preferência das demandas coletivas sobre as demandas individuais, sem, contudo, representar um bloqueio definitivo para a utilização deste último mecanismo. Também não nos parece a melhor opção defender uma total subordinação das demandas individuais às ações coletivas, extraindo daí consequências como a impossibilidade de se deferir prestações sanitárias individuais não contidas em listas e protocolos, antes da revisão dos mencionados atos administrativos por meio das demandas coletivas.⁵²¹

Essa priorização das ações coletivas parece ser hoje o posicionamento amplamente disseminado entre os especialistas no tema, valendo sempre enfatizar, na esteira de Sarlet, que *“embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas (como o controle preventivo do orçamento) e pelas ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde, haja vista que impedir o acesso individual à justiça efetivamente não seria a melhor forma de garantir os fins almejados nem pelo sistema de saúde nem pela Constituição.”*⁵²² Em outras palavras: a emenda sairia pior do que o soneto e regrediríamos mais de cem anos de discussão sobre a eficácia das normas constitucionais.

Temos plena consciência da dificuldade de compatibilizar um modelo que priorize as demandas coletivas e a dimensão de *policy* do direito à saúde com as ações individuais e a sua dimensão individual. O que pretendemos fazer ao longo deste último capítulo é explorar algumas alternativas e oferecer algum norte possível, levando em consideração os argumentos até agora apresentados.

⁵²⁰ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 582.

⁵²¹ Nesse sentido BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Op. cit., p. 897.

⁵²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e provado) de saúde no Brasil*, p. 35.

Antes de avançar, contudo, cabe destacar que a teoria do diálogo dá um passo além da chamada “virada institucional”. Esta enfatiza a necessidade de atentar para os efeitos reflexos e as diferentes capacidades institucionais dos agentes decisórios, apresentando no contexto brasileiro uma importante função crítica às teorias que trabalham com modelos idealizados da atuação judicial, executiva e parlamentar. Além dessa função crítica desconstrutiva, os adeptos da virada institucional propugnam a definição de alguns parâmetros que levem em consideração aspectos institucionais e que possam indicar a necessidade de deferência no controle judicial. Até aí estamos juntos.

Ocorre, contudo, que os adeptos da virada institucional não necessariamente afirmam que o Judiciário não é (e que não deve ser) a última palavra sobre as questões políticas importantes da comunidade.⁵²³ É nesse ponto que a teoria do diálogo vai além e, partindo da premissa de que o Judiciário não é a última palavra, acredita no valor epistêmico da democracia, trabalhando para promover uma interação virtuosa entre os centros decisórios responsáveis pelo comando do sistema público de saúde, no qual todos são enxergados em relação de horizontalidade e dotados de virtudes e vícios.

4.3. Diálogo institucional, direito à saúde e demandas coletivas.

No presente tópico pretendemos analisar como seria possível imaginar um modelo que busque fortalecer o sistema de saúde brasileiro e proteger o direito à saúde por meio da valorização de todos os agentes decisórios envolvidos nesta complexa equação, sem apostar, contudo, em um modelo de supremacia judicial que sufoque os demais espaços democráticos, desconsiderando as próprias limitações institucionais do ramo judicial e os perigos dos efeitos reflexos de suas decisões.

Um importante passo para lograr o objetivo perseguido se relaciona com priorização da utilização das ações coletivas no contexto de “judicialização da saúde”, instrumentos que

⁵²³ “A proposta da virada institucional é a de que as estratégias interpretativas devam levar em consideração a capacidade da instituição responsável pela tomada de decisão. O Poder Judiciário é o foco principal dessa preocupação. Afinal, é o Judiciário quem dirá a última palavra sobre a constitucionalidade de uma dada regulação.” (BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação: limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Op. cit., p. 1003.)

possuem inúmeras vantagens quando analisados comparativamente com as ações individuais, tais quais: i) amenizar dificuldades procedimentais relacionadas com a forma de ser do CPC; ii) prestigiar a igualdade, na medida em que as decisões são em regra *ultra partes* ou *erga omnes*; iii) permitir uma visão mais ampla da problemática e uma instrução processual mais complexa, na qual seja possível se analisar mais profundamente o argumento da reserva do possível no contexto da programação e da execução orçamentária do Estado e, por fim, iv) constituir um meio mais apto para enfrentar o núcleo do problema (o fortalecimento do SUS) e não aspectos paliativos.

Desta forma parece-nos que a ação coletiva deve ser considerada como um mecanismo por excelência de diálogo institucional, em cujo bojo será possível aos legitimados ativos formularem pretensões vocacionadas a melhorar o sistema de saúde, criando-se, desta forma, mais um canal oficial de comunicação com a Administração. É bom ressaltar o importante papel a ser desempenhado pelo juiz, não concebido como uma figura oracular, dotado de tempo ilimitado, conhecimento infinito e responsável maior por implementar o projeto de efetivação da constituição não cumprido pelos ramos representativos. Neste processo coletivo dialógico o juiz surge mais como um árbitro, como um indutor, que busca conduzir o processo para uma solução negociada, na qual não haja perdedores nem vencedores, mas da qual surjam melhores alternativas para a proteção de direitos.

Para propormos o mencionado modelo estruturaremos o presente tópico em três partes. Na primeira analisaremos as experiências de três países nos quais, em diferentes graus, as ações coletivas foram utilizadas como alternativa intermediária para enfrentar a intrincada questão do controle judicial dos direitos sociais e das políticas públicas desenvolvidas pela Administração. Na segunda parte faremos uma breve descrição de como nossos tribunais encaram os problemas relacionados com o direito à saúde quando ventilados sob a forma de demandas coletivas. Por fim, proporemos formas de um controle judicial fraco por meio das ações coletivas, desiderato a ser alcançado, dentre outras coisas, por meio de algumas técnicas decisórias mais indutivas. ***A conclusão caminhará no sentido de que, paradoxalmente, um controle judicial mais fraco poderá, ao longo do tempo, gerar melhores resultados na proteção do direito à saúde da população.*** Em essência essa será a principal função da intervenção judicial no marco teórico das teorias do diálogo.

4.3.1. Análise comparada de algumas experiências nos EUA, na África do Sul e na Colômbia.

Do *contexto americano* podemos colher alguns ensinamentos da experiência vivida no processo de controle judicial exercido sob a atividade regulatória e executiva de algumas agências públicas responsáveis por áreas como saúde, educação, moradia, prisões etc.⁵²⁴ O *public law litigation* caracteriza-se por ser um tipo de litigância que busca reestruturar os serviços prestados pelas mencionadas agências, com o objetivo precípua de permitir que os potenciais beneficiários tenham seus direitos civis respeitados. Na clássica formulação de Abram Chayes, essas espécies de litígios se diferenciariam dos processos tradicionais que envolvem, em sua grande maioria, particulares pretendendo reparação pecuniária por fatos danosos passados. Em direção oposta, os litígios de direito público se caracterizariam por: i) envolver um conjunto amorfo de interessados; ii) se basear em alegações relacionadas com a operação de instituições públicas, como escolas, prisões, hospitais, departamentos de polícia, autoridades habitacionais; iii) buscar provimentos judiciais cujo objeto implica a reestruturação e o monitoramento à longo prazo das instituições.

Ao invés de ser um instrumento ilegítimo – que transferiria para o Juiz a discricionariedade atribuída ao Administrador – e violador do postulado da separação dos poderes, a “litigância de direito público” se proporia a ser um exemplo emblemático de “direitos de desestabilização” (*destabilization rights*), ou, em outras palavras, direito ao desinsulamento de uma instituição que tem sistematicamente falhado com suas obrigações e, mesmo assim, permanecido imune às tradicionais forças de correção política. Em outras palavras, seria instrumento de reforço da democracia, de promoção da responsabilidade e de prestação de contas eleitorais (*accountability*).

Essa visão otimista do movimento encontrou grande resistência, tanto na doutrina, quanto na prática. Dentre as críticas doutrinárias, vale destacar as seguintes: i) os tribunais não teriam a necessária informação para supervisionar eficazmente a reestruturação institucional pretendida; ii) a judicialização dessas questões violaria a separação de poderes; iii) o controle pelo Judiciário federal implicaria violação ao princípio federativo. A Suprema

⁵²⁴ Para uma visão mais ampla cf. BREYER, Stephen. et. al. *Administrative Law and regulatory policy. Problems, texts and cases*. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

Corte, durante a presidência de Rehnquist, também se mostrou antipática aos litígios de direito público.⁵²⁵

Malgrado os contrapontos acima mencionados, Sabel e Simon afirmam que nos últimos anos a litigância de direito público não reduziu em volume nem em importância nos EUA, mas apenas evoluiu no que tange à sua forma. As espécies de provimentos judiciais pretendidos (*remedies*) se alteraram de um modelo baseado em mandamentos rígidos de comando e controle (*command-and-control injunctive regulation*) para um tipo de intervenção experimentalista (*experimentalist*), cujas características principais seriam as seguintes: i) um estilo de normatização mais flexível e provisório; ii) a adoção de procedimentos capazes de induzir a participação contínua dos grupos interessados para fins de envolvimento na efetivação das decisões; iii) a preferência pelo estabelecimento de *standards* gerais ao invés de regras detalhadas, conferindo às partes grande amplitude decisória no que tange à seleção dos meios utilizados.⁵²⁶

Nas palavras dos autores supra, ao passo que o modelo de comando e controle representaria o estereótipo da atividade burocrática, o estilo experimentalista institucionalizaria um processo contínuo de aprendizagem e reconstrução, no qual prevaleceria uma rede multinível de governança mais poliárquica e menos hierárquica. Dessa forma, os tribunais estariam mais e menos envolvidos no processo de reconstrução das entidades sucateadas. Estariam mais envolvidos, pois participariam de um processo contínuo, não limitado a uma intervenção singular por meio da sentença. Estariam, de outro lado, menos envolvidos uma vez que o processo de implementação da decisão seria conduzido primariamente pelos demandantes e demandados. Por isso haveria menos motivos para críticas relacionadas com a baixa capacidade gerencial das cortes e com sua pequena

⁵²⁵ Em *Missouri v. Jenkins*, 515 U.S. 70 (1995) a Suprema Corte declarou impróprio o plano de desagregação determinado pelo tribunal local, destinado a eliminar “*todos os vestígios da segregação racial impostos pelo Estado do Kansas aos grupos minoritários*”. Em *Lewis v. Casey*, 518 U.S. 343, 347 (1996) a Suprema Corte, por meio do *Justice Scalia*, reverteu a decisão do tribunal local que julgara procedente o pedido do autor (prisioneiro no Arizona) à reestruturação da biblioteca da prisão em que se encontrava recluso. No caso concreto, com base no direito constitucional de acesso aos tribunais, a corte local havia emitido decisão microscopicamente detalhada, determinando a reestruturação das bibliotecas e estabelecendo, inclusive, horários de operação, quantidade de prisioneiros autorizados a utilizar o espaço ao mesmo tempo etc.

⁵²⁶ O modelo de comando e controle teria as seguintes características: i) as decisões se esforçariam em antecipar e expressar todas as diretrizes chaves necessárias para induzir a obediência de uma forma singular, abrangente e de difícil alteração; ii) a avaliação do respeito à decisão se faria pela verificação da subordinação dos condenados às prescrições detalhadas emitidas pelo julgador (previsão de normas regulando todo o processo, as condutas, os meios e os fins a serem perseguidos); iii) os tribunais assumiriam uma forte função diretiva na formulação dos remédios, principalmente por meio do auxílio pericial.

legitimidade política. O processo seria colaborativo e não uma imposição unilateral de cima para baixo.⁵²⁷

Essa tendência evolutiva pode ser verificada nos casos relacionados com a reforma de algumas instituições psiquiátricas daquele país, ocasiões nas quais a interface entre o direito à saúde e o processo coletivo se evidencia. Contrariando uma tradição de não reconhecer direitos positivos, no início dos anos 60 ganhou força, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, o entendimento de que aqueles sujeitos involuntariamente confinados, em função de deficiências mentais, teriam o direito a tratamento e condições dignas. Em uma primeira fase da luta pela melhoria dos serviços psiquiátricos os tribunais se empenharam em impor às instituições públicas a fiel observância de parâmetros mínimos de segurança, higiene e eficiência dos tratamentos.⁵²⁸ Com o passar dos anos a Administração teve mais sucesso no intento de reverter algumas das rígidas condições impostas pelas decisões de primeiro grau, inaugurando-se uma tendência menos intrusiva e rígida que reflete a passagem da lógica do comando e controle para o experimentalismo, no qual foram buscadas soluções negociadas e definidas em um plano de execução.⁵²⁹ Como afirmam Sabel e Simon: “*Em cada seção do plano em que se identificava a necessidade de adoção ou revisão de novas políticas ou procedimentos exigia-se que o processo de policy-making envolvesse intensa colaboração dos autores da demanda, dos terceiros envolvidos e dos peritos pela partes indicados, antes da adoção de qualquer medida.*”⁵³⁰ Mas, apesar disso, a decisão final permanecia nas mãos dos réus que, além dessa prerrogativa, carregavam o ônus de poder ser responsabilizados por eventuais falhas, caso não alcançassem as metas traçadas no plano. Em última instância, a

⁵²⁷ SABEL, Charles; SIMON, William H. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 4 (Feb., 2004), p. 1020.

⁵²⁸ Tanto em *Wyatt v. Stickney*, 344 F. Supp. 373 (M.D Ala. 1972) quanto em *New York State Ass’n for Retarded Children v. Carey*, 393 F. Supp. 715 (E.D N.Y 1975), a decisão judicial declarou uma série de direitos e deveres, como o direito à privacidade dos pacientes e o dever do Estado de prestar assistência médica adequada. Além disso, incorporou-se nas decisões a necessidade de observância das exigências estabelecidas por entidades peritas, como a adequação da dieta dos internos ao nível nutricional prescrito pela Academia Nacional de Ciência. Outras tantas exigências foram fruto da inventividade do julgador. Em *Wyatt*, por exemplo, foi determinado que houvesse um banheiro para cada 8 pacientes; não mais de seis pacientes por quarto, o tamanho dos quartos; a temperatura interna do ambiente; a quantidade mínima de funcionários, dentre outras. Alguns anos mais tarde os réus buscaram reverter a rigidez da decisão, pretensão negada pelo tribunal ao argumento de que todas as determinações eram essenciais para que cada residente usufruísse de seu direito constitucional.

⁵²⁹ Em *Evans v. Williams*, 139 F.Supp. 2d 79, 85 (D.D.C 2001) as parte envolvidas evitaram estabelecer prescrições detalhadas relacionadas aos procedimentos e ao treinamento dos funcionários. Ao invés disso, adotaram um plano de execução no qual as partes e os peritos possuíam significativa oportunidade de influenciar nas medidas a serem adotadas. Uma característica do plano de execução que merece destaque se relaciona com a institucionalização da participação de curto prazo dos demandantes em reuniões periódicas com os gestores das instituições públicas. O procedimento era conduzido por um perito independente que serviria como o “monitor do tribunal”. Essa prática aumentou publicidade dos procedimentos, a capacidade de fiscalização pela sociedade civil, a deliberação no interior do processo decisório e a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos (*accountability*).

⁵³⁰ SABEL, Charles; SIMON, William H. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Op. Cit.*, p. 1032.

responsabilidade dos gestores públicos era com um critério de resultado específico; a especificação das tarefas seriam apenas meios para aqueles fins. Importante observar que, buscando uma solução compromissória, as próprias metas definidas no plano envolviam verdadeiros procedimentos.

A *segunda experiência digna de análise no presente tópico é a sul-africana*, certamente uma das mais comentadas quando o tema é o dos limites e das possibilidades do controle judicial de políticas públicas na proteção dos direitos sociais.⁵³¹ Interessa-nos analisar dois casos paradigmáticos, nos quais os problemas do controle das políticas públicas relacionadas com os direitos sociais foram levantados, quais sejam: o caso *Grootboom*⁵³² e o caso *TAC*.⁵³³

O caso *Grootboom* envolvia um grupo desesperadamente pobre de sul-africanos que viviam em condições terrivelmente inapropriadas. O mencionado grupo, buscando melhores condições de vida, mudou-se de sua cidade natal para uma propriedade privada desocupada que estava incluída em um plano governamental para a construção de casas populares. O proprietário conseguiu judicialmente a ordem para promover a reintegração de posse da área esbulhada, destruindo os barracos que haviam sido construídos. Em consequência, o grupo se refugiou em um estádio de futebol que não oferecia nem mesmo as mínimas facilidades existentes nos barracos onde viviam anteriormente. Diante da situação, com base no artigo 26 da Constituição sul-africana⁵³⁴, o grupo de indigentes ingressou com uma ação na Suprema Corte daquele país. A Corte constitucional rejeitou o argumento de que a Constituição tinha conferido a eles o direito a um mínimo existencial em matéria de moradia (*a minimum core entitlement to shelter*), mas declarou que o texto da Constituição exige do Estado a implementação, na exata medida de sua disponibilidade de recursos, de um amplo e coordenado programa que seja capaz de progressivamente realizar o direito ao acesso a uma moradia adequada.

⁵³¹ Para uma visão mais ampla do caso sul africano vale cf. CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 38, No. 2, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=999700>. Desde uma perspectiva mais teóricas cf. BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights. The justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁵³² Government of Republic of South Africa v Grootboom 2001 (1) SA 46 (CC) 2 (S. Afr.).

⁵³³ Minister of Health v Treatment Action Campaign (No. 2) 2002 (5) SA 721 (CC) (S. Afr.).

⁵³⁴ “Art. 26 Moradia.

(1) Todos têm o direito de acesso a uma moradia adequada.

(2) O Estado deve tomar as medidas legislativas e quaisquer outras, de acordo com os recursos disponíveis, para alcançar a progressiva efetivação deste direito.”

Como destaca Rosalind Dixon, na época da decisão muitos intelectuais elogiaram-na pelo seu pragmatismo e sensibilidade para com a democracia e para com as decisões dos órgãos representativos. Acreditou-se que a decisão ofereceu importantes evidências da possibilidade da implementação judicial de direitos sociais e econômicos, de forma que, ao mesmo tempo, se permitisse alguma melhoria do quadro social e se refletisse preocupações a respeito das competências judiciais e da baixa responsividade do Judiciário.⁵³⁵

O interessante é perceber que o Tribunal não afirmou que cada pessoa na África do Sul tinha um direito individual à moradia descente, nem mesmo fez vistas grossas para o problema enfrentado pelo grupo de cidadãos sul-africanos. Por meio de uma engenhosa decisão afirmou que o Governo está obrigado a levar a sério o direito à moradia previsto na Constituição e a adotar programas e políticas públicas destinados a promovê-lo. Como destaca Sunstein, a experiência sul-africana serve para infirmar muitas das posições maniqueístas que afirmam a questão da proteção dos direitos sociais na forma do tudo ou nada: ou se abre a porta e permite-se o controle total pelo Judiciário, transferindo o controle do orçamento público do Executivo para os tribunais, ou se veda qualquer tipo de intervenção. Optou-se por uma terceira via na qual, diante da falha da Administração, o Tribunal exigiria a elaboração e a execução (em um período de tempo razoável) de uma política pública capaz de responder às demandas dos grupos desfavorecidos.⁵³⁶

O segundo caso importante de ser mencionado é o TAC, decidido em 2002. No centro do problema estava o questionamento da eficácia de uma complexa política pública desenvolvida pelo Governo para fins de controlar a transmissão do vírus do HIV das mães contaminadas para os nascituros. O Governo adotara uma política extremamente restritiva, somente autorizando a administração da droga antiviral Nevirapine em alguns poucos centros especializados pelo país. Fora destas localidades estava estritamente proibida a administração das drogas (cujos laboratórios fornecedores haviam concordado em fornecer gratuitamente),

⁵³⁵ Neste sentido podemos destacar SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004, p. 209 ss. e TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008, p. 237.

⁵³⁶ “For the second bill, the difficult task is to identify an approach that avoids two extreme options: judicial protection of fully individual rights or a conclusion that courts cannot play a role at all. But South African court has marked out a third path. What the court calls for is some sort of reasonable plan designed to ensure that relief will be forthcoming to a significant percentage of poor people. On this view, the South African constitution constrains government not by ensuring that everyone receives shelter but by requiring government to devote a reasonable level of resources, more than it otherwise would, to the problem of insufficient housing for the poor.” (SUNSTEIN, Cass R. *The second bill of rights.*, p. 227/228).

mesmo que prescritas pelos médicos. Neste contexto a entidade de proteção dos portadores de HIV, *Treatment Action Campaign* (TAC), ajuizou demanda argumentando a violação dos artigos 28 e 27 da Constituição, que, dentre outras coisas, garantem a todos o direito de acesso ao serviço de saúde, incluindo tratamentos reprodutivos, além de afirmar que “*o Estado deve tomar as medidas legislativas razoáveis, com todos os recursos disponíveis para atingir a efetivação destes direitos.*”

A posição restritiva do Governo se baseava, primeiramente, no argumento de que não havia informações suficientes dos efeitos colaterais que o uso da Nevirapine poderia trazer ao longo do tempo e, em segundo lugar, que o sucesso do tratamento demandaria o acompanhamento das mães por profissionais especializados, o que exigiria a realocação de profissionais de áreas já sobrecarregadas.⁵³⁷ Em sua decisão o Tribunal aceitou um dos argumentos centrais do Estado: reconheceu que as disposições constitucionais não poderiam gerar direitos subjetivos para cada um dos cidadãos que alegasse fazer jus ao direito, ainda que este tivesse relação com o mínimo existencial sanitário (*minimal level of health care protection*). Entendeu-se, assim como em *Grootboom*, que o que se exige do Estado é a promoção do acesso a tais direitos de forma progressiva.

Entretanto, o Tribunal, no caso concreto, entendeu que a missão governamental não estava sendo desenvolvida a contento, motivo pelo qual se concluiu que o Governo estava obrigado a implementar com os recursos disponíveis um programa amplo e coordenado para realizar progressivamente os direitos das gestantes de acessarem os serviços de saúde no intuito de combater a transmissão do vírus do HIV para o feto. Desta forma, ordenou-se a remoção das restrições ao fornecimento da droga fornecida gratuitamente pelos laboratórios; a facilitação de seu uso, com a supervisão apropriada nos hospitais públicos e a tomada de medidas concretas no sentido de ampliar as políticas públicas no combate ao problema da transmissão de HIV das mães para seus filhos em gestação. Como analisado por Tushnet, o Tribunal afirmou seu poder de emitir decisões mandamentais, impelindo o Governo a desenvolver políticas capazes de conduzir à progressiva realização dos direitos sociais e econômicos, apesar de, diante da mudança de posição do Executivo, ter decidido pela

⁵³⁷ Sobre o tema Tushnet faz uma importante observação. Segundo ele a posição restritiva do Governo refletia a crença do Presidente Thabo Mbeki de que o HIV não era o causador da AIDS, fato cientificamente infirmado e causador de grande parte da forte oposição sofrida pela política de administração da Navirapine. Cf. TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, p. 246.

desnecessidade de emitir ordens detalhadas a respeito das políticas públicas envolvendo a Navirapine.⁵³⁸

Para finalizar o tópico é preciso analisar panoramicamente a mais recente e intrigante experiência do direito comparado no uso de ações coletivas para fins de implementar direitos sociais, qual seja: *o caso colombiano*.

Com a promulgação da Constituição de 1991 a Colômbia inaugurou um estado social e democrático de direito, trazendo disposições expressas sobre o direito à saúde. O art. 48 da mencionada Carta refletiu o seu caráter social quando enunciou que a atenção à saúde seria um serviço público a cargo do Estado e que a todas as pessoas se garantiria o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde. Ao Estado corresponderia o papel de organizar, dirigir e regulamentar a prestação dos serviços – de acordo com os princípios da eficiência, universalidade e solidariedade –, além de estabelecer as políticas para a prestação de serviço de saúde pelas entidades privadas. A Constituição, por fim, estabeleceu que a lei definiria os termos nos quais a atenção básica para todos os habitantes seria gratuita e obrigatória.⁵³⁹

Na época da promulgação da Constituição a assistência à saúde na Colômbia era fragmentada em um sistema nacional (Coordenado pelo Ministério da Saúde), um sistema de seguridade social (Coordenado pelo Ministério do Trabalho) e um mercado (setor privado) extremamente desregulado. Em 1993 foi editada a Lei 100 que instituiu no campo da saúde um sistema geral de segurança social de saúde (SGSSS), no qual havia dois grandes grupos: o primeiro era o plano obrigatório de saúde (POS), financiado por meio de contribuições dos empregadores e dos trabalhadores do setor formal; e o segundo era o plano obrigatório de saúde subsidiado (POSS), financiado por um subsídio governamental para os colombianos de

⁵³⁸ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, p. 246. Essa parte final da decisão leva alguns analistas a afirmar que em TAC a abordagem do Tribunal foi bem suave, afigurando-se como exemplo de um controle fraco. Nesse sentido Dixon: “*Thus, the Court largely followed the approach it had taken in Grootboom, first, in endorsing a narrow, reasonableness-based approach to defining the right of access to health care services in section 27(2) over a broader minimum core approach and, second, in preferring a declaratory relief over broad forms of injunctive, time-specific relief. In subsequent cases, the Court has also evinced this preference for weak rights and weak remedies in the enforcement of rights of access of this kind.*” (DIXON, Rosalind, *Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited* (July 2007). *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 391-418, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1156226> or doi:10.1093/icon/mom021, p. 398.)

⁵³⁹ Analisando o artigo, Arango afirma que a Constituição da Colômbia situa-se em meio a tendências de realização de um Estado Social e de privatização da prestação dos serviços públicos de saúde. Cf. ARANGO, Rodolfo. O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 721.

baixa renda. De 1993 a 2007 a Colômbia testemunhou um aumento de 84% na cobertura securitária em áreas urbanas e de 690% nas áreas rurais, progresso cuja equidade foi reiteradamente questionada sob o argumento de que os colombianos empregados no setor formal teriam acesso a benefícios muito superiores aos dos nacionais de baixa renda.⁵⁴⁰

A despeito dos significativos progressos, a atividade administrativa do Estado colombiano no campo sanitário ano após ano foi fruto de questionamento, tudo isso facilitado pelo mecanismo processual conhecido como “tutela”, que permite que os indivíduos recorram diretamente à Corte Constitucional sob a alegação de violação de seu direito fundamental à saúde constitucionalmente garantido. As peculiaridades do contexto sócio-econômico colombiano, aliadas a esta facilidade de acesso à justiça conduziram o país a um processo de judicialização da saúde impensado até mesmo para o mais entusiasta defensor da tendência pródiga disseminada nos últimos anos no contexto brasileiro. Números mostram que em 2003 a Corte pronunciou-se 1.206 vezes, das quais 868 (72%) foram sentença de tutela, e, destas, 290 (33,4%) referiram-se ao direito à saúde.⁵⁴¹ E, para fins apenas exemplificativos, podemos destacar que o Tribunal determinou inúmeras vezes a obrigação do Estado de fornecer bens sanitário como drogas antirretrovirais,⁵⁴² medicamentos de alto custo⁵⁴³ (inclusive de combate ao câncer), tratamentos no exterior para casos em que a tecnologia nacional não se mostrava satisfatória, assim como exerceu, em diversas oportunidades, controle sobre os procedimentos administrativos usados para determinar os benefícios disponíveis pelo POS e pelo POSS.⁵⁴⁴

O evento culminante deste processo de judicialização das demandas sanitárias na Colômbia ocorreu em 31 de julho de 2008, quando a Corte Constitucional proferiu a famosa decisão T-760, contendo 411 páginas, na qual foram julgadas conjuntamente 22 tutelas representativas das mais relevantes discussões que abarrotavam os escaninhos do Tribunal.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ TSAI, Thomas C. Second chance for health in Colombia. In: *The Lancet*, Volume 375, Issue 9709, 9 January 2010, p. 110.

⁵⁴¹ ARANGO, Rodolfo. *O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana*. Op. cit., p. 747; DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*. Bogotá: Defensoria del Pueblo, 2007, pp. 29,77-79.

⁵⁴² T-411 de 2003.

⁵⁴³ T-572 de 2002, oportunidade na qual a Corte ordenou a continuação de um tratamento de infertilidade interrompido sob a alegação de alto custo.

⁵⁴⁴ Apenas exemplificativamente citamos alguns casos excluídos da cobertura do POS e ordenadas pela Corte: i) fornecimento de próteses para pessoas que perderam alguns de seus membros (T-941/2000); ii) fornecimento de fraldas para adultos com problemas de incontinência (T-099/1999); iii) fornecimento de bolsa de colostomia (T-047/2003); fornecimento de aparelhos auditivos (T-261, T-443, T-506, todas de 2003); iv) fornecimento de hormônio de crescimento (T-666); v) fornecimento de Viagra contra impotência sexual em caso de abalo psicológico (T-926/2001); vi) realização de cirurgias oculares (T-533).

⁵⁴⁵ “T-760/08 selected twenty-two tutelas in order to illustrate systemic problems in the health system that have led to the overuse of the tutela. The Court did not declare the health system to be in an “unconstitutional state of affairs,” as many activists and analysts had recommended. However, it did call for restructuring of the health system in significant ways in

O ponto mais interessante para os fins deste tópico se relaciona com o fato de que, além de resolver os casos concretos, a decisão do tribunal afirmou a necessidade de transformação de todo o sistema de proteção à saúde no país. Dentre outras coisas, a Corte determinou a unificação do POS e do POSS em direção a adoção de um sistema de acesso universal, assim como estabeleceu prazos para que o Governo tomasse as medidas administrativas e legislativas necessárias sob pena de, uma vez não respeitada a data limite, serem automaticamente estendidos os benefícios do POS a todos os cidadãos colombianos.⁵⁴⁶

Como não poderia deixar de ser, a posição do Tribunal Constitucional colombiano desperta dentre os especialistas inúmeras críticas e elogios, todos eles já bem conhecidos de nossas discussões domésticas sobre a judicialização da saúde. Há, de um lado, desde críticas mais tradicionais como a violação ao princípio da separação dos poderes e da discricionariedade do administrador e do legislador, até quem afirme que a judicialização na Colômbia serve como um mecanismo de transferência de recursos sanitário para os mais ricos, distorcendo as prioridades alocativas constantes das políticas públicas implementadas pelo Governo.⁵⁴⁷ De outro lado os defensores da judicialização se apóiam nas mais sofisticadas categorias da teoria dos direitos fundamentais para, diante do persistente quadro de desigualdades sociais que prevalece na Colômbia, afirmar as virtudes da intervenção judicial para fins de garantir os mínimos sociais em sociedades não bem-ordenadas.⁵⁴⁸ No contexto colombiano uma das mais sóbrias posições nos parece a de Rodrigo Uprimny Yepes que ao longo de seus vários escritos sobre o assunto sempre faz questão de destacar que a judicialização das demandas sanitárias pode ou não servir aos fins de emancipação social. Tudo dependerá do contexto no qual se insere. Por isso é necessário desenvolver pesquisas empíricas capazes de esclarecer os limites e as possibilidades econômicas de implementação das decisões, ou até mesmo para se aferir em que medida as determinações judiciais não estão

addition to resolving the individual cases. The Court asserted this structural approach was necessary because "the organs of government responsible for . . . the regulation of the health system have not adopted decisions that guarantee the right to health without having to seek recourse through the tutela." (YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar, *Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates*, 33 *Hastings int'l & comparative law review*, 431, 443 (2010), p. 116.)

⁵⁴⁶ A versão completa da decisão pode ser encontrada no sítio da Corte Constitucional da Colômbia:

www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/T-760-08.htm

⁵⁴⁷ HOGERZEIL, Samson M.; CASANOVAS, Rahmani-Ocora L. Is access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts? In: *Lancet*, 368: 305-311, 2007; DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005. Op. Cit.* p. 195: "Sin embargo, el uso de la tutela, sobre todo en casos individuales, también tiene problemas, pues como se demostró, esta acción judicial, por sí sola, no corrige las inequidades y distorsiones del sistema. Es más, en cierta medida la tutela puede incluso llegar a profundizar ciertas inequidades, en especial en materia de acceso a las prestaciones médicas, pues las personas que más frecuentemente recurren a este mecanismo de protección son quienes ya gozan de un cierto acceso a la salud y de una mayor capacidad económica, como son aquellas que hacen parte del régimen contributivo."

⁵⁴⁸ ARANGO, Rodolfo. *O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana. Op. cit.*, p. 750.

funcionando como um mecanismo de Hobin-Hood às avessas e gerando efeitos reflexos que mais contribuem para a irracionalidade do sistema do que para qualquer outra coisa.

Além disso, parece-nos sempre pertinente lembrar, nas palavras de Yepes, que os desafios no campo da saúde exigem uma inevitável articulação entre esforços legais e sociais, uma vez que nem investigações empíricas exaustivas ou ardorosos conceitos legais serão capazes de a sós resolver os problemas dos direitos sociais e da emancipação humana. A justiça constitucional pode se tornar um importante instrumento para o progresso das democracias, mas isso depende de que as compreendamos dentro de um contexto maior de esforços sociais. A implementação de um projeto de emancipação e de promoção de justiça prometida por uma constituição são assuntos sérios demais para serem entregues aos juízes; a participação social é essencial para a realização da democracia.⁵⁴⁹

Os efeitos práticos da decisão proferida pela Corte Constitucional na T-760 ainda são uma incógnita até mesmo para os colombianos.⁵⁵⁰ Haverá quem comemore a decisão como o opúsculo da judicialização, a afirmação definitiva da supremacia judicial e, por conseguinte, um contra-exemplo a tudo o que estamos nos esforçando para defender ao longo do presente trabalho. Com isso não concordamos e me utilizarei de três importantes pontos da decisão para mostrar como é possível aprender com a experiência colombiana e utilizar o conhecimento dentro de um marco teórico dialógico.⁵⁵¹

O primeiro ponto a ser destacado é que, mais do que um simples fenômeno de transferência de poder dos órgãos representativos da sociedade para os tribunais, a decisão na T-760 representa um ponto importante (não o ponto final!) em uma discussão sobre a equidade e eficiência do sistema de saúde colombiano que se arrasta há mais de 20 anos no

⁵⁴⁹ YEPES, Rodrigo Uprimny. The enforcement of social rights by the colombian constitutional court: cases and debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX; Theunis (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Op. cit., p. 33.

⁵⁵⁰ Os desdobramentos da decisão, as dificuldades de implementação, as reações do Executivo e as mobilizações sociais posteriores à T-760 são bem ilustradas em YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar, *Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates*, Op. Cit. p. 120 ss.

⁵⁵¹ A melhor doutrina na Colômbia também compreende a decisão da T-760 dentro do marco dialógico. Neste sentido YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar, *Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates*, Op. Cit. “Rather, the Court called for a broad public dialogue about the content of the new POS—and by extension the dimensions of the right to healthcare in Colombia. The Court did not assume it knew best what benefits should be included under the POS, nor did it set out ethical grounds for making those determinations.”... “In general, the Court’s approach to a remedy can be seen as consistent with theories of ‘experimentalist regulation’ and ‘dialogical justice.’”... “Importantly, in T-760/08 the Constitutional Court acknowledged the limitations of individual concession of health benefits and attempted to foster a public dialogue among different actors regarding constitutionally permissible limitations on the right to health that might guide discussions.”

seio daquela comunidade política, mobilizando os mais diversos segmentos representativos da sociedade, dentre eles especialistas em saúde, juristas, integrantes da administração, representantes do Ministério Público e da sociedade civil organizada etc. Ao longo dos anos o excessivo número de tutelas concedidas pela Corte serviu como mecanismo para que a própria administração e os agentes privados alterassem os seus planos de benefícios, incluindo tratamentos cuja importância fora afirmada pelo Judiciário no bojo de várias demandas repetitivas sobre o tema. Tudo isso sinaliza que, conquanto certamente seja possível falar em excessos em algumas decisões do Tribunal e se questionar a legitimidade e a capacidade institucional da corte para definir qual seria o “mínimo existencial sanitário colombiano” e as corretas políticas públicas para implementá-lo, parece-nos indiscutível afirmar que, de forma exemplar, no julgamento da T-760 o tribunal funcionou como um agente catalizador de uma discussão que vai muito além de uma interpretação voluntarista e romantizada do direito à saúde conforme disposto no art. 48 da Constituição.

Parafraseando Friedman⁵⁵², a decisão na T-760 não foi nem poderia ser um ponto final na discussão sobre a saúde no contexto colombiano. Refletiu o encerramento de uma rodada procedimental que está em constante circularidade e se protraí no tempo. Normalmente a narrativa se inicia com uma ação governamental; a seguir uma série de indivíduos contestam-na sob o argumento de ter violado seus direitos, querela que, uma vez submetida à decisão judicial, recebe uma resolução de primeira instância. A discussão se estende para os tribunais superiores, e quanto mais importantes forem as ações governamentais, maior será o número de questionamentos. Inevitavelmente a questão vai parar na Suprema Corte. Neste ponto o debate já estará maduro. Argumentos de ambos os lados terão sido ouvidos, sintetizados, refinados e remodelados. A Corte decide. Essa será a última manifestação judicial, ao menos durante essa rodada. Contudo, a população notará que a Corte decidiu sobre o assunto. Repórteres noticiaram o feito e isso gerará debate. Alguns concordarão com a decisão, outros discordarão, fato que inevitavelmente gerará discussão em ambientes formais e informais. Artigos serão escritos, comentários virão sobre a decisão. Novas demandas continuarão a ser ajuizadas. A sociedade civil se mobilizará, assim como os órgãos majoritários, que aprovarão leis em sentido favorável ou contrário ao decidido. Enfim, o processo se estenderia infinitamente. Essa complexa interação, por si só, seria um diálogo.

⁵⁵² FRIEDMAN, Barry. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 651.

Nesse jogo interativo dialógico parece-nos que a principal função do Tribunal colombiano foi funcionar como *interlocutor* e como *modelador ou facilitador* do diálogo, não como o detentor da verdade oracular nem como o guardião supremo da verdade constitucional. O tribunal serviu de importante espaço político catalizador da discussão, no qual economistas, a comunidade médica, pacientes, juristas, professores nacionais e estrangeiros, dentre outros, puderam debater e influenciar a decisão retratada na T-760.⁵⁵³ Essa visão da decisão judicial funcionando como um ponto de partida para possíveis respostas legislativas e administrativas fica bem refletida em uma das recomendações finais constante do trabalho publicado pela Procuradoria Geral da Nação, no qual, após recomendar a declaração de inconstitucionalidade da situação da saúde na Colômbia, esclarece que tal medida poderia criar “*un espacio privilegiado para una suerte de diálogo constitucional entre el juez constitucional, el Congreso, el Gobierno y la opinión pública acerca del alcance que debe tener el derecho a la salud en Colombia.*”⁵⁵⁴

A segunda característica a ser analisada se relaciona com o objeto da decisão proferida na T-760. Diferentemente do que vinha sendo feito, o Tribunal não se limitou a resolver apenas os conflitos de interesses individualizados na demanda. Tais lides também foram solucionadas, é verdade, e talvez seja pouco viável se falar em diálogo nestes casos. Mas é preciso frisar que além dos casos concretos a decisão da T-760 foi mais longe e determinou uma profunda alteração de toda a política pública sanitária colombiana, colocando em xeque inclusive o regime inaugurado pela Lei 100, buscando incrementar o sistema de saúde como um todo por meio do aumento de sua equidade e eficiência.⁵⁵⁵

A última característica da T-760 a ser destacada se relaciona com a técnica decisória utilizada pelo Tribunal. Sem considerar aqui a resolução dos casos concretos, vale perceber que a Corte emitiu uma série de ordens aos órgãos administrativos responsáveis pelo sistema de saúde colombiano, cada qual com diferentes intensidades. No décimo oitavo enunciado da parte dispositiva da sentença ordenou à Comissão de Regulação da Saúde que ao menos uma vez ao ano atualizasse os planos obrigatórios com base nos critérios estabelecidos na lei⁵⁵⁶. No

⁵⁵³ Esse ponto foi muito bem percebido por SILVA, Fábio de Souza. *Tutela judicial do direito à saúde*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 62.

⁵⁵⁴ DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005. Op. Cit.* p. 196.

⁵⁵⁵ YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. In: *PLoS Med* 6(2), 2009, p. 148.

⁵⁵⁶ “Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud la actualización de los Planes Obligatorios de Salud por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley. La Comisión presentará un informe anual a la Defensoría del

enunciado décimo sétimo ordenou que a Comissão Nacional atualizasse o POS e que, para tanto, garantisse a participação da comunidade médica e dos participantes do sistema.⁵⁵⁷ Por fim, no enunciado vigésimo primeiro o Tribunal ordenou a unificação do regime contributivo e não contributivo para as crianças, missão que teria como prazo limite a data de 1º de novembro de 2009, oportunidade na qual, uma vez não atendida a reivindicação, deveria haver a extensão automática dos benefícios a todos.⁵⁵⁸

As três experiências estudadas certamente são as mais ricas do direito comparado e servirão de inspiração para a formulação de algumas propostas mais construtivas logo à frente. Antes disso, contudo, cabe analisar as principais características das demandas coletivas no ordenamento brasileiro.

4.3.2. O caso brasileiro.

Não pretendo no presente tópico realizar um levantamento detalhado de todos os julgados sobre o direito à saúde ventilados por meio de demandas coletivas em nossos tribunais superiores. O objetivo é tão somente utilizar da jurisprudência majoritária para fins de esboçar o perfil da postura judicial quando as lides sanitárias são discutidas no bojo dos processos coletivos, chamando atenção para algumas características importantes, que serão no próximo tópico analisadas dentro de um marco teórico de controle judicial fraco e da teoria do diálogo.

Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación indicando, para el respectivo período, (i) qué se incluyó, (ii) qué no se incluyó de lo solicitado por la comunidad médica y los usuarios, (iii) cuáles servicios fueron agregados o suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas sobre cada servicio o enfermedad, y (iv) la justificación de la decisión en cada caso, con las razones médicas, de salud pública y de sostenibilidad financiera.” (T-760, p. 267)

⁵⁵⁷ *“Ordenar a la Comisión Nacional de Regulación en Salud la actualización integral de los Planes Obligatorios de Salud (POS). Para el cumplimiento de esta orden la Comisión deberá garantizar la participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud, según lo indicado en el apartado (6.1.1.2.). En dicha revisión integral deberá: (i) definir con claridad cuáles son los servicios de salud que se encuentran incluidos dentro de los planes de beneficios, valorando los criterios de ley así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional; (ii) establecer cuáles son los servicios que están excluidos así como aquellos que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios pero que van a ser incluidos gradualmente, indicando cuáles son las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas; (iii) decidir qué servicios pasan a ser suprimidos de los planes de beneficios, indicando las razones específicas por las cuales se toma dicha decisión, en aras de una mayor protección de los derechos, según las prioridades en materia de salud; y (iv) tener en cuenta, para las decisiones de incluir o excluir un servicio de salud, la sostenibilidad del sistema de salud así como la financiación del plan de beneficios por la UPC y las demás fuentes de financiación.” (T-760, p. 265)*

⁵⁵⁸ *“Vigésimo primero.- Ordenar a la Comisión de Regulación en Salud unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado, medida que deberá adoptarse antes del 1 de octubre de 2009 y deberá tener en cuenta los ajustes necesarios a la UPC subsidiada de los niños y las niñas para garantizar la financiación de la ampliación en la cobertura. En caso de que para esa fecha no se hayan adoptado las medidas necesarias para la unificación del plan de beneficios de los niños y las niñas, se entenderá que el plan obligatorio de salud del régimen contributivo cubre a los niños y las niñas del régimen contributivo y del régimen subsidiado.” (T-760, p. 268.)*

Antes de avançar, contudo, é preciso entender que quando falamos em processo coletivo estamos nos referindo a um gênero no qual se inserem instrumentos de “processo coletivo comum” (ação civil pública, ação popular, ação de improbidade, mandado de segurança e de injunção coletivo) e “processo coletivo especial” (aqui compreendidas as ações de controle concentrado de constitucionalidade).⁵⁵⁹ Apesar de notórias as características diferenciadoras de ambos os subgrupos, parece-nos que se justifica a mencionada sistematização na medida em que todos os instrumentos processuais mencionados possuem em comum, a um, um mecanismo diferenciado de legitimação extraordinária que excepciona o art. 6º do CPC; a dois, um regime jurídico diferenciado relacionado com os efeitos da coisa julgada (*ultra partes* ou *erga omnes*) e; a três, têm como objeto direitos/interesses coletivos *lato sensu*.⁵⁶⁰ Por tudo isso a utilização dos instrumentos de processo coletivo afigura-se como meio por excelência para a discussão de políticas públicas sanitárias em juízo (não para a discussão das situações individualizadas) e isso nos parece algo muito virtuoso. O grande desafio, contudo, é alcançar um equilíbrio possível para que esses poderosos instrumentos processuais não sejam encarados como mecanismos habilitadores de uma total transferência de poder dos ramos representativos para o Judiciário não responsivo eleitoralmente e com baixa capacidade institucional para deliberar sobre políticas públicas complexas. Esse delicado equacionamento somente poderá ser alcançado por meio da adjetivação do controle judicial de políticas públicas com a figura do controle judicial fraco ou indutivo, capaz de abrir espaço para o diálogo institucional em busca da melhoria do sistema de saúde como um todo.

A primeira característica a ser destacada nas demandas coletivas é a *timidez judicial ou a autocontenção*, marca diametralmente oposta daquela observada nas demandas individuais. Apesar de dia após dia os argumentos clássicos utilizados contra a possibilidade de controle judicial de questões envolvendo o direito à saúde estarem perdendo força,⁵⁶¹ deve-

⁵⁵⁹ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140.

⁵⁶⁰ Interessante perceber que até mesmo nas ações de controle concentrado de constitucionalidade há na verdade um interesse coletivo sendo protegido: “... na ADI, para o controle abstrato de constitucionalidade das normas, não há interesse subjetivo, mas interesse difuso, de toda a coletividade, na higidez da norma federal ou estadual comparada com o texto constitucional federal.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT, p. 1.396.)

⁵⁶¹ A decisão paradigma sobre o controle judicial de políticas públicas foi aquela proferida pelo Min. Celso de Melo na ADPF 45. No caso do direito à educação, por exemplo, é pacífica a jurisprudência tanto do STF quanto do STJ sobre a possibilidade de determinar aos Municípios a construção de creches. Apenas exemplificativamente cf. STF, DJ 03-02-2006, RE 410.715-5/SP, Min. Rel. Celso de Melo, Segunda Turma.

se reconhecer que quando nos deparamos com demandas coletivas as preocupações com o princípio da separação dos poderes e com a discricionariedade administrativa costumam exercer maior influência no estado de espírito do julgador. Em caso emblemático o STJ, no julgamento de recurso interposto no bojo de uma Ação Civil Pública, afirmou que: “*O juiz não pode substituir a Administração Pública no exercício do poder discricionário. Assim, fica a cargo do Executivo a verificação da conveniência e da oportunidade de serem realizados atos de administração, tais como, a compra de ambulâncias e de obras de reforma de hospital público. O princípio da harmonia e independência entre os Poderes há de ser observado, ainda que, em tese, em ação civil pública, possa o Município ser condenado à obrigação de fazer.*”⁵⁶²

Neste ponto concordamos inteiramente com Sarmiento que essa posição, muito mais generosa nas ações individuais do que nas coletivas, gera uma grave distorção muitas vezes em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da irracionalidade do sistema de saúde considerado em sua inteireza.⁵⁶³

A *segunda característica* importante das demandas coletivas se relaciona com o *seu objeto*⁵⁶⁴ ou, em outras palavras, com as prestações positivas que os legitimados ativos

Na doutrina dia após dia se avoluma a bibliografia sobre o tema. Apenas exemplificativamente cf. APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá. 2005; ARENHAT, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>>. Acesso em: 11 jan. 2007; BARCELLOS, Ana Paula.

Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado*, nº 3, p. 17-54, 2006; BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002; COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, pgs. 11/22; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas. A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000; JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm. 2008.

⁵⁶² STJ, DJ 26/03/2001, AgRg no REsp 252083/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrigli, Segunda Turma, julgado em 27/06/2000.

⁵⁶³ SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. *Op. Cit.*, p. 583.

⁵⁶⁴ A inspiração para afirmar as políticas públicas como o objeto a ser controlado por meio das ações coletivas remonta ao precursor estudo de COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. *Op. Cit.*, p. 249: “*Ora, uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública. A generalidade dos autores continua a repetir, sem maior aprofundamento, que se trata de direitos a uma prestação estatal positiva, em contraste com os deveres de abstenção dos Poderes Públicos, característico das liberdades individuais. Mas, como o direito a uma prestação estatal positiva supõe uma relação direta do titular com o Estado, tropeça-se, inevitavelmente, com o obstáculo pragmático de que, salvo em raras hipóteses, das quais me ocuparei mais adiante, o ordenamento jurídico não cria pretensão e ação individual do particular contra os Poderes Públicos, para a realização destes direitos. É claramente impossível compelir o Estado a providenciar imediatamente, a todos os que demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza.*” No mesmo sentido BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado*, nº 3, p. 17-54, para quem poderiam ser objeto de controle por meio das demandas coletivas: i) a fixação de metas e prioridades por parte do Poder Público em matéria de direitos fundamentais; ii) o resultado final esperado das políticas públicas; iii) a quantidade de recursos a ser investida em

requerem do Estado. Aqui, diferentemente do que ocorre nas demandas individuais, não há o pleito para o fornecimento de medicamentos, de próteses e órteses, ou para a realização de cirurgias e exames individualizados, mas o que se requer do Estado é a implementação de algum programa governamental organizado e planejado como a construção de leitos, a realização de obras e reformas de hospitais públicos, a contratação de pessoal ou a aquisição de equipamentos ou insumos terapêuticos para o abastecimento das unidades.

No caso acima mencionado, por exemplo, o que se pleiteava era a compra de ambulâncias e a reforma de uma unidade hospitalar no estado do Rio de Janeiro. Na SL 228, analisada pelo STF, o Ministério Público Federal requereu a transferência de todos os pacientes que necessitavam de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs) para hospitais públicos ou particulares que dispunham de tais unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo máximo de 90 dias.⁵⁶⁵

Na SL 47 o STF suspendeu a liminar concedida pelas instâncias inferiores na Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, na qual se requereu a realização de 8 (oito) providências administrativas para a melhoria imediata do atendimento no Hospital Dom Malan.⁵⁶⁶ Na STA 334 foi parcialmente mantida a decisão do tribunal *a quo* que determinara ao Estado do Rio Grande do Norte a conclusão da reforma da enfermaria pediátrica do Hospital Gizelda Trigueiro, único serviços do SUS de infectologia pediátrica daquele Estado.⁵⁶⁷ Já na SL 256 foi parcialmente suspensa a liminar concedida em Ação civil pública, na qual se requeria que o Estado de Tocantins proporcionasse às pessoas indicadas na inicial e a todos os usuários do Sistema Único de Saúde da comarca de Araguaína e seus acompanhantes o custeio das despesas com transporte, alimentação e hospedagem, a título de tratamento fora do domicílio.⁵⁶⁸

Por fim, refletindo a extensão de uma tendência menos autocontida do âmbito das demandas individuais para as ações coletivas, vale citar o julgamento do STF no AI 734487 AgR, na qual foi mantida a decisão dos tribunais inferiores que condenava o Estado do Paraná

políticas públicas vinculadas à realização de direitos fundamentais; iv) o atingimento ou não das metas fixadas pelo Poder Público; v) a eficiência mínima na aplicação dos recursos.

⁵⁶⁵ STF, DJ 21-10-2008, SL 228-8/CE, Decisão monocrática do Presidente Min. Gilmar Mendes.

⁵⁶⁶ STF, DJ 05/04/2005, SL 47, Relator Min. Presidente, Nelson Jobim.

⁵⁶⁷ STF, DJU 03/09/2009, STA 344, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes.

⁵⁶⁸ STF, DJU 29/04/2010, SL 256/TO, Rel. Min. Presidente Gilmar Mendes.

a obrigação de fazer, envolvendo liberação de recursos financeiros, ampliação da unidade de terapia intensiva-adulta do Hospital Universitário de Londrina (mínimo de 10 leitos e a adoção de medidas necessária para o bom desenvolvimento do referido setor). A ementa do acórdão foi assim redigida:

DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO A SAÚDE. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROSSEGUIMENTO DE JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. ARTIGOS 2º, 6º E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido.⁵⁶⁹

Já neste ponto vale destacar que, conquanto não desconheçamos que é muito rotineira a utilização de ações coletivas visando a proteção de direitos individuais homogêneos - oportunidades nas quais o que se pleiteia é a concessão de prestações individualizadas de uma forma potencializada -, não nos parece que nestes casos seja possível se falar no uso das ações coletivas para o controle de uma política pública, ao menos não de forma imediata. Quando, por exemplo, o Ministério Público (com questionável legitimidade ativa)⁵⁷⁰ ou a Defensoria Pública ajuíza uma ação civil pública requerendo que o Estado forneça aos substituídos processuais medicamentos ou tratamentos não constantes das listas ou dos protocolos clínicos elaborados pelo SUS o que se tem é a *tutela coletiva de interesses individuais* e não a *tutela de interesses coletivos*, objetivo precípuo de uma política pública.⁵⁷¹ Neste último caso temos direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos estrito senso), ao passo que no primeiro exemplo o que se tem são direitos *acidentalmente coletivos* que diante da homogeneidade da situação fática são tutelados conjuntamente para fins de se molecularizar os conflitos atomizados na sociedade.

É preciso reconhecer que há situações limites nas quais se pleiteia, além do fornecimento de medicamentos e tratamentos individualizados a alguns cidadãos identificados

⁵⁶⁹ STF, 20-08-2010, AI 734487 AgR, Relatora, Min. Ellen Gracie, Segunda Turma.

⁵⁷⁰ A jurisprudência do STF é no sentido da legitimidade do MP para ajuizar ação coletiva para a proteção de pessoa individualizada. (STF, DJU 28-08-2009, RE 407902/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma.)

⁵⁷¹ Utilizando-se dessa terminologia cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

no bojo da ação civil pública, a alteração das listas ou dos próprios protocolos, ou mesmo a universalização dos procedimentos para todos aqueles que deles porventura venham a necessitar. Nestes casos, para manter a coerência com que estamos defendendo, acreditamos que em relação aos pedidos de alteração de listas/protocolos e universalização da medida individualmente requerida estaremos diante de uma ação coletiva com potencial dialógico, na qual efetivamente se estará discutindo a elaboração de uma política pública sem o reconhecimento de direitos individuais subjetivos. Contudo, em relação às demandas individualizadas, que reconhecem direitos subjetivos de forma potencializada, não vislumbramos o controle efetivo de uma política pública, nem mesmo um instrumento de processo coletivo com potencial dialógico. Isso porque nestes casos o que se faz é tutelar situações concretas, individualizadas, e não se buscar a melhoria do sistema de saúde em sua totalidade. Aliás, muitas vezes é exatamente o oposto que ocorre: as demandas que buscam reconhecer direitos individuais homogêneos sanitários funcionam como mecanismos para distorcer políticas públicas já existentes, transferindo recursos sanitários dos mais necessitados para aqueles que, legitimamente, foram excluídos da cobertura.

Por essas razões é preciso ficar bem claro que, no presente tópico, quando estamos falando no processo coletivo como instrumento de diálogo institucional, não temos em mente as demandas para a tutela de situações individualizadas (como o fornecimento de medicamentos ou a realização de exames), mas sim aquelas que objetivam a realização de uma ação administrativa ou legislativa de repercussão coletiva, ou seja, a elaboração ou execução de uma política pública em sua acepção mais pura (e.g. construção de UTI, reforma de hospitais, realocação de verbas orçamentárias etc.)⁵⁷²

A *terceira e última característica* das ações coletivas que pretendo analisar neste tópico se relaciona com as técnicas executivas utilizadas para fins de garantir a efetividade dos provimentos deferidos. Como na grande maioria das vezes o que se pretende com as mencionadas ações coletivas é a condenação do Estado a uma obrigação de fazer ou a uma

⁵⁷² “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 à 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.” (BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.) Para uma visão mais completa sobre o tema das políticas públicas cf. MORAN, Michel; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Editors) *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

tutela específica, a técnica de execução utilizada não é a execução direta ou por sub-rogação, mas a execução indireta, seja por constrição patrimonial (*astreinte* ou bloqueio de verbas públicas) ou pessoal (prisão civil).

No que se refere à execução indireta por meio de *astreinte*, a melhor doutrina já não mais questiona a possibilidade de sua imposição à Fazenda Pública, havendo acesa discussão sobre a possibilidade de sua incidência diretamente no patrimônio do administrador responsável. O STJ possui entendimento majoritário de que, a despeito de possível a imposição de multa diária à Fazenda Pública na execução imediata, não seria possível a sua extensão ao agente público, ainda que escorada na necessidade de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental.⁵⁷³ O STF, por sua vez, tem reiteradamente suspenso as multas coercitivas impostas nas decisões liminarmente proferidas em ação civil pública, sob o argumento da possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade por multa fixada em decisão liminar baseada em juízo cognitivo sumário, o que, por sua vez, não fecha definitivamente as portas para a utilização do referido mecanismo.⁵⁷⁴

Em relação ao bloqueio de verbas o STF possuía julgados não admitindo a sua possibilidade para fins de acautelamento de créditos orçamentários impugnados⁵⁷⁵ ou como forma de execução indireta por coerção patrimonial, posição que vem se alterando nos últimos anos, já havendo julgados pela possibilidade de utilizar o bloqueio de verbas para fins de constranger o Estado a tomar a medida determinada na decisão proferida em matéria sanitária.⁵⁷⁶

⁵⁷³ STJ, REsp 747.371-DF, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 6/4/2010: “*Em execução de obrigação de fazer resultante de mandado de segurança, o ente federado foi condenado a incorporar certo percentual aos vencimentos e proventos de seus servidores. Sucede que foram impostas astreintes aos representantes daquele ente público (o governador e a secretária de gestão administrativa) correspondentes a diários 50% do valor do salário mínimo, caso, após citados, não procedessem às aludidas incorporações em 30 dias. Anote-se que essa sanção pecuniária não se confunde com a de natureza punitiva derivada de ato atentatório ao exercício da jurisdição (art. 14, V, parágrafo único, do CPC). Diante disso, a jurisprudência do STJ permite a imposição de multa diária à Fazenda Pública na execução imediata, porém sua extensão ao agente público, ainda que escorada na necessidade de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, é despida de juridicidade, pois inexistente norma que determine esse alcance da pessoa física representante da pessoa jurídica de direito público. No caso, além de sequer haver contraditório e ampla defesa, os agentes não foram partes na execução e atuaram no MS apenas como substitutos processuais. Por último, note-se que a execução da ação mandamental foi dirigida ao ente federado, pessoa jurídica de direito interno, e há norma que restringe ao réu a imposição das referidas astreintes (art. 461, § 4º, do CPC). Precedentes citados: REsp 770.753-RS, DJ 15/3/2007; REsp 893.041-RS, DJ 14/12/2006, e AgRg no Ag 1.028.620-DF, DJe 3/11/2008.*”

⁵⁷⁴ Cf. STF, SL 228-8/CE, DJ 21-10-2008, Decisão monocrática do Presidente Min. Gilmar Mendes.

⁵⁷⁵ Nesse sentido o STF já decidiu na ADI 1.662/SP, Rel. Maurício Corrêa, DJ 1909-2003; no mesmo sentido a Reclamação 2.126/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes (informativo STF n. 288).

⁵⁷⁶ STF, DJU 05-06-09, AI 553.712/RS, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma; STF, DJU 06.11.2006, AI 597.182-AgR/RS, Min. Rel. Cezar Peluso.

Optamos por finalizar este breve apanhado jurisprudencial trazendo a baila o posicionamento dos tribunais superiores em relação às técnicas executivas para a implementação de suas decisões nos processos coletivos em que se discutem políticas públicas sanitárias, pois é exatamente aqui que percebemos com clareza que os vícios da insuficiência, verificados naqueles julgamentos que ainda afirmam a impossibilidade do controle judicial das políticas públicas, muitas vezes são suplantados pelo perigo oposto do excesso e do voluntarismo. Em outras palavras: uma vez reconhecida a possibilidade do controle judicial de políticas públicas (tendência virtuosa) o Judiciário e os legitimados ativos das ações coletivas algumas vezes se excedem e tomam uma posição adversarial em relação à Administração e aos gestores do sistema de saúde, afirmando autoridade de forma verticalizada e fechando os canais de diálogo e de soluções negociadas no intuito de promover a melhoria do SUS. Tudo isso gera animosidade, irracionalidade e contribui para o fortalecimento de uma visão insustentável que enxerga o processo judicial como um sucedâneo para o processo político e os juízes como os guardiões únicos da Constituição, responsáveis últimos por resgatar nossa dívida social no campo sanitário, negando suas limitações institucionais e a importância da política no processo de conquistas sociais.

4.3.3. As demandas coletivas como instrumento de diálogo institucional.

Acreditamos que a esta altura do trabalho já esteja bem clara nossa posição favorável a todo processo teórico e jurisprudencial de reconhecimento da normatividade da constituição e dos princípios, do desenvolvimento de mecanismos mais fluidos de interpretação do direito (como a ponderação), de abertura das discussões jurídicas à moral e às questões de justiça distributiva e, por fim, de judicialização das questões sociais, tudo isso inserido em um quadro mais amplo chamado por alguns de neoconstitucionalismo.

No capítulo III, com base no escólio de Sarmiento, também enfatizamos que a despeito de virtudes, o mencionado processo apresenta excessos relacionados com os perigos de uma judicialização excessiva e de um “oba-oba constitucional” que tende a supervalorizar as possibilidades de uma ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível e a sonegar o problema da questão institucional, qual seja: a discussão sobre quem decide no limiar da controvérsia sobre a alocação de recursos sanitários escassos. No tópico 4.2 do

presente Capítulo refinamos a idéia e afirmamos que a variável institucional que reclama a necessidade de se levar em conta a estrutura orgânica do processo decisório como parâmetro indicador do locus de decisão sobre políticas públicas sanitárias nos conduz a priorizar as demandas coletivas em detrimento das ações individuais no processo de judicialização da saúde. E o principal argumento para tanto é que por suas próprias características procedimentais esses instrumentos processuais seriam mais aptos para permitir um controle das políticas públicas sanitárias de forma a estender isonomicamente os efeitos de suas decisões. Assim evitar-se-ia problemas relacionados com os efeitos reflexos das decisões e com a falta de expertise judicial sobre temas sanitários complexos, assim como tornar-se-ia mais sincera a discussão sobre a questão da reserva do possível.

O grande problema deste raciocínio é que, se simplesmente transposta a lógica das demandas individuais para o campo coletivo, dentro de uma postura de supremacia judicial que tende a maximizar virtude do processo judicial e minimizar qualidades do processo político e da atividade da burocracia estatal, o que efetivamente se verificará será o oposto da postura dialógica de valorização da sinergia interativa entre os diversos centros decisórios responsáveis pelo SUS até agora defendida.

O primeiro passo, então, para evitar que pequemos pela insuficiência ou pelo excesso é reafirmar que o controle judicial de políticas públicas sanitárias por meio do processo coletivo deve ser contextualizado dentro das premissas que caracterizam o “mínimo denominador comum” das teorias dialógicas expostas na primeira parte do trabalho, quais sejam: i) a recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deve ser legitimamente exercida por outros Poderes; ii) a recusa da existência de última palavra, pelo menos de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) a valorização do desacordo sobre questões substantivas e a afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para dissolvê-los; iv) uma visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; v) uma visão mais estendida do tempo na política.

Em função de tudo isso e, conseqüentemente, nutrindo uma visão menos romantizada do papel do Judiciário em uma nossa democracia constitucional é que entendemos que o controle judicial de políticas públicas deve se legitimar à medida que fortalece a democracia

(garantindo seus pressupostos, desobstruindo canais ordinários bloqueados ou dando voz às minorias insulares) e que facilita o processo de autodeterminação coletiva. E, desta forma, sabendo das limitações cognitivas de todos os agentes envolvidos nas tomadas de decisões coletivas no âmbito sanitário, de suas limitações institucionais e da possibilidade simétrica de erros, acreditamos que permitir o controle judicial de políticas públicas é uma tendência virtuosa que tende a aumentar o valor epistêmico da democracia, colaborando para que ao longo do tempo a sociedade encontre melhores respostas no tocante à matéria sanitária e à proteção e promoção da saúde dos indivíduos.

A partir desta visão do controle judicial de políticas públicas por meio do processo coletivo como um instrumento a favor da democracia e da melhoria do sistema de saúde como um todo surge o entendimento de que não se pode compreender o Judiciário como o guardião das promessas constitucionais não cumpridas nem como a última palavra em matéria de saúde no Brasil. Por esse motivo que, segundo a teoria do diálogo, o controle judicial se legitima sobre bases menos pretensiosas, levando-nos ao entendimento de que, se é verdade que ele é desejável, não menos verdadeiro é que o Judiciário não pode buscar o protagonismo neste campo. Juízes poderão dar importantes contribuições horizontais e, juntamente com os demais agentes do sistema sanitário, colaborar para a melhoria da saúde da população. Mas depositar neles excessivas expectativas apenas tenderá a gerar grandes decepções.

Desta forma surge a segunda importante característica do controle judicial dentro do marco teórico dialógico: ao invés de primariamente preocupado com a tutela de direitos subjetivos, a teoria do diálogo acredita que a maior contribuição que pode advir do controle judicial seja aquela relacionada com a melhoria do sistema como um todo, o que em nossa formulação deve ocorrer por meio da discussão de políticas públicas sanitárias no bojo das demandas coletivas. Como narrado no tópico anterior, foi exatamente esta a saída encontrada na África do Sul, considerada por Sustain e Tushnet uma terceira via que não nega a viabilidade do controle judicial de políticas públicas nem a defende incondicionalmente. Desta forma, ao invés de preocupado em realizar uma angustiante e delicada ponderação casuística entre o mínimo existencial e a reserva do possível, o Judiciário e os legitimados ativos das demandas coletivas deveriam estar mais preocupados em contribuir para a melhoria da totalidade do sistema, tomando como parâmetro valores mais consensuais na comunidade e

mais fáceis de serem operacionalizados, tais como eficiência, acessibilidade e responsividade dos serviços prestados.⁵⁷⁷

Alguns exemplos podem facilitar o entendimento da idéia até agora defendida. Peguemos o caso das lides surgidas no campo da saúde suplementar, espaço no qual os princípios da livre iniciativa e da autonomia privada matizam (ou deveriam matizar) a incidência da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais nas relações entre consumidor e planos de saúde. Milhares de processos surgem dia após dia no STJ questionando aspectos pontuais desta relação de consumo entre o fornecedor do serviço de saúde e os consumidores como, por exemplo: i) o reconhecimento da abusividade da cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado (Súmula 302 do STJ); ii) a invalidade da cláusula excludente de transplante de órgãos;⁵⁷⁸ iii) a necessidade de oferecimento de novas tecnologias, para além daquelas disponíveis à época da contratação; v) a impossibilidade da recusa de atendimento, mesmo nos casos de atraso de pagamento do prêmio; vi) a ilegitimidade da exclusão do tratamento de pessoas com HIV⁵⁷⁹; vii) ilegitimidade da cláusula contratual que prevê reajuste de mensalidade de plano de saúde calcada exclusivamente na mudança de faixa etária – de 60 e 70 anos respectivamente, no percentual de 100% e 200%;⁵⁸⁰ viii) possibilidade de aplicação da Lei 9.656/98 aos planos de saúde já firmados anteriormente;⁵⁸¹ ix) possibilidade de constranger a seguradora a cobrir tratamento quimioterápico não coberto, em localidade diversa da área de abrangência pactuada, sob o argumento da prioridade absoluta da proteção da criança e do adolescente;⁵⁸² x) legitimidade de exclusão da cobertura de procedimento estético (gastroplastia) relacionado com o tratamento de obesidade mórbida.⁵⁸³

Como se percebe, dentre acertos e exageros a jurisprudência sobre o tema se torna cada vez mais abundante, o que, a primeira vista, indica eventuais falhas regulatórias no setor. É nesse ponto que a teoria do diálogo tem algo a dizer. Certamente ela não fecha as portas para as demandas individuais. Mas, como já afirmado, defende a priorização das ações

⁵⁷⁷ VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy. Institutional design writ small*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 15.

⁵⁷⁸ STJ, DJ 15-03-2010, REsp 1053810/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma.

⁵⁷⁹ STJ, DJ 4-6-2001, REsp 251.722/SP, Min. Rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

⁵⁸⁰ STJ, DJ 20-11-2008, REsp 989380/RN, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma.

⁵⁸¹ STF, DJU 28-05-2004, ADI-MC 1.931/DF.

⁵⁸² STJ, DJ 2-10-2006, REsp 823.079/RS; DJ 13-2-2006, REsp 718.203-SP e REsp 976.021-MG, julgado em 14/12/2010, todos da relatoria da Min. Nancy Andrighi.

⁵⁸³ STJ, DJU 18/11/2009, REsp 1.106.789-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão.

coletivas, não para proteger direitos individuais homogêneos, mas para contribuir de alguma forma para a melhoria do sistema regulatório da saúde privada no Brasil. Daí porque dentro de um marco dialógico defenderíamos a utilização de eventual ação civil pública que funcionasse como um espaço capaz de desobstruir os canais ordinários de regulação da saúde privada, corrigindo eventuais falhas de mercado ou exigindo de agentes regulatórios capturados o respeito às regras de transparência. Tomando emprestada a feliz expressão utilizada por Binenbojm, neste caso o Judiciário funcionaria como um *curador do processo regulatório*, e, na melhor tradição do *Public Law Litigation* norte-americano, teríamos um exemplo emblemático de “direitos de desestabilização” (*destabilization rights*), ou, em outras palavras, direito ao desinsulamento de uma instituição que tem sistematicamente falhado com suas obrigações e, mesmo assim, permanecido imune às tradicionais forças de correção política. Em outras palavras, a demanda coletiva seria instrumento de reforço da democracia, de promoção da responsabilidade e de prestação de contas eleitorais (*accountability*).⁵⁸⁴

Pegemos agora um exemplo do campo da saúde pública. Além de se deparar rotineiramente com demandas requerendo a determinação ao Estado do fornecimento de medicamentos e tratamentos constantes das listas e dos protocolos do SUS – situação na qual caminha bem a jurisprudência ao afirmar a inescusabilidade da obrigação estatal –⁵⁸⁵ há uma série de demandas pleiteando prestações sanitárias não integrantes das listas, sob o argumento de que o art. 196 da CF conferiria a todos um direito incondicional à saúde (compreendido como o completo bem-estar físico, mental e social). Mais uma vez a teoria do diálogo não nega a possibilidade de extração de direitos subjetivos diretamente do texto da constituição (sem necessidade de *interpositio legislatoris*), nem mesmo defende uma visão restritiva do conceito de saúde. Mas, ao invés de se concentrar nos problemas das demandas individuais, prioriza as demandas coletivas, instrumento por excelência para se discutir a necessidade de inserção de novos medicamentos e tratamentos nas listas já existentes, abrindo o espaço para a interação, no bojo de uma instrução processual mais complexa, dos integrantes do setor da Saúde, da Administração, do Ministério Público e da sociedade civil organizada. Por meio do processo coletivo o Judiciário poderia servir de palco para um debate sincero e organizado

⁵⁸⁴ SABEL, Charles; SIMON, William H. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 4 (Feb., 2004), p. 1014.

⁵⁸⁵ Na decisão afirmou o Min. Gilmar Mendes: “Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.” STF, STA 244/PR, DJ 21-10-2008, Decisão monocrática do Presidente Min. Gilmar Mendes. No mesmo sentido STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes.

que não desconsiderasse argumentos relacionados com o respeito aos direitos fundamentais, com os problemas da inevitável limitação de recursos, assim como também não desconsiderasse a importante perspectiva dos detentores do conhecimento médico científico.

Essa posição ficou amplamente conhecida no Parecer emitido por Barroso para o Estado do Rio de Janeiro (posteriormente publicado na forma de artigo), oportunidade na qual propôs que a alteração das listas somente poderia ser objeto de discussão no âmbito das ações coletivas.⁵⁸⁶ Neste ponto concordamos com ele e acreditamos que a maior contribuição que pode advir do controle judicial para a saúde pública no Brasil é aquela relacionada com a ampliação dos canais de discussão sobre a melhor forma de alocar recursos escassos, não permitindo que o bloqueio dos canais ordinários de manifestação da autonomia coletiva impeça a melhoria do SUS e o consequente aumento da proteção do direito à saúde individual. A única ressalva que precisa ser feita neste ponto é que defendemos a priorização das demandas coletivas, fato que não impede, de forma alguma, a utilização das demandas individuais. Mas esse importante instrumento de garantia da dimensão individual do direito à saúde, que ao mesmo tempo gera tanta irracionalidade para o sistema e tanta tensão entre os agentes decisórios nele envolvidos, não é preocupação imediata da teoria do diálogo, que apenas o enfrenta à medida que acredita que a priorização das demandas coletivas pode contribuir para a diminuição, ao longo do tempo, das demandas individuais.

Outro exemplo marcante da utilização de ações coletivas para fins de controlar políticas públicas sanitárias pode ser encontrado nas ações visando a fiscalizar a correta alocação de verbas públicas para os fins constitucionalmente previstos. A EC 29/2000 e EC 31/2000 instituíram, respectivamente, as vinculações previstas no artigo 198 da CF e seus parágrafos, bem como o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (art. 79 a 82 do ADCT). Ainda que possa haver consistentes críticas a tais mecanismos,⁵⁸⁷ deve-se admitir que o

⁵⁸⁶ “O Judiciário poderá vir a rever a lista elaborada por determinado ente federativo para, verificando grave desvio na avaliação dos Poderes Públicos, determinar a inclusão de determinado medicamento. O que se propõe, entretanto, é que essa revisão seja feita apenas no âmbito das ações coletivas (para a defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da decisão de seu prolator) ou mesmo por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade das alocações orçamentárias.” (BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Op. cit., p. 889.)

⁵⁸⁷ Por todos vale conferir TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direitos constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. vol. V. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 338: “A principal crítica às vinculações constitucionais é que engessam o orçamento, retirando da Administração e do próprio Legislativo a competência discricionária para as escolhas acerca dos investimentos e das políticas sociais. Constituem instrumentos pouco democráticos porque transformam

histórico recente de nossa prática financeira tem diminuído a força do princípio da não-afetação⁵⁸⁸ no sistema constitucional. Certamente uma das alternativas mais interessantes para se promover o direito à saúde é garantir recursos capazes de financiar suas ações e serviços,⁵⁸⁹ motivo pelo qual é viável se cogitar a possibilidade de que, diante das desviantes práticas que reinam neste setor e da demora para a regulamentação da EC 29/00, algum tipo de intervenção judicial seja capaz de aumentar o valor epistêmico da deliberação interinstitucional nesse campo. A primeira sinalização neste sentido veio no bojo da multicitada ADPF 45, oportunidade na qual o Min. Celso de Mello, no seu melhor estilo maximalista, consignou posicionamento sobre diversos temas como a reserva do possível, o mínimo existencial, o controle judicial de políticas públicas para, ao fim, não conhecer da mencionada ação em função da alteração da LDO promovida pelo Executivo. O que importa perceber é que a simples impugnação judicial se mostrou um importante mecanismo para corrigir a tentativa de esvaziamento, insinuada pelo Executivo, do modelo de vinculação de receitas para a saúde constitucionalmente previsto.

Certamente vemos aqui um dos mais promissores campos para a utilização das demandas coletivas no controle das políticas públicas sanitárias, mas, frisa-se, que a admissão da intervenção judicial não nos deve conduzir a adoção de um orçamento impositivo ou totalmente comprometido por titulações heterônomas.⁵⁹⁰ A figura do diálogo e a possibilidade de se pensar formas de intervenções mais fracas podem oferecer um caminho interessante para que não se peque nem pelo excesso, nem pela insuficiência.

em regras superiores as escolhas dos partidos políticos, que deveriam ficar ao sabor das manifestações da cidadania nas eleições periódicas.”

⁵⁸⁸ CF, Art. 167, inc. IV: “São vedados:... IV - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).”

⁵⁸⁹ No mesmo sentido, conferir a publicação institucional do MPF. GAVRONSKI, Alexandre Amaral; et al. Financiamento da saúde/Grupo de Trabalho “Saúde”. *Manuais de atuação ESMPU*. v. 4. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2008.

⁵⁹⁰ “Fenômeno financeiro importante que vem crescendo nos últimos anos é o da titulação em favor de terceiros ou da formulação de direitos de crédito contra o orçamento público. A lei ou a sentença judicial passam a criar os títulos de crédito, que muitas vezes oneram o orçamento a ponto de se tornarem impagáveis.” (TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direitos constitucional financeiro e tributário: O orçamento na Constituição*. Op. cit., p. 345). Sobre o assunto vale cf. BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica de uma relação emergente. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Parto Alegre: Livraria do Advogado. 2008, p. 217 ss. Ainda sobre as possibilidades de intervenção judicial no controle do orçamento vale conferir SABBAG, César, *Orçamento e desenvolvimento. Recurso público e dignidade da pessoa humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas*. Campinas: Editora Milenium. 2007; MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: UERJ, 2008.

E, exatamente neste ponto, podemos complementar o raciocínio do controle das políticas públicas por meio das ações coletivas inserindo a figura do *controle judicial fraco, indutivo ou dialógico*, expressão que tomamos por empréstimo de Mark Tushnet, tantas vezes já citado ao longo deste trabalho.

Tushnet é um autor à esquerda no espectro político norte-americano e escreve a favor dos direitos sociais. Entretanto, não acredita que a implementação dos mesmos passe pela estratégia de declarar uma pródiga lista constitucional de direitos de segunda dimensão e entregar ao Judiciário a missão de guardião das promessas não cumpridas pela Administração. Assim como nós, Tushnet acredita que o melhor caminho para promover direitos sociais seja o fortalecimento da democracia e a consequente melhoria do grau de correspondência entre as pretensões populares e as políticas públicas desenvolvidas pelo Estado. Mas isso não significa que Tushnet defenda a total desimportância do controle judicial neste processo.

Depois de retratar os argumentos clássicos contrários ao controle judicial de direitos sociais – o de que o controle judicial transferiria excessivos poderes para as Cortes não eleitas, como o de aumentar tributo e de decidir como os recursos públicos deveriam ser gastos – Tushnet destaca que essas tradicionais críticas partem do pressuposto de que o controle judicial será exercido de forma forte e não por meio de técnicas dialógicas. As dúvidas sobre a real capacidade do Judiciário para implementar direitos sociais partem do pressuposto de que só há duas alternativas para que ele participe neste processo: ou faz valer o direito de forma coercitiva, subordinando os demais Poderes à sua vontade, ou se mantém totalmente inerte, subordinando-se aos humores do jogo político.

Tushnet sugere que não é necessário pender para nenhum dos lados extremos do espectro. Poderíamos expandir a concepção do papel dos tribunais nas sociedades democráticas para incluir a função de parceria na elaboração e implementação das políticas públicas (*policy partner*), por meio do reconhecimento de uma barganha contínua sobre a discussão acerca da problemática da utilização de recursos escassos pelo Estado.⁵⁹¹

⁵⁹¹ “We might expand the normal conception of the role of courts in a democratic society to include the role of policy partner in ongoing bargain about how a state should use its scarce resources. The normal conception is that judicial review takes a strong form. The conception of judicial review, though, has already been expanded by the development of a weak-form review.” (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Op. Cit., p. 237.)

O autor americano sistematiza três diferentes hipóteses de proteção de direitos sociais. Um primeiro seria o modelo de *direitos meramente declaratórios*, como há nas Constituições da Irlanda e da Índia.⁵⁹² Nestes casos, os enunciados sobre direitos sociais funcionam como princípios diretivos das políticas governamentais, não podendo criar direitos subjetivos nem ser garantidos judicialmente. Frisa-se que nestes modelos é possível o controle judicial, mas a decisão se limita a declarar a inconstitucionalidade de um determinado estado de coisas, não constringendo os demais ramos do Poder Público, o que não quer dizer que essa intervenção judicial não tenha nenhuma função. A depender do contexto social a declaração de violação da constituição pode funcionar como um importante *input* no processo democrático, suplementando ideais políticos e morais fragmentados na sociedade, e, desta forma, catalizando um eventual movimento de alteração legislativa. Mas tudo dependerá da importância atribuída pela sociedade à manifestação judicial.⁵⁹³

Um segundo modelo de proteção dos direitos sociais seria aquele de direitos fracos (*weak substantive rights*), cuja característica seria a seguinte: i) a constituição determinaria que o Governo desenvolvesse políticas públicas razoáveis, dentro de suas limitações orçamentárias; ii) o controle judicial incidiria sobre a razoabilidade das políticas públicas implementadas; e iii) não se reconheceriam direitos subjetivos, nem mesmo aqueles relacionados com um eventual mínimo existencial. Aqui o exemplo citado é o caso Grootboom já analisado linhas acima.

O terceiro e último modelo seria aquele de direitos fortes (*strong substantive rights*), no qual o judiciário reconheceria que eventual violação de um dispositivo constitucional destinado a proteger direitos sociais poderia gerar direitos subjetivos a cada qual que ajuizasse uma demanda perante a corte.

Apesar de acreditarmos que a sistematização de Tushnet não é das melhores, pois mistura na definição do que seja um direito forte ou fraco os próprios instrumentos utilizados

⁵⁹² Com base na literalidade da Constituição da Índia, Tushnet menciona-a como exemplo de um modelo meramente declaratório. Vale destacar, contudo, que apesar de redação daquela Constituição, o seu Tribunal Constitucional se mostrou, ao longo do tempo, favorável à adjudicação individual de prestações sociais, utilizando-se, para tanto, no caso da saúde, da argumentação de que esta era corolário lógico do direito fundamental à vida, ensejando, portanto, proteção judicial sem intermediação legislativa. Agradeço ao professor Daniel por esta observação. Sobre o assunto cf. SUDARSHAN, R. Courts and social transformation in India. In: In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX; Theunis (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Op. cit., p. 153 ss.

⁵⁹³ TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Op. Cit., p. 241.

para a sua proteção,⁵⁹⁴ parece-nos que o autor americano chama atenção para um ponto fundamental que pode ser aproveitado no presente trabalho, qual seja: *a idéia de que entre o controle-total e o não-controle há um contínuo no qual podem surgir diversas possibilidades de intervenção judicial que ao mesmo tempo busquem proteger os direitos sociais e fortalecer a democracia.*

A variação da gradação da intensidade do controle judicial pode ser influenciada por diversos fatores. No Capítulo 1, quando analisamos as experiências da Nova Zelândia, da Inglaterra e do Canadá, verificamos como os países de tradição de supremacia do parlamento buscam conciliar o mencionado axioma com uma forma de controle judicial menos incisiva. No momento, interessa-nos perceber que no caso das demandas sanitárias coletivas será possível uma gradação imensa de intensidades de provimentos jurisdicionais, podendo variar desde ordens mandamentais para cumprimento imediato sob pena de prisão até decisões meramente declaratórias de um estado de inconstitucionalidade, gerando meramente o efeito de comunicação ao Legislativo.

*A teoria do diálogo no campo da saúde não despreza nenhuma das duas possibilidades de provimentos, mas tende a acreditar que decisões mais indutivas e menos coercitivas tendem a trazer melhores resultados no controle das políticas públicas.*⁵⁹⁵ Daí é possível extrair algumas conclusões mais concretas que refletem características desse processo coletivo dialógico aqui defendido.

Em primeiro lugar parece-nos pouquíssimo recomendável nestes casos a utilização das técnicas tradicionais de execução indireta, quer seja por constrição patrimonial ou pessoal. A segunda técnica, muito utilizada nas demandas individuais (determinação de fornecimento de

⁵⁹⁴ Essa crítica é assumida e não respondida pelo próprio Tushnet: “A critic of this representation might say that the distinction between weak and strong substantive rights is simply one about the timing of the remedy, with strong rights receiving immediate judicial remedies, weak ones receiving deferred judicial remedies, and nonjusticiable rights not being rights at all... All these points have some force.” (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Op. Cit. p. 250)

⁵⁹⁵ “... strong rights can be enforced politically as well as judicially, and in particular that weak judicial enforcement does not in itself undermine the claim that a right is a strong one, to be enforced through politics backed up and encouraged by the courts.” (TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Op. Cit. p. 238) Levando ao extremo as virtudes de um controle fraco cf. ROSEMBERG, Gerald. *The hollow hope. Can Courts bring about social change?* Op. cit., p. 434. Dentre nós Ana Paula de Barcellos bem observou as virtudes de um controle dialógico, menos intrusivo, apesar de não chegar a nossa conclusão de que eles tendem a ser mais efetivos do que um controle forte, ao longo do tempo: “A capacidade que elas podem ter, a médio prazo, de fomentar um debate político e social sério acerca do tema, na medida em que projetem dados concretos no espaço público, não deve ser subestimada.” (BARCELLOS, Ana Paula. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, Op. cit., p. 50.)

medicamento sob pena de prisão) parece-nos impensável em uma ação coletiva na qual se discutem detalhes sobre determinada política pública, ainda mais diante da tendência restritiva de interpretação das hipóteses de prisão civil pelo próprio STF. No que se refere à aplicação de multa coercitiva à Fazenda parece-nos que a responsabilização pecuniária do Estado, ao revés de contribuir para a efetivação de determinada política pública, somente comprometeria, ainda mais, parcela significativa dos escassos fundos financeiros, dificultando, dessa forma, o planejamento orçamentário.

Aqui a experiência sul-africana talvez nos forneça o mais interessante mecanismo de efetivação da decisão negociada alcançada na demanda coletiva: a constituição de um órgão técnico independente (*Human Rights Commission*) responsável por supervisionar a implementação das políticas públicas determinadas. A experiência do *public law litigation* norte-americano também aponta para a necessidade de que as decisões busquem mobilizar todos os agentes interessados e não simplesmente se imponham por meio da força.

Ainda utilizando-nos da experiência norte-americana, parece-nos muito interessante defender a adoção de técnicas decisórias experimentalistas e não decisões detalhadas no modelo de comando e controle. Ao invés de decisões minuciosamente detalhadas que buscassem antecipar todas as particularidades da política pública que se pretende controlar, dever-se-ia priorizar um estilo decisório mais flexível e provisório que buscasse estabelecer *standards* gerais ao invés de regras detalhadas, conferindo às partes grande amplitude decisória no que tange à seleção dos meios utilizados para o atingimento de resultados pretendidos.

Técnicas decisórias conhecidas de nosso constitucionalismo para enfrentar o fenômeno da omissão constitucional como o *apelo ao legislador* (*Apellentscheidung*), a *declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade* (*Unvereinbareklärung*) e a *modulação temporal dos efeitos da decisão* poderiam facilitar sobremaneira o fortalecimento de uma lógica de controle dialógico de políticas públicas.⁵⁹⁶

⁵⁹⁶ A *declaração de inconstitucionalidade sem declaração de nulidade* é forma de decisão mandamental que obriga o legislador a suprimir, com a possível presteza, estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão. Já no *apelo ao legislador* se afirma a constitucionalidade de um estado de coisas, devendo o legislador empreender medidas requeridas para evitar a consolidação de um estado de inconstitucionalidade. Já no que tange à *modulação temporal*, nos referimos a possibilidade de atribuição de efeitos prospectivos ou retrospectivos na forma do art. 27 da 9.868/99.

Como mencionado no Capítulo 1, dentro do marco teórico dialógico há manifestações que associam a utilização destas técnicas decisórias ao fortalecimento da interação entre legislador, administrador, juízes e sociedade civil. Neal Kumar Katyal, associado à “teoria do aconselhamento judicial” (*judicial advice-giving*), defendeu que juízes deveriam usar uma ampla gama de técnicas proativas de interpretação e de decisão com o fim, por exemplo, de recomendar determinados cursos de ação aos ramos políticos e de emitir avisos sobre eventuais formas de se evitar problemas constitucionais. O principal objetivo dessas técnicas seria garantir que os ramos políticos aprendessem a visão judicial sobre o significado constitucional, o que os auxiliaria no rascunho de novas legislações ou na emenda daquelas já analisadas judicialmente. Isso permitiria a sobrevivência a futuros questionamentos constitucionais. O mencionado aconselhamento geralmente se daria em *obiter dictum*, na fundamentação da decisão judicial, não constando do dispositivo, motivo pelo qual não seria entendida como vinculante.⁵⁹⁷

No caso da Colômbia, acima debatido, percebemos claramente que a declaração de inconstitucionalidade do estado de coisas relacionado com o sistema de saúde do país conduziu o Tribunal a estabelecer prazos para que o administrador e o legislador cumprissem algumas das metas definidas no dispositivo da T-760, sob pena de a inércia consolidar uma situação extremamente onerosa para os cofres públicos. Certamente é possível se questionar o lapso temporal adotado ou o grau de minúcias das determinações contidas na decisão, mas acreditamos que a lógica da técnica decisória é a mais recomendada. Isso porque não impôs a resolução imediata de todos os casos concretos (o que seria inviável diante do tempo requerido para a adoção das medidas determinadas), mas também não cruzou os braços para um problema constitucional concreto, cuja solução demanda o esforço conjunto de todos os órgãos de soberania estatal.

No Brasil, desde o julgamento da ADI 3.682-MT, o STF sinalizou a possibilidade de fixação de um parâmetro temporal razoável para o Legislativo regulamentar norma constitucional, uma vez constatada *inertia deliberandi*.⁵⁹⁸ No caso específico dos direitos sociais temos importante manifestação do STJ na qual a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, exigindo do Município a execução de política específica relacionada com a defesa da criança e do adolescente, foi julgada procedente e, superado o argumento clássico

⁵⁹⁷ KATYAL, Neal Kumar. Judges as Advice-Givers, 50, *Stanford Law Review*, 1709, 1709 (1998).

⁵⁹⁸ STF, DJU 06-09-2007, ADI 3682, Rel. Min. Gilmar Mendes.

da insindicabilidade do mérito do ato administrativo, foi deferida tutela específica para inclusão na próxima LOA (Lei Orçamentária Anual) de crédito orçamentário específico para a efetivação do comando.⁵⁹⁹

Parece-nos que a determinação de inclusão de verba no orçamento do ano seguinte é uma interessante prática dialógica quando ao longo do processo coletivo se tenha chegado à conclusão de que, por algum motivo, a inércia do Estado (ou a seleção de prioridades totalmente ilegítimas em detrimento de outras mais urgentes) seja injustificável, não respeitando os parâmetros mínimos de racionalidade. Tal opção decisória, apesar de possuir algum grau de intrusividade na esfera de ação dos demais partícipes da prática constitucional, afigura-se extremamente mais sutil do que decisões que determinam o fornecimento imediato de algumas prestações de saúde, o sequestro de verbas públicas ou, até mesmo, remanejamos os próprios créditos orçamentários deliberados em conjunto pelo Executivo e o Legislativo.

Ainda sobre o processo coletivo como instrumento capaz de contribuir para a melhoria de nossas práticas orçamentárias, vale se cogitar a utilização de demandas com objetivo de incrementar a transparência das práticas alocativas estatais. Nesta linha, Ana Paula de Barcellos mencionou a desejabilidade de uma espécie de controle “do atingimento das metas fixadas pelo Poder Público”, por meio do qual se objetivaria obter informação e divulgá-la, de modo a fomentar o debate público e o controle social do tema⁶⁰⁰, opinião compartilhada por Sarlet.⁶⁰¹ Neste ponto parece-nos que a utilização de instrumentos como o Inquérito Civil e os

⁵⁹⁹ “ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.” (REsp 493811/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11.11.2003, DJ 15.03.2004.) Para aprofundamento no tema vale conferir MAURÍCIO JR., Alceu. A revisão das escolhas orçamentárias e a efetivação dos Direitos Fundamentais, *Revista diálogo jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, nº 15, janeiro/fevereiro, 2007, Disponível na internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 15 de setembro de 2007.

⁶⁰⁰ “Lembre-se que o propósito dessa espécie de controle não é interferir com a formulação ou com a execução da política pública ou punir o agente público. Trata-se apenas de racionalizar a gestão das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais e incrementar o grau de responsabilidade política e social (accountability), de modo a fornecer subsídios mais consistentes para o debate e controle sociais.” (BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Op. cit.*, p. 42.)

⁶⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*, *Op. cit.* p. 25: “... essa relevância econômica justifica o cumprimento dos deveres de informação e transparência, de modo a se aferirem a distribuição e a adequada aplicação dos recursos públicos, em atenção às diretrizes específicas do SUS e aos objetivos fundamentais da República, pelo controle político e social sobre o orçamento e a eficiência das políticas públicas, segundo critérios de racionalidade e proporcionalidade, no duplo sentido de vedação do excesso e da insuficiência.”

procedimentos administrativos correlatos⁶⁰², o Termo de ajustamento de conduta (TAC)⁶⁰³ e a recomendação⁶⁰⁴, poderiam contribuir bastante para o incremento da fiscalização de nossas práticas alocativas de recursos escassos, uma vez que por meio destes espaços de negociação seria possível a resolução extrajudicial de muitas questões atinentes à implementação de políticas públicas, não de forma coercitiva e adversarial, mas através de posturas dialógicas, por meio das quais todos os envolvidos compreendessem a importância da união dos esforços para o atingimento de objetivos comuns.⁶⁰⁵

A importante missão das demandas coletivas no processo de controle judicial das políticas públicas até agora narrado reflete com clareza o principal papel que projetamos para o Judiciário no contexto de efetivação do direito à saúde e fortalecimento do SUS: a função de parceria com os demais agentes envolvidos na tomada de decisões coletivas no sistema de saúde no processo de implementação de políticas públicas sanitárias (perspectiva multi-institucional). As funções imediatas das demandas coletivas seriam desobstruir os canais ordinários de deliberação e contribuir para a fiscalização das políticas públicas, permitindo a melhoria do sistema como um todo e aumentando o grau de correspondência entre a alocação de recursos escassos e as prioridades definidas pelos usuários e pelos técnicos do setor da saúde. Em outras palavras: o principal papel do Judiciário seria contribuir para tornar o resultado das políticas públicas o mais sensível possível às demandas populares e aos consensos científicos dos especialistas da área de saúde.

Mas é preciso perceber que a teoria do diálogo, conquanto afirme a primazia das demandas coletivas e tenha como foco primário a melhoria do sistema de saúde como um todo, não fecha a porta para as demandas individuais e nem mesmo sonega a importância da dimensão subjetiva do direito à saúde. Certamente neste ponto a teoria do diálogo talvez tenha pouco a dizer, concebendo seu equacionamento por via reflexa, ou seja, pela melhoria global do sistema ao longo do tempo.

⁶⁰² Art. 129, inc. III da CF; art. 7º, inc. I da LC 75/93 e art. 9º da Lei 7.347/85.

⁶⁰³ Art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85.

⁶⁰⁴ Art. 6º, inc. XX da LC 75/93 e art. 80 da Lei 8.625/93.

⁶⁰⁵ Cf. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas. A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Todavia, não é possível ignorar os casos individuais que dia após dia enchem os escaninhos judiciais. É preciso então, neste último tópico, vislumbrar alguma forma de compatibilizar as demandas individuais no marco teórico da teoria do diálogo.

4.4. Diálogo institucional em demandas individuais?

Gostaria de abordar neste tópico como seria possível compatibilizar a defesa da utilização das demandas individuais com tudo o que expusemos ao longo do trabalho. No Capítulo II enfatizamos que a partir de uma concepção multidimensional do direito à saúde é possível se falar de uma importantíssima dimensão subjetiva do mesmo, que permite não só a formulação de pretensões individuais para a proteção de seu *status negativus* (deveres de abstenções estatais), como também de seu *status positivus* (deveres de prestações estatais). E ainda defendemos que diante do reconhecimento da normatividade dos princípios seria possível formulá-las sem *interpositio legislatoris*, ou seja, com base diretamente no art. 196 da CF.

Também adotamos neste trabalho uma linha de filosofia política liberal (não um liberalismo econômico) que reconhece como núcleo de legitimação da vida em sociedade a pessoa considerada em sua individualidade, que parte da premissa de que todos somos seres livres e iguais e que não vislumbra possibilidade de conceber o sujeito senão como um fim em si mesmo. Por isso nos opusemos à utilização de lógicas puramente utilitaristas de maximização indiscriminada de bem-estar coletivo em detrimento de interesses individuais, subordinando a parte ao todo.

Tudo isso intuitivamente conduziria à defesa de uma postura judicial extremamente ativista quando estivéssemos falando de demandas pleiteando prestações sanitárias individualizadas. Se pararmos para fazer uma retrospectiva da produção acadêmica sobre os direitos sociais em geral e o direito à saúde em particular no Brasil perceberemos que a grande maioria dos trabalhos e da jurisprudência, após a superação da retórica das normas programáticas, foi nesse sentido.

Apenas em tempos mais recentes essa tendência se arrefeceu. Excessos foram constatados, verificou-se a impossibilidade de dar tudo a todos e as limitações institucionais do Judiciário, assim como se percebeu os efeitos reflexos das decisões judiciais sobre as políticas públicas implementadas pela administração, motivos pelos quais a melhor doutrina passou a atentar para a análise coletiva da questão do direito à saúde (controle de políticas públicas) e começou a defender a elaboração de parâmetros mais rígidos para a avaliação das pretensões individuais por prestações materiais positivas. Essas duas preocupações são totalmente incorporadas no presente trabalho, que busca não pender para nenhum dos polos extremos da discussão, cada qual prejudicial a sua maneira. Não há aqui a defesa inflamada da proteção dos direitos sociais por meio do controle judicial, nem mesmo a crença de que o controle judicial é ilegítimo ou totalmente ineficaz. Hoje em dia o esforço no tocante ao tema deve ser o de buscar racionalizar o processo e enquadrar o controle judicial dentro de um contexto mais amplo, no qual concorrem vários núcleos decisórios responsáveis pela tomada de decisões coletivas no âmbito do sistema de saúde brasileiro, todos com vícios e virtudes, defeitos e qualidades, diferentes expertises, entretanto motivados pelo mesmo objetivo: incrementar a garantia do direito à saúde no Brasil.

No tópico 4.3 expusemos o que consideramos a principal missão do Judiciário neste processo: a função de parceria com os demais agentes envolvidos na tomada de decisões coletivas no sistema de saúde. As demandas coletivas seriam utilizadas como mecanismos de desobstrução dos canais ordinários de deliberação e de fiscalização das políticas públicas, permitindo-se, assim, a melhoria do sistema como um todo, aumentando o grau de correspondência entre a alocação de recursos escassos e as prioridades definidas pelos usuários e pelos técnicos do setor da saúde.

Por essas e outras que a teoria do diálogo, a despeito de adotar uma concepção ampla de saúde, de defender a possibilidade de extração de direitos subjetivos diretamente de princípios constitucionais e de reconhecer a centralidade do indivíduo na ordem social, não acredita que a melhor maneira de efetivar o direito à saúde no Brasil seja por meio da defesa indiscriminada da utilização de demandas individuais. Elas inevitavelmente continuarão a existir e isso deve ser louvado. Trata-se de uma virtude de nosso sistema e de uma conquista teórica que remonta ao começo do século passado, quando se iniciou dentre nós a discussão sobre a eficácia das normas constitucionais. Outrossim, é preciso repisar que, conquanto

priorizemos as demandas coletivas e tenhamos em foco primordialmente a melhoria do sistema de saúde em sua totalidade, em momento nenhum defendemos o fechamento definitivo das portas do Judiciário para as demandas individuais, ou mesmo a subordinação dos interesses legítimos individuais à pretensão de maximizar o saldo líquido de utilidade geral.

Neste ponto concordo plenamente com Sarlet quando afirma que “*embora se possa apostar numa preferência pelas tutelas preventivas (v.g., controle prévio do orçamento) e ações coletivas, não se pode deixar de considerar a necessária observância da dimensão individual do direito à saúde. Impedir o acesso à justiça a quem foi excluído, pelo Estado ou por particulares (caso comum das restrições à cobertura dos planos de saúde), das prestações de saúde certamente também não é a melhor forma de realizar as exigências da igualdade substancial.*”⁶⁰⁶

Como já mencionado, certamente a questão das demandas individuais não é o foco principal da teoria do diálogo aplicada no campo da saúde, haja vista acreditarmos que a maior contribuição que pode advir do controle judicial para a saúde pública no Brasil é aquela relacionada com a ampliação dos canais de discussão sobre a melhor forma de alocar recursos escassos, não permitindo que o bloqueio dos canais ordinários de manifestação da autonomia coletiva impeça a melhoria do SUS e o conseqüente aumento da proteção do direito à saúde individual. Todavia, é preciso enfatizar que esta proposta de alteração de foco não implica ignorar o problema das demandas individuais. Pelo contrário! ***O que se faz é propor um giro copernicano e o enfrentamento do mesmo problema de forma alternativa: a questão das ações individuais apenas é enfrentada na medida em que se acredita que a priorização das demandas coletivas pode contribuir para a redução, ao longo do tempo, da incidência das primeiras, diminuindo-se as iniquidades, as tensões institucionais, o desperdício e a irracionalidade muitas vezes ocasionados pelas ações individuais, mas também não deixando de reconhecer que será por meio destes mecanismos (ações individuais) que muitas vidas serão salvas e muitos sofrimentos imerecidos amenizados.***

No processo individual realmente é difícil se compreender o Judiciário em uma espécie de diálogo, por maior que seja o esforço de abstração para enxergar a política de

⁶⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e provado) de saúde no Brasil*, p. 35.

forma mais alongada no tempo ou para se compreender as partes do processo em alguma espécie de interação dialética cooperativa tutelada pelo juiz. Aqui a idéia efetivamente é a de que a parte pede e o juiz decide, deferindo ou não o pedido. Uma vez deferido não cabe ao Estado discutir, afinal decisão judicial não se discute, se cumpre!

Apesar de estar certo que a teoria do diálogo tem menos a dizer sobre as demandas individuais, ela não se emudece neste ponto. Novamente a afirmação de algumas premissas que embasam este trabalho (principalmente a da falibilidade judicial e da possibilidade simétrica de erros dos ramos representativos e não-representativos) pode servir para reafirmar a crença no valor do diálogo e na defesa de uma postura menos adversarial dentre os ramos de soberania popular, que reconheça limitações cognitivas e institucionais recíprocas e valorize as diferentes expertises dos demais envolvidos no processo de efetivação do direito à saúde.

Neste sentido, vislumbro duas formas por meio das quais a idéia do diálogo pode se inserir no campo das demandas individuais. A primeira na tentativa de elaboração de parâmetros decisórios mais formais, que levem mais em conta a exigência da observância de um procedimento correto, ao invés da busca de uma resposta adequada por meio de uma angustiante ponderação casuísta entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Em outras palavras, mais à moda norte-americana: talvez aqui seja prudente se pensar mais em *inputs* do que em *outputs*. A observância das listas de medicamentos (RENAME) é um exemplo eloquente dessa forma de proceder, mas vários outros parâmetros podem ser desenvolvidos ou recenseados na melhor doutrina e jurisprudência.

A segunda forma de se inserir a base teórica do diálogo nos casos das demandas individuais se relaciona com a possibilidade de imaginar desenhos institucionais que aumentem a cooperação entre os agentes envolvidos na decisão e, dessa forma, potencializem as possibilidades de melhores respostas. Pelo Brasil já se observam ações conjuntas das Defensorias Públicas, do Judiciário, do Executivo (principalmente por meio de suas Procuradorias) e dos especialistas da área de saúde visando a reduzir as demandas judiciais e a aumentar a informação do julgador no momento de decidir.

Passemos a analisar com mais detalhes essas duas propostas.

4.4.1. O esboço de alguns parâmetros formais para um controle judicial dialógico.

Conforme exposto no tópico 2.4, a discussão sobre a adjudicação das prestações sanitárias individuais sempre girou em torno da busca de uma ponderação perfeita entre o mínimo existencial e a reserva do possível, conceitos ambos de difícil apreensão. O esforço sempre fora no sentido de propor critérios que deveriam ser observados pelo juiz no momento de decidir, principalmente por meio da tentativa de se construir um conceito abstrato do que constitua o mínimo existencial nessa área, para fins de se definir o que é ou não adjudicável individualmente.⁶⁰⁷

Afirmar que neste esforço racionalizador há muitas virtudes, mas também destaquei que o principal problema advindo desta concepção foi a sonegação da questão institucional: discutimos muito o que viria a ser o mínimo existencial e, sem conseguir alcançar o mínimo de consenso, negligenciamos a questão sobre quem deveria defini-lo no limiar da controvérsia reinante nas sociedades pluralistas. Esse fato levou muitos a defender incondicionalmente a legitimidade do Judiciário para realizar este complexo juízo cognitivo e conduziu à disseminação de práticas interpretativas obscuras que, apesar do tom politicamente correto, enfraquecem a noção de Estado de Direito e promovem o mais puro decisionismo, muitas vezes com consequências prejudiciais para os mais necessitados.

A teoria do diálogo não nega o valor heurístico da idéia intrínseca ao mínimo existencial, mas tem uma pauta teórica que contorna a necessidade de buscar uma definição fechada de seu conteúdo. Não oferecerei aqui um conceito próprio do que consista o mínimo existencial, nem mesmo elaborarei ordens léxicas substantivas a guiarem a decisão judicial nos casos individuais.⁶⁰⁸ Primeiramente porque sou cético em relação à possibilidade de definição do que seja um mínimo existencial em matéria de saúde, motivo pelo qual defendemos no tópico 3.6 a necessidade de se inserir um parâmetro procedimental que

⁶⁰⁷ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito à prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Orgs.) In: *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Op. cit.*, para quem o mínimo existencial em matéria de saúde inclui a prestação de serviços de saneamento, o atendimento materno-infantil, as ações de medicina preventiva e as ações de prevenção epidemiológica.

⁶⁰⁸ Apenas para ilustrar as dificuldades de delimitação do mínimo existencial sanitário, vale citar os tratamentos que a Corte Constitucional da Colômbia considerou excluídos da cobertura assistencial daquele país no bojo da decisão proferida na T-760: i) serviços estéticos de saúde; ii) fornecimento de óculos e cirurgias oculares; iii) tratamentos de fertilidade; iv) tratamento de desintoxicação alcoólica.; v) fornecimento de próteses, vi) fornecimento de *bypass* gástrico; vii) serviços odontológicos, viii) tratamento de alergias. (T-760, p. 46 ss.)

ofereça mecanismos mais democráticos de se conviver com o dissenso e com limites da razão.⁶⁰⁹

Aliado a isso se junta a crença de que nessa área a opção do constituinte e do legislador ordinário não foi a de usar parâmetros mínimos. Mas, o argumento mais decisivo é a pouca utilidade argumentativa da categoria do mínimo existencial. Isso porque, se não há o mínimo consenso sobre o conteúdo das prestações sanitárias integrantes do mínimo existencial, parece-nos fútil estabelecer um regime jurídico diferenciado para aquilo que vier a ser considerado como tal.

Além disso, ainda não vejo como afirmar que sempre o mínimo existencial gerará direito subjetivo, não se submeterá à reserva do possível nem à reserva de lei orçamentária, não necessitará da prévia existência de políticas públicas etc. Parece-me que tal posição negligencia que para a promoção do direito à saúde (ainda que o mais básico), quase sempre será necessária uma política pública que o viabilize.⁶¹⁰

Em função destes argumentos proponho contornar a dificuldade sobre a definição do mínimo existencial nos casos das demandas individuais e estabelecer alguns parâmetros formais para um controle judicial dialógico que devam ser observados pelo julgador no momento da análise das ações individuais. Isso não significa que defendemos o abandono da categoria do mínimo existencial ou a desnecessidade de utilização da ponderação de valores. Apenas estamos afirmando que, para a teoria do diálogo aplicada ao campo sanitário, outros argumentos independentes devem ter um peso considerável no momento da análise das lides individuais, argumentos estes que, em muitos casos, serão suficientes para permitir a formação de um juízo de valor negativo a respeito da pretensão formulada.

O primeiro parâmetro formal a ser estabelecido é a necessidade de atentar para as políticas públicas já formuladas pelo SUS. Como bem destacado pelo STF, o deferimento de uma prestação incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único

⁶⁰⁹ Acredito que a melhor proposta de operacionalização do mínimo existencial tenha sido aquela proposta por Gustavo Amaral, que estabelece uma relação inversamente proporcional entre o grau de essencialidade de um bem e o grau de excepcionalidade do argumento estatal para o não fornecimento. Desta forma, quanto mais essencial for a prestação, mais excepcionalidade deverá ser a razão para que ela não seja atendida. Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 216.

⁶¹⁰ “Ocorre que é praticamente impossível separar os direitos das políticas em matéria de direitos sociais, pois tais direitos só são realizados através de políticas.” (SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: *Por um constitucionalismo inclusivo*. Op. cit., p. 209, nota de rodapé 93).

de Saúde (SUS) não significa que o Judiciário esteja criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada prestação sanitária parece ser evidente, recaindo sob os ombros do administrador um pesado ônus argumentativo para justificar sua omissão.⁶¹¹

A partir desta premissa é possível se afirmar que *deve ser dada preferência aos tratamentos constantes nos protocolos clínicos e aos medicamentos constates das listas de dispensação do SUS*. Aqui é possível elencar ao menos 3 argumentos que sustentam este entendimento: i) o *princípio democrático* recomenda que os representantes populares que respondem eleitoralmente ao povo tenham o protagonismo na decisão sobre como alocar recursos sanitários escassos em nossa sociedade; ii) uma *análise comparativa de capacidades institucionais* recomenda que se deve ser deferente ao juízo ponderativo realizado pelos formuladores das políticas públicas em curso, uma vez que detentores de maior expertise e possuidores de maior informação sobre o contexto fático sob o qual incidem as ações estatais; iii) e, por fim, quando o Judiciário determina a execução de uma política pública já elaborada ele nada mais faz do que reafirmar a vontade soberana do povo cristalizada em um ato normativo prévio.

O STF caminha neste sentido, tendo o Min. Gilmar Mendes afirmado reiteradamente em seus votos posteriores à Audiência Pública da Saúde que *“deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente.”* O grande problema da argumentação do Ministro Gilmar Mendes está na segunda parte de seu raciocínio, que se completa com a afirmação de que o Judiciário poderá decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deverá ser fornecida a determinada pessoa que, *por razões específicas de seu organismo*, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.⁶¹² A nosso entender, especificidades do organismo de alguns sujeitos não podem ser tidos como parâmetro para identificar a eficiência da política pública adotada (principalmente quando exigirem tratamento de alto custo), sob pena de que todas as situações particulares não abrangidas pelo SUS sejam consideradas sempre ineficazes, o que ensejaria uma intervenção

⁶¹¹ STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes.

⁶¹² “Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso.” (STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes.)

judicial excessiva na esfera de deliberação democrática (daqueles tratamentos que a sociedade decidiu legitimamente não financiar por meio dos tributos).⁶¹³

O *segundo parâmetro formal* a ser observado no momento da análise dos pleitos individuais é a *necessidade de existência de registro da prestação de saúde na ANVISA*.⁶¹⁴ Neste ponto, além dos argumentos de legalidade,⁶¹⁵ vale sempre reforçar que o registro na ANVISA funciona como uma garantia à saúde pública, assim como que a mencionada agência realiza a regulação econômica dos fármacos. Estes dois últimos argumentos atribuem ao julgador um pesado ônus argumentativo para justificar a imposição ao Estado do fornecimento de prestação ainda não registrada.⁶¹⁶ Aqui novamente reafirmamos que não concordamos com a justificativa da negativa do fornecimento de determinada prestação não registrada sob o argumento de que, assim procedendo, o Estado estaria protegendo o indivíduo de si mesmo, diante das incertas consequências da utilização, por exemplo, de eventual medicamento. Essa postura não se coaduna com o paternalismo libertário defendido no tópico 3.7.

O *terceiro parâmetro formal* é a impossibilidade de tutelar preferências de marcas ou nomes comerciais de prestações sanitárias. Neste sentido, a Lei nº 9.787/99 inclusive proíbe a prescrição pelo nome comercial, na forma do seu art. 3º: “*As aquisições de medicamentos, sob qualquer modalidade de compra, e as prescrições médicas e odontológicas de medicamentos, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, adotarão obrigatoriamente a Denominação*

⁶¹³ Não estou aqui querendo afirmar que no caso concreto não possa o juiz controlar adequação do tratamento disponível às necessidades legítimas do demandante. Consoante importante observação feita pelo professor Daniel, a Jurisdição funciona estabelecendo esta ligação entre o abstrato (a lei) e o concreto, sendo isso inerente à sua atividade. Até mesmo desde uma perspectiva institucional é possível argumentar que, uma vez mais próximo do caso concreto do que o legislador, o julgador tem maiores probabilidades de corrigir falhas de subinclusão ou sobreinclusão da hipótese de incidência normativa. Tudo isso não infirma as premissas aqui defendidas: i) a de que se deve trabalhar com um parâmetro formal que privilegie os tratamentos constantes nos protocolos clínicos e aos medicamentos constates das listas de dispensação do SUS; ii) a de que, a partir de um *standard* formal, a consideração indiscriminada de especificidades do organismo individual com parâmetro para se aferir a eficácia de determinada política pública pode gerar uma intromissão excessiva no espaço de deliberação democrática. Como já enfatizei, a busca de parâmetros formais procurar evitar a necessidade de levar a cabo uma ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, atividade cognitiva que seria inevitável se pretendêssemos, já neste momento, determinar a viabilidade de controle judicial de determinadas listas ou protocolo clínico. O presente parâmetro formal se contenta em ser incapaz de filtrar eventuais injustiças relacionadas com a situação individual do organismo do demandante, mas não nega a possibilidade de que a partir de uma análise mais substantiva, e superado um pesado ônus argumentativo, o juiz possa demonstrar argumentativamente a ilegitimidade de exclusão do tratamento. Analisar em que casos isso seria possível no contexto das demandas individuais é uma dificuldade não enfrentada propositalmente no presente trabalho.

⁶¹⁴ Este parâmetro foi incorporado pela Recomendação 31 do CNJ, *verbis*: “I, b.2) *Orientem, através de suas Corregedorias, aos magistrados vinculados, que evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei*”.

⁶¹⁵ Lei 6.360/76, artigos 12, 16 e 18.

⁶¹⁶ A própria Lei 6.360/76 dispõe no artigo 24 que “*estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde*”.

Comum Brasileira (DCB) ou, na sua falta, a Denominação Comum Internacional (DCI)”. Aqui sempre é preciso ter em mente a forte pressão midiática sobre a formação das preferências individuais do paciente e dos próprios médicos, no tocante à escolha das alternativas custeadas com recursos públicos.

O *quarto parâmetro formal* se relaciona com a *preferência por medicamentos genéricos*, podendo aqui ser utilizados os mesmos argumentos acima expostos e o princípio da economicidade.

Maiores dificuldades surgirão quando houver pleitos por prestações sanitárias não constantes das listas e dos protocolos do SUS. Neste ponto é preciso sempre evitar o risco de subordinar toda a eficácia do direito à saúde à decisão do administrador ou do legislador e, conseqüentemente, subordinar a Constituição à lei ordinária ou ao ato administrativo. Definitivamente não é essa a melhor opção, motivo pelo qual a ausência de determinada prestação nas listas ou nos protocolos não deve impedir o escrutínio judicial.

Entretanto, o juiz deve estar ciente da excepcionalidade com que deve ser encarada a superação de uma decisão do administrador ou do legislador, quer seja pelo argumento democrático clássico ou pela percepção de sua menor capacidade institucional. Além disso, como já afirmamos ao longo do trabalho, o juiz não deve se compreender como o guardião maior das promessas constitucionais não cumpridas, mas sim como um partícipe no processo multi-institucional de efetivação do direito à saúde levado a cabo por todos os ramos de soberania popular e pela burocracia administrativa, o que muitas vezes é feito por meio da edição de leis e atos administrativos que concretizam o direito a saúde e racionalizam o dispêndio de recursos públicos escassos.

Dito isso podemos formular o *quinto parâmetro formal*: *a lentidão administrativa para atualizar suas listas de medicamentos e seus protocolos pode justificar a concessão das prestações pleiteadas nelas não constantes*. Nesse sentido se manifestou o STF e parece-nos plenamente justificável o ônus da inércia estatal recair sobre a própria Administração e não sobre o cidadão que necessita do tratamento.⁶¹⁷ Exatamente por este motivo é possível se

⁶¹⁷ “Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e

cogitar a obrigação do Estado de fornecer determinados tratamentos não disponibilizados pela rede pública quando se tratar de novas tecnologias não incorporadas às listas e aos protocolos simplesmente em função da lentidão paquidérmica da máquina estatal. Nestes casos a ampla acessibilidade às novas tecnologias no setor privado poderá servir de parâmetro para se avaliar a legitimidade ou não da inércia do ente responsável.⁶¹⁸

Apenas chamo atenção para não tentarmos transpor acriticamente a racionalidade do setor privado para o setor público de saúde. Os casos de *novos tratamentos* ainda não incorporados pelo SUS realmente precisam ser vistos com cuidado (tendo em vista a lentidão da máquina pública em comparação com avanços da medicina). Todavia, considerá-los adjudicáveis sempre que os mesmos são prestados pelo sistema privado é ignorar que o sistema público e o privado se guiam por racionalidades diferentes. No segundo vigora o sistema de preços, e, sempre que houver demanda disposta a pagar, haverá oferta. Já no primeiro não é a lei da oferta e da procura que deve ditar a disponibilidade da prestação, mas sim a disposição da população em custeá-la de forma universal por meio da tributação.

O *sexto parâmetro formal* é o seguinte: *não pode o Judiciário determinar o fornecimento pelo Estado de medicamentos experimentais sem eficácia comprovada*. Este ponto foi bem abordado no voto paradigma do Min. Gilmar Mendes, oportunidade na qual averbou que:

Os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia) são realizados por laboratórios ou centros médicos de ponta, consubstanciando-se em pesquisas clínicas. A participação nesses tratamentos rege-se pelas normas que regulam a pesquisa médica e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los. Como esclarecido pelo Médico Paulo Hoff na Audiência Pública realizada, Diretor Clínico do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo, essas drogas não podem ser compradas em nenhum país, porque nunca foram aprovadas ou avaliadas, e o acesso a elas deve ser disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido, não sendo possível obrigar o SUS a custeá-las. No entanto, é preciso que o laboratório que realiza a pesquisa continue a fornecer o tratamento aos pacientes que participaram do estudo clínico, mesmo após seu término.

Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.” (STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes.)

⁶¹⁸ “Se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.” (STF, DJU 30-04-10, STA 175 AgR/CE, rel. Min. Gilmar Mendes.)

O *sétimo parâmetro formal* defende a *impossibilidade de determinação para que o Estado forneça qualquer prestação de saúde prescrita por profissional não integrante do SUS*. Trata-se de corolário lógico do princípio da unidade do SUS e por meio deste parâmetro busca-se impedir a instrumentalização do sistema único pelo privado, proibindo que o paciente recorra ao sistema público exclusivamente para obter medicamentos, exames clínicos e tratamentos cirúrgicos prescritos por médico particular, responsável por seu diagnóstico e acompanhamento. Por isso assiste razão a quem denuncia o equívoco das decisões judiciais que determinam o custeio pelo Estado de remédios, tratamentos ou procedimentos cuja necessidade e adequação foram objeto de análise exclusivamente por profissional alheio ao sistema público, não vinculado às limitações racionalizadoras que conformam a atividade do profissional do SUS.⁶¹⁹

É importante registrar que exigir laudo médico de profissional integrante do SUS não impede em hipótese alguma que um cidadão, na falta de recursos adequados em sua cidade, recorra aos serviços da municipalidade vizinha. A obrigação estatal nestes casos decorre do princípio da unidade. Como bem observado por Dallari e Serrano, na lógica do sistema isso não só pode como frequentemente deve ocorrer, pois em municípios de pequeno porte não é razoável que se encontrem todos os recursos para todos os tipos de atenção, de modo que dentro de uma organização regional os gestores do SUS devem compartilhar capacidades para o atendimento. O usuário deve ser sempre atendido, cabendo ao gestor estadual adotar as medidas necessárias para que o município faltoso passe a cumprir as obrigações que lhe cabem.⁶²⁰

Os parâmetros formais aqui formulados são meramente exemplificativos e possuem o mérito de em nenhum momento recorrer à necessidade de ponderar o mínimo existencial com a reserva do possível, facilitando sobremaneira a análise das demandas individuais pelo julgador, sempre limitado pelo tempo e pela quantidade de serviços nas varas abarrotadas de

⁶¹⁹ Cf. SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. *Radis* n. 49, setembro de 2006. Disponível em: <<http://www4.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>>, p. 2. "A primeira imposição para que a integralidade ocorra é o paciente observar as regras do SUS no tocante ao acesso. Pode acessar os serviços, mas tem que respeitar seus regramentos. Se o SUS vincula a assistência farmacêutica à prescrição, pelo seu profissional, do medicamento; se vincula a cirurgia, a fisioterapia, os exames complementares a uma prescrição de profissionais do SUS, o paciente não poderá, mediante prescrição privada, ir buscar os serviços públicos. Se não houver esse respeito às normas públicas, teremos um esfacelamento, um fracionamento da atenção e um sistema público complementar ao sistema privado em vez de um sistema público integral."

⁶²⁰ DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. Op cit., 2010, p. 79.

processos. Reconheço, contudo, que em muitas situações os parâmetros serão insuficientes, mas neste ponto tranquilizo-me novamente afirmando que não é objetivo deste trabalho oferecer uma resposta mais elaborada para estes casos. A teoria do diálogo aplicada ao direito à saúde enfrenta o problema das demandas individuais apenas por via reflexa quando afirma que a utilização das ações coletivas tem a virtude de ao longo do tempo racionalizar a utilização das ações individuais e diminuir sua incidência.

Gostaria de finalizar este tópico com uma breve menção à *questão das liminares nas ações individuais*. Recente estudo sobre a situação da judicialização da saúde no Estado do Rio de Janeiro constatou que em 100% dos processos judiciais selecionados o juiz concedeu liminarmente o fornecimento das prestações pleiteadas, admitindo a urgência dos pedidos dos autores em face do alegado dano irreversível à sua saúde e do dever do Estado de promoção da mesma.⁶²¹ O número chega a ser chocante e demonstra com clareza o pano de fundo emocional que dita o tom das discussões relacionadas com as demandas sanitárias individuais. Embora reconheça que é muito mais tranquilizador para um julgador deferir liminarmente determinado pedido no qual se alega a urgência de determinada intervenção médica, não posso admitir que a concessão de liminares se torne uma praxe que desconsidere totalmente qualquer tentativa racionalizadora empreendida pela administração sanitária. Sempre o juiz deve ter em mente que eventual decisão alocativa explícita traz com ela uma decisão desalocativa implícita. Em outras palavras: que a concessão indiscriminada de liminares impede que os recursos que deveriam ser economizados em situações não emergenciais sejam alocados da melhor forma possível em benefício dos milhões de rostos que não tiveram acesso ao Judiciário.

A noção de urgência médica que coloniza o imaginário do jurista na discussão dos pressupostos para a concessão da liminar nas demandas individuais é totalmente díspar do conceito empregado pelos profissionais da saúde. Segundo a Resolução 1.451/95 do CFM, define-se *urgência* como a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata, ao passo que *emergência* seria a constatação médica de condições de agravo à saúde que implique em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo, portanto, tratamento médico imediato. Até mesmo entre os profissionais do setor da saúde há grande controvérsia sobre a definição

⁶²¹ PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2010, vol.26, n.3, p. 461-471.

precisa de ambas as noções, mas, a despeito disso é possível se verificar que as situações rotuladas pelos especialistas do setor da saúde como casos de urgência em muito se diferenciam daquelas que rotineiramente ensejam o deferimento dos pleitos liminares.

A disciplina de emergências clínicas do Hospital das Clínicas da USP apresenta os seguintes sintomas como indicadores de casos de emergência/urgência: i) Precordialgia ou dor torácica; ii) Febre com suspeita de neutropenia ou imunossupressão; iii) Suspeita de obstrução de via aérea; iv) Alterações neurológicas agudas: déficit motor, afasia, convulsão, delirium; v) Intoxicação exógena aguda; vi) Hematêmese, enterorragia ou hemoptise; vii) Dor intensa; viii) Rebaixamento agudo do nível de consciência; ix) Alterações marcantes de sinais vitais.⁶²² Por sua vez, o Manual de regulação médica das urgências do Ministério da Saúde menciona exemplificativamente como hipóteses de urgências que ensejam o envio de Unidade de Suporte Avançado de Vida ao encontro do solicitante os seguintes eventos: i) Paciente inconsciente; ii) Paciente com insuficiência respiratória grave; iii) suspeita de Infarto Agudo do Miocárdio; iv) suspeita de Acidente Vascular Cerebral; v) intensa agitação psicomotora; vi) suspeita de Estado de Mal Epiléptico; vii) suspeita de parada cardiorrespiratória; viii) ferimento por arma branca ou de fogo atingindo cabeça, pescoço, face, tórax, abdome, ou com sangramento importante; ix) Paciente com grande área corporal queimada ou queimadura de vias aéreas; x) colisão de veículos com paciente preso em ferragens ou com paciente ejetado; xi) queda de altura de mais de cinco metros; xii) trabalho de parto evidente.⁶²³

Obviamente não estou querendo insinuar que as liminares somente teriam espaço nos casos acima mencionados, mas, diante da disparidade da forma como os profissionais da área jurídica e da área da saúde compreendem o fenômeno da urgência médica, parece-me extremamente recomendável uma maior aproximação entre ambos, de modo que, munidos de maiores informações sobre as consequências do não fornecimento imediato de determinada prestação sanitária, os juízes pudessem exercer um controle um pouco mais rígido sobre a concessão de liminares sem tomar como parâmetro apenas argumentos emocionais trazidos unilateralmente pelo autor da demanda. Certamente esse seria um passo importante para a racionalização da virtuosa interação entre juízes e administradores aqui defendida.⁶²⁴

⁶²² Disponível em: < <http://www.fm.usp.br/departamento/clinmed/emerclinica/artigos/pacgrave.pdf>>.

⁶²³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. *Regulação médica das urgências*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006, p. 72.

⁶²⁴ Neste sentido a Resolução 31 do CNJ orienta aos magistrados ouvirem, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação das medidas de urgência.

4.4.2. O diálogo interinstitucional tutelado pelo juiz: a Recomendação 31 do CNJ e as Câmaras Técnicas.

Diante do aumento exponencial das demandas pleiteando prestações sanitárias e das diversas tensões institucionais que a concessão indiscriminada gera entre julgadores e administradores, os órgãos e entidades responsáveis pelo direito à saúde vêm, nos últimos anos, se mobilizando para buscar alternativas capazes de racionalizar o processo e incrementar o direito fundamental prometido pela Carta de 1988, por meio do esforço conjunto com os especialistas do setor da saúde, da sociedade civil organizada e do ramo jurídico em geral.

No ano de 2009 foi convocada pelo então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes, Audiência Pública para ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de Sistema Único de Saúde, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde, tais como: i) Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; ii) Obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; iii) Obrigação do Estado de custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; iv) Obrigação do Estado de disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; v) Obrigação do Estado de fornecer medicamento não licitado e não previsto nas listas do SUS; vi) Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Na Audiência Pública foram ouvidos 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009.

Já naquela ocasião foram relatadas experiências inovadoras e bem sucedidas, implementadas em alguns Estados da Federação na busca de melhorar a interação entre os agentes responsáveis pela efetivação das políticas públicas sanitárias dentro do SUS e, conseqüentemente, melhorar a prestação dos serviços oferecidos à população. O Defensor

Público do Estado de São Paulo Vitore Maximiano relatou a experiência iniciada em abril de 2008 na capital do Estado, consistente em uma parceria entre a Defensoria Pública e a Secretária do Estado da Saúde, por meio da qual se buscaram soluções administrativas para a dispensação de medicamentos. As pessoas que procuravam a Defensoria Pública eram encaminhadas a um atendimento por técnicos da Secretaria de Saúde (localizados no próprio prédio da Defensoria, em razão do convênio firmado), oportunidade na qual já recebiam orientação precisa sobre o local no qual deveriam retirar os medicamentos constantes das listas. Em relação aos medicamentos tidos como excepcionais inaugurava-se um procedimento administrativo no âmbito da própria Secretaria, por meio do qual o paciente era submetido a perícia médica e no qual já se decidia pela conveniência ou não do fornecimento da prestação. Como resultado da instituição desta simples experiência, as unidades administrativas da Defensoria que costumavam ajuizar em torno de 150 a 180 ações por mês, exclusivamente na Cidade de São Paulo, tiveram o número de demandas drasticamente reduzidas para aproximadamente 15 a 18 ações, uma diminuição de cerca de 90% da judicialização experimentada.

Uma das consequências mais concretas advinda da Audiência Pública acima mencionada foi a edição da Recomendação n. 31 do CNJ, de 30 de março de 2010, na qual, dentre outras coisas, recomendou-se aos Tribunais a celebração de convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais.⁶²⁵ Outra importante ação promovida pelo CNJ se deu por meio da Resolução 107, de 6 de abril 2010, pela qual se instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência farmacêutica, cuja atribuição precípua é elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.

Nos dias 18 e 19 de novembro de 2010 foi organizado o I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para a Saúde, no Estado de São Paulo, novamente reunindo

⁶²⁵ Vale mencionar outras orientações extremamente salutares como: i) a inclusão da legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de Direito Administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura; e ii) a promoção, para fins de conhecimento prático de funcionamento, de visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e hospitais.

autoridades da área jurídica e médica. Além de promover um espaço democrático e plural de interação, até poucos anos inimaginável entre profissionais da área jurídica e da área da saúde, o I Encontro do Fórum Nacional publicou ao seu fim uma Declaração na qual se determinou a constituição e integralização dos Comitês Executivos Estaduais, órgãos de formação multidisciplinar⁶²⁶ responsáveis por: i) apresentar cronograma semestral de atividades (art. 7º da Resolução 107/2010), em especial visando o atendimento da Recomendação n. 31, realizando reuniões mensais para a condução de seus trabalhos; ii) promover eventos científicos estaduais, com apoio das Escolas de Magistratura, para debates e estudos que venham a mobilizar os diversos segmentos da área da saúde, notadamente os Membros do Judiciário, do Ministério Público, Gestores e Executores de Políticas Públicas; iii) propor medidas concretas e normativas voltadas à prevenção e solução de conflitos judiciais (art. 2º, IV da Resolução 107/2010), no que diz respeito às suas peculiaridades e dificuldades locais.

Ao final do I Encontro do Fórum a juíza de direito Valéria Pachá Bichara relatou a inovadora experiência vivenciada no Estado do Rio de Janeiro. O TJ-RJ instalou, em cooperação com o Poder Executivo Estadual, o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT), formado por 24 profissionais - entre eles 15 farmacêuticos, dois enfermeiros, quatro nutricionistas e um médico -, que auxiliam os magistrados em ações que reivindicam medicamentos e tratamentos. O NAT avalia os pedidos com base em prescrições, documentos e histórico dos pacientes, emitindo, no prazo de 24 horas, pareceres capazes de facilitar a análise judicial dos pedidos formulados. Segundo relatos a experiência vem se mostrando extremamente positiva, contribuindo não só para permitir um controle judicial mais rígido acerca dos pedidos, mas também para permitir o desmantelamento de esquemas fraudulentos que se utilizam das demandas individuais para dilapidar recursos sanitários escassos. Além disso, conforme depoimento dos magistrados envolvidos na experiência, o parecer do negativo do NAT funciona como um importante instrumento capaz de tranquilizar o julgador no momento da análise deste tipo de demanda, nas quais indiscriminadamente se alega o risco de morte do autor.

Já há muitas notícias da implementação de mais práticas inovadoras pelo Brasil, após o I Encontro do Fórum Nacional da Saúde e da constituição dos Comitês Estaduais, sempre

⁶²⁶ Além dos juízes indicados pelo CNJ o Comitê deve ser composto por um membro do MP; um membro da Defensoria Pública; um representante da OAB; um gestor e um especialista da área de saúde.

no intuito cooperativo, buscando conjugar esforços capazes de garantir o direito à saúde constitucionalmente previsto.

No Estado de São Paulo, mais especificamente na comarca de Ribeirão Preto, já há algum tempo surgiu iniciativa (nos moldes do NAT acima mencionado) que vem otimizando a prestação jurisdicional de assistência farmacêutica no município ao coibir abusos e racionalizar o atendimento das demandas. No âmbito da Administração foi instituída uma comissão multidisciplinar, denominada “Comissão de Análise de Solicitações Especiais”, à qual o Poder Judiciário requisita informações para aferição das cautelas necessárias ao deferimento do pedido do paciente. Tal Comissão constitui-se de médicos, farmacêuticos e nutricionistas e alberga profissionais da Secretaria Estadual e Municipal de Saúde e do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), campus Ribeirão Preto. Os dados a serem analisados pela aludida comissão são fornecidas pelo próprio paciente, ou por seu advogado, mediante o preenchimento de um formulário padrão, no qual existe, inclusive, um campo destinado ao esclarecimento da urgência do medicamento – constatada pelo diagnóstico e pelo estágio da moléstia – a fim fornecer subsídios para apreciação de pedidos de liminares, antecipações de tutela e provimentos cautelares. O formulário, elaborado com vistas a observar os critérios de racionalização é encaminhado à comissão por meio de e-mail ou fac-símile, a fim de agilizar o procedimento, e o magistrado concede um prazo, normalmente pequeno, para que a comissão se manifeste. Conforme relato dos envolvidos na experiência, o sistema contribuiu para a racionalização do acesso aos insumos sanitários pelo cidadão, aumentou a celeridade dos processos e gerou decisões mais justas.⁶²⁷

O mesmo modelo de Câmaras de Assessoria Técnica já foi instituído no Mato Grosso do Sul. Naquele Estado o Tribunal de Justiça firmou no dia 26/01/11 convênio com a Secretaria de Saúde Estadual para a criação e implantação de uma Câmara Técnica em Saúde, composta por dois médicos, dois farmacêuticos, um enfermeiro e um servidor do tribunal, cuja missão será subsidiar a justiça estadual do Mato Grosso do Sul com informações técnicas nas demandas relativas ao fornecimento de medicamentos, exames, internações e tratamentos clínicos e/ou cirúrgicos em face do Sistema Único de Saúde (SUS). Na Bahia foi

⁶²⁷ GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. In: *BDJur*, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

implementado, na segunda quinzena de março de 2011, um sistema de plantão judiciário voltado especificamente para as demandas de saúde. O plantão do TJBA conta com dois médicos em regime 24 horas e funciona da seguinte forma: a ação é normalmente ajuizada por meio de um advogado ou defensor público, mas, antes da decisão judicial o médico de plantão apresenta parecer técnico sobre o caso que, em seguida, é submetido à análise do magistrado. Em apenas 15 dias de funcionamento há informações de que o sistema já acumula 150 solicitações, tendo gerado redução no tempo da análise das liminares, que antes demoravam cerca de setenta e duas horas e hoje são proferidas no prazo de um dia.⁶²⁸

Este breve relato empírico das experiências por nós vivenciadas nos últimos tempos no campo do direito à saúde apenas confirma a premissa defendida ao longo de todo o trabalho, qual seja: a de que, conquanto importantíssima a missão a ser desempenhada pelo Judiciário no processo de implementação das promessas constitucionais em geral e de promoção do direito à saúde em particular, ele não pode caminhar sozinho nesta tarefa. A emancipação social é um assunto sério demais para ser delegado a terceiros e somente por meio da integração de esforços convergentes, respaldados pela mobilização popular, poderemos construir uma democracia constitucional mais robusta e justa.

A Audiência Pública da Saúde, convocada pelo STF, certamente foi um importante instrumento procedimental de legitimação das futuras decisões proferidas pela Corte, porquanto serviu de espaço democrático e plural no qual as partes envolvidas puderam defender seus pontos de vista e influenciar os julgadores. Mas, além disso, a Audiência certamente serviu como um importante instrumento constitutivo das visões daqueles que dela participaram, quer seja para reafirmar suas convicções primitivas ou para reformulá-las em cotejo com novos argumentos dignos de ponderação.

Acredito que este fenômeno de aproximação entre os especialistas do ramo jurídico e do setor da saúde, dos administradores e dos juízes, dos integrantes do Ministério Público e dos advogados, quer seja nos eventos científicos ou nas atividades práticas do dia a dia, tende a ser muito virtuoso à medida que consiga traduzir a ideia de que no campo da saúde não há mocinhos e vilões, mas há uma pluralidade de agentes bem intencionados e motivados pela finalidade comum de incrementar a qualidade do sistema brasileiro de saúde e proteger os

⁶²⁸ Todas as notícias podem ser encontradas no site do CNJ: < <http://www.cnj.jus.br> >.

direitos do indivíduo. Esse é o pano de fundo para que mesmo nas ações individuais possamos falar em um diálogo democrático.

Ademais, no âmbito das demandas individuais, parece-nos que o reflexo prático mais concreto desta visão sinérgica entre os agentes responsáveis por efetivar o direito à saúde no Brasil se verifica nas experiências envolvendo as Câmaras de Assessoria Técnica. Se um dos principais argumentos contrários à adjudicação individual de prestações sanitárias repousa na baixa capacidade institucional do Judiciário para enfrentar aspectos sanitários complexos e na “visão de túnel” inerente a este tipo de instrumento processual, parece-nos que o apoio oferecido pelo NAT pode mitigar bastante a força destas proposições.

5. CONCLUSÕES.

*Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos, mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.
(Mãos dadas, Carlos Drummond de Andrade).*

1. A história das democracias constitucionais contemporâneas reflete o processo de superação de um modelo institucional que apostava nos dogmas da supremacia parlamentar e do legicentrismo, por um modelo de constituições substantivas e de supremacia dos tribunais. Nesse novo modelo o Judiciário é encarado como responsável por guardar a reserva de justiça constitucional contra possíveis excessos das maiorias, e o faz por meio da revisão judicial (*judicial review*), surgindo daí a inevitável crítica sobre o seu caráter antidemocrático.

2. Não aceitamos a argumentação que busca justificar a legitimidade da revisão judicial sob o argumento de que este mecanismo, exercido obrigatoriamente por juízes localizados fora da política, seria essencial para a democracia e para a proteção de direitos. A história desmente essa premissa quando revela que sistemas que optaram por um modelo de supremacia parlamentar foram capazes de garantir os objetivos mencionados sem que, para tanto, incorporassem a figura do controle judicial. Além disso, é preciso reafirmar que a possibilidade de erro ao interpretar a constituição é simétrica e a história demonstra que, se é verdade que um sistema de supremacia parlamentar é capaz de garantir direitos, um modelo no estilo americano de controle judicial muitas vezes serviu exatamente como instrumento de violação dos mesmos.

3. Jogar luzes sobre essa possibilidade simétrica de erros na interpretação da constituição, sobre a dificuldade contramajoritária, sobre o desacordo substantivo, sobre as vacilações históricas dos tribunais e dos ramos representativos na proteção dos direitos, tudo isso é importante para que não pequemos pela ingenuidade no momento de desenvolver desenhos institucionais ou teorias que busquem justificar a margem de atuação de determinado ramo de soberania popular. Não devemos apostar cegamente no Judiciário e justificar seu ativismo a partir uma visão extremamente crítica do processo político, nem acreditar em demasia no Legislativo e no Executivo e defender uma autocontenção irrestrita do Judiciário a partir da

visão romantizada da atividade parlamentar. É preciso que consideremos as diferentes capacidades institucionais do intérprete e a necessidade de que cada qual contribua no processo decisório a partir de sua diferente posição.

4. Apesar de vivenciarmos desde a segunda metade do século passado um intenso movimento, em proporções globais, de constitucionalização e de judicialização das relações sociais e econômicas, verificou-se nos últimos anos o surgimento de interessantes alternativas que buscam explorar o melhor dos modelos de supremacia judicial e parlamentar, oferecendo uma terceira via entre as matrizes clássicas (v.g. Nova Zelândia, Inglaterra e Canadá). Essas novas experiências, conhecidas como “modelo de carta de direitos parlamentar” ou “modelo dialógico”, busca criar equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo entre tribunais e parlamentos na proteção e efetivação de direitos fundamentais, sem apostar, contudo, no modelo de supremacia judicial, já que ao legislador caberia a última palavra sobre as decisões mais importantes da comunidade política. Na essência desse modelo há as seguintes características: i) recusa da visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual deve ser exercida também por outros poderes; ii) rejeição da existência de uma última palavra, ou, pelo menos, de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) previsão de mecanismos institucionais para que pessoas e instituições respondam às decisões dos tribunais com as quais não concordam por outros meios que não apenas a emenda constitucional ou a recomposição da corte; iv) previsão de alguma forma de controle político da possível violação de direitos (e não apenas a revisão judicial); v) autorização do controle de constitucionalidade, com a opção do desacordo político; vi) a esperança de que por meio de alguns incentivos institucionais os parlamentos possam levar a sério os direitos.

5. Além das experiências constitucionais identificadas como dialógicas (modelos institucionais dialógicos) há uma séria de desenvolvimentos teóricos que se utilizam da mesma figura (teorias do diálogo). Não há uma teoria do diálogo, mas um grupo bastante heterogêneo de autores que possuem em comum um “mínimo denominador” que gira em torno das seguintes características: i) a recusa de uma visão juricêntrica e do monopólio judicial na interpretação da constituição, a qual é e deveria ser legitimamente exercida por outros poderes; ii) a recusa da existência de última palavra, pelo menos de que a corte a detenha por meio da revisão judicial; iii) a valorização do desacordo sobre questões

substantivas e a afirmação do procedimento democrático como alternativa viável para dissolvê-los; iv) uma visão mais modesta sobre a possibilidade de se atingir respostas corretas por meio de juízos morais; v) uma visão mais estendida do tempo na política.

6. É possível dividir as teorias do diálogo em dois grandes grupos. O primeiro é o das *teorias sobre o método judicial ou do diálogo no interior da decisão*, que possui o caráter comum de advogar um uso consciente, por parte dos juízes, de técnicas decisórias capazes de estimular e encorajar debates mais amplos sobre o significado constitucional, seja no interior dos Poderes, seja entre os Poderes reciprocamente. O segundo é o das *teorias estruturais do diálogo ou do diálogo como fruto da separação dos poderes*, que se baseia no reconhecimento de que existem instituições e mecanismo políticos no sistema constitucional que habilitam seus atores a responder às decisões judiciais no caso de desacordo. Os diálogos emergem quando os mecanismos de resposta habilitam um processo dinâmico de idas e vindas entre juízes e outros atores constitucionais.

7. Apesar de haver uma correlação entre os modelos dialógicos e as teorias do diálogo, não há entre eles uma relação de necessidade ou suficiência. Em modelos não dialógicos (ou pouco dialógicos) surgem teorias que apostam no diálogo e vice-versa. Nos EUA há uma destacada produção teórica que se apóia na figura do diálogo, mesmo que o modelo tenda a privilegiar a decisão da Suprema Corte no circuito decisório. Por isso acreditamos ser possível o desenvolvimento de práticas dialógicas em sistemas que optam explicitamente pelo modelo americano de constituições rígidas e escritas, controladas pelo Judiciário. Daí falar que possuímos no Brasil um *modelo moderadamente dialógico* e que, especificamente no campo do direito à saúde, quanto mais interativo for o sistema, maiores serão as chances de obtermos melhores respostas.

8. Há várias alternativas para promover uma cultura mais dialógica no controle judicial brasileiro. A primeira seria a possibilidade de alterar variáveis institucionais, inserindo mecanismos como a cláusula de não-obstante da Seção 33 do Canadá, opção que não abraçamos no trabalho. A simples análise objetiva de nosso ordenamento demonstra a relatividade da afirmação do dogma da supremacia judicial e da crença de que o Judiciário é a última palavra em matéria de direitos fundamentais. A prova mais cabal para se defender o argumento contra a supremacia judicial dentre nós reside na constatação de que a decisão do

STF em controle abstrato de constitucionalidade não vincula o legislador (art. 102, § 2º da CF), característica que se repete na figura das súmulas vinculantes (art. 103-A da CF). Há também espaços de reserva material nos quais o Judiciário não possui competência decisória, cabendo-a ao Poder Executivo (v.g. concessão de indulto e decisão sobre a extradição), ao Legislativo (v.g. questões *interna corporis*, análise dos pressupostos para a edição de Medida Provisória, decisão no processo de *Impeachment*) ou mesmo à sociedade civil (v.g. autonomia dos partidos políticos).

9. O diálogo interinstitucional é forjado por dois componentes básicos: i) o desenho institucional que o disciplina formalmente e ii) a cultura política que o anima. Acreditamos que a melhor forma de construir um sistema mais interativo/cooperativo e menos judicialista seja por meio da tentativa de submeter a um juízo crítico a cultura jurídica brasileira que caminha a passos largos em direção à afirmação da supremacia judicial. Nesse ponto a descrição empírica de uma série de reversões legislativas de decisões proferidas pelo STF funciona como mecanismo hábil para enfatizar que, de fato (descritivamente), o Judiciário não é a última palavra sobre assuntos constitucionais. Reiteradamente o Parlamento aprova emendas constitucionais revertendo decisões proferidas pelo STF (v.g. EC 29/2000 – possibilidade de progressividade fiscal no IPTU – e EC 58/09 – aumento do número de vereadores segundo padrões de proporcionalidade); em outras hipóteses reverte decisões do STF por meio de atos normativos infraconstitucionais (v.g. Lei da Ficha Limpa – LC 135/10, que veio expressamente reverter decisão proferida, em apertada maioria, pelo TSE e posteriormente confirmada pelo STF, sobre a impossibilidade de se considerar situações processuais ainda não definidas por sentenças transitadas em julgado como hipóteses de inelegibilidade – ADPF 144) e, por fim, em alguns casos o parlamento interage com o STF encampando posição por ele firmada (v.g. admissão da progressão de regime nos crimes hediondos e revogação da exigência de recolhimento à prisão para recorrer).

10. A figura do diálogo não pode conduzir à negligência da inevitabilidade de se atribuir a alguém “últimas palavras provisórias” ou “últimas palavras em cada rodada procedimental”. Toda constituição prevê os caminhos para a vocalização institucional de projetos coletivos e para a solução de conflitos, caminhos que têm um ponto de partida e, após estágios intermediários, alcançam um ponto final. Esse ponto será final, ainda que dentro de uma rodada, que pode sempre ser recomeçada, indefinidamente. Entretanto, a possibilidade de

recomeçar não é irrelevante para a reflexão sobre a autoridade democrática, uma vez que o recomeço implica uma nova mobilização de diversos recursos (de tempo e esforços argumentativos) necessários para movimentar a máquina institucional.

11. A teoria do diálogo não é contra o controle judicial nem ignora a importante função que o Judiciário teve (e ainda terá) na construção de um Brasil melhor e mais justo. A teoria do diálogo é contra a supremacia judicial, concebida como prevalência absoluta e irrestrita das decisões judiciais, principalmente do STF, em matéria constitucional, sobre os demais atores responsáveis pela disputada interpretação das cláusulas abertas da constituição. A teoria do diálogo é contra o sufocamento dos demais espaços de tomada de decisões coletivas da comunidade política e contra posturas que enxergam no Judiciário o guardião único e maior das promessas não cumpridas da constituição. A teoria do diálogo é contra o amesquinamento da dignidade da política e dos representantes populares e contra uma postura ingênua que maximiza defeitos dos Parlamentos e da Administração em detrimento da maximização de virtudes dos julgadores. A teoria do diálogo é contra o controle judicial “na base do porrete”, que nega limitações cognitivas e possibilidade de efeitos sistêmicos adversos decorrentes de suas decisões e acredita que, muitas vezes, um controle judicial mais fraco, mais indutivo e menos coercitivo, poderá contribuir para melhores respostas.

12. A ideia de saúde é polimórfica e multifacetada, remetendo àquilo que se chama de conceito essencialmente contestado, para cuja definição concorrem juízos descritivos e prescritivos. No trabalho adota-se uma concepção aberta de saúde que leva em conta aspectos históricos e normativos subjacentes à sua definição. Uma noção mais sofisticada de saúde precisa equilibrar essas duas demandas de difícil conciliação: deve ser sensível à história, às particularidades locais de cada cultura e à contingência pessoal, ao mesmo tempo que também deve ser aberta à universalidade mais perene dos conceitos científicos e dos juízos morais mais essenciais.

12.1. Historicamente é possível se verificar que a ideia de saúde percorreu um acidentado percurso, desde uma concepção inicial ligada a superstição e a magia, passando por uma noção biomédica de saúde (que a compreende como ausência de doença) até chegar a uma visão mais pródiga e recente que enxerga a saúde como o estado de completo bem-estar físico, social e mental (agasalhada pelo preâmbulo da Constituição da OMS de 1948).

12.2. No trabalho fazemos uma opção explícita pela adoção de uma concepção liberal de saúde, que não negue a importante dimensão coletiva do problema, mas que afirme enfaticamente que cada pessoa possui uma inviolabilidade que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar. Esse deve ser o principal elemento normativo integrante de uma concepção de saúde, que seja sim sensível à história e as peculiaridades locais, mas que guarde nesse núcleo axiológico a perenidade universal que não pode estar ausente sob pena de descaracterização total do instituto.

13. A adoção de uma idéia aberta, complexa e abrangente de saúde não necessariamente conduz ao reconhecimento de um direito à saúde extremamente pródigo e adjudicável individualmente por meio de demandas judiciais. A saúde como uma preocupação coletiva pode ser protegida e promovida por diversas formas, por meio de sistemas mais ou menos complexos. Tão melhor será determinada sociedade quanto mais apto for seu sistema de saúde. Normalmente o bom desenvolvimento desses sistemas independe de qualquer interferência judicial, sendo seu funcionamento conduzido pelos especialistas em matéria de saúde e políticas públicas sanitárias, que projetam nas decisões tomadas pela burocracia estatal as opções das maiorias representadas politicamente. Em situações excepcionais será viável conceber a interferência judicial, mas parece-nos que a intervenção deva ser sutil e pontual, de forma a fortalecer o sistema como um todo (o que, por si só, constitui uma garantia à saúde individual e coletiva). A intervenção judicial deve ser concebida como mais um elemento integrante do sistema de saúde, importante sim, como a de todos os outros ramos, mas provavelmente desprovida da aptidão para o protagonismo nesta seara.

14. No Brasil a trajetória da constituição de nosso sistema de saúde foi bastante acidentada, mas, a despeito de começarmos tarde, em linhas gerais seguimos as grandes linhas do histórico mundial. Tivemos nossos momentos de concepção do fenômeno sanitário com base na superstição e na magia; durante a República Velha evoluímos para uma concepção biomédica de saúde que se preocupava principalmente com a adoção de ações de saneamento, urbanização e vacinações obrigatórias; vivenciamos o esboço da estruturação de um sistema de saúde pública na Era Vargas, com a criação de órgãos estatais responsáveis pela gestão das ainda incipientes políticas públicas sanitárias; experimentamos as trágicas consequências da ascensão ao poder dos militares, resultando na redução vertiginosa do dispêndio com a saúde,

na concentração autoritária de poderes nas mãos da burocracia estatal e no fortalecimento de um modelo não universal e contributivo. Com a Constituição de 1988 cria-se o SUS, sob forte influência do movimento sanitário e das deliberações ocorridas na VIII Conferência Nacional de Saúde (VIII CNS), marco histórico para a política de saúde brasileira, na qual se defendeu, além de uma concepção ampliada de saúde, a necessidade da criação de um sistema unificado de acesso universal e atendimento integral.

15. Após mais de duas décadas de existência o SUS ainda se mostra um projeto inacabado. Trouxe grandes avanços como a expansão da atenção básica e do acesso aos procedimentos especializados de média e alta complexidade, a ampliação do atendimento de urgência/emergência, da assistência farmacêutica e da acessibilidade a medicamentos e a melhoria da qualidade da atenção. Apesar disso, ainda apresenta velhos desafios como aqueles relacionados com a busca de uma solução para o financiamento e para a promoção de uma melhor interação entre o sistema público e o setor privado, assim como mecanismos para melhorar a tensão antagonística que vem se verificando entre os agentes do sistema de saúde e do sistema jurídico naquilo que pejorativamente vem sendo chamado de “judicialização da saúde”.

16. A compreensão do fenômeno da “judicialização da saúde” pressupõe logicamente a afirmação teórica da fundamentalidade formal e material do direito à saúde. A afirmação da *fundamentalidade formal*, que depende apenas de sua enunciação legal como tal, foi amplamente vivenciada no plano internacional através da incorporação de direitos de segunda dimensão em diversas declarações de proteção de direitos humanos. A Constituição de 1988 elevou a saúde à categoria de direito formalmente fundamental, a exemplo dos demais direitos sociais enumerados no art. 6º e integrantes do Capítulo II (Direitos sociais) do Título II da Carta (Direitos e garantias fundamentais). Já a afirmação da *fundamentalidade material* do direito à saúde foi um fenômeno mais recente que pressupôs a abertura do discurso jurídico para a argumentação moral. Dentre diversas argumentações jusfilosóficas que buscaram afirmar a fundamentalidade material do direito à saúde destacam-se três grandes grupos, que afirmam respectivamente que: i) a saúde é materialmente fundamental, pois é condição para a liberdade (autonomia privada); ii) a saúde é materialmente fundamental, pois é condição para a democracia (autonomia pública); iii) a saúde é materialmente fundamental, pois é um corolário lógico da dignidade da pessoa humana.

17. O mero reconhecimento da fundamentalidade formal do direito à saúde não bastou para a deflagração da transferência de poder decisório para os tribunais. Somente após a afirmação da fundamentalidade material que ingressaram definitivamente na retórica jurídica categorias importadas do direito comparado como as figuras do mínimo existencial, da reserva do possível, da ponderação de interesses e todo o poderoso arsenal metodológico da teoria dos princípios, abrindo-se, assim, o caminho para a afirmação da saúde como direito subjetivo e do Judiciário como o grande guardião das promessas constitucionais não cumpridas pelos ramos representativos. Superavam-se, desta forma, argumentos clássicos que defendiam a ineficácia dos direitos sociais com base em sua indeterminabilidade semântica, na separação dos poderes ou na discricionariedade do administrador.

18. A despeito de inúmeras virtudes esse movimento teórico e jurisprudencial pecou por excessos, correndo o risco de gerar uma hiper-constitucionalização do Direito (ubiquidade constitucional) ou de dar azo à defesa indiscriminada da utilização da ponderação de princípios em detrimento das regras (oba-oba constitucional). Um exemplo de perigo advindo do excesso de constitucionalização (concebido como filtragem constitucional) ocorre no campo da saúde quando, diante da indeterminabilidade dos preceitos abertos da Constituição, ramos estatais interpretem-nos em extensões divergentes (o Judiciário fazendo uma interpretação bastante pródiga do art. 196 da CF; o Legislativo aprovando leis contraditórias que ao mesmo tempo declaram direitos e impõem limitações de gastos aos governos; e o Executivo que, convivendo diariamente com a realidade da escassez moderada de recursos, adota uma visão restritiva no tocante às obrigações constitucionais do Estado em relação à saúde) gerando uma série de tensões institucionais no bojo do controle judicial. Diante da indeterminabilidade dos preceitos que cuidam da saúde e da ausência de hierarquia entre os Poderes não deve o Judiciário negar a possibilidade de que os ramos representativos concretizem-no, dentro de sua margem de atuação estrutural e epistêmica, em atos de maior densidade semântica, a pretexto de ferir eventual interpretação que com a dele (Judiciário) divirja. Um sistema democrático pressupõe a prioridade dos ramos representativos na definição das opções alocativas e na escolha dos meios adequados para a consecução de algum fim constitucional, não podendo a interpretação judicial colonizar todos os espaços de autodeterminação coletiva.

19. A ponderação é importante, mas falar em ponderação entre mínimo existencial e reserva do possível para justificar o processo de judicialização atualmente vivenciado é muito pouco. Muitos dos conflitos sanitários poderiam ser resolvidos com a simples utilização de regras legítimas e bem definidas em atos normativos secundários. É obvio que sempre seria possível realizar juízo de constitucionalidade desses atos, mas a funcionalidade de um sistema democrático depende de que as decisões da burocracia estatal e as dos representantes populares sejam encaradas também dentro de um processo de efetivação da constituição, para o qual não contribui apenas o Judiciário na invocação dos princípios como elementos derogadores de regras legítimas, ainda que com elas não se concorde.

20. Acreditamos haver um recurso exagerado à ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, quando não há (e provavelmente nunca haverá) a mínima perspectiva de consenso sobre o que compreende cada um dos conceitos. A ponderação não é um processo autoevidente ou solucionável por fórmulas matemáticas, que traz como consequência a indiscriminada transferência de poder decisório para os tribunais afirmarem a normatividade dos princípios e a existência de direitos subjetivos originários, estando agora o julgador somente submetido a um juízo cognitivo complexo que deveria levar em conta todas as variáveis morais e fáticas relacionadas ao assunto para definir a viabilidade ou não de se constringer o Estado a ofertar determinada prestação material ao indivíduo. Adotar a visão exposta conduziria a um modelo no qual não haveria mais limites externos à atividade judicial, mas somente aqueles decorrentes de sua autocontenção.

21. As dificuldades em se definir o resultado adequado da ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível implicaram na *sonegação da questão institucional*. Questionamo-nos demais sobre qual seria a ponderação perfeita entre variáveis fáticas e morais complexas envolvidas no caso da saúde e deixamos de nos preocupar com as discussões sobre as bases de legitimidade política das decisões sobre direitos sociais. Não só questões de teoria da justiça devem permear o tema, mas também preocupações com a teoria da democracia. É preciso questionar “quem decide sobre direito à saúde?” e “de que forma se decide?” em nosso sistema político. A teoria da autoridade deve voltar à pauta.

22. A teoria do diálogo aplicada ao direito à saúde acredita que o Judiciário possui importantíssima função na sua proteção e promoção, mas tenta desmistificar o papel da

judicialização no processo de proteção dos direitos sociais, reconstruindo as bases teóricas para a intervenção nesses assuntos sob premissas menos pretensiosas. Ao invés de ser o “guardião da reserva de justiça” da constituição, o Judiciário será considerado um interlocutor qualificado pela linguagem dos princípios no sistema político, funcionando, de um lado, como um local privilegiado de veto das decisões majoritárias e, de outro, como agente capaz de estatuir, em alguma medida, aumentando o valor epistêmico da democracia na interação com os demais integrantes do sistema, no processo de implementação dos direitos sociais.

23. Adotamos uma concepção interdisciplinar e multidimensional do direito à saúde, capaz de abarcar toda a sua complexidade e, ao mesmo tempo, conferir-lhe funcionalidade dogmática. A nota de *interdisciplinaridade* é corolário lógico da concepção aberta de saúde que considera os elementos históricos e culturais que conformam o atual entendimento sobre a temática, mas também não despreza o importante núcleo axiológico que resiste à contingência e liga a noção de saúde às condições para o gozo efetivo das liberdades e ao respeito à dignidade da pessoa humana, considerando os indivíduos seres dignos de igual respeito e consideração. Já a marca da *multifuncionalidade* se relaciona com as diversas dimensões ontológicas, histórico-culturais, prestacionais, negativa, subjetiva, objetiva, de regra, de princípios e de política pública (*policy*) do direito à saúde.

24. O reconhecimento da dimensão subjetiva e prestacional do direito à saúde, sem a necessidade de interposição legislativa, foi uma das maiores conquistas do nosso constitucionalismo. Contudo, já é hora de resgatarmos a importância da dimensão objetiva dos direitos sociais em geral e do direito a saúde em particular. A alternativa para conciliar as idéias antagônicas reside em reafirmar a perspectiva da multifuncionalidade do direito à saúde e reconhecer que a dimensão objetiva dos direitos sociais é apenas uma de suas formas de manifestação, não a única, mas certamente uma das mais importantes. O reconhecimento da dimensão objetiva do direito à saúde implica aceitar o fato de que a sua normatividade transcende a aplicação subjetiva-individual, orientando, também, a ação do Estado em uma perspectiva mais coletiva, principalmente por meio do desenvolvimento de políticas públicas necessárias para a garantia reflexa dos direitos individuais.

25. Não resta dúvida da importância da dimensão subjetiva do direito à saúde, mas, reconhecendo-se a sua multidimensionalidade, deve-se revitalizar a sua vertente de política

pública e reconhecer que o tema das decisões coletivas sobre a saúde precisam ser realizadas de forma a compatibilizar a extensão dos direitos individuais aos princípios específicos do SUS, previstos nos artigos 196 e seguintes da CF, máxime ao princípio da equidade. Se durante muitos anos os direitos e as políticas públicas permaneceram afastados, parecendo incompatíveis, hoje a melhor doutrina já enfatiza a necessidade de uma maior articulação entre os conceitos, de modo que os parlamentos, por meio das políticas públicas, incorporem as preocupações com a proteção dos direitos humanos e os tribunais, por meio de uma racionalidade baseada em direitos, entendam a importância do desenvolvimento de políticas públicas para a sua efetivação.

26. A discussão sobre o direito à saúde possui uma estreita correlação com o tema da justiça distributiva (como uma sociedade ou grupo deve alocar recursos escassos entre indivíduos com diferentes necessidades e exigências), haja vista tratar-se de direitos que possuem uma relevante dimensão econômica. Tal fato demanda uma aproximação do estudo do direito sanitário com a filosofia política, local em que encontraremos diversas propostas de critérios alternativos para a alocação justa de recursos sanitários em sociedades plurais marcadas pelo fato da escassez. No trabalho adotamos um sincretismo axiológico, reconstruindo a normatividade dos princípios do sistema de saúde brasileiro sob bases ecumênicas, orientação que parece a mais compatível com a nossa Constituição compromissória de 1988, na qual os princípios se equilibram de forma dramática.

27. O sistema de saúde brasileiro é parte de um sistema maior, a seguridade social. Forma-se por dois subsistemas, o *subsistema público* (que incorpora a rede própria e a conveniada/contratada ao SUS – esta última chamada de complementar) e o *subsistema privado* (também conhecido como sistema suplementar), que agrupa a rede privada de serviços de saúde não vinculados ao SUS. Dentre os mais relevantes princípios e diretrizes do SUS destacam-se: i) a universalidade da cobertura; ii) a equidade e igualdade no acesso às ações e serviços; iii) o princípio da unidade; iv) as diretrizes da regionalização e da hierarquização; v) a diretriz da descentralização; vi) a relevância pública das ações e serviços públicos de saúde.

28. Há duas concepções sobre a justiça distributiva sanitária que de modo algum se compatibilizam com nossa ordem constitucional e precisam ser afastadas. De um lado temos o

chamado “modelo do resgate” e do outro o modelo de “mercantilismo sanitário”, desdobramento da teoria libertária aplicada no campo da saúde. Este último é mais facilmente refutável, quer seja por argumentos de legalidade estrita (art. 1º, 3º, 6º, 194, todos da CF e Lei 8.080/90), ou por argumentos de natureza moral (uma concepção equivocada de propriedade e da igualdade), econômica (ignora as inúmeras falhas de mercado) e lógica (inserir princípios corretivos que pressupõem tributação). O modelo do resgate – a despeito de sua atratividade intuitiva – demonstra-se incompatível não só com o ordenamento brasileiro, mas com qualquer sociedade marcada pela escassez razoável de recursos e com a necessidade de racionar bens sanitários. Nenhuma sociedade sadia poderia alcançar o padrão de dispêndio defendido pela teoria do resgate, da mesma forma que uma pessoa sadia não organizaria a própria vida segundo tal princípio, uma vez que há outras necessidades sociais e individuais que precisam ser atendidas. Em nossa experiência jurídica a manifestação mais eloquente da adoção do princípio do resgate foi encontrada em reiterados votos do Min. Celso de Mello, que durante anos ditou o tom da jurisprudência do STF e, se por um lado contribuiu para sepultar a retórica vazia das normas programáticas, por outro disseminou no mundo jurídico a ilusão da inesgotabilidade dos recursos e ignorou os custos de oportunidade decorrentes dos gastos públicos com a saúde em relação às outras demandas coletivas que concorrem com o seu orçamento.

29. No setor da saúde, marcado pelo fato da escassez relativa (os recursos estatais não se destinam apenas à saúde, concorrendo com outras necessidades sociais) e absoluta (as necessidades sanitárias sempre serão infinitas e os recursos limitados), há a inevitabilidade de se determinar o *quantum* de recursos que deve ser alocado à saúde em relação às outras áreas que o Estado deve investir (educação, lazer, esporte, meio-ambiente, cultura, segurança, etc.) e, uma vez delimitado o *quantum*, de se determinar o *como* os recursos destinados exclusivamente à saúde devem ser alocados para atender às diversas necessidades sanitárias da população. Tudo isso sem se olvidar que a capacidade de financiamento dos serviços de saúde esta limitada pelas possibilidades arrecadatórias do Estado (tributação), que tem como limite outros direitos fundamentais protegidos pelas imunidades. Ademais, há um argumento adicional para a refutação do modelo do resgate que indica a necessidade de estabelecimento de critérios racionalizadores do processo de judicialização, assim como a conveniência de uma postura judicial menos voluntarista no controle das ações e serviços de saúde implementados pelo Estado por meio de políticas públicas, a saber: a concessão judicial

indiscriminada de prestações sanitárias nas demandas individuais gera efeitos distributivos perversos que proporcionalmente favorecem os mais ricos (efeito “anti-Robin Hood”, tirando dos mais pobres para dar aos mais ricos).

30. Por tudo isso se faz necessário abandonar a ilusão da inesgotabilidade de recursos e refutar o modelo do resgate, traçando alguns filtros capazes de legitimar as necessárias escolhas trágicas na gestão da saúde no Brasil. Uma teoria dos direitos que nunca desce das alturas do discurso moral para o mundo dos recursos escassos é gravemente incompleta, mesmo de uma perspectiva moral. Isso porque, uma vez que “dever-ser implica poder-ser” e a carência de recursos implica não-poder, teóricos que ignoram o problema não poderão explorar completamente a dimensão moral da proteção dos direitos se falharem em levar em consideração questões de justiça distributiva.

31. O raciocínio utilitarista aplicado no campo sanitário defende que ato ou o procedimento moralmente correto é aquele que produz maior saldo líquido de utilidade geral, motivo pelo qual, diferentemente do modelo libertário ou do modelo do resgate, aceita a necessidade de intervenção estatal no mercado de saúde e reconhece a limitação de recursos e a impossibilidade de satisfazer todas as necessidades sanitárias de maneira incondicional. O utilitarismo é consequencialista e, no campo da saúde, defende a necessidade do desenvolvimento de atividades organizadas e planejadas que, ao longo do tempo, garantam a melhoria da situação sanitária da população (políticas públicas sanitárias). A própria Constituição determinou que o direito à saúde seria 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, motivo pelo qual acreditamos que na base das ações estatais deva estar uma preocupação utilitarista de maximização da utilidade sanitária geral da população, e não apenas preocupações com a garantia do acesso individual aos serviços e produtos médicos. O princípio da universalidade do atendimento confirma a premissa quando impõe a necessidade de que o acesso ao SUS esteja aberto a todos, independentemente de prévia vinculação a qualquer sistema contributivo.

32. As premissas utilitaristas precisam ser refinadas quando aplicadas no campo da saúde e o liberalismo igualitário nos oferece uma excelente alternativa a partir da crença

deontológica/categórica de que cada pessoa tem uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar da sociedade como um todo pode sobrepujar. A simples operacionalização das obrigações do Estado em matéria sanitária como um direito fundamental já é uma forte consequência da postura deontológica do liberalismo, obrigações estas que com o passar dos anos deixaram de ser meramente de abstenção e se tornaram obrigações positivas ou prestacionais.

32.1. O *princípio da integralidade* e o da *universalidade da cobertura (universalidade vertical ou objetiva)*, conjugado com a concepção pródiga de saúde enunciada pela OMS (estado de completo bem-estar físico, mental e social), confirma a extensão do raciocínio deontológico para o campo do direito à saúde e evita diversos problemas que poderiam surgir a partir da adoção de uma política sanitária puramente utilitarista. Isso porque impede que a alocação de recursos sanitários se faça pura e simplesmente no sentido de proteger o maior número de pessoas, justificando a adoção de medidas como: i) a atenção a saúde de alta complexidade em nível terciário; ii) o desenvolvimento de políticas públicas de atenção aos grupos minoritários como índios, mulheres, crianças, negros, transexuais e idosos; iii) a gratuidade de medicamentos de alto custo para o tratamento de algumas doenças raras.

32.2. O discurso categórico dos direitos não pode impedir o reconhecimento dos problemas da escassez e conduzir a uma euforia judicialista, impedindo o delineamento de parâmetros ético-jurídicos a fim de minimizar e legitimar os efeitos das inevitáveis escolhas trágicas no campo sanitário. Os princípios da *igualdade* e da *seletividade/distributividade* exercem este papel de bitolar a integralidade. A um, impedindo o oferecimento individual de determinada prestação sanitária que não possa ser estendida a todos que se encontrem em situação similar; a dois, impondo a priorização de ações estatais no campo da medicina preventiva, da vigilância sanitária e do saneamento básico; e, a três, conduzindo a uma defesa da “igualdade de recursos” e não da “igualdade de resultados”, o que no campo sanitário poderia conduzir à adoção do modelo de seguro prudente defendido por Dworkin.

32.3. A igualdade de recursos concebida sob o prisma do liberalismo igualitário tem o *caráter “suficientista”* uma vez que defende a intervenção do Estado em assuntos sanitários em função da necessidade de promover as condições necessárias para o exercício das liberdades individuais, permitindo, desta forma, que o sujeito, uma vez livre dos males das doenças,

possa definir os fins de sua existência e escolher os melhores meios de promovê-los. Uma vez alcançado um certo nível de riqueza, satisfação de preferências, bem-estar, garantindo-se aquilo que genericamente se considera valioso (podemos falar aqui de um *mínimo existencial sanitário*), cessariam as obrigações coletivas para com aqueles que estavam abaixo da condição de autodeterminação.

32.4. Há diversas alternativas teóricas buscando definir qual seria o exato nível em que cessariam as obrigações sanitárias estatais, encontrando-se aqui a acirrada controvérsia sobre a possibilidade de se delimitar o que seria o mínimo existencial sanitário para fins de se definir os limites da sindicabilidade do direito à saúde. No trabalho não negamos a importante função heurística da figura do mínimo existencial, mas acreditamos que a tentativa de buscar uma lista fechada de prestações integrantes do mínimo existencial é uma postura que subestima o dissenso (não só moral, mas também científico) em sociedades pluralistas e amesquinha a importância das opções alocativas dos agentes do setor de saúde (com maior expertise e visão mais ampla do processo), terminando por, no final das contas, transformar em mínimo existencial aquilo que o juiz bem intencionado entende como tal, postura que favorece o subjetivismo e o “achismo”.

33.5. Não há uma relação binária entre mínimo existencial sanitário e não-mínimo-existencial-sanitário, mas uma gradualidade entre situações que indiscutivelmente não podem deixar de ser atendidas por qualquer sociedade descente, passando por uma zona de penumbra até chegar a uma área de futilidade médica na qual não mais haverá dúvidas sobre a impossibilidade de fornecimento estatal. Quando acabam os argumentos dos adeptos do liberalismo igualitário e as suas contribuições tendem a ser amesquinhas pelos vícios deve-se inserir um parâmetro procedimental, que minimiza a angústia da dificuldade de se definir o que constitui o mínimo existencial e, sem negar sua importante função heurística, oferece mecanismos mais democráticos de se conviver com o dissenso e com limites da razão.

34. A teoria do diálogo aplicada no campo do direito à saúde propõe a inserção de elementos procedimentais como instrumentos complementares às teorias liberais igualitárias, especificamente no que toca à definição do mínimo existencial sanitário. No momento em que não seja possível especificar com precisão quais os infortúnios seriam cobertos pelo mínimo existencial, nem mesmo a ordem de preferência entre eles, o parâmetro procedimental deve

conduzir o raciocínio. A defesa da desnecessidade e da indesejabilidade desta definição *a priori* conduz a uma correção da pauta de estudos sobre o tema e contribui para o resgate da questão institucional (questionar não apenas o conteúdo do mínimo existencial sanitário, mas quem define quando sua lógica deverá prevalecer sobre os argumentos de maximização de bem-estar geral), ressaltando a essencial conexão entre o exercício dos direitos fundamentais e a participação política nas decisões efetivas sobre políticas públicas. Tudo isso enfatiza a necessidade de que um modelo que integre princípios substantivos e procedimentais dê especial atenção a quatro variáveis, a saber: i) valorizar o conhecimento científico da medicina, ii) fomentar a deliberação nos espaços decisórios; iii) respeitar as leis que regem a matéria e iv) atentar para os limites morais do resultado da deliberação, parâmetros que integram o conceito de “*governança de saúde compartilhada*” (*shared health governance*): um paradigma no qual indivíduos, fornecedores e instituições trabalham conjuntamente para “empoderar” (*to empower*) os indivíduos e criar um ambiente capaz de permitir que todos sejam saudáveis, contrastando com a noção de que decisões alocativas sobre os recursos sanitários devam ser feitas a sós pelos consumidores, pelos médicos ou pelos burocratas governamentais.

36. Se todos somos seres livres e iguais, a influência de nossas decisões e estilos de vida na hora de distribuir recursos sanitários deve ter algum peso, sendo moralmente injustificado limitar a liberdade daqueles que optam por estilos de vida mais perigosos ou menos saudáveis, mas, por outro lado, também incorreto transferir para toda a coletividade o peso do custeio adicional de eventuais intervenções médicas por eles necessitadas. É com base na percepção desta relação próxima que existe entre a liberdade e a responsabilidade que se formula o “argumento da restauração”: se diante da necessidade de alocar recursos escassos o fator de haver desenvolvido conscientemente uma conduta arriscada, sabendo e assumindo o dito risco, não resultar decisivo, aqueles que se abstiveram do mencionado comportamento estarão custeando um estilo de vida privado e pernicioso. A despeito de reconhecer a existência de fortes argumentos que buscam refutar a força do princípio da restauração, acreditamos equivocada a conclusão de que ninguém é realmente responsável e que todos merecem exatamente o mesmo em termos de assistência sanitária, independentemente de suas escolhas ou comportamentos no passado.

37. O parâmetro para a atribuição de responsabilidade deve observar o grau de autonomia e de conhecimento do indivíduo a respeito das consequências e das relações causais entre seu estilo de vida e possíveis doenças. Daí por que a teoria do diálogo no campo da saúde defende: i) o desenvolvimento de políticas públicas que fomentem a autonomia dos cidadãos, sua sensação de liberdade e da capacidade para ser agente de transformação, exigindo, em contrapartida, responsabilidade; ii) a adoção de políticas “paternalistas libertárias” (v.g. campanhas de conscientização sobre os malefícios do uso do álcool, de drogas e de hábitos pouco saudáveis, a regra de “consentimento presumido” para fins de aumentar a doação de órgãos, adição de extrafiscalidade tributária incidentes sobre bebidas e cigarros); iii) a priorização da alocação de recursos em prol dos responsáveis.

38. No cenário brasileiro e estrangeiro a melhor doutrina já se utiliza da metáfora do diálogo quando trata da temática do controle judicial de direitos sociais e das políticas públicas, ainda que seus adeptos não o façam de maneira uniforme. Por detrás de uma expressão unificadora há preocupações como a recusa da visão juricêntrica da interpretação judicial; a revalorização dos demais espaços de tomada de decisões sobre os direitos sociais; o destaque para a necessidade de abertura interdisciplinar do estudo; a inserção de preocupações com a questão democrática e o apelo à visão mais estendida do tempo na política. Tudo isso parece indicar uma mudança de rumo na teorização sobre a efetividade dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular, apontando para a inevitabilidade do fortalecimento de uma visão do caráter multi-institucional do processo de efetivação da Constituição e de proteção do direito à saúde. Isso porque, se em um primeiro momento, diante dos vícios de nosso sistema representativo, ser progressista e defensor da efetividade da constituição implicava apostar na transferência de poder dos parlamentos para os tribunais, hoje parece que já atingimos maturidade suficiente para admitir que, embora seja desejável a intervenção judicial no campo dos direitos sociais, não é possível atribuir a ele o protagonismo no processo, até mesmo porque tudo indica que este não seria o caminho mais adequado para a promoção da tão desejada efetividade. Diferentemente de alguns anos atrás, combater a supremacia judicial no campo da saúde não significa ser contra a sua efetivação nem fechar os olhos para as necessidades dos mais pobres, mas, pelo contrário, implica aceitar que o melhor caminho para fortalecer o SUS, e, conseqüentemente, efetivar o direito à saúde é racionalizando o processo de interação entre os agentes do sistema jurídico, administrativo e sanitário.

39. O controle judicial não pode ser realizado sem que se atente para a capacidade institucional de quem opera, motivo pelo qual parecem inadequadas teorias que idealizam a figura do juiz, depositando no Judiciário expectativas que ele não tem como atender. Em muitas hipóteses os órgãos decisórios estarão limitados por fatores de tempo, informação ou ausência de conhecimentos técnicos especializado, motivo pelo qual um importante elemento para definir o *locus* decisório e a melhor técnica de interpretação deve levar em conta: i) quem tomará a decisão; ii) como ela foi tomada e iii) o quão apto para decidir é tal órgão. Tudo isso poderá contribuir para um esforço de conciliação entre a idéia de inafastabilidade do controle judicial e uma perspectiva institucional que reconheça as limitações e a falta de informação conjuntural do Poder Judiciário. No estudo sobre a efetividade do direito à saúde é preciso inserir preocupações de natureza institucional, ou seja, é preciso decidir sobre quem decide no campo sanitário.

39.1. Perceber a necessidade de se fazer uma escolha institucional ressalta a importância de analisar, no contexto do sistema de saúde, qual seria o melhor caminho, em cada situação, para promover da forma mais eficiente e equitativa as políticas públicas sanitárias e o direito à saúde. Ter em mente que o Judiciário na grande maioria das vezes não será a melhor opção já é um grande avanço. E mais importante ainda será observar que, conquanto algumas vezes haja vícios no mercado e no processo político, existirão tantos problemas intrínsecos à lógica da atividade judicante que a melhor opção poderá ser atribuir aos primeiros a autoridade decisória. Trata-se de simples corolário da idéia de que fazemos escolhas entre instituições imperfeitas. Quando, realizando uma análise comparativa de capacidades institucionais, o juiz perceber suas próprias limitações ou os perigos de efeitos reflexos de suas decisões deve optar por ser deferente em relação às decisões advindas do processo político, da tecnocracia administrativa ou do mercado.

39.2. Há três importantes *standards* que precisam ser levados em conta para fins de realizar análise comparativa de capacidades institucionais dos agentes envolvidos nas tomadas de decisões coletivas: i) O primeiro parâmetro propõe que quanto maior for a tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; ii) a segunda variável recomenda que quanto maior for o grau de participação social no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial; iii) a terceira variável institucional busca considerar a

dinâmica orgânica do processo decisório para fins de avaliar qual instituição está mais apta para proporcionar uma maior probabilidade de melhores resultados.

39.3. O processo judicial foi pensado com foco em questões de justiça comutativa, vocacionado, portanto, para resolver conflitos de interesses bilaterais sob uma lógica compensatória. Tal característica dificulta o enfrentamento adequado dos problemas relacionados com a temática dos direitos sociais que possui estreita relação com problemas plurilaterais de justiça distributiva, na medida em que em um cenário de escassez garantir prestação a alguns implica negá-las a outros. Boas decisões nesta área pressupõem a capacidade de formar uma adequada visão do conjunto, o que é muito difícil de se obter no âmbito do processo judicial, que com seus prazos e formalidades está longe de ser o ambiente mais propício para a análise de políticas públicas. O processo judicial tende a gerar uma visão de túnel em que muitos elementos importantes para uma decisão bem informada são eliminados do cenário. Daí a conclusão de que no caso específico da saúde o máximo que uma variável que leve em conta a *dinâmica orgânica do processo decisório* pode fazer é indicar uma preferência das demandas coletivas sobre as demandas individuais, sem, contudo, representar um bloqueio definitivo para a utilização deste último mecanismo.

40. A priorização das ações coletivas no contexto de “judicialização da saúde” se justifica pelas seguintes características: i) amenizar dificuldades procedimentais relacionadas com a forma de ser do CPC; ii) prestigiar a igualdade, na medida em que as decisões são em regra *ultra partes* ou *erga omnes*; iii) permitir uma visão mais ampla da problemática e uma instrução processual mais complexa, na qual seja possível se analisar mais profundamente o argumento da reserva do possível no contexto da programação e da execução orçamentária do Estado e, por fim, iv) constituir um meio mais apto para enfrentar o núcleo do problema (o fortalecimento do SUS) e não aspectos paliativos. Por isso a ação coletiva deve ser considerada como um mecanismo por excelência de diálogo institucional, em cujo bojo será possível aos legitimados ativos formularem pretensões vocacionadas a melhorar o sistema de saúde, criando-se, desta forma, mais um canal oficial de comunicação com a Administração. Neste contexto destaca-se o papel a ser desempenhado pelo juiz, não concebido como uma figura oracular, dotado de tempo ilimitado, conhecimento infinito e responsável maior por implementar o projeto de efetivação da constituição não cumprido pelos ramos representativos. No processo coletivo dialógico o juiz surge mais como um árbitro, como um

indutor, que busca conduzir o processo para uma solução negociada, na qual não haja perdedores nem vencedores, mas da qual surjam melhores alternativas para a proteção de direitos.

41.1. A análise jurisprudencial permite-nos entender como nossos tribunais encaram os problemas relacionados com o direito à saúde quando ventilados sob a forma de demandas coletivas, de modo que vale ressaltar três aspectos importantes: i) nas demandas coletivas prevalece uma certa timidez judicial ou a autocontenção, marca diametralmente oposta daquela observada nas demandas individuais; ii) o objeto das demandas coletivas (a implementação de algum programa governamental organizado e planejado como a construção de leitos, a realização de obras e reformas de hospitais públicos, a contratação de pessoal ou a aquisição de equipamentos ou insumos terapêuticos para o abastecimento das unidades) é totalmente diferente daquele das ações individuais (v.g. pedidos de fornecimento de medicamentos, de próteses e órteses, ou para a realização de cirurgias e exames individualizados); iii) a técnica de execução utilizada para a implementação da tutela específica pleiteada nas ações coletivas não é a execução direta ou por sub-rogação, mas a execução indireta, seja por constrição patrimonial (*astreinte* ou bloqueio de verbas públicas) ou pessoal (prisão civil), havendo acirrada controvérsia sobre os limites da utilização desses instrumentos.

41.2. A lógica das demandas individuais não pode ser simplesmente transposta para o campo coletivo, sob pena de se verificar exatamente o oposto da postura dialógica de valorização da sinergia interativa entre os diversos centros decisórios responsáveis pelo SUS. O primeiro passo para evitarmos esse equívoco é reafirmar que o controle judicial de políticas públicas sanitárias por meio do processo coletivo deve ser contextualizado dentro das premissas que caracterizam o “mínimo denominador comum” das teorias dialógicas, dentre as quais se insere a negação do dogma da supremacia judicial. Em segundo lugar, a teoria do diálogo acredita que a maior contribuição que pode advir do controle judicial se relacione com a melhoria do sistema como um todo (discussão de políticas públicas sanitárias) e, por isso, não se preocupa primariamente com a tutela de direitos subjetivos, mas sim em ampliar os canais de discussão sobre a melhor forma de alocar recursos escassos, não permitindo que o bloqueio dos canais ordinários de manifestação da autonomia coletiva impeça a melhoria do SUS e o

consequente aumento da proteção do direito à saúde individual. Em terceiro, a teoria do diálogo entende que entre o controle-total e o não-controle há um contínuo no qual podem surgir diversas possibilidades de intervenção judicial, que ao mesmo tempo busquem proteger os direitos sociais e fortalecer a democracia. No campo da saúde não desprezamos nenhuma das duas possibilidades de provimentos, mas tendemos a acreditar que decisões mais indutivas e menos coercitivas trarão melhores resultados.

42. Conquanto afirmemos a primazia das demandas coletivas e tenhamos como foco primário a melhoria do sistema de saúde como um todo, não fechamos a porta para as demandas individuais e nem mesmo sonhamos a importância da dimensão subjetiva do direito à saúde. A questão das demandas individuais não é o foco principal da teoria do diálogo aplicada no campo da saúde. Todavia é preciso enfatizar que esta proposta de alteração de foco não implica ignorá-las. Pelo contrário! O que se faz é propor um giro copernicano e o enfrentamento do mesmo problema de forma alternativa: a questão das ações individuais apenas é enfrentada na medida em que se acredita que a priorização das demandas coletivas pode contribuir para a redução, ao longo do tempo, da incidência das primeiras, diminuindo-se as iniquidades, as tensões institucionais, o desperdício e a irracionalidade muitas vezes ocasionados pelas ações individuais, mas também não deixando de reconhecer que será por meio destes mecanismos (ações individuais) que muitas vidas serão salvas e muitos sofrimentos imerecidos amenizados.

43. A teoria do diálogo tem menos a dizer sobre as demandas individuais, mas ela não se emudece neste ponto. A primeira forma de inserir a questão das demandas individuais no marco teórico dialógico é buscando parâmetros formais para guiarem a atividade decisória do julgador, de modo que não seja necessário invariavelmente recorrer a uma complexa ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Não se nega a importante função heurística do mínimo existencial, mas defendemos que outros argumentos independentes devem ter um peso considerável no momento da análise das lides individuais, argumentos estes que, em muitos casos, serão suficientes para permitir a formação de um juízo de valor negativo a respeito da pretensão formulada. Podemos listar, ilustrativamente, os seguintes parâmetros: i) é preciso atentar para as políticas públicas já formuladas pelo SUS, de modo a dar preferência aos tratamentos constantes nos protocolos clínicos e aos medicamentos constantes das listas de dispensação oficiais; ii) é necessária a existência de

registro da prestação de saúde na ANVISA; iii) não é possível de tutelar preferências de marcas ou nomes comerciais de prestações sanitárias; iv) deve ser dada preferência a medicamentos genéricos; v) a lentidão administrativa para atualizar suas listas de medicamentos e seus protocolos pode justificar a concessão das prestações pleiteadas nelas não constantes; vi) não pode o Judiciário determinar o fornecimento pelo Estado de medicamentos experimentais sem eficácia comprovada; vii) não pode o Judiciário determinar que o Estado forneça qualquer prestação de saúde prescrita por profissional não integrante do SUS.

44. A segunda forma de se inserir a base teórica do diálogo nos casos das demandas individuais se relaciona com a possibilidade de imaginar desenhos institucionais que aumentem a cooperação entre os agentes envolvidos na decisão e, dessa forma, potencializem as possibilidades de melhores respostas no campo sanitário. Desde a Audiência Pública n. 4, convocada pelo STF, verifica-se um movimento de aproximação entre todos os agentes de especialidades diversas responsáveis por emitirem decisões no âmbito do sistema brasileiro de saúde. Destaca-se também o desenvolvimento de diversas experiências inovadoras, como: i) desenvolvimento de esforços conjuntos entre Defensoria Pública e Secretaria de Saúde Estadual para resolução extrajudicial de demandas sanitárias individuais; ii) e a criação de Núcleos de Assessoria Técnica, formado por especialistas da área da saúde, incumbidos da tarefa de emitirem parecer sobre a situação médica debatida nos autos e facilitar a análise dos pedidos pelos juízes, aumentando a informação técnica dos julgadores no momento decisório. Tudo isso confirma a premissa defendida ao longo de todo o trabalho, qual seja: a de que conquanto importantíssima a missão a ser desempenhada pelo Judiciário no processo de implementação das promessas constitucionais em geral e de promoção do direito à saúde em particular, ele não pode caminhar sozinho nesta tarefa.

Certa vez ouvi alguém dizendo que nunca acabamos uma tese sobre um bom tema, mas apenas a abandonamos por questões de tempo. Talvez isso confirme a famosa passagem de Fernando Pessoa, na qual afirmou que *“de tudo ficam três coisas: a certeza de que estamos sempre começando; a certeza de que precisamos continuar; a certeza de que seremos interrompidos antes de terminar...”* Chego, contudo, a este momento com a sensação de missão cumprida, embora saiba o quanto precisamos avançar no debate sobre a efetividade dos direitos sociais em geral e do direito à saúde em particular. A análise do caso colombiano

deixa claro que depois de tantos anos debatendo um problema, ainda engatinhamos rumo a soluções mais sofisticadas no campo sanitário.

A problemática dos direitos sociais sempre permeou minhas inquietações acadêmicas desde a época da graduação. Fui seduzido pelo discurso da efetividade, entoei o mantra da constituição dirigente, apostei na judicialização como alternativa institucional e reduzi problemas complexos envolvendo o controle de políticas públicas a questões processuais, convicto de que o Direito poderia corrigir todas as falhas da política democrática e que um bocado de voluntarismo bem intencionado poderia acelerar o processo de alteração das injustiças históricas que vivenciamos no nosso dia a dia. Sempre me senti incomodado com uma passagem escrita pelo professor Ricardo Lobo Torres em que ele afirmava que esta postura que tenta substituir as políticas públicas pela subsunção no processo judicial é uma atitude típica do bacharelismo, que amortece a dimensão reivindicatória da cidadania e busca a quadratura do círculo. Hoje acho que entendo o que ele queria dizer e tenho a convicção de que a passagem me incomodava tanto por ter uma alta carga de verdade.

O constitucionalismo moderno se construiu como um projeto de proteção de direitos individuais e de contenção do arbítrio, utilizando-se do controle judicial como um de seus possíveis instrumentos. A compatibilização da democracia e da questão social com este ideário veio mais tarde e ainda hoje temos dificuldades de equilibrar as demandas inerentes a cada um dos mencionados ideais políticos. Compreendo que as falhas da democracia e da política representativa – como alternativa possível à autocracia e como mecanismo institucional para a tomada de decisões coletivas sobre recursos escassos – muitas vezes causem decepções e nos levem a priorizar o discurso dos direitos fundamentais e a posição dos tribunais em detrimento das políticas públicas e dos ramos representativos. A história demonstra que não há uma fórmula institucional mágica e atemporal, mas também ensina que não se constrói uma democracia constitucional pujante sem a valorização do Direito e da Política, dos direitos fundamentais e das políticas públicas, da liberdade e da igualdade, dos tribunais e dos ramos representativos, ainda mais no que tange às questões distributivas envolvendo os direitos sociais.

A efetividade da constituição certamente é uma luta pela qual vale o esforço, ainda mais no contexto brasileiro marcadamente desigual e injusto. Após inegáveis avanços no pós-88 talvez

já seja chegada a ora de uma autorreflexão do ramo jurídico sobre o melhor caminho para alcançar esse nobre objetivo. A emancipação social é um assunto sério demais para ser delegado a terceiros e somente por meio da integração de esforços convergentes, respaldados pela mobilização popular, poderemos construir uma democracia constitucional mais robusta e justa. Vamos juntos, vamos de mãos dadas!

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

ACKERMAN, Bruce. “The new separation of powers”, *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 3 (Jan., 2000), pp. 633-729.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Teoria geral do direito sanitário brasileiro*. 2 vol. Tese de doutorado apresentada ao programa de Pós graduação em saúde pública da USP, 2006.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Anais do I Forum de Grupos de Pesquisa em Direito Constitucional e Teoria dos Direitos. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, 2009.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.

ARANGO, Rodolfo Rivadeneira. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis Editora, 2005.

_____. O direito à saúde na jurisprudência constitucional colombiana. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ARENHAT, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 777, 19 ago. 2005.

ARGULHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como (meta)teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. (Org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. In. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, janeiro/fevereiro/março, 2009.

BAHIA, Lígia; VIANA, Ana Luiza. “Introdução”. In: BRASIL. Ministério da Saúde. *Agência Nacional de Saúde Suplementar.Regulação & Saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar*. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Faria. História das políticas públicas 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.

BARBOSA, Ruy. *Comentários à Constituição federal brasileira*. Coligidos e ordenados por Homero Pires. Vol. II. São Paulo: Saraiva & Cia, 1933.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático, *Revista de Direito do Estado*, nº 3, p. 17-54, 2006.

_____. O direito à prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Orgs.) In: *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binenbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direitos constitucional contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *Direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da constituição brasileira. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização jurídica, v. I, n. 6, setembro, 2001.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional brasileiro). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

_____. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contemporâneo. *Interesse Público*, v. 59, p. 13-56, 2010

_____. Da falta de efetividade á judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. In: SANDEL, Michael J. *Justice: a reader*. New York: Oxford University Press, 2007.

BERCOVICI, Gilberto. Estado Intervencionista e Constituição Social no Brasil: O Silêncio Ensurdecedor de um Diálogo entre Ausentes. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento; Gustavo Binimbojm. (Org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

_____. Foreword: The Passive Virtues, *75 Harvard Law Review*. 40 (1961).

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008

_____. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____; CYRINO, André Rodrigues. Direito à moradia e a penhorabilidade do bem único do fiador em contratos de locação. Limites à revisão judicial de diagnósticos e prognósticos legislativos. NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. (Orgs.) In: *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BITTENCOURT, Fernando Moutinho Ramalho; GRAÇA, Luis Otávio Barroso da. Decisões judiciais e orçamento público no Brasil: aproximação empírica de uma relação emergente. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

_____. *Liberalismo e democracia*. 4ª reimpressão. 6ª ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO; Gianfranco. *Dicionário de política*. 11ª ed. Vol. 1. Brasília: Editoral UNB, 1998.

BOCKENFORDE, Ernst Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História constitucional do Brasil*. 9ª ed. São Paulo: Editora OAB, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Especializada. *Regulação médica das urgências*. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.

BREYER, Stephen. et. al. *Administrative Law and regulatory policy*. Problems, texts and cases. 6th ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva. 2002.

_____. O conceito de política pública em direito. BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). *Políticas públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. The conflicts society confronts in the allocation of tragically scare resources. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

CALSAMIGLIA, Albert. Ética e gestión sanitaria: un ensayo sobre la necesidad de contar, *Papeles de Economía Española*, n.76, p. 236-243.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7^a ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2^a ed. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CARA, Juan Carlos Gavara de. *La dimensión objetiva de los derechos sociales*. Madrid: Bosch Editor, 2010.

CARBONELL, Miguel. (Ed.). *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. (Ed.) *Teoria del Neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3rd. ed. New York: Aspen Publishers, 2006.

CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-Justiciable Rights: Socio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 38, No. 2, 2007. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=999700>.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva: Elementos de Filosofia Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: Para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995, p. 34-53.

COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

COENEN, Dan T. "A Constitution of Collaboration: Protecting Fundamental Values with Second-Look Rules of Interbranch Dialogue" *William and Mary Law Review* 42.5 (2001): 1575-1870.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 86, v. 737, mar. 1997, pgs. 11/22.

_____. O Ministério Público na defesa dos interesses econômicos, sociais e culturais. GRAU, Eros Roberto. (Coord.) *Estudos de direitos constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

CORREIA, Arícia Fernandes. Reserva administrativa e separação de poderes. In: BARROSO, Luis Roberto. (org.) *A reconstrução do Direito Público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 575-612.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CUNHA, Paulo César Melo da. *Regulação jurídica da saúde suplementar no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DAHL, Robert A. 1957. "Decision Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy Maker." *Journal of Public Law*, 6: 279.

_____. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1991.

DALLARI, Sueli Gandolfi; JÚNIOR, Vidal Serrano. *Direito Sanitário*. São Paulo: Verbatim Editora, 2010.

DANIELS, Norman. *Just health: meeting health needs fairly*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DEFENSORIA DEL PUEBLO. *La tutela y el derecho a la salud. Período 2003-2005*. Bogotá: Defensoria del Pueblo, 2007.

DICEY, Albert. *Introduction to de study of the law of the Constitution*. 9th ed. London: Macmillan and Co., 1950.

DIXON, Rosalind, Creating Dialogue About Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited (July 2007). *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, Issue 3, pp. 391-418, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University press. 1977.

_____. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise". In: *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

_____. "Equality, democracy and constitution: we the people in court". *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

ELSTER, John. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENGELHARDT, H. T. *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1995.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1981.

FABRE, Cécile. *Social rights under the constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*. Rio de Janeiro: Globo, 2000.

FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito. Temas e desafios*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FERRAZ, Octávio, Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. Direito à saúde, recursos escassos e equidade: os riscos da interpretação judicial dominantes. In: *Dados revista ciências sociais*, 52(1):223-251, 2009.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta, *Right to Health Litigation in Brazil, An Overview of the Research* (May 15, 2009). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1426011>.

FIGUEIREDO, Angelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: FAPESP; FGV, 1999.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner Figueiredo; SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

FILHO, Cláudio Bertolli. *História da saúde pública no Brasil*. 4ª ed. 10ª impressão. São Paulo: Editora Ática.

FIORAVANTI, Maurizio. *Los derechos fundamentales*. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid: Editorial Trotta, 2000

_____. *Constitución*. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FISHER, Louis. Judicial finality or an ongoing colloquy? In: MILLER, Mark C.; BARNES, Jeb. *Making policy, making law: an interbranch perspective*. Washington, D.C: Georgetown University Press, 2004.

_____; DEVINS, Neal. *The democratic constitution*. New York: Oxford University Press, 2004.

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. *Direito da seguridade social*. Prestações e custeio da previdência, assistência e saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: Por uma concepção integral de justiça. In: SARMENTO, Daniel Sarmento; et. al. (Org.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2008

_____. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, Jessé; MATOS, Patrícia. (Orgs.) *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.

_____. *Scales of justice: reimagining political space in a globalizing world*. New York: Columbia University Press, 2009.

FRIEDMAN, Brian. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped de meaning of the Constitution*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

_____. Dialogue and judicial review, *Michigan Law Review*, v. 91, 1993, p. 628 ss.

_____. “The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five.” *The Yale Law Journal*. Vol. 112, No. 2 (Nov., 2002), pp. 153-259.

_____. *The politics of judicial review*. Texas Law Review, vol. 84, n. 2, 2005.

FRIEDMAN, Milton Irwin. *National health systems of the world. The countries*. Vol. I. New York: Oxford University Press, 1991.

FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas. A responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. The Forms and Limits of *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. A Judicialização do Direito à Saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial: critérios e experiências. In: *BDJur*, Brasília, DF, 24 mar. 2008.

GARDBAUM, Stephen. “The new commonwealth model of constitutionalism”, *American Journal of Comparative Law*, v. 49, No. 4, Fall 2001.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX; Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

_____. Theories of democracy, the Judiciary and social rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX; Theunis (eds.). *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

GIOVANELLA, Ligia; *et. alli.* Saúde nas fronteiras: acesso e demandas de estrangeiros e brasileiros não residentes ao SUS nas cidades de fronteira com países do MERCOSUL na perspectiva dos secretários municipais de saúde. In: *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23 Suplemento 2, p. 251-266, 2007.

GIDDENS, Anthony. *Sociology*. 5th ed. Cambridge: Polity Press, 2006.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies*. Constitutional courts in Asian cases. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GOUVÊIA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamento. GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumem Júris. 2004.

GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde*. A ótica da proteção do consumidor. 2^a Edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Livraria RT.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia, *Revista de Direito do Estado* 4:3, 2006, p. 6.

GRUBER, Jonathan. *Finanças públicas e políticas públicas*. Tradução e revisão Antônio Zoratto Sanvincente. Rio de Janeiro: LTC, 2009, p. 119.

HAND, Learned. *The Spirit of Liberty: Papers and Addresses of Learned Hand*. New York: Knopf, 1952, p. 190.

HAYEK, Friedrich A. *Law, legislation and liberty*. A new statement of the liberal principles of justice and political economy. The mirage of social justice. Vol. 2. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição*: contribuição para a interpretação “pluralista” e procedimental da constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Curitiba: Edições Loyola, 2001.

_____. *Direito e democracia*. Entre faticidade e validade. Vol. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. “O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?”. In: *Era das Transições*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 153-173.

HENRIQUES, Fátima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial*. Limites e possibilidades. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HOGERZEIL, Samson M.; CASANOVAS, Rahmani-Ocora L. Is access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts? In: *Lancet*, 368: 305-311, 2007.

HOGG, Peter W.; BUSHELL, Allison A. The Charter Dialogue between Courts and Legislatures, The (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All), 35, *Osgoode Hall Law Journal*, 75 (1997).

HOLMES, Stephen. *The anatomy of antiliberalism*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

HIEBERT, Janet L., Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model? *Modern Law Review*, Vol. 69, No. 1, pp. 7-28, January 2006.

_____. *Charter conflicts: what is the Parliament role?* Montreal & Kingston: McFrill-Queen's University Press, 2000.

HIRSCHL, Ran . *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HÜBNER, Conrado Mendes. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. Tese de doutorado defendida perante o Departamento de Ciência Política. São Paulo: USP, 2008.

_____. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Editora Campus Elsevier, 2007.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). *Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Brasília, nº 17, vol. 1, 2008, p. 108.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos fundamentais*. Salvador: Juspodivm. 2008.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In. *Textos selecionados. Immanuel Kant*. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 135.

KATYAL, Neal Kumar. Judges as Advice-Givers, 50, *Stanford Law Review*, 1709, 1709 (1998).

KLEINMAN, Arthur. Ethics and experience: An anthropological approach to health equity. In: ANAND, Dudhir; FABIANNE, Peter; SEN, Amartya. (Editors) *Public health, ethics and equity*. New York: Oxford University Press, 2004.

KOMESAR, Neil K. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics, and public policy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

KOMMERS, Donald. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1997.

KRAMER, Larry. D. *The People Themselves: Popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 1994.

KRELL, Andreas J. Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha. Os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: 2002.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Catalouse Gulbenkinan, 5ª Ed. 1983.

LIGHT, Donald D.; SCHULLER, Allexander. *Political values and health care: The German experience*. Massachusetts: Massachusetts Institute of Technology, 1996.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. O direito à saúde e critérios de aplicação. In. SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Parto Alegre: Livraria do Advogado. 2008.

LOPES, Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*. Teoria e prática. São Paulo: Editora Método, 2006.

MURICA, Luís Eduardo Pérez; YEPES, Rodrigo Uprimmy; GARAVITO, Cesar Rodrigues. *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Bogotá: DeJuStitia, 2007.

LAZZARI, João Batista. *As fontes de financiamento do SUS*. São Paulo: LTr, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método Editora, 2006.

LOPES, Maurício Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LORA, Pablo de; FAJURI, Alejandra Zúñiga. *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia distributiva*. Madrid: Iustel Biblioteca Jurídica Básica, 2009.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2006.

MAIA, Antônio Cavalcanti, Nos vinte anos de Constituição Cidadã: Do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos de constituição federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARX, Karl. *Crítica del Programa de Gotha*. Moscú: Editorial Progreso, 1979.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas. O caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. *O novo estado regulador no Brasil: eficiência e legitimidade*. São Paulo: Singular, 2006.

MAURÍCIO JR., Alceu. A revisão das escolhas orçamentárias e a efetivação dos Direitos Fundamentais, *Revista diálogo jurídico*. Salvador, CAJ – Centro de atualização jurídica, nº 15, janeiro/fevereiro, 2007.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, p. 185, nov. 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2 ed. São Paulo: RT, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: UERJ, 2008.

MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

MILL, John Stuart. Utilitarianism. In: SANDEL, Michael J. *Justice: a reader*. New York: Oxford University Press, 2007.

MORAN, Michel; REIN, Martin; GOODIN, Robert E. (Editors) *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MOREIRA, Luiz; BIGONHA, Antônio Carlos Alpino. *Legitimidade da jurisdição constitucional*. Col. ANPR de Direito e Democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil em vigor*. 6ª ed. São Paulo: RT.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar. 2008

_____. A justiciabilidade dos direitos sociais: Críticas e parâmetros. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza ;SARMENTO, Daniel (Coor.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2008.

_____. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica a luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional*. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____; SARMENTO, Daniel (Coor.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 2008.

_____. Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: Uma reconstrução teórica a luz do princípio democrático. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.) *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state, and utopia*. New York: Basic books, 2001.

NUSSBAUM, Marta, "Aristotle, Politics and Human Capabilities: A Response to Antony, Arneson, Charlesworth, and Mulgan", *Ethics*, vol.111, nº.1, outubro de 2000, pp.102–140.

OLSEN, Ana Cristina Lopes. *Direitos fundamentais sociais. Efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2009.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama de. *Diálogo constitucional e correção legislativa da jurisprudência no direito tributário brasileiro*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *Saúde nas Américas 2007*. 2 vol. Washington, DC: OPAS, 2007, p. 10).

PEPE, Vera Lúcia Edais et al. Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cad. Saúde Pública*. 2010, vol.26, n.3, p. 461-471.

PEREIRA, Gustavo. Fundamentación universalista de una lista de capacidades requerida por la justicia global. In: *Dianoia: anuario de Filosofía*, nº 57, 2006 , pg. 79-102.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006.

PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: (Orgs.) NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta, 2007.

POST, Robert. *Constitutional domains: democracy, community, management*. Cambridge: Havard Univerty Press, 1995.

_____; SIEGEL, Reva B., Roe Rage: Democratic Constitutionalism and Backlash. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007; *Yale Law School, Public Law Working Paper No. 131*.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

_____. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais. Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RADBRUCH, Gustav. “Five minutes of legal philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 13–15.

_____. “Statutory lawlessness and supra-statutory law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 26, No. 1 (2006), pp. 1–11.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

_____. *O liberalismo político*. 2ª ed. 2ª impressão. São Paulo: Editora Ática. 2000.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROACH, Kent. *The Supreme Court on trial: judicial activism or democratic dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001, p. 241-243.

ROCHA, Sônia. *Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?* 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ROEMER, John. *Theories of distributive justice*. London: Harvard University Press, 1998.

_____. Equality and responsibility, *Boston Review*, vol XX, n. 2, april-may, p.5. 3-7

ROSEMBERG, Gerald. *The hollow hope*. Can Courts bring about social change? 2nd Ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

RUGER, Jennifer Prah. *Health and social justice*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. Toward a Theory of a Right to Health: Capability and Incompletely Theorized Agreements. *Yale Journal of Law & the Humanities*, Vol. 18, 2006.

SABBAG, César, *Orçamento e desenvolvimento*. Recurso público e dignidade da pessoa humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas. Campinas: Editora Milenium. 2007.

SABEL, Charles; SIMON, William H. “Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds”, *Harvard Law Review*, Vol. 117, No. 4 (Feb., 2004), p. 1020.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de controle de constitucionalidade no Brasil. (Org.) SARMENTO, Daniel. In: *O controle de constitucionalidade e a Lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

_____. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. “Presupostos ideológicos y doctrinales de la jurisdicción constitucional”. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção intercultural de direitos humanos. In. (Coord.) SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESA, Flávia. *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

_____. “Para uma democracia de alta intensidade.” In. *Renovar a teoria crítica e renovar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

SANTOS, Lenir. SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde. *Radis* n. 49, setembro de 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados. 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6^a ed. Porto Alegre: Livraria dos advogados. 2008.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *O direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional: uma visão geral sobre o sistema (público e privado) de saúde no Brasil*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11691&Itemid=1225>.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2004.

_____. O neoconstitucionalismo on Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Org.) *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: *Alguns parâmetros ético-jurídicos*. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p. 581.

_____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. História constitucional brasileira. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira. (Org.). *Princípios de Direito Financeiro e Tributário*. Estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Tôrres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCHAUER, Frederick; ALEXANDER, Larry. “On extrajudicial constitutional interpretation”. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 1359-1387, 1997.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2001.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional federal alemão*. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacir. *Do mágico ao social: a trajetória da saúde pública*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1987.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

_____. Equality of What? In: MCMURRIN, S. (org.) *The Tanner Lecture on Human Values*. University of Utah Press, Salt Lake City, Utah, 1979, p. 197-220.

_____. *Desigualdade reexaminada*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

_____. *Economía de bienestar y dos aproximaciones a los derechos*. Estudios de filosofía y derecho, n. 2. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *Sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim Editora, 2009.

SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On Law, Politics and judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002

SILVA, Fábio de Souza. *Tutela judicial do direito à saúde*. Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009, p. 142.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais, In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Taking from the poor to give to the rich: the individualistic enforcement of social rights*.

Disponível em:<<http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Prof.%20Virgilio%20Afonso%20da%20Silva.pdf>>.

SOTELO, Ignácio. *El estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e Hermenêutica. Uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SUNSTEIN, Cass. *After the rights revolution: reconceiving the regulatory state*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

_____. *Free markets and social justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1997.

_____; HOLMES, Stephen. *The cost of rights. Why liberty depends on costs*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

_____. *The second bill of rights. FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

_____; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and institution", *Michigan Law Review*, vol. 101, n. 4, 2003.

_____. Beyond judicial minimalism. *University of Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper No. 432. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1274200>.

_____. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

SWEET, Alec Stone. *Governing with judges. Constitutional politics in Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. (Ed) *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1992.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, Vol. 50, n. 2, 2007, pp. 229 a 257.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*. Improving decisions about health, wealth, and happiness. New York: Penguin Books, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Tratado de Direitos constitucional financeiro e tributário*, vol. 5: o orçamento na Constituição. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. (org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

TSAI, Thomas C. Second chance for health in Colombia. In: *The Lancet*, Volume 375, Issue 9709, 9 January 2010, p. 110.

TUSHNET, Mark. *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

_____. *Taking the constitution away from the courts*. Princeton University Press, 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007;

VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. In: Daniel Sarmiento (Org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um ensaio sobre os limites materiais do poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VERMEULE, Adrian. *Mechanisms of democracy*. Institutional design writ small. New York: Oxford University Press, 2007, p. 15.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. The core case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

_____. *A dignidade da Legislação*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *The World Health Report 2000. Health Systems: Improving Performance*. Geneva: World Health Organization, 2000.

YAMIN, Alicia Ely; PARRA-VERA, Oscar. How Do Courts Set Health Policy? The Case of the Colombian Constitutional Court. In: *PLoS Med* 6(2), 2009.

_____; _____. Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates, 33 *Hastings int'l & comparative law review*, 431, 443 (2010).

YEPES, Rodrigo Uprimny. The enforcement of social rights by the colombian constitutional court: cases and debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX; Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?* Aldershot: Ashgate, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.