



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Fátima Vieira Henriques

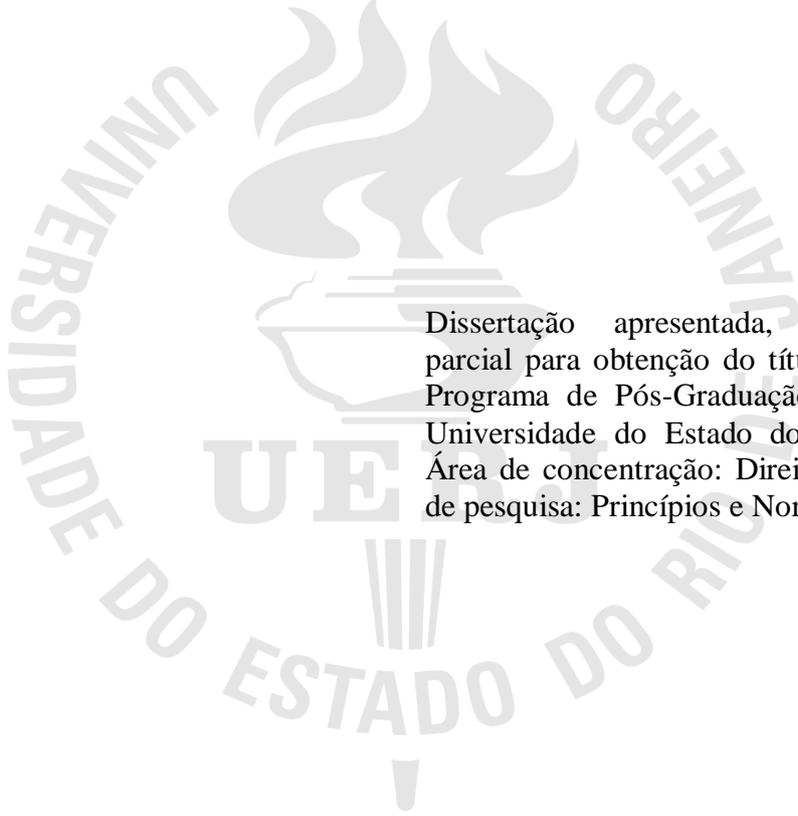
O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades

Rio de Janeiro

2007

Fátima Vieira Henriques

O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público. Linha de pesquisa: Princípios e Normas Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento

Rio de Janeiro

2007

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

H518d

Henriques, Fátima Vieira.

O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades / Fátima Vieira Henriques. – 2007.
267 f.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Sarmento.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Direito à saúde - Teses. 2. Saúde pessoal - Teses. 3. Saúde pública –
Teses.. I. Sarmento, Daniel. Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 340:613/614

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

Assinatura

Data

Fátima Vieira Henriques

O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Público. Linha de pesquisa: Princípios e Normas Jurídicas.

Aprovada em agosto de 2007

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Daniel Sarmento (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2007

DEDICATÓRIA

Para minha mãe.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não se teria concretizado sem inúmeras contribuições. Em primeiro lugar, agradeço à Lourdes e à Nossa Senhora de Fátima, minhas mães terrena e celeste, a quem devo a vida e que nunca me faltaram.

Sou grata, ainda, ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, não só por me ter concedido a licença que possibilitou a redação da presente dissertação, como também por fazer de mim grande parte do que sou. Se a atuação em órgãos de execução de tutela coletiva despertou o interesse pela matéria aqui versada, a certeza da necessidade da discussão veio da proximidade com a população carente do subúrbio carioca, proporcionada por incontáveis – e por vezes infundáveis – audiências de família.

Devo a Daniel Sarmento a orientação segura, a paciência quando do esclarecimento de minhas muitas dúvidas e a compreensão por minhas dificuldades. Sua admirável capacidade de tornar fácil o complexo o faz grande e serve de exemplo àqueles que o rodeiam. Se não consegui seguir seus passos a contento, devo apenas às minhas próprias limitações.

Não poderia deixar de agradecer, também, aos muitos amigos que tornaram o desafio de concretizar este trabalho mais fácil. Ao Carlos Eduardo, por seu incentivo quando do ingresso no Mestrado e por ser uma das melhores pessoas que já conheci, com quem sei que sempre poderei contar. Ao Maselli, pelas palavras de estímulo e pela interlocução vivaz. Ao Maurício, pela capacidade de fazer de quase tudo – mas, principalmente, das aulas da graduação e da pós-graduação – uma experiência lúdica. Ao Eduardo, não só pela leitura crítica dos capítulos centrais, como pela generosidade em compartilhar sua inteligência luminar com todos que o cercam. À Flávia e ao Gustavo, a quem considero como irmãos, por me lembrarem que a vida sempre vale a pena.

Por fim, devo a Guilherme muito mais do que a revisão atenta dos originais, a ajuda na tradução das várias citações em inglês e o consolo nos momentos difíceis. Devo a descoberta de um sem-número de novos sentimentos e a redescoberta da felicidade genuína. Este trabalho é também para ele: onde quer que estivermos, minha fortaleza, meu refúgio, meu lugar.

“Das Utopias
Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica das estrelas!”

Mário Quintana

“It is my aspiration that health will finally be seen not as a blessing to be
wished for, but as a human right to be fought for.”

Kofi Annan

RESUMO

HENRIQUES, Fatima Vieira. *O direito prestacional à saúde e sua implementação judicial – limites e possibilidades*. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

A presente dissertação centra-se no estudo do direito prestacional à saúde e de sua sindicalização por intermédio de demandas individuais e coletivas. Para tanto, demonstrada a fundamentalidade formal e material do direito à saúde, analisa-se como os tribunais brasileiros se comportam diante das muitas objeções opostas à sua atuação. Constatada a elasticidade do tratamento conferido pela jurisprudência às demandas individuais, propõem-se critérios objetivos limitadores; diante da contrastante timidez dos julgados na seara coletiva, o foco passa a ser o escrutínio das possibilidades de controle judicial inexploradas.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Sindicação. Demandas Individuais. Demandas Coletivas.

ABSTRACT

HENRIQUES, Fatima Vieira. *The right to health and its judicial provision – limits and possibilities*. 2007. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2007.

This work focus on the right to health and its provision by means of individual and class actions. To this end, the fundamental nature of the right to health both in formal and substantial terms being established, one describes how the Brazilian Courts decide in view of the many objections opposed against their decisions. As the elasticity of the decisions taken by the Courts in relation to individual actions is verified, one proposes restrictive objective criteria; due to the contrasting shyness of the decisions in class actions, the focus migrates to the examination of unexplored possibilities of judicial control.

Key-words: Right to health. Judicial provision. Individual demands. Class demands.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. DA DEFINIÇÃO DE SAÚDE E DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL DO DIREITO À SAÚDE	17
1.1. Definição de Saúde	17
1.2. Saúde como Direito e Fundamentalidade Formal	19
1.2.1. <u>Diplomas Internacionais</u>	19
1.2.2. <u>Constituição da República e Legislação Infraconstitucional</u>	23
1.3. Síntese Conclusiva	27
2. DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE	28
2.1. Notas Introdutórias	28
2.2. A Ótica Libertária	29
2.3. Concepções que Conferem Fundamentalidade Material aos Direitos Sociais	32
2.3.1. <u>O Direito à Saúde como Pressuposto da Liberdade</u>	32
2.3.2. <u>O Direito à Saúde como Pressuposto da Democracia</u>	37
2.3.3. <u>O Direito à Saúde como Pressuposto da Dignidade</u>	43
2.3.4. <u>O Direito à Saúde como Pressuposto da Vida Boa</u>	48
2.3.5. <u>O Direito à Saúde como Reflexo da Necessidade Humana</u>	51
2.4. Perspectiva Objetiva e Garantias Institucionais	54
2.5. Síntese Conclusiva	58
3. DAS OBJEÇÕES À SINDICABILIDADE DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE	60
3.1. Notas Introdutórias	60
3.2. Separação de Poderes	61
3.2.1. <u>Aspecto Normativo</u>	61
3.2.2. <u>Aspecto Funcional</u>	70
3.3. Discrecionariiedade	76
3.4. Democracia	81
3.5. Reserva do Possível	89
3.5.1. <u>Reserva do Possível Fática</u>	90
3.5.2. <u>Reserva do Possível Jurídica</u>	93

3.6. Síntese Conclusiva.....	99
4. DA SINDICAÇÃO DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE NO BRASIL.....	100
4.1. Notas Introdutórias.....	100
4.2. A Jurisprudência em Demandas Individuais.....	102
4.3. A Jurisprudência em Demandas Coletivas.....	111
4.4. Síntese Conclusiva.....	124
5. DOS LIMITES ÀS PRESTAÇÕES DE SAÚDE E SUA APLICAÇÃO ÀS DEMANDAS INDIVIDUAIS	126
5.1. Notas Introdutórias.....	126
5.2. Contribuições Estrangeiras.....	129
5.2.1. <u>Ronald Dwokin e a Abordagem do Seguro Prudente</u>	129
5.2.2. <u>O Tribunal Constitucional Federal Alemão e a Reserva do Possível</u>	133
5.2.3. <u>Michael Walzer e a Necessidade</u>	135
5.2.4. <u>Pablo de Lora, Razoabilidade e Requisitos Procedimentais</u>	138
5.2.5. <u>Amy Gutmann & Dennis Thompson e a Reciprocidade</u>	139
5.2.6. <u>As Recomendações do Dutch Government Committee on Choices in Health Care e da Swedish Parliamentary Priorities Comission</u>	143
5.2.7. <u>Aplicabilidade às Demandas Individuais no Brasil</u>	146
5.3. Critérios Extraíveis da Constituição e de suas Normas Concretizadoras	152
5.3.1. <u>Universalidade</u>	153
5.3.2. <u>Igualdade</u>	158
5.3.3. <u>Integralidade</u>	162
5.3.4. <u>Subsidiariedade</u>	174
5.4. Síntese Conclusiva.....	176
6. DAS POSSIBILIDADES DAS DEMANDAS COLETIVAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE	178
6.1. Notas Introdutórias.....	178
6.2. A Experiência Sul-Africana	180
6.2.1. <u>Os Casos Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others e Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others</u>	180
6.2.2. <u>Aplicabilidade no Brasil</u>	193
6.3. A Realidade Brasileira	196
6.3.1. <u>Controle da Omissão Administrativa</u>	201

6.3.1.1. Quanto à Formulação de Políticas Públicas de Saúde.....	201
6.3.1.2. Quanto à Implementação de Políticas Públicas de Saúde	216
6.3.2. <u>Controle da Razoabilidade/Proporcionalidade</u>	224
6.3.3. <u>Controle das Prioridades Constitucionais no Orçamento</u>	232
6.3.4. <u>Controle da Emenda Constitucional nº 29</u>	238
6.3.5. <u>Controle do Retrocesso Social</u>	244
6.4. Síntese Conclusiva	246
CONCLUSÕES	248
REFERÊNCIAS	257

INTRODUÇÃO

“Sem Estado social não há democracias, e sem democracia não há legitimidade.”

Paulo Bonavides¹

A constitucionalização dos direitos fundamentais, animada pelo movimento posterior por sua efetividade², reintroduziu no discurso jurídico a idéia de justiça, posta à margem há tempos por um então predominante positivismo estrito. Traumatizada por experiências totalitárias desastrosas, a sociedade decidia pré-comprometer-se, limitando, para tanto, a vontade do soberano e das maiorias políticas eventuais que o apoiassem³. Ao Poder Judiciário, por sua vez, conferiu o papel importantíssimo de guardião dos direitos fundamentais, responsável por assegurar que os compromissos assumidos em prol da liberdade, da igualdade e da solidariedade não se tornassem fórmulas vazias de conteúdo real.

Nesse contexto, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais e a consolidação do Estado de Bem-Estar fizeram surgir para os juízes o desafio de controlar uma atividade administrativa cada vez mais abrangente e complexa, garantindo a implementação das transformações sociais prometidas. Paulatinamente, foi tomando corpo “uma nova arena pública externa ao circuito clássico ‘*sociedade civil – partidos – representação – formação da vontade majoritária*’”, “expondo o Poder Judiciário a uma interpelação direta de indivíduos, de grupos sociais e até de partidos”, caracterizada por “um tipo de comunicação em que prevalece a lógica dos princípios, do direito material”⁴. Em outras palavras, a “política se judicializa a fim de viabilizar o encontro da comunidade com seus propósitos, declarados formalmente na Constituição”⁵.

Resta saber se o Poder Judiciário tem se desincumbido satisfatoriamente dessa que é sua mais relevante missão institucional: conferir efetividade ao projeto igualitário idealizado pelo constituinte, oferecendo àqueles mais necessitados e desprovidos de poder político – mas

¹ *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 38.

² Veja-se, por sua importância seminal, BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

³ Confira-se HOLMES, Stephen. “El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia” in ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

⁴ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 22-23.

⁵ VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 40.

ainda assim merecedores de igual respeito e consideração – a oportunidade de fazer valer sua dignidade e os direitos que lhe são consecutórios⁶. Neste trabalho, optou-se por cingir a análise da atuação judicial à consecução do direito à saúde, tanto por seu inegável caráter fundamental, decorrente de sua estreita relação com o direito à vida digna, quanto por sua tutela ter sido aquela que mais avanços experimentou desde a promulgação da atual Carta Maior, a tornar indispensável a adoção de limites e o exame de possibilidades inexploradas.

Quanto ao plano de trabalho propriamente, dedica-se o primeiro capítulo ao esclarecimento – tão minudente quanto possível – do conceito de saúde, bem assim à constatação de que sua proteção foi reconhecida direito fundamental por uma miríade de diplomas internacionais. Nesse particular, especial atenção merecerão o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), por seu tratamento mais esmiuçado da matéria e sua preocupação com a concretude e a efetividade. Por fim, anotar-se-á que também a Constituição da República conferiu fundamentalidade formal ao direito à saúde, dedicando-lhe diversos dispositivos que, a despeito de sua aparente generalidade extrema, se mostrarão de suma importância quando da análise dos limites e possibilidades de sua sindicalização.

Ato contínuo, já no segundo capítulo, procurar-se-á esclarecer se, para além de sua fundamentalidade formal, o direito à saúde é materialmente fundamental. Desde as correntes que negam peremptoriamente o caráter fundamental de tais direitos, até aquelas outras que o admitem em sua plenitude, uma miríade de orientações intermediárias se põe, assentadas em justificações jusfilosóficas de tendências variadas. Discorrer-se-á sobre os diferentes posicionamentos adotados por doutrinadores estrangeiros e nacionais de escol, a fim de demonstrar a existência de um consenso razoável sobre a questão: excetuados os partidários da ótica libertária, todos os demais autores analisados – sejam eles partidários do liberalismo, da democracia deliberativa ou do comunitarismo, sejam defensores da dignidade da pessoa humana ou da necessidade como critérios – entendem que os direitos sociais são fundamentais e, em alguma medida, vindicáveis. Possuem, portanto, uma dupla dimensão, dedicando-se o fecho do segundo capítulo à análise perfunctória de sua perspectiva objetiva.

⁶ É mister conscientizar-se de que, como afirma Rodolfo Arango, inexistem intervenções estatais verdadeiramente neutras. Na prática, elas se dão em favor dos setores da sociedade que têm acesso e usufruem os serviços de defesa, administração e justiça, necessários à manutenção do tráfico livre e seguro de negócios, cujos custos são assumidos tacitamente pelo Estado – é dizer, por todos os membros da sociedade, inclusive por aqueles mais pobres. Por conseguinte, cabe aos juízes assumir o papel que lhes foi destinado pela Constituição na estrutura de poder: garantir aos mais necessitados e excluídos os meios para uma exigência digna. Cf. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 142 e 150-151.

A este ponto, faz-se essencial ressaltar que, como mesmo seu título já deixa entrever, o presente trabalho não cuidará – senão tangencialmente – da saúde como direito negativo ou de defesa, orientado à proteção da saúde contra ingerências externas públicas ou privadas⁷, preferindo centrar forças no exame de sua faceta positiva oponível ao Estado. É a satisfação das necessidades materiais dos cidadãos pelo poder público, bem como os limites e possibilidades de sua imposição pelo Poder Judiciário, a temática que nos anima, por si só já plena de controvérsias.

O terceiro capítulo versará sobre as objeções mais comumente opostas pela doutrina contra a sindicalização do direito prestacional à saúde. Alicerçam-se nos princípios da separação de poderes, da democracia e da legalidade orçamentária, bem como na existência de espaços destinados à livre conformação do legislador e do administrador e na constatação da escassez de recursos financeiros, impositiva de verdadeiras escolhas trágicas para cuja resolução não estaria o juiz capacitado. Abordar-se-á cada um desses obstáculos, buscando colocá-los em suas verdadeiras dimensões: apesar de sua inquestionável importância, nenhum se mostra terminantemente impeditivo da atuação jurisdicional como garante da implementação efetiva do direito à saúde. Nada obstante, quando verdadeiramente se contrapuserem, hão de ser objeto de ponderação e implicação na imposição de limites à atividade judicial, fazendo-se indispensável a explicitação de parâmetros passíveis de universalização.

No capítulo seguinte, a pesquisa será concentrada na análise no tratamento conferido pela jurisprudência pátria às demandas individuais e coletivas por prestações de saúde. Demonstrar-se-á, trazendo à colação a maior quantidade possível de decisões pertinentes, o quão contrastante tem se mostrado o posicionamento dos tribunais: irrefletidamente elástico nos julgamentos de ações individuais, tímido ao extremo quando lhes são postas pretensões sanitárias de âmbito coletivo.

À vista da finitude dos recursos disponíveis e dos imperativos de razoabilidade e proporcionalidade, inegavelmente inviável pretender que o Estado forneça toda e qualquer prestação de saúde à universalidade de seus cidadãos, facultando a todos o ajuizamento de demandas judiciais na hipótese de descumprimento de tal dever constitucional. Para além da impossibilidade material de fazê-lo, tampouco parece ser esta a solução mais justa. A uma, não filtra as prestações passíveis de imputação, permitindo que demandas atentatórias ao

⁷ Exemplificativamente, vide ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 24-37; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 230-241.

princípio da igualdade e alheias ao atual estágio de desenvolvimento da saúde no país tenham sucesso; a duas, dá azo a que se imponha a toda a sociedade o ônus de custear prestações de saúde àqueles poucos que dispõem de acesso à informação e reúnem melhores condições econômicas para litigar. Essa será a tônica do quinto capítulo: em sua primeira parte, ocupar-se-á do exame de diversas contribuições estrangeiras dedicadas ao tema da escolha de critérios distributivos de prestações sanitárias; na segunda, discorrer-se-á sobre os parâmetros da universalidade, da igualdade, da integralidade e da subsidiariedade, entabulados pelo próprio legislador constituinte e ordinário e de aplicação obrigatória às demandas individuais.

No sexto capítulo, far-se-á um estudo esmiuçado das possibilidades oferecidas pelas demandas coletivas para o controle efetivo das omissões na formulação e na implementação de políticas sanitárias, bem como da razoabilidade e da proporcionalidade das escolhas estatais. Para tanto, será de grande ajuda a análise da jurisprudência da Corte Constitucional Sul-Africana, bem como de alguns precedentes esparsos de tribunais nacionais. Por outro lado, mostrar-se-á, ainda, a relevância do controle das prioridades orçamentárias gerais e sanitárias, dos percentuais mínimos de investimento compulsório em saúde e do retrocesso social nessa seara.

A intenção é oferecer uma contribuição, ainda que modesta, à pesquisa sobre o direito prestacional à saúde e sua implementação judicial. Num país caracterizado pela desigualdade extrema e pelo aparente desinteresse das instâncias governamentais em combatê-la, sobreleva a importância de esforços que tais, visantes a estabelecer as bases do controle judicial das políticas públicas necessárias à concretização destes direitos constitucionais. Tanto mais se tomada em consideração a grave crise de legitimidade por que passa o sistema representativo brasileiro, marcado por distorções flagrantes e imune a controles sociais relevantes⁸.

Por óbvio, não se pretende defender servir o Poder Judiciário como panacéia corretiva de todos os males, preconizando seu ativismo exacerbado ou irresponsável. Entretanto, procurar-se-á demonstrar que, em algumas situações, a assunção de uma postura contida redundará em verdadeiro descumprimento dos deveres impostos pela Constituição. Nem bem o

⁸ “De fato, a judicialização e das relações sociais, se significar a delegação da vontade do soberano a um corpo especializado por peritos na interpretação do direito e a ‘substituição’ de um Estado *benefactor* por uma justiça providencial e de moldes assistencialistas, não será propícia à formação de homens livres e nem à construção de uma democracia de cidadãos ativos. Contudo, a mobilização de uma sociedade para a defesa dos seus interesses e direitos, em um contexto institucional em que as maiorias efetivas da população são reduzidas, por uma estranha alquimia eleitoral, em minorias parlamentares, não pode desconhecer os recursos que lhe são disponíveis a fim de conquistar uma democracia de cidadãos.” (VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 43)

excesso, nem bem a insuficiência, por igualmente deletérios ao Estado Democrático de Direito.

1. DA DEFINIÇÃO DE SAÚDE E DA FUNDAMENTALIDADE FORMAL DO DIREITO À SAÚDE

1.1. Definição de Saúde

Do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) extrai-se que saúde é “o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”⁹. Se teve por méritos inegáveis abranger a esfera psíquica e abandonar o modelo centrado estritamente na negação da doença, realçando seus aspectos positivos¹⁰, tal definição de saúde sofre críticas inclementes desde a sua adoção, seja por conta da dificuldade em explicitar-se objetivamente o sentido da expressão “bem-estar físico, mental e social”, seja por seu evidente caráter utópico, denotado pela aposição do adjetivo “completo”¹¹. Dadas suas grandes abstração e idealização, certo é que não se presta a servir

⁹ No original em inglês: “*Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.*”. A íntegra da Constituição da Organização Mundial de Saúde, assinada em 1946 e vigente desde 1948, está disponível em http://whqlibdoc.who.int/hist/official_records/constitution.pdf, conforme acesso em 28/09/2006.

¹⁰ Andrija Štampar, um dos especialistas eméritos responsáveis pela elaboração do projeto de constituição, afirmou: “[...] o trabalho foi ampliado dos aspectos negativos da saúde pública – vacinação e outros meios específicos de combate a infecções – a aspectos positivos, i.e. a melhoria da saúde pública por meio de melhor alimentação, educação física, cuidados médicos, seguros de saúde etc.”. No original: “[...] *the work was extended from the negative aspects of public health – vaccination and other specific means of combating infection – to positive aspects, i.e. the improvement of public health by better food, physical education, medical care, health insurance, etc.*” (ŠTAMPAR, Andrija. *Suggestions Relating to the Constitution of an International Health Organization. WHO Official Records, Anexo 9, apud BOK, Sissela. Rethinking the WHO Definition of Health. Working Paper Series, Volume 14, Número 7. Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2004. Disponível, conforme acesso em 28/09/2006, no endereço eletrônico <http://www.globalhealth.harvard.edu/hcpds/workingpapers.html#2004>).*

¹¹ No ponto, confira-se BOK, Sissela. *Working Paper Series*, p. 7-8, grifos no original: “Redefinir ‘saúde’ como ‘completo bem-estar’ no sentido do termo não seria apenas inapropriado para os propósitos de mensurar e comparar condições de saúde; deixar-nos-ia também com um ‘conjunto nulo’ de pessoas que efetivamente possuam saúde. A maior parte das pessoas que procuram ser saudáveis estão certamente cientes de uma miríade de alergias brandas, desconfortos e dores, mudanças de humor, altos e baixos digestivos. Elas não se qualificariam como detentores de um ‘bem-estar completo’ nesse sentido. Nem mesmo pessoas muito ativas, sem qualquer doença ou deficiência, seriam consideradas como possuidoras de bem-estar físico completo nesse sentido, muito menos bem-estar mental ou social. Mesmo se alguém conseguisse atingir um estado de saúde completa, ele seria de curta duração; e não haveria possibilidade de se encontrar membros de qualquer grupo, ainda mais nos habitantes de comunidades e de regiões, que desfrutassem dessa feliz condição simultaneamente.”. No original: “*To redefine ‘health’ as ‘complete well-being’ in that sense of the term would not only be unsuitable for the purposes of measuring and comparing states of health; it would also leave us with a ‘null set’ of persons as actually possessing health. Most people who take themselves to be healthy are surely aware of a variety of minor allergies, aches and pains, mood swings, digestive ups and downs. They would not qualify as exhibiting complete well-being in this sense. Not even seemingly thriving persons without any diseases or impairments could be known to possess complete physical well-being in this sense, much less mental or social well-being. Even if someone did achieve such a state of complete health, it would be short-lived; and*

como meta ou parâmetro para fins de determinação e avaliação de políticas públicas de saúde, parecendo mais adequado analisá-la à luz do momento histórico peculiar em que foi plasmada¹².

Mais recentemente, a Carta de Ottawa, redigida ao cabo da Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, pretendeu complementar a definição constante da Constituição da OMS, estatuidando que:

“Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social, os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.”¹³

Ainda que fiel à idéia original, patente a intenção do documento de realçar a importância de certos determinantes de ordem pessoal, socioeconômica e ambiental para a obtenção e manutenção da saúde, e, assim, tentar conferir maior concretude ao conceito¹⁴. Longe de propor uma nova definição – tarefa que tampouco diplomas internacionais recentes parecem dispostos a enfrentar –, reconhece que o estado de saúde de que se desfruta depende não só do acesso universal a serviços médicos, mas também, e em larga medida, de circunstâncias pessoais e familiares, condições de moradia e trabalho, grau de educação e nível de renda¹⁵.

*there would be no chance of finding members of any group, let alone inhabitants of a society or a region, enjoying such a felicitous state simultaneously.”. Veja-se também SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 35-37.*

¹² Cf. BOK, Sissela. Rethinking the WHO Definition of Health. *Working Paper Series*, p. 13-14.

¹³ A íntegra da Carta de Ottawa, adotada em 21 novembro de 1986 ao cabo da Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, está disponível em português, conforme acesso em 02/10/2006, no sítio <http://www.opas.org.br/coletiva/uploadArq/Ottawa.pdf>.

¹⁴ Tanto que, mais adiante, a carta de intenções elenca como pré-requisitos fundamentais à saúde paz, abrigo, educação, alimentação, renda, ecossistema estável, recursos sustentáveis, justiça social e equidade.

¹⁵ “A política de saúde foi inicialmente pensada para ser um pouco mais do que o fornecimento e o financiamento de cuidados médicos: os fatores determinantes da saúde eram discutidos apenas entre acadêmicos. Isso agora está mudando. Enquanto os cuidados médicos podem prolongar a vida e melhorar prognósticos após algumas doenças graves, as condições socioeconômicas que fazem as pessoas contraírem doenças e as tornam dependentes de cuidados médicos são mais importantes para a saúde da população como um todo. Ademais, o acesso universal aos cuidados médicos constitui, evidentemente, um dos fatores sociais determinantes da saúde.” No original: “*Health policy was once thought to be about little more than the provision and funding of medical care: the social determinants of health were discussed only among academics. This is now changing. While medical care can prolong survival and improve prognosis after some serious diseases, more important for the health of the population as a whole are the social and economic conditions that make people ill and in need of medical care in the first place. Nevertheless, universal access to medical care is clearly one of the social*

1.2. Saúde como Direito e Fundamentalidade Formal¹⁶

1.2.1. Diplomas Internacionais

A saúde foi reconhecida direito de todo ser humano por uma miríade de diplomas internacionais – parte deles expressa ao conferir-lhe caráter fundamental¹⁷. Nesses termos se fez constar do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde¹⁸, perfilhado, ainda, que foi pela Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁹ e pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem²⁰. Nada obstante, os diplomas internacionais ratificados pelo Brasil que mais esmiuçadamente discorrem sobre o direito à saúde são, sem dúvida, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)²¹ e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador)²². O artigo 12 do PIDESC estatui:

determinants of health.” (WILKINSON R.; MARMOT M. [editores]. *The solid facts: social determinants of health*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2003. Disponível, conforme acesso em 02/10/2006, em <http://www.who.dk/document/E81384.pdf>)

¹⁶ Na esteira da lição de Jorge Miranda, entende-se por formalmente fundamental todo o direito assim reconhecido pela Constituição (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 8-9 e 139).

¹⁷ Veja-se PIOVESAN, Flávia. “Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-261.

¹⁸ “O gozo do mais alto padrão de saúde possível constitui um dos direitos fundamentais de qualquer pessoa humana sem distinção de raça, religião, orientação política e condição econômica e social.” No original, “*The enjoyment of the highest attainable standard of health is one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.*” Vide nota nº 1.

¹⁹ “Artigo XXV, 1. Todo o homem 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 direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.” Adotada e proclamada em 10 de dezembro de 1948 pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php, acessado em 02/10/2006.

²⁰ “Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, vestuário, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e da coletividade.” Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em abril de 1948. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Base2.htm>, acessado em 10/10/2006.

²¹ Adotado pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível, conforme acesso em 11/10/2006, no endereço eletrônico http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/a_ceschr_sp.htm.

²² Adotado em São Salvador, em 17 de novembro de 1988, e aprovado pelo Decreto Legislativo nº 56/1995. Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Base4.htm>, acessado em 11/10/2006.

“Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;

d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

Como se vê, o legislador internacional preocupou-se em exemplificar medidas estatais essenciais à asseguarção do pleno exercício do direito à saúde, conferindo-lhe, pois, maior concretude. Com esse mesmo intento, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, órgão instituído pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas para fiscalizar a aplicação do PIDESC, expediu o Comentário Geral nº 14²³, em que procura precisar as principais obrigações assumidas pelos países signatários no que concerne ao direito à saúde²⁴. Primeiramente, esclarece que aos Estados-partes é impossível garantir que todos os seus cidadãos sejam saudáveis, vez que fatores individuais – como a propensão genética a doenças e a adoção de estilos de vida de risco – são determinantes que fogem por completo ao controle estatal. Por conseguinte, o direito à saúde há de ser compreendido como direito à fruição dos bens, facilidades, serviços e condições que se façam necessários à realização do mais alto nível de saúde possível. Estabelece, então, parâmetros essenciais e inter-relacionados, a partir dos quais avalia se cumpridos ou não pelos Estados-partes os deveres correlatos a tal compromisso; são eles, na síntese de Alessandra Gotti Bontempo:

²³ O Comentário Geral nº 14 pode ser obtido em espanhol e na íntegra no endereço eletrônico [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.2000.4.Sp?OpenDocument), conforme acesso em 11/10/2006.

²⁴ Sobre os Comentários Gerais, veja-se a lição de Víctor ABRAMOVICH e Christian COURTIS: *“En efecto, desde su segunda sesión en 1988, el Comité (al igual que su homólogo en materia de derechos civiles y políticos) ha asumido la práctica de emitir Observaciones Generales, procurando definir con mayor precisión las principales obligaciones de los Estados en relación al Pacto y la sustancia de los derechos económicos, sociales y culturales, con el fin de darles un contenido normativo comparable a de los derechos civiles y políticos. [...] Las Observaciones Generales dictadas por el Comité equivalen a su jurisprudencia en relación con el contenido del Pacto, del cual es el único órgano de aplicación. Estas Observaciones Generales tienen carácter prescriptivo para los Estados en relación al procedimiento de informes, por cuanto el Comité analizará su comportamiento frente a los derechos consagrados por el Pacto, a la luz de estas interpretaciones, y podrá entender incluso que han existido violaciones del Pacto en relación con determinados derechos.”* (Los derechos sociales como derechos exigibles. Madrid: Trotta, 2002, p. 67-68).

“a) disponibilidade (*availability*), vale dizer, os serviços públicos e os programas de saúde devem ser disponibilizados em quantidade suficiente; b) acessibilidade (*accessibility*), que envolve quatro aspectos – o princípio da não-discriminação (a saúde deve ser acessível a todos, especialmente aos grupos mais vulneráveis, sem discriminação); a acessibilidade física; a acessibilidade econômica e acessibilidade de informações; c) aceitabilidade (*acceptability*), ou seja, os serviços e programas de saúde devem respeitar a ética médica e ser culturalmente apropriados, sensíveis, ainda, à questão de gênero e à questão geracional; e d) qualidade (*quality*), isto é, além de serem culturalmente aceitáveis, os programas e serviços de saúde devem ser científica e medicamente apropriados e de boa qualidade.”²⁵.

Por outro lado, ao ver do Comitê, ainda que preveja ser a implementação do direito à saúde forçosamente gradual e adstrita aos recursos disponíveis, o PIDESC institui deveres de eficácia imediata²⁶. Cabe aos países signatários dar início ao processo de concretização plena do artigo 12, vedado o retrocesso²⁷ e garantida a satisfação impostergável de obrigações essenciais mínimas²⁸. Caso não lhes seja possível fazê-lo integralmente, compete-lhes comprovar que ao menos as obrigações essenciais mínimas foram cumpridas e que todos os esforços e recursos disponíveis foram investidos na realização das prioridades pactuadas, sob pena de lhes ser imputada violação do compromisso:

“47. Al determinar qué acciones u omisiones equivalen a una violación del derecho a la salud, es importante establecer una distinción entre la incapacidad de un Estado Parte de cumplir las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12 y la renuencia de dicho

²⁵ BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 79-80.

²⁶ A este respeito, confirmam-se: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, vol. 1, p. 377; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 79-96.

²⁷ “32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”

²⁸ “43. En la observación general N° 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud. [...] Por consiguiente, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados; b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población [...]”

*Estado a cumplir esas obligaciones. Ello se desprende del párrafo 1 del artículo 12, que se refiere al más alto nivel posible de salud, así como del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto, en virtud del cual cada Estado Parte tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga. Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas *supra*. Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 *supra*, que son inderogables.”*

O artigo 10 do Protocolo de São Salvador, por seu turno, também se vale de um elenco de medidas estatais exemplificativas para dar maior concretude ao direito à saúde, mormente a assistência médica essencial universal, a imunização contra doenças infecciosas, a prevenção e o tratamento de enfermidades endêmicas e profissionais, e a educação em saúde, privilegiando sempre o atendimento aos mais necessitados²⁹. Outrossim – como anos mais tarde viria a ocorrer no âmbito das Nações Unidas por ocasião da Declaração de Viena³⁰ –, seu preâmbulo reconhece expressamente a estreita inter-relação existente entre os direitos civis e políticos e aqueles de natureza econômica, social e cultural, fundados todos que estão no valor maior da dignidade da pessoa humana³¹.

²⁹ “Artigo 10. Direito à Saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde 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 esse direito: a) assistência primária à saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial 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 outra natureza; e) educação da população com referência à prevenção e ao 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.”

³⁰ “*Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.*” (Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial de Direitos Humanos em 25 de junho de 1993. Disponível em [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument), acessado em 11/10/2006).

³¹ “Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção

2.2. Constituição da República e Legislação Infraconstitucional

Muito já se discorreu acerca do caráter compromissório da Constituição de 1988, que consagra direitos e objetivos tradicionalmente afeitos ao ideário social-intervencionista, ao passo que, à moda liberal, adota o sistema de produção capitalista e dá primazia à autonomia individual³². Tal concomitância, longe de representar contradição irreconciliável, reconhece a estreita interdependência existente entre liberdade e igualdade, atestada pela tendência desagregadora que a primeira costuma assumir quando não contida pela segunda³³, bem como pelo possível agravamento da dependência dos indivíduos quando da situação inversa³⁴.

Nesse diapasão, seu artigo 6º reconhece ser o direito à saúde um direito social fundamental, parte integrante que é do título denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”³⁵, interpretação que se viu reforçada pelo artigo 2º da Lei nº 8.080/90. Disciplinado mais esmiuçadamente quando da regulação da ordem social, o direito à saúde encontra-se plasmado no artigo 196, que reconhece ter o Estado o dever correlato de garanti-

permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros.”

³² Veja-se, por todos, BARROSO, Luís Roberto. “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 189-217.

³³ Nesse sentido, confira-se ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995, p. 98: “*El énfasis en los derechos individuales es la respuesta constitucional al exceso de estructuración social; el énfasis en la justicia lo es al desencadenamiento de las energías individuales que conducen a la imposición de los (derechos de los) más fuertes sobre los (derechos de los) más débiles, tal y como afirma la ‘paradoja de la libertad’, es decir, la tendencia de la máxima libertad a convertirse en máxima opresión [...]’*”.

³⁴ Ainda que em contextos e com arrimo em linhas de raciocínio completamente distintas, Paulo Bonavides e Ricardo Lobo Torres discorrem sobre os malefícios da dependência do indivíduo frente ao Estado Social. Confirmam-se, respectivamente, *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 200-202, e “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 295-296.

³⁵ Sobre a fundamentalidade formal, e referindo-se especificamente ao direito à saúde, discorre Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e, ao menos na Constituição pátria, desdobra-se em três elementos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também a saúde), situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de norma de superior hierarquia; b) na condição de normas fundamentais insculpidas na Constituição escrita, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado para modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim denominadas ‘cláusulas pétreas’) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o artigo 5, parágrafo 1, da Constituição, as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam diretamente as entidades estatais e os particulares.” (“Algumas Considerações Em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988” in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 10, p. 3. Disponível, conforme acesso em 14/10/2006, no endereço eletrônico http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf).

lo a todos os cidadãos³⁶. Para tanto, haverá de adotar políticas públicas visantes à redução do risco de enfermidades e assegurar o acesso universal e igualitário a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde.

Se não se aventura a definir o que é saúde, o precitado artigo 196 reafirma tratar-se de um direito e explicita como deve ser a atuação do Estado: i) ao consagrar o acesso universal aos bens públicos de saúde, veda a exclusão de quaisquer pessoas ou grupos, de modo que impossível, como outrora, restringir sua utilização exclusivamente aos contribuintes da previdência social³⁷; ii) porque tal acesso deve ser igualitário, a rede pública de atendimento há de dispensar idêntico tratamento a todos os usuários que se encontrem em igual situação³⁸; iii) em sintonia com as definições positivas de saúde adotadas pelos diplomas internacionais de que é signatário, ao Estado brasileiro incumbe agir não só por ocasião da recuperação da saúde – disponibilizando meios curativos quando a doença já existe –, mas também nas searas da sua promoção e da prevenção – cuidando dos aspectos determinantes da saúde e fomentando o progresso científico, por um lado, e reduzindo o risco de doenças e outros agravos antes que se verifiquem, de outro³⁹.

É esse o sentido, aliás, do inciso II do artigo 198, ao prever a integralidade do atendimento em saúde. Longe de significar que toda pessoa pode reivindicar do Poder Público qualquer prestação em saúde⁴⁰, por atendimento integral há de se entender, na forma dos artigos 6º, I, b, e 7º, II, da Lei nº 8.080/90, o conjunto articulado e contínuo das medidas preventivas e curativas necessárias em cada caso concreto, seja qual for o nível de complexidade dos serviços exigidos.

Ainda que não lhe fosse necessário, o artigo 197 dispõe que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, não deixando margem à dúvida, à luz do inciso II do artigo 129⁴¹, acerca da atribuição do Ministério Público para sua defesa administrativa e judicial⁴².

³⁶ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

³⁷ Para uma análise mais aprofundada da universalidade e de suas repercussões, vide o item 3.1 do Capítulo V.

³⁸ Sobre a aplicação da igualdade à saúde, vejam-se os itens 3.2 do Capítulo V e 3.1.1 do Capítulo VI.

³⁹ SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*, p. 98-99.

⁴⁰ Cf. item 3.3 do Capítulo V.

⁴¹ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.”

⁴² Confira-se o seguinte trecho da Decisão Monocrática proferida em 02/08/2000 pelo Ministro Celso de Mello, nos autos do Recurso Extraordinário nº 267.612: “[...] Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as

Dos artigos 198 e 200 fez o constituinte constar as diretrizes e atribuições do Sistema Único de Saúde: trata-se de rede regionalizada, descentralizada, hierarquizada e participativa, em que se organizam as ações e serviços de saúde, sejam públicos ou privados – estes últimos contratados ou conveniados em caráter complementar. A regionalização visa a atender às particularidades locais e conecta-se à descentralização das decisões por entre todos os entes federativos, com ênfase, na forma do artigo 7º, IX, *a*, da citada Lei nº 8.080/90, à instância municipal⁴³. A hierarquização, por sua vez, significa divisão de nível em complexidade crescente: idealmente, salvo em situações emergenciais, o usuário deve procurar o serviço de saúde de menor complexidade e ser remetido a serviços mais complexos quando e na medida de suas necessidades⁴⁴.

Por fim, a participação da comunidade na gestão do sistema, consoante estatui o artigo 1º da Lei nº 8.142/90, se dá por intermédio das Conferências de Saúde e dos Conselhos de Saúde existentes em todas das instâncias de governo⁴⁵. As funções das Conferências, que se reúnem periodicamente, são avaliar a situação existente e propor diretrizes para a formulação das políticas sanitárias, enquanto que aos Conselhos, de caráter permanente e deliberativo, incumbe formular estratégias e controlar a execução de tais políticas⁴⁶. Nada obstante, também o manejo de instrumentos judiciais com vistas à proteção do direito à saúde, principalmente em sede coletiva, consiste via aberta à concretização desse ideal constitucional de participação democrática⁴⁷.

Dos parágrafos do artigo 198, por sua vez, consta a disciplina de financiamento do Sistema Único de Saúde, que conta com recursos oriundos do orçamento da seguridade social, dos entes federativos e de outras fontes devidamente especificadas pelo artigo 32, da Lei nº 8.080/90. Outrossim, por força da Emenda Constitucional nº 29, União, Estados, Distrito

ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.” Em sede doutrinária, veja-se WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 127-135.

⁴³ Vide WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 149-153.

⁴⁴ Cf. SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*, p. 108.

⁴⁵ As atividades dos Conselhos de Saúde Nacional, do Estado do Rio de Janeiro e do Município do Rio de Janeiro podem ser acompanhadas por meio dos sítios eletrônicos <http://www.conselho.saude.gov.br>, <http://www.saude.rj.gov.br/ces/index.htm> e <http://www.sms.rio.rj.gov.br>, respectivamente.

⁴⁶ Sobre a atuação dos conselhos deliberativos como forma de exercício da democracia participativa, veja-se APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 159-167. Confira-se, ainda, os itens 3.1.2 e 3.3 do Capítulo VI, em que se discorre sobre a importância de tais órgãos e de suas decisões.

⁴⁷ No ponto, veja-se o item 4 do Capítulo III.

Federal e Municípios estão obrigados a aplicar quantitativo mínimo de recursos em ações e serviços de saúde. Mesmo que a utilização do verbo **aplicar** pelo constituinte derivado não deixe dúvidas quanto à impossibilidade de contingenciamento das verbas vinculadas ao custeio da saúde, reforçada pela previsão de intervenção federal ou estadual constante dos artigos 34, VIII, *e*, e 35, III, administradores há que ainda se mostram renitentes. Também não são poucos aqueles que tentam burlar tal obrigação, incluindo no orçamento da saúde toda sorte de despesas não redutíveis aos termos do artigo 196. Parece evidente a possibilidade de atuação judicial em casos que tais, ponto que, por sua importância, merecerá maior digressão alhures⁴⁸.

Os investimentos em saúde, por sua vez, hão de respeitar os critérios balizadores instituídos pela própria Constituição, complementados por aqueles constantes da Lei nº 8.080/90. Transparece do inciso III do artigo 3º a opção constitucional pelos carentes e excluídos, vez que elegeu como objetivo fundamental do Estado “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Identificado o público-alvo preferencial do agir estatal, goza de prioridade o atendimento às crianças e aos adolescentes, na forma do artigo 227, razão pela qual os investimentos em saúde devem necessariamente privilegiar suas necessidades. Tudo isso, entretanto, sem o menoscabo de parâmetros técnicos e epidemiológicos, como preceitua o inciso VII do artigo 7º da Lei nº 8.080/90. Na hipótese de burla patente desses critérios imperativos, também aqui se demonstrará a plausibilidade da atuação jurisdicional⁴⁹.

Na esfera infraconstitucional, merece menção, pelo grande impacto que provocou, a Lei nº 9.313/36, que admitiu como responsabilidade do Sistema Único de Saúde o fornecimento gratuito de toda a medicação necessária ao tratamento de quaisquer portadores do vírus HIV e doentes de AIDS. Às citadas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90 – que juntas compõem a chamada Lei Orgânica da Saúde e regulam o funcionamento do SUS –, somaram-se as Normas Operacionais Básicas instituídas pelas Portarias MS nº 2.203, de 06/11/96, e nº 373, de 27/02/2002, responsáveis pelo detalhamento e descentralização das responsabilidades dos entes federativos. No âmbito do fornecimento de medicamentos, importantíssimas são a Política Nacional de Medicamentos, aprovada pela Portaria MS nº 3.916, de 30/10/98, e a Política Nacional de Assistência Farmacêutica, instituída pela Resolução CNS nº 338, de 06/05/2004. Propugnam ambas a utilização da Relação Nacional de Medicamentos

⁴⁸ Vide item 3.4 do Capítulo VI.

⁴⁹ Cf. itens 3 e 3.3 do Capítulo VI.

Essenciais (RENAME)⁵⁰ como importante instrumento racionalizador, cabendo ao Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional⁵¹ a aquisição e distribuição de medicamentos de alto custo e uso contínuo.

De resto, dignas de nota são, ainda, a Portaria MS nº 648/GM, de 28/03/2006, por instituir a Política Nacional de Atenção Básica, bem assim a Portaria MS nº 2.047, de 05/11/2002, e a Resolução CNS nº 322, de 08/05/2003, ambas dedicadas à explicitação de diretrizes operacionais para a aplicação da Emenda Constitucional nº 29.

3. Síntese Conclusiva

Dúvida não há de que definir saúde é tarefa extremamente difícil – tanto que nem mesmo diplomas internacionais recentes a tem enfrentado. Nada obstante, é possível afirmar com razoável segurança que saúde não equivale à ausência de doença, já que influenciada por aspectos determinantes positivos de ordem pessoal, socioeconômica e ambiental.

Tampouco se discute ser o direito à proteção à saúde formalmente fundamental, pois consagrado como tal por um sem-número de diplomas internacionais e pela própria Constituição da República. No âmbito internacional, merece destaque especial o PIDESC, uma vez que, como esclarece o Comentário Geral nº 14, apesar de estatuir ser a implementação do direito à saúde gradual e progressiva, prevê deveres de eficácia imediata, veda o retrocesso social e garante a satisfação de obrigações essenciais mínimas.

⁵⁰ A última versão da RENAME foi aprovada pela Portaria MS nº 2.475, de 13/10/2006.

⁵¹ Instituído pela Portaria MS nº 2.577/GM, de 27/10/2006.

2. DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DO DIREITO À SAÚDE

2.1. Notas Introdutórias

Se indubitável que o direito à saúde, previsto que está no artigo 6º da Constituição da República, parte integrante do título dos direitos e garantias fundamentais, é formalmente fundamental, as doutrinas nacional e estrangeira controvertem sobre sua fundamentalidade material, sobretudo por se tratar de direito de matriz essencialmente prestacional⁵².

Os posicionamentos jusfilosóficos na matéria são os mais diversos. Desde autores que negam peremptoriamente qualquer grau de fundamentalidade ao direito à saúde, até aqueles que lhe conferem tal qualidade em toda a sua extensão, põe-se um sem-número de entendimentos intermediários, cada qual calcado em fundamentação filosófica distinta. Procurar-se-á, então, analisar, ainda que perfunctoriamente, o entendimento dos principais pensadores estrangeiros e nacionais, agrupando-os de acordo com o cerne dos fundamentos que adotam, sem olvidar suas particularidades.

Num primeiro momento, merecerão atenção as lições de Robert Nozick e Friedrich August von Hayek. Representantes da ótica libertária, acreditam no mercado livre como implementador do justo e defendem o minimalismo estatal, perspectivas incompatíveis com a idéia de direitos sociais fundamentais. Ato contínuo, passar-se-á à análise dos posicionamentos que conferem fundamentalidade aos direitos sociais – e, por conseguinte, ao direito à saúde –, ainda que em graus diferenciados e sob justificação diversa. Alinhados com o liberalismo, John Rawls, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres remetem a fundamentalidade desses direitos à liberdade e, por isso, serão objeto de estudo conjunto. Jürgen Habermas, Amy Guttmann, Dennis Thompson e Cláudio Pereira de Souza Neto, por sua vez, crêem que os direitos sociais são fundamentais porque condições essenciais à consecução da democracia deliberativa, de modo que merecerão exame em separado.

⁵² A bem de ver, a controvérsia doutrinária é extensiva a todos os direitos econômicos, sociais e culturais, categoria da qual faz parte o direito à saúde.

Mais adiante, chegar-se-á aos autores que, como Gregorio Peces-Barba Martínez, Ingo Wolfgang Sarlet e Ana Paula de Barcellos, reconhecem fundamentalidade material aos direitos sociais na medida em que conseqüências necessários do respeito à dignidade da pessoa humana. Em seguida, analisar-se-á o pensamento comunitarista de Michael Walzer e Luis Fernando Barzotto – para quem a fundamentalidade dos direitos sociais se explica por serem condições ao gozo da vida boa – e a concepção da necessidade humana como fonte da fundamentalidade, perfilhada por Ernst Tugendhat e Paulo Gilberto Cogo Leivas.

Espera-se que, por fim, reste suficientemente demonstrado existir um consenso doutrinário razoável quanto ao caráter fundamental do direito à saúde e à possibilidade de dele extrair posições subjetivas justificáveis. Entretanto, impossível ignorar que o direito à saúde possui uma relevante dimensão objetiva e é protegido por garantias institucionais, razão porque – ainda que sumariamente, por não se cuidar do foco do presente trabalho – se discorrerá sobre tal temática.

2.2. A Ótica Libertária

Autores comumente denominados libertários ou libertarianos recusam qualquer fundamentalidade aos direitos sociais, qualidade que atribuem exclusivamente aos direitos de liberdade e de participação política. Na realidade, rejeitam a idéia de justiça social em si, associada que está à interferência do Estado na liberdade individual, valor último e essencial cuja proteção pressupõe propriedade privada forte, mercado livre e minimalismo estatal.

Ao ver de Robert Nozick, porque resultam na instituição de um Estado além do mínimo, impossível creditar fundamentalidade material aos direitos sociais⁵³. A seu ver, a

⁵³ Cf. NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1977, p. 149: “O estado mínimo consiste no estado mais extensivo que se possa justificar. Qualquer estado mais extensivo viola o direito das pessoas”. No original: “*The minimal state is the most extensive state that can be justified. Any state more extensive violates people’s rights.*”. Às páginas 331-332 da mesma obra, o autor conclui: “O estado mínimo nos trata como indivíduos invioláveis, que não deverão ser utilizados por terceiros como meios ou instrumentos ou recursos; ele nos trata como pessoas detedoras de direitos individuais com a dignidade que esta condição representa. Ao nos tratar com respeito, respeita nossos direitos, nos permitindo, individualmente ou com quem nos aprovar, escolher nossa vida e realizar nossos objetivos e nossa própria concepção de nós mesmos, enquanto pudermos fazê-lo, auxiliados pela cooperação voluntária de outros indivíduos que possuem a mesma dignidade. Como poderá um estado ou grupo de indivíduos fazer mais. Ou menos.”. No original: “*The minimal state treats us as inviolate individuals, who may not be used in certain ways by others as means or tools or instruments or resources; it treats us as persons having individual rights with the dignity this constitutes. Treating us with respect by respecting our rights, it allows us, individually or with whom we choose, to choose our life and to realize our ends and our conception of ourselves, insofar as we can, aided by the voluntary*

atuação estatal deve limitar-se à proteção dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, bem como à defesa do país em caso de invasão, permitindo a todos seguir suas vidas da forma que melhor lhes aprouver sem qualquer interferência. Se o mercado, única ordem econômica capaz de respeitar a liberdade individual – aqui considerada como possibilidade de contratar voluntariamente, respeitada a propriedade alheia –, for deixado livre, qualquer distribuição de bens resultante de seu funcionamento será necessariamente justa.

Em tal cenário, não haveria lugar para a justiça distributiva: qualquer transferência compulsória de recursos particulares ao Estado com o intuito de promover sua redistribuição e atingir o bem-estar social significaria coerção ilegítima e restrição indevida da liberdade individual. Conseqüentemente, Nozick rejeita a idéia de igualdade de oportunidades, por entender que, se o processo de distribuição de recursos foi legítimo – é dizer, se os direitos à vida, à liberdade e à propriedade foram respeitados –, àqueles eventualmente menos aquinhoados não é dado exigir sua modificação⁵⁴.

Friedrich August von Hayek, por acreditar ser o mercado uma ordem espontânea capaz de regular satisfatoriamente as relações humanas e a igualdade material um ideal inatingível, rechaça a possibilidade de qualquer interferência estatal em prol de pretensões eqüitativas. Na sua opinião, a coexistência entre liberdade – entendida eminentemente em sua faceta negativa – e igualdade material seria impossível, na medida em que aquela pressupõe um Estado mínimo, enquanto esta demanda uma organização central dotada de poderes totalitários:

“[...] Tais direitos positivos, no entanto, demandam como contrapartida uma decisão no sentido de que alguém (uma pessoa ou organização) terá o dever de fornecer o que os outros necessitam. [...] Se tais demandas fossem atendidas, a ordem espontânea que chamamos de

cooperation of other individuals possessing the same dignity. How dare any state or group of individuals do more. Or less.”.

⁵⁴ Nozick (*Anarchy, State, and Utopia*, p. 237) utiliza-se de linha de argumentação curiosa para demonstrar seu ponto de vista sobre a igualdade de oportunidades: “[...] Se uma mulher que depois veio a tornar-se minha esposa rejeitou um outro pretendente (com o qual ela de outro modo teria se casado) por minha causa, parcialmente por conta (deixo de lado minha natureza ‘amável’) de minhas aguçada inteligência e boa aparência, nenhuma das quais eu mereço, teria o rejeitado menos inteligente e menos charmoso uma reclamação legítima de que teria sido injustiçado? Minha vitória sobre o outro pretendente à mão de uma bela senhora poderia justificar que ele tomasse recursos de terceiros para pagar cirurgia cosmética e treinamento intelectual, ou mesmo para que desenvolvesse algum predicado que não possuo, equalizando nossas possibilidades de ser o escolhido?”. No original: “[...] *If the woman who later became my wife rejected another suitor (whom she otherwise would have married) for me, partially because (I leave aside my lovable nature) of my keen intelligence and good looks, neither of which I earn, would the rejected less intelligent and less handsome have a legitimate complaint about unfairness? Would my thus impeding the other suitor's winning the hand of a fair lady justify taking some resources from others to pay for cosmetic surgery for him and special intellectual training, or to pay to develop in him some sterling trait that I lack in order to equalize our chances of being chosen?*”.

sociedade deveria ser substituída por uma organização deliberadamente dirigida: o cosmos do mercado haveria de ser substituído por uma ordem cujos membros deveriam fazer aquilo para o que *são* instruídos. A estes não seria permitido usar seu conhecimento para seus próprios propósitos, mas sim teriam que executar o plano que seus governantes desenharam para cumprir com as necessidades a serem satisfeitas. Disto se segue que os antigos direitos civis e os novos direitos econômicos e sociais não poderão ser alcançados ao mesmo tempo e que, de fato, são incompatíveis; os novos direitos não poderiam ser implementados por lei sem que ao mesmo tempo fosse destruída aquela ordem liberal pretendida pelos antigos direitos civis.”⁵⁵

Se, a toda evidência, sequer concebe a existência de direitos sociais, Hayek chega a admitir algum grau mínimo de atuação estatal em favor de indivíduos em situação de privação extrema – ainda que, por conta do bom funcionamento do mercado, dificilmente tal intervenção se faça necessária –, já que ninguém deve descer abaixo de um determinado nível de existência:

“Não há razão para que numa sociedade livre o governo não deva garantir a todos proteção contra privações severas, na forma de uma renda mínima assegurada ou de um teto mínimo abaixo do qual a ninguém seria necessário descer. Participar desse seguro contra o infortúnio extremo pode ser do interesse de todos; ou se pode considerar que todos têm como claro o dever moral de assistir, no âmbito da comunidade organizada, àqueles que não podem ajudar a si próprios. Desde que tal renda mínima uniforme seja oferecida fora do mercado a todos que, por qualquer razão, sejam incapazes de auferir no mercado subsistência adequada, isso não implica necessariamente uma restrição de liberdades ou conflito com o Estado de Direito.”⁵⁶

⁵⁵ HAYEK. Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty. Volume 2: The Mirage of Social Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999, p. 103. No original: “[...] *Such positive rights, however, demand as their counterpart a decision that somebody (a person or organization) should have the duty of providing what the others are to have. [...] If such claims are to be met, the spontaneous order which we call society must be replaced by a deliberately directed organization: the cosmos of the market would have to be replaced by a taxis whose members would have to do what they are instructed to do. They could not be allowed to use their knowledge for their own purposes but would have to carry out the plan which their rulers have designed to meet the needs to be satisfied. From this it follows that the old civil rights and the new social and economic rights cannot be achieved at the same time but are in fact incompatible; the new rights could not be enforced by law without at the same time destroying that liberal order at which the old civil rights aim.*”.

⁵⁶ HAYEK. Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty*, p. 87. No original: “*There is no reason why in a free society government should not assure to all protection against severe deprivation in the form of an assured minimum income, or a floor below which nobody need to descend. To enter into such an insurance against extreme misfortune may well be in the interest of all; or it may be felt to be a clear moral duty of all to assist, within the organized community, those who cannot help themselves. So long as such a uniform minimum income is provided outside the market to all those who, for any reason, are unable to earn in the market an adequate maintenance, this need not lead to a restriction of freedom, or conflict with the Rule of Law.*”. Também Cláudio Pereira de Souza Neto chama a atenção para essa passagem da obra de Hayek, quando critica a concepção minimalista segundo a qual o mínimo existencial se identificaria com as condições indispensáveis à subsistência (*Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 249).

2.3. Concepções que Conferem Fundamentalidade Material aos Direitos Sociais

2.3.1. O Direito à Saúde como Pressuposto da Liberdade

Para grande parte dos pensadores de orientação liberal, os direitos sociais serão fundamentais na medida em que sua proteção constituir condição material necessária à fruição da liberdade. Ora, porque o indivíduo estará impossibilitado de gozar sua liberdade – esta, sim, direito fundamental – se privado dos meios indispensáveis à preservação e recuperação de sua integridade física e psíquica, garanti-los passa a ser pressuposto igualmente fundamental.

John Rawls adota essa tese. Contratualista, parte da premissa de que, sob o “véu da ignorância” – situação de igualdade original hipotética em que nada saibam sobre a posição que virão a ocupar na sociedade ou sobre suas aptidões e capacidades naturais⁵⁷ –, os indivíduos escolheriam consensualmente dois princípios básicos de justiça, norteadores da estruturação da sociedade, da atribuição de direitos e deveres e da distribuição de vantagens socioeconômicas: i) “[c]ada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”⁵⁸; ii) “[a]s desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.”⁵⁹

O primeiro princípio prefere ao segundo e tem assento constitucional. Rawls justifica tal prioridade e fundamentalidade à maneira procedimentalista: uma vez que a constituição

⁵⁷ Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 13: “Na justiça como equidade a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social. Essa posição original não é, obviamente, concebida como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da cultura. É entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção da justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece seu lugar na sociedade, a posição de sua classe ou o *status* social e ninguém conhece sua sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, sua inteligência, força, e coisas semelhantes. Eu até presumirei que as partes não conhecem suas concepções do bem ou suas propensões psicológicas particulares. Os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância. Isso garante que ninguém é favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Uma vez que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça são o resultado de um consenso ou ajuste equitativo.”

⁵⁸ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 64.

⁵⁹ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 88.

deve ser um procedimento justo, e que o procedimento somente pode ser considerado como tal quando as liberdades individuais e políticas encontram-se protegidas, tais liberdades devem necessariamente fazer parte da constituição e por ela estar asseguradas⁶⁰. As questões atinentes ao segundo princípio, que diz com os direitos sociais e a justiça distributiva, porque não fundamentais à justiça do procedimento, submeter-se-iam usualmente às maiorias parlamentares⁶¹.

Nada obstante, já nesse momento inicial da teoria da justiça como equidade, Rawls preconiza a existência de um patamar social mínimo, a ser garantido pelo Estado por intermédio de transferências de rendas ou subvenções especiais em casos de doenças ou desemprego⁶². Décadas mais tarde, à vista da constatação de que certo grau de satisfação das necessidades individuais básicas é indispensável à compreensão e fruição das liberdades, o mínimo social mereceu do autor formulação mais precisa, passando a figurar como antecedente lógico do primeiro princípio de justiça:

“[...] Em particular, o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que preserva a satisfação

⁶⁰ “[...] Idealmente, uma constituição justa seria um procedimento justo concebido para assegurar um resultado justo. O procedimento seria o processo político regido pela constituição; e o resultado, o conjunto da legislação elaborada, enquanto os princípios de justiça definiriam um critério de avaliação independente para ambos, procedimento e resultado. Na busca desse ideal de justiça procedimental perfeita, o primeiro problema é projetar um procedimento justo. Para fazê-lo, as liberdades de cidadania igual devem ser incorporadas na constituição e protegidas por ela. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade dos direitos políticos. O sistema político, que suponho ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incorporasse essas liberdades.” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 213-214)

⁶¹ “[...] O primeiro princípio da liberdade igual é o padrão primário para a convenção constituinte. Seus requisitos principais são os de que as liberdades individuais fundamentais e a liberdade de consciência e a de pensamento sejam protegidas e de que o processo político como um todo seja um procedimento justo. Assim, a constituição estabelece um *status* comum seguro de cidadania igual e implementa a justiça política. O segundo princípio atua no estágio da legislatura. Determina que as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e obedecendo à manutenção das liberdades iguais. Nesse ponto, toda a gama de fatos sociais e econômicos de caráter geral entra em jogo. A segunda parte da estrutura básica contém as distinções e hierarquias de formas políticas, econômicas e sociais que são necessárias para a cooperação social eficaz e mutuamente benéfica. Assim, a prioridade do primeiro princípio de justiça em relação ao segundo se reflete na prioridade da convenção constituinte em relação ao estágio legislativo.” (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 215-216)

⁶² Cf. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, p. 301-302. Nesse particular, vale transcrever a interpretação de Ricardo Lobo Torres sobre a obra em tela: “A partir desses pressupostos de sua teoria de justiça, desenha John Rawls o quadro protetivo do mínimo social (*social minimum*), com o objetivo principal de assegurar a ‘imparcial igualdade de oportunidade’ (*fair equality of opportunity*), o que depende de o governo ‘garantir a igualdade de chances na educação e na cultura de pessoas, semelhantemente motivadas, por meio de subsídios às escolas particulares e pela manutenção de um sistema de escola pública’. Conclui que ‘o governo garante o mínimo social pelos auxílios às famílias e pelos pagamentos especiais por doença e desemprego, ou mais sistematicamente, através de recursos como um suplemento da renda’ (o assim chamado imposto de renda negativo – *negative income tax*).” (“A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais” in MELLO, Celso Duvié de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo [diretores]. *Arquivos de Direitos Humanos*, Volume 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109-110).

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.”⁶³

Porque verdadeiro pressuposto ao exercício pleno das liberdades básicas, o mínimo social se insere entre os elementos constitucionais essenciais, ao lado dos “princípios fundamentais especificadores da estrutura geral do Estado e do processo político”, dos “direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar” e das “garantias do império da lei”⁶⁴. Apesar de não explicitar quais necessidades individuais básicas compõem o mínimo social, Rawls deixa claro que somente o integrarão na estrita medida em que indispensáveis à compreensão e ao gozo das liberdades fundamentais, permanecendo seu atendimento, no mais, sob os auspícios do segundo princípio de justiça, à mercê das maiorias legislativas. De todo modo, parece evidente que, ainda que em grau mínimo, a proteção à saúde se enquadra entre as necessidades individuais básicas indispensáveis à fruição da liberdade⁶⁵ e, portanto, é dotada de fundamentalidade.

Já Robert Alexy afirma que os direitos sociais – aí incluído o direito à saúde – são fundamentais porque assecuratórios da liberdade fática, é dizer, da possibilidade real de vir o indivíduo a eleger entre fazer ou deixar de fazer o que lhe é juridicamente permitido⁶⁶. Por sua vez, a liberdade fática é fundamental por conta de sua especial importância para o indivíduo que dela se veja privado, bem como de sua imediata correlação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, não basta que ao sujeito seja formalmente assegurada determinada liberdade (liberdade jurídica): é indispensável que lhes sejam asseguradas as condições materiais necessárias ao seu exercício real (liberdade fática). Para aquele que, privado dessas condições materiais, vive abaixo do nível de existência mínima, a superação desse déficit é de certo mais relevante do que a garantia formal das liberdades jurídicas – que, por conta de tal

⁶³ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 49-50.

⁶⁴ RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, p. 277-279.

⁶⁵ No ponto, confira-se MICHELMAN, Frank I. “Constitutional Welfare Rights and ‘A Theory of Justice’” in DANIELS, Norman (editor). *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls’ ‘A Theory of Justice’*. Stanford: Stanford University Press, 1989, p. 320.

⁶⁶ “[...] la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fática (real), es decir, sin la posibilidad fática de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Esta tesis está formulada de una manera muy general. En todo caso, es correcta si se la interpreta en el sentido de que la libertad jurídica de a para realizar o no realizar la acción h carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fáticas, a no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de h.” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 486)

situação, de nada lhe servem, transformadas que foram em “fórmulas vazias”⁶⁷. Se, como afirma o autor, os direitos fundamentais “são posições que, desde o ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou não outorga não pode ficar sujeita à simples maioria parlamentar”⁶⁸, constatada que está a importância vital da liberdade fática, evidente sua fundamentalidade. Por outro lado, reconhecido ser o catálogo de direitos fundamentais expressão de um sistema de valores cujo ponto central é o desenvolvimento livre e digno da personalidade humana na comunidade social, e considerando que tal objetivo pressupõe certa medida de liberdade fática, sua garantia – é dizer, a garantia das condições necessárias ao exercício efetivo das liberdades jurídicas – é também fundamental.

Entretanto, apesar de atribuir fundamentalidade aos direitos sociais, diante das grandes diferenças estruturais existentes entre as normas que os prevêm, Alexy admite que nem todas conferem direitos subjetivos vinculantes passíveis de sindicância judicial⁶⁹. Mais até. Mesmo direitos subjetivos *prima facie* somente poderão ser considerados definitivos depois de ponderados no caso concreto com os princípios formais (princípios da competência do legislador e da divisão de poderes) e materiais (liberdades jurídicas e direitos sociais de terceiros) que lhes sejam contrários. Após sofrerem as compressões inerentes à ponderação, os direitos subjetivos *prima facie* passarão a definitivos e, livres de seu conteúdo excessivo⁷⁰, garantirão aos indivíduos o mínimo vital:

“[...] Habrá que considerar que una posición de prestación jurídica está definitivamente garantizada iusfundamentalmente si (1) la exige muy urgentemente el principio de la libertad fáctica y (2) el principio de la división de poderes y el de la democracia (que incluye la competencia presupuestaria del parlamento) al igual que (3) principios materiales opuestos (especialmente aquellos que apuntan a la libertad jurídica de otros) son afectados en una medida relativamente reducida a través de la garantía iusfundamental de la posición de prestación jurídica y las decisiones del Tribunal Constitucional que la toman en cuenta. En todo caso, estas condiciones están satisfechas en el caso de los derechos fundamentales sociales mínimos, es decir, por ejemplo, a un mínimo vital, a una vivienda simple, a la

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 488.

⁶⁸ No original traduzido para o espanhol (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 494): “[...] los derechos fundamentales de la Ley Fundamental son posiciones que, desde el punto de vista del derecho constitucional, son tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar librado a la simple mayoría parlamentaria.”.

⁶⁹ O autor distingue oito estruturas distintas, às quais confere diferentes graus de vinculação, aqui entendida como possibilidade de controle jurisdicional. Normas que estatuem meros deveres objetivos *prima facie* do Estado a outorgar prestações ostentam o menor grau, cabendo o maior grau às normas que garantem direitos subjetivos definitivos a prestações (cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 484-485).

⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 500.

educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica.”⁷¹

Ao ver do autor, os direitos sociais são dotados de fundamentalidade porque garantem ao indivíduo a possibilidade de usufruir de suas liberdades jurídicas, conferindo-lhe liberdade real. Nada obstante, à semelhança do que preconiza Rawls, serão plenamente vinculantes e passíveis de sindicância judicial apenas em seu grau mínimo, cabendo aos tribunais verificar se, à luz dos princípios opostos, o dever estatal *prima facie* foi suficientemente satisfeito⁷².

Na doutrina pátria, Ricardo Lobo Torres diferencia o mínimo social, composto pelas condições materiais básicas sem as quais o indivíduo não consegue exercer de forma efetiva sua liberdade⁷³, do máximo social, referente aos direitos sociais propriamente ditos. A seu ver, ao contrário do máximo social, atinente à idéia de justiça, o mínimo social situa-se ele próprio no campo da liberdade e, por via de consequência, dos direitos fundamentais. Porque dotado de fundamentalidade e independente de intermediação legislativa, o mínimo social é direito público subjetivo passível de implementação judicial imediata; os direitos sociais máximos, ao revés, vinculam-se à conjuntura econômica e ao nível de riqueza do país e, por isso, hão de ser objeto de políticas infraconstitucionais submetidas à reserva do orçamento⁷⁴.

“Conclui-se, pois, que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima.”⁷⁵

⁷¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 495.

⁷² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 501.

⁷³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 267: “Sem o mínimo necessário à existência cessa a possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais da liberdade. A dignidade humana e as condições materiais da existência não podem retroceder aquém de um mínimo, do qual nem os prisioneiros, os doentes mentais e os indigentes podem ser privados.”

⁷⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 178-197.

⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. “A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais” in MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, Volume 5, p. 124.

Nesse contexto, o direito à saúde somente será fundamental na extensão em que puder ser considerado parte do mínimo social ou existencial. Para o autor, isso se daria exclusivamente com a saúde preventiva, já que a saúde curativa, porque pertencente ao âmbito dos direitos sociais, dependeria necessariamente de opções políticas e escolhas orçamentárias⁷⁶. A seu ver, tal raciocínio “não minimiza os direitos sociais, senão que os fortalece extraordinariamente na sua dimensão essencial, dotada de plena eficácia, e os deixa incólumes ou até os maximiza na região periférica, em que valem sob a reserva da lei.”⁷⁷

2.3.2. O Direito à Saúde como Pressuposto da Democracia

Parcela da doutrina confere fundamentalidade aos direitos sociais por considerá-los condições indispensáveis à democracia deliberativa⁷⁸. Para a teoria democrático-deliberativa, à vista da pluralidade de doutrinas abrangentes de caráter moral, filosófico e religioso – característica das sociedades contemporâneas que torna inviável um consenso material perene –, deve-se buscar o consenso sobre as premissas do processo de tomada das decisões públicas. Essas premissas, ou condições procedimentais da democracia, correspondem aos direitos fundamentais, categoria em que hão de estar enquadrados os direitos sociais, na medida em que asseguram níveis razoáveis de igualdade material e, por conseguinte, garantem que todos tenham capacidade de participar do processo deliberativo e de com ele colaborar⁷⁹.

Isso posto, na concepção de Jürgen Habermas os direitos fundamentais dividem-se em cinco categorias ou *status*:

- “(1) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de direitos de ação...*
- (2) Direitos fundamentais que resultam da configuração politicamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito;

⁷⁶ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo [organizador]. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 287-288; *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*, p. 183-184.

⁷⁷ TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 268.

⁷⁸ Para um estudo aprofundado sobre a democracia deliberativa, confira-se NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Madrid: Gedisa, 1997.

⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade” in *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 28-39.

- (3) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual [...]
- (4) Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua *autonomia política* e através dos quais eles criam direito legítimo;
- (5) Direitos fundamentais a condições de 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).”⁸⁰

Explica o autor que os direitos de liberdade (1) exigem aqueles elencados em (2) e (3) como seus correlatos necessários, pois, em conjunto, garantem a autonomia privada, enquanto que os direitos políticos (4) dizem mais diretamente com a autonomia pública⁸¹. Todos, entretanto, pressupõem os direitos fundamentais sociais (5), na medida em que essenciais ao seu exercício em igualdade de oportunidades.

Na interpretação de Ricardo Lobo Torres, Habermas, à moda rawlsoniana, confere fundamentalidade apenas aos direitos à garantia das condições de vida, relegando os direitos às demais prestações sociais mais amplas – eminentemente relativos – ao âmbito do discurso⁸². Para Rogério Soares do Nascimento, todavia, a quinta categoria de direitos fundamentais elencada pelo autor compreenderia os direitos sociais como gênero, apesar de relativos conforme as condições de tempo e espaço⁸³. A seu ver, a “questão sobre se deve ser

⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 159-160.

⁸¹ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*, Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 146: “Ao tratarmos da fundamentação do sistema dos direitos, descobrimos que a autonomia das pessoas privadas remete à legitimidade do direito e vice-versa. Sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos. Estes, por seu turno, só podem perceber, de maneira adequada, sua autonomia pública, garantida através de direitos de participação democráticos, na medida em que sua autonomia privada for assegurada. Uma autonomia privada assegurada serve como ‘garantia para a emergência’ da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como ‘garantia para a emergência’ da autonomia privada.” Também sobre o nexos interno existente entre autonomia privada e autonomia pública na teoria habermasiana, veja-se NASCIMENTO, Rogério Soares do. “A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 480-481.

⁸² “É, portanto, bem nítida, no sistema de Habermas, a distinção entre os direitos fundamentais à garantia das condições de vida (*Grundrechte auf die Gewährung von Lebensbedingungen*) e os direitos às prestações sociais (*Teilhaberechte*), já que estes últimos são relativos e se realizam com base na solidariedade. O esquema se assemelha ao de Rawls, que distingue entre *basic needs* e *basic justice*.” (TORRES, Ricardo Lobo. “A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais” in MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, Volume 5, p. 113)

⁸³ Cf. NASCIMENTO, Rogério Soares do. “A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas”, p. 484: “[...] Esta última categoria, relativa porque varia conforme as condições de espaço e tempo, ao contrário das demais que são absolutas, contempla os chamados direitos fundamentais sociais e direitos difusos. São igualmente fundamentais na medida em que constituem uma implicação necessária dos demais.” Na passagem seguinte, apesar de deixar transparecer que realmente diferencia os

garantida uma larga extensão de direitos sociais ou apenas um ‘mínimo existencial’ está relacionada com a abrangência e com o conteúdo dos direitos sociais, mas não com sua natureza”⁸⁴. De todo modo, ainda que Habermas não esclareça em qual medida, dúvida não há de que em sua opinião a saúde é uma das condições de vida essenciais ao exercício da autonomia, indispensável à participação e cooperação do indivíduo no processo democrático-deliberativo. Confira-se seu entendimento, fulcrado na lição de U. K. Preuss:

“A garantia de pretensões à participação no sentido da segurança social (e da proteção contra os perigos ecológicos ou técnico-científicos) é fundamentada de modo relativo; ela permanece referida à concessão da autodeterminação individual como condição necessária para a autodeterminação política. Neste sentido, U. Press [sic] justifica os direitos às prestações do Estado do bem-estar social com o objetivo de garantir aos sujeitos privados um *status* autônomo: *‘O ponto de partida último da qualificação ao título de cidadão é (hoje em dia) a liberdade igual de cada cidadão, independentemente de seus dons naturais, capacidades ou qualidades de realização ... Não apenas o indivíduo está interessado nisso ..., porém a sociedade democrática como um todo não sobreviverá, se as decisões tomadas pelas pessoas não tiverem uma certa qualidade, que pode ser definida de várias maneiras. Através disso, ela também está interessada na qualificação dos cidadãos: em seu poder de informação, em sua capacidade de refletir e de levar em conta os interesses de seus concidadãos e das gerações futuras, numa palavra, ela está interessada em sua ‘competência comunicativa’ ... A distribuição desigual de bens vitais diminui a qualificação dos cidadãos e, com isso, a possível racionalidade das decisões coletivas. Por esta razão, uma política que compensa a distribuição desigual dos bens disponíveis numa sociedade pode ser justificada como ‘política de qualificação dos cidadãos’*”.⁸⁵

Amy Gutmann e Dennis Thompson, por seu turno, consideram liberdade e oportunidade – entendida como igualdade de chances – princípios constitucionais

direitos às condições materiais indispensáveis à vida e os direitos sociais, Habermas parece endossar a opinião de que a relatividade não seria a nota distintiva (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*, p. 140, grifos no original): “[...] Do ponto de vista normativo, tanto a adaptação das liberdades existentes às exigências materiais, como a nova categoria de direitos a prestações sociais, são *fundamentadas de modo relativo*, ou seja, tendo em vista uma distribuição igual de liberdades de ação subjetivas protegidas pelo direito, a qual é fundamentada de modo absoluto. A materialização resulta do fato de *‘que a liberdade de direito, portanto a permissão jurídica para fazer ou deixar de fazer algo, não possui nenhum valor sem a liberdade de fato, ou seja, sem a possibilidade concreta de escolher entre aquilo que é permitido’*; ao passo que os direitos a prestações sociais se explicam pelo fato de *‘que sob condições da moderna sociedade industrial, a liberdade concreta de grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra seu substrato material num ‘espaço vital dominado’ por eles, ficando basicamente na dependência de atividades do Estado’*”.

⁸⁴ NASCIMENTO, Rogério Soares do. “A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legitimação dos Direitos Humanos*, p. 484, nota 49.

⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*, p. 157-158.

indispensáveis à democracia deliberativa⁸⁶. Preconizam que a assistência à saúde é, ao lado de educação, segurança, moradia, alimentação e trabalho, condição básica à fruição das oportunidades, possibilitando a todos ter uma vida digna e participar da deliberação democrática:

“Oportunidades básicas são aqueles bens e serviços necessários para se viver uma boa vida e permitir o uso de outras oportunidades, tais como a possibilidade de competir por bons empregos. A exata medida de como um tipo de bem ou serviço contará como oportunidade básica não é tão problemática quanto a questão relativa a que nível de apoio é necessário. Saúde, educação, segurança física, moradia, alimentação, emprego, ou os equivalentes em renda, constituem bens que são especialmente importantes para se viver uma vida decente e assegurar outras oportunidades na nossa sociedade.”⁸⁷

Na opinião dos autores, como deixa entrever o excerto que se vem de transcrever, definir o nível de assistência à saúde a ser obrigatoriamente colocado à disposição de todos os indivíduos é tarefa das mais difíceis, dada a escassez de recursos disponíveis e a necessidade de investir-se em outros bens e serviços básicos⁸⁸. Após criticarem as propostas de John

⁸⁶ Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: The Belknap of Harvard University Press, 1996, p. 200: Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: The Belknap of Harvard University Press, 1996, p. 200: “[...] Já sugerimos que a democracia deliberativa necessita de princípios que se estendam além das condições de deliberação sobre seu conteúdo. Na busca democrática por políticas provisoriamente justificáveis, o conteúdo da deliberação frequentemente significa tanto quanto suas condições. Assim, a perspectiva deliberativa que desenvolvemos aqui rejeita explicitamente a idéia, por vezes identificada com a democracia deliberativa, de que a deliberação sob as condições certas – discursos reais numa situação ideal de discurso – é suficiente para legitimar leis e políticas públicas. Abrimos a porta aos direitos constitucionais que informam e restringem o conteúdo sobre o qual deliberadores democráticos podem legitimamente legislar.”. No original: “[...] *We have already suggested that deliberative democracy needs principles that extend beyond the conditions of deliberation to its content. In the democratic search for provisionally justifiable policies, the content of deliberation often matters at least as much as the conditions. The deliberative perspective we develop here, then, explicitly rejects the idea, sometimes identified with deliberative democracy, that deliberation under the right conditions – real discourses in the ideal speech situation – is sufficient to legitimate laws and public policies. We open the door to constitutional principles that both inform and constrain the content of what democratic deliberators can legitimately legislate.*”.

⁸⁷ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*, p. 217. No original: “*Basic opportunities are those goods and services that are necessary for living a good life and making use of other opportunities, such as the opportunity to compete for skilled jobs. What kind of good or service is to count as a basic opportunity is not likely to be as problematic a question as what level of support is necessary. Health care, education, physical security, housing, food, employment, or the equivalents in income, are all goods that are especially important to living a decent life and securing other opportunities in our society.*”.

⁸⁸ Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*, p. 214: “O problema com o princípio não decorre somente do fato de que ele demanda mais recursos do que seria apropriado a um governo comandar. Requer, também, tamanho investimento em saúde que os governos não poderiam oferecer bens correspondentes a oportunidades básicas igualmente importantes, tais como educação, segurança pública, alimentação e moradia. Financiar a saúde de uma maneira que satisfaça o princípio da igualdade deixaria muito pouco para satisfazer seus próprios preceitos no que se refere aos outros bens de oportunidade básicos. No mesmo sentido, se um governo tentasse custear a educação para equalizar as oportunidades de vida de todos os cidadãos, isso provavelmente deixaria fundos inadequados para a saúde.”. No original: “*The problem with the*

Rawls e Norman Daniels, por entenderem que não equacionam adequadamente tais aspectos problemáticos, Gutmann e Thompson propõem a adoção de critério delimitador a que denominam mínimo social:

“O problema mais intratável para o princípio da oportunidade básica ocorre quando se espera que determine o nível em que qualquer bem determinado deve ser fornecido. Se se almeja preservar o impulso igualitário do princípio, deve-se exigir que em algum sentido significativo o nível de oportunidades básicas seja igual para todos os cidadãos. Definir um mínimo social adequado – nível que permitiria a qualquer cidadão viver uma vida decente e fazer uso das oportunidades que são geralmente consideradas como valiosas em nossa sociedade – parece ser a abordagem mais promissora. Esse mínimo não garantiria que cada cidadão estivesse no mesmo nível; isso seria indesejável. Mas um mínimo social daria a cada cidadão o mesmo direito sobre os recursos públicos e, nesse sentido significativo, propiciaria uma forma de oportunidades iguais.”⁸⁹

A despeito de não se utilizarem da linguagem própria aos direitos fundamentais, parece lícito concluir que defendem ser a saúde um bem fundamental à consecução do princípio constitucional da oportunidade, por sua vez condição indispensável à democracia deliberativa. Nesse diapasão, ainda que em patamar mínimo, a saúde deve ser garantida indistintamente, já que todos merecem ser tratados como livres e iguais.

Na doutrina nacional, Cláudio Pereira de Souza Neto credita fundamentalidade material aos preceitos constitucionais que configurem condições para a cooperação na deliberação democrática. Os direitos serão materialmente fundamentais na medida em que instituem padrões de convivência social cujo respeito garanta que todos os cidadãos se sintam

principle is not only that it demands more resources than the government is likely to be able to command. It also demands so much investment in health care that governments could not provide equally important basic opportunity goods such as education, public safety, food, and housing. Funding health care in a way that would satisfy the egalitarian principle would leave too little to satisfy its own dictates with regard to other basic opportunity goods. By the same token, if government tried to fund education to normalize the life chances of all citizens, this would probably leave inadequate funds for health care.”

⁸⁹ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*, p. 217-218. No original: “*The more intractable problem for the basic opportunity principle arises when it is expected to determine the level at which any given good should be provided. If the principle is to preserve its egalitarian thrust, it should require that in some significant sense the level of basic opportunities must be equal for all citizens. Defining an adequate social minimum, a level that would enable any citizen to live a decent life and make use of opportunities that are generally regarded as valuable in our society, seems the most promising approach. Such a minimum would not ensure that each citizen is at the same level; that would be undesirable. But a social minimum would give each citizen the same claim on public resources, and in this significant sense provide a form of equal opportunity.*”

participantes efetivos da comunidade política⁹⁰. No que concerne ao direito à saúde, preconiza que, se o constituinte foi ambíguo ao inseri-lo entre os direitos fundamentais, para posteriormente conferir sua concretização à atuação político-econômica do Estado, dúvida não poderia existir quanto à sua fundamentalidade material, pois “sem a garantia da vida e da integridade física e psíquica do ser humano, não há sequer como falar em dignidade e cooperação democrática.”⁹¹.

No que concerne à extensão da fundamentalidade dos direitos sociais, após discorrer sobre a doutrina do mínimo social ou existencial e criticar vivamente seu minimalismo, Souza Neto defende ótica mais ampla: afirma que serão fundamentais sempre que considerados condições necessárias ao exercício igual das autonomias privada e pública. Veja-se:

“O modelo cooperativo de democracia deliberativa, tal qual a teoria do ‘mínimo existencial’, também parte do pressuposto de que o verdadeiro problema está em definir em até que medida se pode atribuir fundamentalidade material aos direitos sociais, e não em negar ou afirmar taxativamente tal fundamentalidade. No entanto, busca elidir a cristalização do minimalismo a que leva o conceito de ‘mínimo existencial’, cuja própria locução sugere que apenas as ‘condições de subsistência’ estariam garantidas. Assim como a ‘teoria do mínimo’, a democracia deliberativa também atribui fundamentalidade material aos direitos sociais que figuram como ‘condições da liberdade’. Mas o concebe não como ‘condições mínimas’, e sim com ‘condições necessárias’, além de enfatizar o sentido ‘positivo’ da liberdade: a liberdade será aqui considerada como a igual possibilidade de implementar um projeto razoável de vida (autonomia privada) e de participar do processo de formação da vontade coletiva (autonomia pública). A fundamentalidade material dos direitos sociais engloba não só os ‘meios de subsistência’, mas também a ‘igualdade de meios para agir’. A garantia judicial dos direitos sociais não deve se limitar, por isso, a uma ‘ajuda para a auto-ajuda’.”⁹²

Por conseguinte, sempre que os poderes Legislativo e Executivo violarem por ação ou omissão esse núcleo material dos direitos sociais, caberá ao Judiciário, na qualidade de guardião das condições necessárias à cooperação democrática, implementá-los⁹³.

⁹⁰ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *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, 2006, p. 235-236.

⁹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, p. 244.

⁹² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, p. 250-251.

⁹³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, p. 257-258. No que concerne à atuação judicial pátria na seara do direito à saúde, afirma o autor: “Por outro lado, uma teoria constitucional democrático-deliberativa certamente chancelaria a jurisprudência recente do STF relativa ao direito à saúde. [...] Observe-se que, para a perspectiva democrático-deliberativa, quando se trata de direitos sociais básicos, o judiciário tem legitimidade para concretizá-los, independentemente de decisões majoritárias.

2.3.3. O Direito à Saúde como Pressuposto da Dignidade

Autores de escol atribuem fundamentalidade aos direitos sociais por considerá-los pressuposto e concretização da dignidade da pessoa humana, já que responsáveis por conferir as condições existenciais mínimas para a vida saudável⁹⁴, propiciando o desenvolvimento do indivíduo em todas as suas potencialidades⁹⁵.

Gregorio Peces-Barba Martínez entende fundamentais os direitos que tenham por fim promover a dignidade da pessoa humana, permitindo-lhe assumir seu papel como protagonista da vida social⁹⁶. Nesse contexto, na medida em que é justamente esse o desiderato último dos direitos econômicos, sociais e culturais, afigurar-se-ia evidente que também eles – à semelhança dos direitos civis e políticos – são dotados de fundamentalidade. A diferença essencial entre tais categorias de direitos residiria no fato de que os primeiros não partem da premissa fictícia de que todo aquele que ostenta condição humana é seu titular, mas sim

Não se trata aqui de uma usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Trata-se, antes sim, do estabelecimento de certas condições sociais de vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido. As diferenças sociais, quando se radicalizam a ponto de criar uma fronteira entre aqueles que têm o direito à vida e aqueles que não o têm – apenas por não serem capazes de arcar com os custos de medicamentos amplamente disponíveis no mercado – minam gravemente os próprios alicerces da estrutura básica de uma sociedade que se legitima ao afirmar que trata a todos como dignos de igual respeito.” (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade” in *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 57-58).

⁹⁴ No ponto, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60, grifos no original: “[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

⁹⁵ Vide PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 61-62: “[...] Los derechos, junto con los valores y los principios, forman parte del contenido de justicia de una sociedad democrática moderna y tienen como objetivo último ayudar a que todas las personas puedan alcanzar el nivel de humanización máximo posible, en cada momento histórico. Son medios para que la organización social y política permita el desarrollo máximo de las dimensiones que configuran nuestra dignidad [...]”.

⁹⁶ “[...] Lo que identifica, por consiguiente, el concepto de derechos humanos, y sirve de justificación o fundamento a su existencia, es que pretenden como fin favorecer en la organización de la vida social, el protagonismo de la persona – el hombre centro del mundo y el hombre centrado en el mundo – para que pueda desarrollar plenamente las virtualidades de su condición (dignidad humana). Si ese objetivo se intenta conseguir desde una pretensión subjetiva jurídicada y posible, es decir, si se puede articular con la técnica de los derechos (como derechos subjetivos, libertades, potestades o inmunidades) atribuibles a titulares idóneos (sinónimo de competentes en el ámbito de la producción normativa) y con unos contenidos posibles en las obligaciones de los correlativos obligados (eficacia), estamos ante derechos fundamentales.” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, p. 62)

“tentam pôr nas mãos dos desfavorecidos instrumentos para que, de fato, na realidade, possam competir e conviver como pessoas com aqueles que não têm necessidade dessas ajudas”⁹⁷.

Ao ver do autor, muitos dos defensores do posicionamento contrário baseiam-se na premissa equivocada de que a universalidade *a priori* e a igualdade como equiparação – ausentes nos direitos sociais – são características essenciais aos direitos fundamentais. Ora, diferentemente das liberdades individuais e dos direitos políticos, os direitos sociais pressupõem a diferença: seu ponto de partida é a desigual distribuição da riqueza, que impede que muitas pessoas possam satisfazer por si mesmas suas necessidades básicas:

*“[...] Por eso, la universalidad vista desde los derechos sociales no puede situarse en el punto de partida. No estamos ante los viejos derechos naturales. Es más bien el objetivo a alcanzar. En estos derechos la universalidad es un objetivo y se encontrará en su momento en el punto de llegada. Por eso tampoco tiene sentido la igualdad como equiparación. Sería un criterio injusto que consagrara la desigualdad real. Hay que discriminar entre desigualdades y en ese caso la igualdad supone la diferenciación. Se trata de tratar desigualmente a los desiguales, por lo que titulares de los derechos económicos, sociales y culturales sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan. Igualdad como diferenciación y universalidad como punto de llegada son los rasgos identificadores de estos derechos. [...]”*⁹⁸

Justamente por isso, critica o Estado Social por sua pretensão de generalizar a proteção à saúde indiscriminadamente, estendendo-a até mesmo àqueles que não necessitam de tal intervenção. Para o autor, como qualquer outro direito social, o direito subjetivo público à saúde haveria de ser garantido exclusivamente àqueles indivíduos desprovidos dos meios para obter tal proteção por si mesmos, seja por conta de razões econômicas, seja por uma questão fundamental de justiça⁹⁹.

⁹⁷ No original: “Los derechos económicos, sociales y culturales, pretenden igual que los restantes tipos de derechos fundamentales anteriores, favorecer en la organización de la vida social el protagonismo de la persona, pero no parten de la ficción, en que se basan los restantes derechos de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los desfavorecidos instrumentos para que, de hecho, en la realidad, puedan competir y convivir como personas con los que no tienen necesidad de esas ayudas.” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, p. 64).

⁹⁸ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, p. 64-65.

⁹⁹ “La llamada generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, han desvirtuado la finalidad de esos derechos, al acoger a quienes medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos. Los adversarios del Estado social consideran que el Estado no debe contribuir con gastos sociales para ayudar en estas materias educativas, sanitarias, de seguridad social, de vivienda, etc... Ciertamente muchos no lo necesitan, pero no se puede incurrir en la contradicción lógica de pensar que esa posibilidad que ellos tienen y que les permite alcanzar el poder de autodeterminación por sí mismos se puede generalizar y extender a todos. Pueden predicar para sí el Estado mínimo, pero no para los demás. Crear derechos como éstos de la tercera generación para ayudar a quienes lo necesitan, no permite, en la misma

Na doutrina nacional, Ingo Wolfgang Sarlet, apesar de suas reservas quanto ao entendimento de que todo o extenso rol de direitos fundamentais elencados na Constituição de 1988 pode ser materialmente reconduzido ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁰, não tem dúvidas em afirmar ser esse o caso do direito à saúde. A proteção à saúde, a seu ver, afigura-se condição material indispensável à existência com dignidade e, como tal, é obviamente dotada de fundamentalidade material:

“Já no que diz com a fundamentalidade em sentido material, esta encontra-se ligada à relevância do bem jurídico tutelado pela ordem constitucional, o que - dada a inquestionável importância da saúde para a vida (e vida com dignidade) humana - parece-nos ser ponto que dispensa maiores comentários.

Por tudo isso, não há dúvida alguma de que a saúde é um direito humano fundamental, aliás fundamentalíssimo, tão fundamental que mesmo em países nos quais não está previsto expressamente na Constituição, chegou a haver um reconhecimento da saúde como um direito fundamental não escrito (implícito), tal como ocorreu na Alemanha e em outros lugares. Na verdade, parece elementar que uma ordem jurídica constitucional que protege o direito à vida e assegura o direito à integridade física e corporal, evidentemente, também protege a saúde, já que onde esta não existe e não é assegurada, resta esvaziada a proteção prevista para a vida e integridade física.”¹⁰¹

Outrossim, também o autor se dedica à temática do mínimo existencial. Ainda que entenda fundamentais os direitos sociais para além do mínimo, reconhece, inspirado nas lições de Robert Alexy e José Joaquim Gomes Canotilho, que apenas no âmbito da garantia das condições materiais básicas¹⁰² – a serem delimitadas pela dignidade da pessoa humana – é possível vislumbrar direitos subjetivos definitivos a prestações:

contradicción lógica pero al revés, extenderlos a quienes no los necesitan. Aparte de las razones económicas por las que se puede alcanzar la crisis fiscal del Estado, existen razones de justicia. Los que predicen los recortes al gasto social no pueden beneficiarse de derechos que no son para quienes se pueden valer por sí mismos. Los que defienden al Estado social, no pueden tampoco caer en la contradicción de la generalización de esos derechos.” (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*, p. 66)

¹⁰⁰ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 112: “[...] De outra parte, e aqui centramos a nossa crítica, basta um breve olhar sobre o nosso extenso catálogo dos direitos fundamentais para que tenhamos dúvidas fundadas a respeito da alegação de que todas as posições jurídicas ali reconhecidas possuem necessariamente um conteúdo diretamente fundado no valor maior da dignidade da pessoa humana. [...]”. Sobre a dignidade da pessoa humana como alicerce de todos os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente, confira-se ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 78-79.

¹⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Considerações Em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988” in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 10, p. 3. Disponível, conforme acesso em 14/10/2006, no endereço http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf.

¹⁰² Para Sarlet, o mínimo existencial há de ser compreendido “não como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital)

“[...] Assim, em todas as situações em que o argumento da reserva de competência do Legislativo (assim como da separação dos poderes e as demais objeções aos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações) esbarrar no valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nas hipóteses em que, da análise dos bens constitucionais colidentes (fundamentais, ou não) resultar a prevalência do direito social prestacional, poder-se-á sustentar, na esteira de Alexy e Canotilho, que, na esfera de um padrão mínimo existencial, haverá como reconhecer um direito subjetivo definitivo a prestações, admitindo-se, onde tal mínimo é ultrapassado, tão-somente um direito subjetivo *prima facie*, já que – nesta seara – não há como resolver a problemática em termos de um tudo ou nada.”¹⁰³

No que concerne ao direito à saúde, após demonstrar preocupação com as dificuldades inerentes à definição de seu conteúdo e alcance, Sarlet reafirma a necessidade de reconhecê-lo direito subjetivo originário a prestações materiais – mesmo que adstritas ao indispensável à proteção da vida –, na medida em que constitui “exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”¹⁰⁴. Senão, vejamos:

“Embora tenhamos que reconhecer a existência destes limites fáticos (reserva do possível) e jurídicos (reserva parlamentar em matéria orçamentária) implicam certa relativização no âmbito da eficácia e efetividade dos direitos sociais prestacionais, que, de resto, acabam conflitando entre si, quando se considera que os recursos públicos deverão ser distribuídos para atendimento de todos os direitos fundamentais sociais básicos, sustentamos o entendimento, que aqui vai apresentado de modo resumido, no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente – em se cuidando da saúde – da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo. Tal argumento cresce em relevância em se tendo em conta que a nossa ordem constitucional (acertadamente, diga-se de passagem) veda expressamente a pena de morte, a tortura e a imposição de penas desumanas e degradantes mesmo aos condenados por crime hediondo, razão pela qual não se poderá sustentar – pena de ofensa aos mais elementares requisitos da razoabilidade e do próprio senso de justiça – que, com base numa alegada (e mesmo comprovada) insuficiência de recursos – se acabe virtualmente condenando à morte a pessoa

mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável (como deflui do conceito de dignidade adotado nesta obra) ou mesmo daquilo que tem sido designado de uma vida boa” (cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 93).

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 374-375.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 346.

cujo único crime foi o de ser vítima de um dano à saúde e não ter condições de arcar com o custo do tratamento.”¹⁰⁵

Ana Paula de Barcellos, por sua vez, trata os direitos fundamentais como expressões da dignidade da pessoa humana, da qual os direitos sociais são condições materiais¹⁰⁶. Ora, na medida em que a dignidade da pessoa humana é o valor mais fundamental das sociedades democráticas contemporâneas, e alçada que foi pela Constituição de 1988 ao *status* de princípio fundante da ordem jurídica e finalidade principal do Estado, evidente está a fundamentalidade dos direitos sociais.

Por conta dessa importância basilar, a eficácia das normas jurídicas que veiculam direitos sociais há de ser tão consistente quanto possível; no entanto, segundo a autora, além da fundamentalidade social e jurídica, também orientam a aferição da eficácia das normas constitucionais a possibilidade semântica de seu texto, o sistema temático em que está inserida, o sistema normativo como um todo e dados outros metajurídicos. Reconhece, então, que, tudo considerado, apenas o núcleo essencial dos direitos sociais – é dizer, o mínimo existencial – é dotado de eficácia simétrica, constituindo verdadeiro direito subjetivo:

“[...] o princípio da dignidade da pessoa humana comporta várias modalidades de eficácia jurídica em faixas diferentes de sua extensão. É possível reconhecer eficácia positiva ou simétrica às faixas que compõem o seu núcleo, especialmente àquelas que dizem respeito a condições materiais da existência, isto é, exigibilidade da prestação em si diante do Poder Judiciário – e essa constatação foi o objetivo principal do estudo. Em suma: o chamado *mínimo existencial*, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia jurídica positiva ou simétrica. Para além desse núcleo, ingressa-se em um terreno no qual se desenvolvem apenas outras modalidades de eficácia jurídica, decorrência da necessidade de manter-se o espaço próprio da política e das deliberações majoritárias.”¹⁰⁷

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas Considerações Em Torno do Conteúdo, Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde na Constituição de 1988” in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 10, p. 13.

¹⁰⁶ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26-27: “[...] a dignidade humana é hoje um axioma jusfilosófico e, além disso, no nosso sistema, um comando jurídico dotado de superioridade hierárquica. A saber: as pessoas devem ter condições dignas de existência, aí incluindo-se a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade, aspecto que mais diretamente interessa a este estudo; não apenas porque isso é desejável, mas porque a Constituição, centro do sistema jurídico, norma fundamental e superior, assim determina.”

¹⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 248.

Para Barcellos, esse mínimo existencial abarcaria exclusivamente a saúde básica¹⁰⁸, a educação fundamental, a assistência aos desamparados e o acesso à Justiça, entendida a primeira como atenção à saúde preventiva, atendimento materno-infantil e saneamento básico. Para tanto, adota como critérios a relação entre o custo da prestação e o benefício que ela potencialmente proporcionará, bem como a possibilidade de que todos possam dela vir a usufruir, razão porque deixa de incluir no mínimo existencial quaisquer prestações de saúde curativa¹⁰⁹.

2.3.4. O Direito à Saúde como Pressuposto da Vida Boa

Apesar da ausência de unidade característica do movimento, é possível afirmar que o comunitarismo entende fundamentais aqueles direitos que expressam aspectos básicos da plena realização humana em comunidade¹¹⁰, caracterizando-se como verdadeiras condições da vida boa¹¹¹. Dúvida não há de que a maior ênfase do pensamento comunitarista recai sobre a dimensão social do indivíduo, inserido que está numa comunidade com a qual compartilha valores cambiantes, mas também é certo que não deixa de reconhecer a existência de uma

¹⁰⁸ “[...] Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 259)

¹⁰⁹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 272-289. Nesse particular, a autora aproxima-se das lições de Ricardo Lobo Torres (vide item 3.1, nota 68).

¹¹⁰ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 131: “[...] A escola comunitarista se desenvolveu de forma especial a partir do final da década de 70, e início dos anos 80, no contexto da crítica ao modelo liberal-assistencialista norte-americano e às suas conseqüências em termos de custos para a sociedade. Uma das linhas de idéias do movimento concentra-se na crítica ao individualismo isolacionista da sociedade norte-americana, pelo qual o relacionamento mais relevante do homem não é com os demais membros da comunidade onde vive, mas com o assistencialismo estatal. Tal observação conduziu diversos autores a proporem uma redução do papel do Estado: este deixaria de ser o fundamental garantidor dos direitos para assumir um papel mais restrito de agente de fomento, ao passo que os problemas dos indivíduos em geral passariam a ser resolvidos no âmbito da própria sociedade local. Afora esse elemento comum, o chamado movimento comunitarista abarca uma variedade de vertentes e posições, não dispondo de uma unidade de sentido.”. Veja-se também SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. “A Crítica Comunitarista ao Liberalismo” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 197-198.

¹¹¹ Entendida como vida humana plenamente realizada, como a define Luis Fernando Barzotto (cf. “Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética” in MELLO, Cláudio Ari [organizador]. *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 49).

dimensão universal decorrente da própria humanidade¹¹². E é justamente aí que se encontram situados os direitos fundamentais.

Michael Walzer denomina moralidade mínima esta dimensão universal e a faz coincidir com um conjunto de direitos básicos, entre os quais a garantia das condições materiais indispensáveis à plena realização da vida em comunidade. Apesar de não explicitar seu conteúdo, o autor admite que determinados bens sociais são essenciais à capacitação do indivíduo para participar de sua comunidade e compartilhar seus valores¹¹³. No que concerne à assistência médica, preconiza que sua distribuição deve atender ao critério da necessidade, cuidando para que os demais princípios distributivos – livre intercâmbio e mérito – não interfiram¹¹⁴, sob pena de desrespeito à igualdade e perpetuação da tirania¹¹⁵.

Luis Fernando Barzotto, por sua vez, afirma textualmente que a saúde é um dos elementos constitutivos da vida boa e, portanto, direito fundamental de validade universal¹¹⁶. Como representante no comunitarismo na doutrina pátria, entende que os direitos humanos consubstanciam uma relação de justiça entre pessoas, cuja efetivação “leva à construção de uma comunidade na qual o bem de todos é condição do bem de cada um”¹¹⁷. Por tal razão, recusa-se a defini-los como direitos subjetivos à moda da tradição liberal – ou seja, como “poder de disponibilidade sobre uma pessoa ou coisa, garantido judicialmente”¹¹⁸ –,

¹¹² Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 132; SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. *A Crítica Comunitarista ao Liberalismo*, p. 227; BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética*, p. 51.

¹¹³ Nesse particular, apoiamo-nos nas conclusões de BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 137-138.

¹¹⁴ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 119-120: “[...] O que fazemos ao declarar que este ou aquele bem é um bem necessário é bloquear ou reprimir seu livre intercâmbio. Também bloqueamos qualquer outro processo distributivo que não atenda às necessidades – eleições populares, concorrência meritocrática, preferências pessoais ou familiares etc. Mas o mercado é, pelo menos nos Estados Unidos de hoje, o principal adversário da esfera da segurança e do bem-estar social; e, o que é mais importante, o mercado é que é expropriado pelo Estado de bem-estar social. Não se pode deixar os bens necessários à mercê de algum grupo poderoso de proprietários ou profissionais, ou permitir que sejam distribuídos segundo os interesses deles.”

¹¹⁵ Walzer defende a igualdade complexa, segundo a qual os diversos bens sociais devem ser distribuídos de acordo com critérios de justiça próprios, perfazendo esferas autônomas: “[...] Converter um bem em outro, quando não há ligação intrínseca entre os dois, é invadir a esfera apropriadamente governada por outro grupo. O monopólio não é inadequado dentro das esferas. Não há nada de errado, por exemplo, no domínio que as pessoas persuasivas e prestativas exercem sobre o poder político. Mas é tirânico o uso do poder político para ter acesso a outros bens. Assim, generaliza-se uma antiga definição de tirania: os príncipes se tornam tiranos, segundo os autores medievais, quando se apoderam das propriedades ou dominam a família dos súditos. Na vida política – mas também de maneira mais ampla – o predomínio de bens resulta no poder sobre o povo.” (*Esferas da Justiça*, p. 23).

¹¹⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos*, p. 51.

¹¹⁷ BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos*, p. 84. À página 70 explicita o autor que o bem comum nada mais é do que “o conjunto de condições (liberdade, educação, saúde, segurança, etc.) necessários à plena realização de todos os membros da comunidade”.

¹¹⁸ BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos*, p. 67.

preferindo remarcar a interdependência entre pessoa e sociedade ínsita à idéia de justo subjetivo – é dizer, aquilo que é devido a cada pessoa para que possa se auto-realizar em consonância com o bem da comunidade. Nesse contexto, a distribuição e a implementação dos direitos fundamentais devem orientar-se à obtenção do bem comum, respeitado o critério último da igualdade. Criticável, então, a interpretação conferida ao direito à saúde pela maioria da doutrina e jurisprudência nacionais, que, influenciadas pelo pensamento liberal, o tomam por direito subjetivo de indivíduos ensimesmados:

“A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo auto-interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos auto-interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde.”¹¹⁹

A seu ver, se entendido como justo subjetivo, o direito à saúde é limitado pelas exigências do bem comum e da igualdade, de modo que seria impossível ao indivíduo pretender de seus iguais prestação que não lhe fosse devida como condição para sua auto-realização em comunidade:

“Ao contrário, conceber o direito à saúde como justo subjetivo é concebê-lo como algo ajustado a um ser social, que deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade e cujo bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir este último. Assim, não se trata de saber se é adequado ao indivíduo X receber 10 milhões porque sua doença exige essa quantia para um tratamento eficaz. A *saúde* de X é uma *qualidade individual* sua, a ser determinada por um médico. O *direito à saúde* não é uma qualidade individual, mas uma *relação de justiça* que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária à sua auto-realização. Mas na sua manifestação histórica, como um direito, ela deve ser considerada nas suas conseqüências, isto é, como algo devido no interior de uma comunidade, o que relativiza um bem que em si mesmo, é absoluto.

¹¹⁹ BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos*, p. 75.

Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X, sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e/ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a *saúde* de X será afetada, mas não o seu *direito à saúde*, pois 10 milhões não é algo adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isso. Pensar que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social.”¹²⁰

Como se vê, à vista da impossibilidade de garantir-se a todos os membros da comunidade todas as prestações de saúde que viessem a desejar ou necessitar, Barzotto preconiza a instituição de limites com fundamento no próprio ideário comunitarista, prescindindo da abordagem do mínimo social ou existencial.

2.3.5. O Direito à Saúde como Reflexo da Necessidade Humana

Linha filosófica distinta entende os direitos como resultantes das necessidades, creditando fundamentalidade àqueles que refletem necessidades essenciais do ser humano. Nesse contexto, Ernst Tugendhat, com fulcro no que denomina “moral do respeito universal”, e após criticar o ideário liberal por reconduzir à liberdade todos os demais direitos, leciona que vida, integridade física, liberdade e autonomia são necessidades humanas centrais e, justamente por isso, direitos fundamentais¹²¹.

Raciocínio idêntico aplicar-se-ia, ao ver do autor, aos direitos sociais, na medida em que resultantes da necessidade de ajuda àqueles indivíduos que não reúnem condições de

¹²⁰ BARZOTTO, Luis Fernando. *Os direitos humanos como direitos subjetivos*, p. 75-76.

¹²¹ Cf. TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p. 357-358: “[...] A orientação unilateral a partir da liberdade é contudo falsa até para a tradição liberal, porque sobretudo o direito à vida e à integridade física não é um direito de liberdade. Além disso, a idéia de uma condição natural é, visto do ponto de vista moral, um mito ruim, porque ele parte exclusivamente dos adultos que têm condições de providenciar por si mesmos. Nenhum indivíduo jamais teria podido sobreviver se não tivesse nascido no interior de uma comunidade. Precisamos, contudo, reconhecer naturalmente a liberdade e a autonomia do indivíduo como um bem central, e por isso a necessidade de ser protegido em sua liberdade como um direito moral central. Mas fundamental para a pergunta pelos direitos que a gente tem somente pode ser o conceito da necessidade (ou do interesse). O lugar da liberdade ficaria no ar se ela não fosse uma das necessidades fundamentais do indivíduo a ser reconhecida moralmente, da mesma forma como a necessidade da integridade física, mas também, por exemplo, como a necessidade de cuidado e de providências em caso de necessidade de ajuda, e de educação na fase da infância (em inglês dir-se-ia menos autoritariamente *upbringing*), bem como a necessidade da participação política. O conceito de liberdade não pode ser visto como o termo geral de todos os direitos fundamentais.”. Do mesmo autor, veja-se também *Justicia y Derechos Humanos*. Barcelona: Universitat de Barcelona Publicacions, 1993, p. 7-35.

prover por si seu bem-estar. Tampouco aqui seria possível recorrer à liberdade como fundamento universal, ainda que em sua versão positiva, pois situações há em que, mesmo presentes os recursos necessários à vida digna, faltam faculdades pessoais indispensáveis à sua efetiva utilização:

“A obtenção de espaços mínimos de liberdade positiva, nos quais todos os seres humanos capacitam a si próprios a providenciar seu bem-estar, na medida de suas condições, parece, na perspectiva moral, um direito tão fundamental quanto o direito à integridade física e certos direitos negativos de liberdade. Alexy, porém, se engana quando pensa que em geral pode compreender os direitos sociais como direitos de liberdade ampliados, porque para atitudes de vida precisam ser dadas, não apenas condições externas (recursos), mas também faculdades próprias. Quem é novo ou idoso demais ou doente ou deficiente não pode ajudar-se a si mesmo, mesmo que tivesse os recursos para tal. Por isso parece estar excluído assegurar, em nome dos direitos humanos, uma existência humana digna de todas as pessoas, exclusivamente através da ampliação do conceito de liberdade.”¹²²

No desenvolvimento de sua análise, reforça a idéia de que somente a necessidade se presta a fundamentar os direitos sociais: reconhecido, em linha de princípio, que todo indivíduo é um ser autônomo, a intervenção do Estado em seu socorro somente há de ocorrer em caráter subsidiário, quando lhe for impossível viver com dignidade à custa de seu próprio esforço. Trata-se de conceder ajuda àqueles que dela necessitam para se auto-ajudar¹²³.

Tugendhat tenta definir, então, qual o nível de auxílio devido aos necessitados. Para tanto, ainda que não se utilize de tal terminologia, recorre à idéia de mínimo existencial, composto por integridade física, certas liberdades e condições mínimas para a existência, parecendo conferir-lhe fundamentalidade diferenciada. Deixa em aberto, entretanto, que condições seriam essas, bem como a fórmula para a extração do mínimo:

¹²² TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*, p. 360.

¹²³ Vide TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*, p. 360-361 : “[...] Contudo, parece-me valiosa a tentativa de Alexy de fazer isto tanto quanto possível, não porque, como ele pensa, a garantia da liberdade seria normativa para a compreensão global dos direitos humanos, mas porque a maior autonomia possível é uma necessidade fundamental dos seres humanos, e por isso toda ajuda, tanto quanto possível, deveria ser uma ajuda para a auto-ajuda. Mais uma vez retoma-se aqui o tema do ‘subsidiariamente’. Só àqueles que mesmo tendo assegurado o seu direito ao trabalho não podem ajudar-se a si próprios precisa ser assegurada diretamente uma existência humana digna, mas também isto de tal maneira, que seja oferecida aos afetados, sobretudo, por exemplo, aos deficientes, uma oportunidade para aprender e treinar atividades que lhes sejam possíveis. Os direitos ao atendimento do idoso, do doente e do acidentado não são direitos de liberdade”. Para uma crítica à identificação dos direitos sociais à idéia da ajuda para auto-ajuda, confira-se SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *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, 2006, p. 248-249.

“Respeitar a alguém significa reconhecê-lo como sujeito de direitos morais. Nós contudo também empregamos o termo de tal maneira que possamos dizer: eles vivem em ‘relações humanamente dignas’. Apenas este uso da linguagem parece apontar para um certo nível de satisfação das necessidades. Mas como se deve compreender este uso da linguagem e como ele se relaciona com o discurso da dignidade do ser humano como com aquilo que nós reconhecemos quando reconhecemos os seus direitos? Aqui poderia ajudar um pensamento de H. Shue. Shue distingue entre *basic rights* e direitos restantes (18-20, 26s), de modo que os direitos fundamentais são aqueles que precisam ser cumpridos, a fim de que o ser humano possa exigir e exercer quaisquer direitos. Um direito que está no papel mas que não pode ser exigido não tem valor. Shue procura mostrar que integridade física, um determinado mínimo para a existência e certos direitos de liberdade são, neste sentido, conjuntamente os direitos fundamentais. Quem não dispõe do que está garantido nestes direitos não pode, por exemplo, gozar de seus direitos políticos. A partir disso dá-se ao menos uma vaga noção de que nível precisa ser o mínimo para a existência. É possível canalizar agora de tal maneira este pensamento, de modo que as relações, nas quais vive um ser humano, sejam humanamente dignas, exatamente quando elas preenchem a condição mínima para que ele possa gozar os seus direitos e para que leve, neste sentido, uma existência ‘humanamente digna’, especificamente ‘humana’.”¹²⁴

Para Paulo Gilberto Cogo Leivas, os direitos fundamentais são resultado de necessidades básicas especialmente valoradas, quando devidamente protegidas por normas positivas vinculativas.¹²⁵ A seu ver, autonomia e saúde, porque condições prévias de toda ação individual, constituem as necessidades humanas mais elementares, e haverão de ser satisfeitas de acordo com o padrão de vida mínimo aceitável em cada sociedade.¹²⁶

Esse padrão, denominado pelo autor como ótimo mínimo ou “minopt”, implica níveis de autonomia e saúde tais que “o indivíduo é capaz de optar por atividades nas quais deseje tomar parte dentro de sua própria cultura, possui as aptidões cognitivas, anímicas e sociais para fazê-lo e tem acesso aos meios que o permitam adquirir ditas aptidões”¹²⁷. Nessa linha, o mínimo existencial nada mais seria do que o direito à satisfação das necessidades básicas de acordo com esse nível “minopt”, a ser definido pelos poderes democráticos dentro de determinadas pautas constitucionais:

¹²⁴ TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*, p. 363.

¹²⁵ Cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 128: “Portanto, a existência de necessidades básicas não satisfeitas é um forte argumento para a existência de direitos à sua satisfação. Porém, direitos à satisfação dessas necessidades devem ser buscados em normas que prescrevem direitos fundamentais, em especial nos direitos fundamentais sociais.”

¹²⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 127.

¹²⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 126.

“Mas que pautas constitucionais são estas? Em caso de omissão do poder legislativo ou no caso de medidas aquém destas pautas, com que parâmetros devem julgar os juízes em sede de controle de constitucionalidade difuso ou concentrado?”

Trata-se de uma tarefa a ser construída por dogmáticas específicas dos direitos fundamentais à saúde, à educação, à habitação, etc. Nessas dogmáticas, não pode ser olvidado, contudo, a escassez de recursos, o que exige que o nível de satisfação de determinadas necessidades intermediárias seja estabelecido em conformidade com a situação sócio-econômica brasileira, o que não necessariamente coincide com a disponibilidade do governo ou a previsão orçamentária para gastos em programas sociais, uma vez que os direitos fundamentais caracterizam-se exatamente, como afirma ALEXY, como direitos tão importantes que sua outorga ou não-outorga não possa ficar em mãos da simples maioria parlamentar.”¹²⁸

2.4. Perspectiva Objetiva e Garantias Institucionais

Como já explicitado, não se tratará neste trabalho, senão transversalmente, da perspectiva objetiva do direito fundamental à saúde, uma vez que o foco da pesquisa centra-se nos limites e possibilidades da exigência em face do Estado de prestações sanitárias positivas. Nada obstante, não se ignora que a eficácia do direito à saúde – como, de resto, de qualquer outro direito fundamental – não se esgota em sua dimensão subjetiva. Para além da possibilidade de vir o seu titular, seja ele pessoa individual ou ente coletivo, a “impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário”¹²⁹, os direitos fundamentais “valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir”¹³⁰.

¹²⁸ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 136.

¹²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 178. À página 180 explicita o autor: “[...] Neste contexto, quando – no âmbito da assim denominada perspectiva subjetiva – falamos de direitos fundamentais subjetivos, estamos nos referindo à possibilidade que tem o seu titular (considerado como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação ou às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão”.

¹³⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 111. O trecho citado foi extraído do seguinte excerto: “Já tem sentido fazer a distinção para mostrar que os preceitos relativos aos direitos fundamentais não podem ser pensados apenas do ponto de vista dos indivíduos, enquanto posições jurídicas de que estes são titulares perante o Estado, designadamente para dele se defenderem, antes valem juridicamente também do ponto de vista da comunidade, como valores ou fins que esta se propõe prosseguir, em grande medida através da ação estadual.”. No ponto, preleciona Antonio Enrique Perez Luño: “[...] *los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.*” (*Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004, p. 21).

Apesar de não nos ser possível aprofundar a análise do tema¹³¹, cabe pontuar que, no campo de sua perspectiva objetiva, os direitos fundamentais – entre os quais o direito à saúde – podem comportar diversas aplicações práticas relevantes. Primeiramente, assumem o caráter de normas de competência negativa, “no sentido de que o *status* fundamental de liberdade e igualdade dos cidadãos se encontra subtraído da esfera de competência dos órgãos estatais”¹³². Em outras palavras, o tanto de liberdade de ação e decisão outorgado ao indivíduo pelos direitos fundamentais situa-se fora da competência dos poderes constituídos. Em segundo lugar, possuem uma eficácia dirigente da conduta estatal: contêm “uma ordem dirigida ao Estado”, pois “a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais”¹³³. Ademais, independentemente de consagrarem posições subjetivas, balizam o controle de constitucionalidade dos atos normativos estatais, na medida em que condensam os valores mais importantes da comunidade política¹³⁴.

Ainda na esfera da perspectiva objetiva, costuma-se fazer referência à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, segundo a expressão consagrada pela doutrina e jurisprudência germânicas¹³⁵. Com isso se quer dizer que “os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a

¹³¹ Para um exame mais detalhado, confirmam-se: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 109-113, 138-166; SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133-172; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 166-177; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência*. Disponível, conforme acesso em 30/07/2007, no endereço eletrônico <http://www.mundojuridico.adv.br>, p. 13-23; DIMOULES, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 118-127.

¹³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 170. Mais à frente, à página 171, complementa o autor: “[...] Tendo em mente que, sob este aspecto, os direitos fundamentais continuam sendo direitos subjetivos individuais, cuida-se aqui, na verdade, de uma troca de perspectiva, no sentido de que aquilo que os direitos fundamentais concedem ao indivíduo em termos de autonomia decisória e de ação eles retiram objetivamente do Estado.” Veja-se também DIMOULES, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 119.

¹³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 172.

¹³⁴ “[...] A ilegitimidade e a conseqüente invalidade de uma norma ou de um acto dos poderes públicos resulta da sua contradição com as disposições normativas ou com os princípios consagrados na Constituição, abstraindo da eventual existência e ofensa de posições subjetivas aí garantidas. O efeitos de invalidação de normas ordinárias é, assim directamente referido ao preceito constitucional, ao direito objetivo, que constitui em si o padrão pelo qual se julga a constitucionalidade, sendo absolutamente irrelevante a circunstância de se tratar de norma que confira posições jurídicas subjetivas.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 154)

¹³⁵ É bem ressaltar que Claus-Wilhelm Canaris critica vivamente tal expressão, utilizada pelo Tribunal Constitucional alemão no julgamento do multiplamente citado caso Lüth. A seu ver, o conceito de eficácia irradiante “não constitui mais do que uma solução de recurso, desde logo, porque não é um conceito jurídico, mas antes, e tão-só, uma formulação metafórica extraída da linguagem coloquial, e que é correspondentemente vaga” (cf. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 47-48). Sobre o caso Lüth, confira-se a detalhada explanação de Daniel Sarmento em *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 141-142.

interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”¹³⁶. São frutos da eficácia irradiante a interpretação conforme a Constituição – seja ela utilizada como princípio hermenêutico ou mecanismo de controle de constitucionalidade –, a filtragem constitucional – fenômeno que impõe ao aplicador do Direito uma nova leitura de todo o ordenamento jurídico, orientada à promoção dos direitos fundamentais – e a constitucionalização de todos os ramos do Direito. Por conseguinte, quaisquer atividades estatais ou relações entre particulares hão de respeitar o direito à saúde, assim como é sob essa ótica protetiva que deverão ser interpretadas as normas jurídicas e contratos privados.

Nesse contexto, confere-se aos direitos fundamentais eficácia horizontal: os direitos fundamentais produzem efeitos não só nas relações entre particulares e o Estado, mas também naquelas entabuladas exclusivamente entre particulares¹³⁷. Reconhece-se que, por um lado, “os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada”¹³⁸. Por outro, “põe-se em relevo a necessidade de protecção dos particulares não apenas perante o Estado, mas também, através do Estado, perante outros particulares, pelo menos, perante indivíduos ou entidades privadas que sobre eles exercem ou estão em condições de exercer verdadeiros poderes, jurídicos ou de facto”¹³⁹. Evidente, pois, que o direito à saúde há de influenciar os contratos de trabalho e de prestação de serviços de saúde, cabendo ao Estado – como logo se verá – o dever de promover e proteger a saúde quando regular tais relações entre particulares ou julgar eventuais querelas delas decorrentes¹⁴⁰.

Desdobramento importante da perspectiva objetiva – decorrente em grande medida da concepção do Estado prestador e amigo dos direitos fundamentais prevalente no *Welfare State*

¹³⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 155.

¹³⁷ Para um estudo aprofundado da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, confirmam-se: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 223-368; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 237-273; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 399-408.

¹³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 403.

¹³⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 241.

¹⁴⁰ “Nesta mesma linha, devem ser citadas as inúmeras decisões judiciais que utilizaram o direito fundamental á saúde como vetor interpretativo para aplicação do conceito legal de cláusula abusiva, previsto no Código do Consumidor, com o fito de obrigar planos de saúde à realização de tratamentos médicos em casos de doenças excluídas por ajuste contratual, ou para invalidar limitações contratuais ao prazo de internação hospitalar dos pacientes. [...] Já num hipotético contrato de trabalho, se houvesse dúvida sobre a assunção ou não, pelo empregador, do dever de custear um plano de saúde para o empregado, deveria prevalecer a interpretação mais benéfica, já que a saúde é um direito fundamental.” (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 343)

– é o reconhecimento de que tais direitos fazem surgir para o Estado deveres de proteção. Em outras palavras, para além de dar cumprimento à obrigação principal correspondente ao direito fundamental – seja ela uma abstenção ou uma prestação –, os poderes estatais têm o dever objetivo de promovê-lo e protegê-lo contra quaisquer ameaças ou agressões provenientes de particulares ou de outros Estados, garantindo-lhe efetividade. No exercício de tal mister, caberá ao Estado adotar medidas positivas legislativas e de qualquer outra natureza, a fim de que reste efetivamente tutelado o exercício do direito fundamental¹⁴¹. Nas palavras de Daniel Sarmiento:

“Hoje, garantir os direitos do homem significa protegê-los nos mais diferentes contextos, públicos ou privados. O Estado, que apesar das múltiplas crises que enfrenta ainda é o principal garantidor dos direitos fundamentais, tem de criar novas instituições e remodelar as já existentes, sem o que não estará à altura desta que constitui a sua mais importante missão. Se os direitos fundamentais se irradiam para as relações privadas, e se cabe ao Estado protegê-los quando forem violados por terceiros, este Estado tem que estar devidamente aparelhado para desincumbir-se desta sua função. Tem de formular e implementar as políticas públicas necessárias, pois mesmo a garantia dos direitos individuais de matriz liberal não tem hoje como prescindir de comportamentos ativos do Estado para a sua salvaguarda.”¹⁴²

Por fim, os direitos fundamentais, ao passo que são dependentes da organização e do procedimento estatais, são também parâmetros para sua criação, no sentido de que tanto o direito procedimental quanto as estruturas organizacionais devem auxiliar na efetivação de sua proteção¹⁴³. No dizer de José Carlos Vieira de Andrade, “as normas relativas aos direitos fundamentais impõem que a organização e o procedimento susceptíveis de afectarem os direitos sejam conformadas no sentido de assegurar o exercício ou a efectividade desses direitos ou, pelo menos, em termos que ponderem os valores jusfundamentais em causa”¹⁴⁴.

¹⁴¹ “Não estaria em causa apenas a conformidade com os direitos fundamentais da actividade administrativa, mas de *toda a actividade estadual* (legislativa e administrativa e judicial) e não apenas das acções, mas também das *omissões* – o Estado seria, no fundo, o primeiro ou o último responsável por todas as ‘ofensas’ aos direitos fundamentais, pois que, enquanto o titular do monopólio do poder nas sociedades organizadas, lhe caberia, ou justificar essas ofensas, ou preveni-las e reprimi-las, se forem injustificadas. Assim, o Estado deveria fazer todas as normas necessárias (penais, administrativas, laborais, civis, processuais, etc.), organizar e realizar todas as actuações administrativas e velar pelo funcionamento adequado dos tribunais, de modo a assegurar, a todos os níveis e em todas as circunstâncias, uma protecção efectiva dos direitos fundamentais dos cidadãos.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p. 143-144)

¹⁴² SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, p. 161. Nas páginas 162 a 170 o autor discorre esmiuçadamente sobre precedentes jurisprudenciais em que discutida a questão do dever objetivo de proteção.

¹⁴³ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 176.

¹⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 148.

Cabe, ainda, uma palavra sobre as assim denominadas garantias institucionais, já que exercem finalidade protetora de bens jurídicos fundamentais, mas não dão ensejo a direitos subjetivos – ao menos não usualmente. Trata-se de regras constitucionais que impõem deveres aos poderes públicos, “com a função principal e a intenção de garantir, realizar e promover a dignidade da pessoa humana centrada em posições subjetivas”, mas que, em geral, não investem “os indivíduos em situações de poder ou de disponibilidade com esse objecto específico”¹⁴⁵. Na seara do direito à saúde, especificamente, pode-se elencar a garantia de investimento mínimo estatuída pela Emenda Constitucional nº 29 e as instituições da Conferência e dos Conselhos de Saúde como garantias institucionais correlatas. Ressalte-se que tais garantias “vinculam o legislador, admitindo um espaço, maior ou menor, de liberdade de conformação legal, mas proibindo-lhe sempre a *destruição*, bem como a *descharacterização* ou a *desfiguração* da instituição (do seu *núcleo essencial*)”¹⁴⁶.

2.5. Síntese Conclusiva

Ao cabo desse inventário sumário, vê-se que, tirantes os partidários do libertarianismo, todos os demais autores cuja obra foi objeto de pesquisa creditam aos direitos sociais – e, portanto, ao direito à saúde – fundamentalidade material e, por via de consequência, os entendem perfeitamente sindicáveis, ainda que em maior ou menor extensão e de acordo com as circunstâncias do caso concreto. É possível dizer, pois, que existe um consenso sobreposto na matéria: a despeito das diferentes orientações filosóficas e ideológicas que por ventura sejam professadas, e ao menos no que concerne a um denominador mínimo, a doutrina concorda que o direito à saúde é dotado de fundamentalidade material¹⁴⁷. Nesse contexto, e para os fins deste trabalho, desnecessário se mostra tomar posição por um ou por outro

¹⁴⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 138.

¹⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 141. No ponto, veja-se também SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 216.

¹⁴⁷ Emprega-se, aqui, a expressão “consenso sobreposto” no sentido cunhado por Rawls: “[...] Numa tal sociedade [democrática bem-ordenada da justiça como equidade], uma doutrina abrangente e razoável não pode garantir a base da unidade social, nem oferecer o conteúdo da razão pública sobre questões políticas fundamentais. Portanto, para que fique claro como uma sociedade bem-ordenada pode ser unificada e estável, introduzimos outra idéia básica do liberalismo político, que caminha junto com a de uma concepção política de justiça, a saber, a idéia de um consenso sobreposto de doutrinas abrangentes e razoáveis. Nesse tipo de consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico. A unidade social baseia-se num consenso sobre a concepção política; e a estabilidade é possível quando as doutrinas que constituem o consenso são aceitas pelos cidadãos politicamente ativos da sociedade, e as exigências da justiça não conflitam gravemente com os interesses essenciais dos cidadãos, tais como formados e incentivados pelos arranjos sociais dessa sociedade.” (RAWLS, John. *O Liberalismo Político*, p. 179-180)

entendimento, até porque muitos não são excludentes entre si e podem ser tomados complementarmente¹⁴⁸.

Se há acordo razoável no sentido de que viável extrair do direito fundamental à saúde posições subjetivas justiciáveis, também não pode existir dúvida quanto à influência de sua dimensão objetiva sobre a atuação judicial. Equivocada – acreditamos – seria a assunção de posicionamento distinto, uma vez que a proteção aos direitos fundamentais, sobretudo se titularizados pelas parcelas da comunidade mais necessitadas e desprovidas de força política, é o dever constitucional mais elementar atribuído ao Poder Judiciário.

¹⁴⁸ Ao ver de Cass R. Sunstein, sempre que desnecessário tomar posição sobre determinada questão, é recomendável que o intérprete deixe de fazê-lo, assumindo postura propositadamente minimalista. No ponto, confira-se *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

3. DAS OBJEÇÕES À SINDICABILIDADE DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE

3.1. Notas Introdutórias

Às demandas individuais e coletivas por prestações positivas de saúde costumam ser opostas diversas objeções, normalmente fulcradas nos princípios democrático e da separação de poderes, na discricionariedade administrativa e na reserva do possível. Antes de mais nada, entretanto, vale realçar que tais argumentos somente têm lugar e podem ser objeto de discussão quando a pretensão tiver por fundamento direto e exclusivo a Constituição da República: por óbvio, se o dever genérico de promoção, proteção e recuperação da saúde estiver concretizado por norma de conduta infraconstitucional, de nenhuma valia serão à defesa estatal. Ora, com a interposição legislativa ficam superados quaisquer debates atinentes à violação da separação de poderes, da ordem democrática, do espaço de livre conformação do administrador e da falta de competência orçamentária do juiz.

Feito o esclarecimento – necessário, uma vez que tais linhas de argumentação são por vezes utilizadas indiscriminadamente –, procurar-se-á demonstrar que, mesmo naquelas demandas lastreadas exclusivamente em mandamentos constitucionais, nenhuma constitui óbice intransponível. Deverão, isso sim, ser objeto de análise, já que, à vista do caso concreto, podem sequer se revelar obstáculos verdadeiros, e de eventual ponderação, se realmente se provarem contrapostos à pretensão.

Como se terá oportunidade de analisar¹⁴⁹, separação de poderes, discricionariedade, democracia e reserva do possível sequer costumam ser consideradas detidamente pelas decisões judiciais quando sob exame pleitos individuais por prestações sanitárias; ao revés, na seara das demandas coletivas – e apesar de sua grande importância¹⁵⁰ – a tendência se inverte.

Nesse particular, falta aos juízes assumir o papel que lhes cabe na estrutura de poder, é dizer, garantir aos mais necessitados e excluídos os meios indispensáveis a uma exigência

¹⁴⁹ Vide Capítulo IV.

¹⁵⁰ Vide Capítulo VI, item 1.

digna. Com isso, não se pretende defender ser o Judiciário um superpoder, capaz de suprir quaisquer omissões ou corrigir todas falhas; está-se, isso sim, a preconizar uma atuação judicial a um só tempo corajosa e regrada, tal e qual a idealizou o constituinte originário.

3.2. Separação de Poderes

Objecção recorrente à sindicabilidade do direito à saúde, o princípio da separação de poderes constitui para parte da doutrina empecilho insuperável: diante dos termos genéricos em que vazados os dispositivos constitucionais pertinentes, aos juízes não seria dado impor ao Estado obrigações positivas custosas sem prévia intermediação legislativa ou implementação administrativa, caracterizada que restaria a usurpação de funções que lhes são estranhas. Isso se daria, primeiramente, porque vedado ao Judiciário inovar em matéria de política pública de saúde e orçamento, sob pena de virem a concentrar-se indevidamente em um único poder as atividades de criação e aplicação da lei (aspecto normativo). Em segundo lugar, porque a divisão das diversas funções estatais e sua atribuição a titulares distintos encontrariam justificativa colateral no princípio da eficiência, já que cada um dos poderes apresenta aptidões naturais e capacidade técnica diferenciadas, faltando aos magistrados informação e conhecimento suficientes para decidir sobre assuntos complexos que demandam ampla visão da realidade e apurada análise de prognósticos (aspecto funcional¹⁵¹).

3.2.1. Aspecto Normativo

A importância do argumento – em ambos os seus aspectos – há de ser restringida a seus verdadeiros lindes. Analisadas as origens da separação de poderes¹⁵², sua evolução

¹⁵¹ As expressões “normativo” e “funcional” foram extraídas de GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 192-193. Joaquim José Gomes Canotilho prefere denominá-las “dimensão negativa” e “dimensão positiva”, respectivamente (cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 244).

¹⁵² Nuno Piçarra identifica na teoria da constituição mista, preconizada por Aristóteles e, posteriormente e com variações, por Políbio e Cícero, as raízes mais remotas da idéia de separação de poderes. Segundo Aristóteles, a constituição ideal resultaria do exercício conjunto do poder político pelas classes ricas e pobres, garantindo-lhes acesso paritário aos órgãos de governo, de modo que nenhuma adquirisse preponderância sobre a outra. Já na versão de Políbio e Cícero, inspirada na experiência da república romana, cada órgão constitucional – fundado em princípio de legitimidade próprio – representaria os interesses de uma classe ou potência político-social autônoma, provocando um efeito reciprocamente limitativo. O mesmo autor afirma ser a doutrina inglesa da

histórica¹⁵³ e as diferentes experiências constitucionais que o concretizaram¹⁵⁴, bem se vê que o princípio não implica a adoção necessária de um único modelo rígido ou de uma divisão estanque de funções. Ao contrário: desde há muito as competências deixaram – ao menos em parte – de ser exclusivas, passando a separação de poderes a ser interpretada como interdependência e controle recíproco. Na realidade, nem mesmo Locke¹⁵⁵, Bolingbroke¹⁵⁶ ou

rule of law, datada do século XVII, a origem próxima da separação de poderes. Sob a égide da *rule of law*, o exercício da autoridade governamental é legítimo apenas se conforme leis escritas adotadas através de procedimento regular. Neste diapasão, a separação de poderes – entendida como dissociação orgânica e pessoal das funções legislativa e executiva – configurava-se pré-requisito essencial à efetiva realização da *rule of law*, responsável por evitar o arbítrio e o comprometimento da liberdade individual, inevitavelmente resultantes da concentração dos poderes de criar e de aplicar as leis em um único órgão. Ora, este o raciocínio já então, se àqueles que executam as leis fosse conferida competência também para modificá-las, sempre poderiam fazê-lo com o único intuito de justificar seus atos concretos, daí resultando inexoráveis tirania e opressão. Cf. PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 31-51.

¹⁵³ A doutrina pura da separação de poderes, surgida como alternativa ao totalitarismo, fundava-se na idéia principal de que a conquista e a manutenção da liberdade dependeriam da divisão do poder político em ramos distintos. A tal premissa agregaram-se mais dois elementos: cada um dos departamentos deveria ser composto por pessoas distintas e desempenhar exclusivamente a função de governo que lhe é própria, vedada qualquer interferência. Seguidas essas recomendações, afirmavam os puristas, cada um dos ramos de governo, ao passo que impedido de usurpar as funções alheias, atuaria simultaneamente como obstáculo ao exercício arbitrário do poder pelos demais. Tratava-se, consoante observação de M. J. C. Vile (cf. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Second Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 19), de uma doutrina negativa: quaisquer mecanismos de controle recíproco ativo eram considerados interferências indevidas e desnecessárias, à medida que a mera existência de vários centros de decisão autônomos estabeleceria obstáculo suficiente à concentração do poder político. Porque não fornecia resposta adequada à hipótese de real usurpação de funções por um dos ramos de governo ou de seus titulares, à separação de poderes incorporaram-se idéias estranhas à sua formulação original, mas que introduziram formas várias de controle positivo do exercício do poder. Fazia-se necessário que cada uma das ramificações passasse a participar – ainda que limitadamente – do exercício das funções das demais, o que lhes possibilitaria certo grau de controle recíproco e direto. Esta a base fundamental da teoria dos *checks and balances*, que tanto impressionou os *founding fathers*, bem como de sua antecessora, a balança dos poderes, adotada pelo constitucionalismo inglês do século XVIII.

¹⁵⁴ Pense-se, exemplificativamente, nas particularidades apresentadas pelas experiências inglesa, francesa e norte-americana. No primeiro caso, Legislativo e Executivo mantêm relação praticamente simbiótica, em sistema denominado parlamentarismo monista; na França, o princípio da supremacia do parlamento acabou mitigado pela adoção de um semi-presidencialismo, em que o Executivo usufrui de enormes prerrogativas; por fim, os Estados Unidos da América preferiram um presidencialismo em que todos os poderes servem como freios e contrapesos, cabendo ao Judiciário – desde a primeira hora – papel de grande relevância. Sobre o tema, realçando não existir uma fórmula única de separação de poderes, e que cada país estatui um modelo próprio de acordo com suas necessidades particulares, veja-se BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 216-222. Cf. também CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 499-500.

¹⁵⁵ Locke reservou ao titular do Executivo parcela da competência legislativa, atribuindo-lhe poder de veto às leis aprovadas pelo Parlamento. Outrossim, outorgou-lhe com exclusividade o poder federativo, consistente nas faculdades de declarar guerra, instituir a paz e fazer alianças, por tratar-se de atribuições que, por sua natureza, não podiam ser reconduzidas à mera execução de leis, nem submetidas a controle legislativo anterior. Conferiu-lhe, ainda, um poder de prerrogativa, que abrangia a capacidade de convocar e estipular a duração das sessões do corpo legislativo, bem como a possibilidade de, em prol do interesse público e à minguagem de lei ou mesmo contra ela, decidir discricionariamente em situações imprevistas e excepcionais. Veja-se LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 515-517 e 528-536.

¹⁵⁶ Bolingbroke reafirmou a excelência da monarquia mista inglesa como fórmula essencial à consecução da liberdade e da segurança, mas não sem ressaltar ser ela extremamente vulnerável a eventuais pretensões totalitárias do executivo. A seu ver, apenas as concomitantes independência e dependência mútua dos poderes

Montesquieu¹⁵⁷ preconizavam a doutrina pura da separação de poderes, preferindo propor sistemas que combinassem atribuições comuns e privativas e atribuíssem a cada um de seus titulares mecanismos fiscalizatórios eficientes.

No Brasil, sob o influxo da teoria dos freios e contrapesos de que James Madison foi o maior teórico¹⁵⁸, mesmo uma análise perfunctória da Constituição da República de 1988 revela que as funções executiva, legislativa e judicial não são exercidas com exclusividade pelos poderes nominalmente vocacionados para tanto¹⁵⁹. Se ao Legislativo incumbe o julgamento de autoridades por crime de responsabilidade e a administração de seu pessoal e de seus serviços, ao Executivo é dado legislar privativamente em hipóteses especiais e decidir no âmbito do contencioso administrativo, cabendo ao Judiciário sua administração interna e a elaboração dos regimentos internos dos tribunais.

Evidentes, outrossim, os diversos mecanismos constitucionais de controle recíproco. Conferiu-se ao Legislativo as tarefas de fixar limites ao endividamento público, fiscalizar os atos administrativos – cabendo-lhe, inclusive, sustá-los se ilegais – e aprovar os nomes indicados pelo Executivo para a composição dos tribunais superiores. O titular do Executivo,

poderiam garantir-lhes contínuo equilíbrio: a independência adviria de sua separação, de tal modo que as decisões de cada poder não fossem direta ou indiretamente influenciadas pelos demais; a dependência mútua, por sua vez, consistiria na sua sujeição à fiscalização e controle recíprocos. Cf. BOLINGBROKE. *The Craftsman*, Vol. VII, p. 85 e 87, *apud* PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p. 86.

¹⁵⁷ Montesquieu dota o Executivo dos poderes de veto e de convocação ou dissolução do órgão legislativo, através dos quais haveria de defender suas competências em caso de tentativa de usurpação pelo Legislativo. Em contrapartida, porque não reconhece ao titular do Poder Executivo qualquer prerrogativa de decisão, restringido que está à mera execução de resoluções públicas, desnecessária se mostraria a previsão de qualquer mecanismo especial para seu controle. Bastaria a atribuição ao Legislativo da faculdade de examinar como foram executadas as leis que elaborou, bem assim a possibilidade de responsabilização criminal dos Ministros do Rei. A atividade judicial, por sua vez, nada mais seria do que a adequação mecânica e silogística de fatos concretos às normas gerais e abstratas; privado de qualquer autonomia decisória, o Poder Judiciário seria funcionalmente nulo. Cf. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Bauru: EDIPRO, 2004, Livro XI, Capítulo VI, p. 191 e 194.

¹⁵⁸ Da leitura dos ensaios 47, 48, 49 e 51 dos *Federalist Papers* resta claro que, apesar de preconizar a estruturação do governo em três ramos apartados e distintos, Madison, declaradamente influenciado por Montesquieu, acreditava inviável a separação absoluta de poderes nos termos preconizados pela doutrina pura. A seu ver, com a afirmação de que não existiria liberdade se os poderes legislativo, executivo e judiciário estivessem concentrados nas mesmas mãos, Montesquieu não pretendia banir a participação desses ramos no exercício das atividades dos demais, nem vedar o controle recíproco sobre os atos de cada um. Na realidade, e tão-somente, tencionava fazer ver ser impossível garantir aos cidadãos sua liberdade quando a totalidade das atribuições de dois ou mais poderes estivesse concentrada nas mesmas mãos. Ao conferir parte das competências naturais de um titular aos demais, estar-se-ia, ao revés, dotando a constituição dos instrumentos necessários à preservação da liberdade. Por tais razões, em resposta às críticas de que a Constituição atribuía a cada um dos ramos de governo uma mistura de funções incapaz de garantir a liberdade dos cidadãos, Madison defendeu a superioridade do sistema de *checks and balances*, único verdadeiramente apto a manter o poder político sob controle. Veja-se MADISON, James. “The Federalist No. 47” in WOOTON, David (editor). *The Essential Federalist and Anti-Federalist Papers*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 2003, p. 232-233.

¹⁵⁹ Veja-se CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 245-256.

por seu turno, além de participar ativamente da escolha de membros do Judiciário, dispõe do poder de veto e concentra em si a iniciativa do processo legislativo em temas de extrema relevância. Por fim, quando provocado, o Judiciário examina a constitucionalidade de atos administrativos e legislativos, declarando-os nulos sempre que incompatíveis com a Lei Maior¹⁶⁰.

Por outro lado, se em seus primórdios a separação de poderes convivia com a preeminência teórica do Legislativo, ante a natural submissão das atividades executiva e judiciária à lei, o paulatino crescimento das atribuições conferidas ao Estado deu ensejo à preponderância do Executivo. Com o advento do ideário da justiça social, da evolução tecnológica e da globalização das relações econômicas, as funções estatais experimentaram dramático adensamento, levando à eclosão do chamado Estado Administrativo¹⁶¹. Tal constatação revela-se particularmente verdadeira no Brasil, onde a vasta concentração de competências no Executivo central é característica que perpassa sua experiência histórica pretérita e recente¹⁶². Uma vez que é sua a iniciativa de leis extremamente relevantes – seja por determinação constitucional, seja por conta de sua maior agilidade e melhor assessoramento técnico –, como também a definição e a condução das políticas públicas, o

¹⁶⁰ Sobre a interpenetração entre os poderes estatais e os instrumentos de controle recíproco, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 222-225.

¹⁶¹ Cf. VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Indianapolis: Liberty Fund, 1998, p. 400: “A realidade do funcionamento do governo oferece uma dificuldade à teoria tradicional da separação dos poderes, que divide os poderes e funções do governo em três, pois que, efetivamente, existem hoje quatro grandes seções das instituições políticas do Estado democrático: o Legislativo, o Governo, a Máquina Administrativa e o Judiciário. O termo ‘Executivo’ perdeu há muito tempo sua conotação original, por que os líderes políticos no comando da máquina estatal, seja a presidência ou o gabinete em um sistema parlamentarista, se tornaram profundamente envolvidos na formulação e apresentação de políticas e leis, bem como na sua implementação. Atualmente, o rótulo ‘Executivo’ é ainda menos apropriado, porque é a máquina administrativa, influenciada mas não controlada pela liderança política, que confere efetividade às leis.”. No original: “*The reality of the working of government provides a difficulty for the traditional theory of the separation of powers, which divides the powers and functions of government into three, for, in effect, there are now four major sections of the political institutions of the democratic state: the legislature, the government, the administrative machine, and the judiciary. The term ‘executive’ long ago lost its original connotation, because the political leaders at the head of the state machinery, whether the presidency or a cabinet in a parliamentary system, became deeply involved in the formulation and initiation of policy and legislation as well as their implementation. Now the label ‘executive’ is even less appropriate, because it is the administrative machine, influenced but not controlled by the political leadership, which carries laws into effect.*”. Como se vê, a complexidade e a autonomia das estruturas burocráticas criadas no seio do Estado para satisfazer novas demandas são tamanhas que Vile entende ter o Poder Executivo passado a abarcar dois ramos distintos: governo e administração. Ao governo, para além da exclusividade na formulação das políticas atinentes às questões externas, de defesa e macroeconômicas, caberia o planejamento das políticas públicas internas e a propositura da legislação necessária para sua execução. À administração incumbiria a implementação cotidiana dessas políticas domésticas, em especial daquelas de natureza social.

¹⁶² No ponto, para uma análise da realidade brasileira, bem como de experiências estrangeiras, veja-se PESSANHA, Charles. *O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras. Teoria e Prática in VIANNA, Luiz Werneck (organizador). A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 147-180.

desafio da separação de poderes passou a ser como controlar o Executivo e impor-lhe o cumprimento das metas definidas constitucionalmente, mormente quando tal proceder não parecer interessante a seu titular por motivos pessoais ou eleitorais.

Nesse cenário, caberia ao Legislativo, como fórum democrático-deliberativo por excelência que é, discutir ativamente as propostas do Executivo, submetendo-as ao escrutínio público por intermédio de processos legislativos abertos e transparentes. E, uma vez aprovadas, velar por sua correta execução, fiscalizando as atividades contábeis, financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais do Estado¹⁶³. Entretanto, não parece que o Parlamento brasileiro esteja disposto a exercer tal papel¹⁶⁴: além de preferir permanecer a reboque das proposições do Executivo, costuma adotar rito abreviado quando de sua tramitação e aprová-las sem maior discussão, reduzindo a oportunidade de efetiva participação da minoria e de eventual mobilização social. Tampouco vem desempenhando a contento a fiscalização da atividade executiva, utilizando-se com extrema parcimônia – quando o faz – de suas prerrogativas de controle. Por outro lado, à vista dessa virtual falta de fiscalização, o Executivo tem simplesmente deixado de dar cumprimento a normas legais e constitucionais – sobretudo a princípios que veiculam direitos sociais –, omitindo-se quanto à sua implementação prática ou represando o dispêndio dos recursos a ela necessários¹⁶⁵.

¹⁶³ Artigo 70 da Constituição da República.

¹⁶⁴ “Outro aspecto a considerar é que nas contemporâneas sociedades complexas ocorreu um *overload* do Poder Legislativo, o qual já não consegue dar conta da desmedida e aumentada demanda por legislação, abdicando de parte do Poder Legislativo em favor do Executivo e transformando o Estado social em Estado administrativo. Este concerto entre o Legislativo e o Executivo, que já não disfarça as suspeitas negociações sediadas na base da produção legislativa, tem levado a um descontentamento generalizado com estes poderes, substrato da crise de legitimidade do Estado. Assim, entra em cena um Sistema de Justiça com o mister de preservar os níveis de autoridade pública confiável em um quadro de gigantismo contestável dos poderes políticos tradicionais, suspendendo leis e atos administrativos que confrontem os valores constitucionais.” (PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 226)

¹⁶⁵ Na visão de Tom Campbell (*Separation of Powers in Practice*. Stanford: Stanford Law and Politics, 2004, p. 25), também nos Estados Unidos da América é possível práticas assemelhadas: “Um vício potencial do poder Executivo consiste na possibilidade deste – quando não há direito privado de ação – efetivamente anular o intento do poder Legislativo deixando de adotar medidas de implementação em uma determinada área. O Executivo pode também, durante o período de seu mandato, vetar uma lei de maneira eficaz, ao não dispender os recursos adequados à sua implementação. Os Tribunais determinaram o dispêndio de recursos para sustentar decisões judiciais de natureza constitucional; no entanto, não decidiram de modo definitivo superar o contingenciamento pelo Executivo dos recursos adequados. Menciono isto como uma desvantagem – a despeito do fato de que o Executivo poderá considerá-la positivamente –, uma vez que, tal como uma decisão pela não-implementação da lei, representa a declaração de um poder de nulificação que vai além do poder de vetar uma lei e, portanto, na minha opinião, invade de maneira não permitida o poder Legislativo.”. No original: “*It is a potential vice of the executive branch that, where there is no private right of action, it can actually nullify the intent of the legislative branch by failing to bring enforcement actions in a particular area. The executive can also effectively veto a law, during the life of its administration, by not spending money appropriated for the purpose of the law. Courts have ordered the expenditure of funds to vindicate judicial judgments of a constitutional nature; they have not, however, finally resolved to overcome an executive impoundment of appropriated funds. I list this as a disadvantage, despite the fact the executive branch may view it*

Dado o quadro atual, o Judiciário poderia se omitir quando constatar a ilegitimidade do comportamento dos demais ramos do poder estatal, mormente se violado direito fundamental? A resposta é óbvia: a atividade judicial visa à correção de condutas contrárias ao Direito, tendo sido destacada das demais funções estatais e atribuída a órgãos independentes precisamente com o intuito de garantir a todos, indistintamente, o respeito a seus direitos, ainda que em face do próprio Estado. De outra banda, se os direitos fundamentais eram concebidos apenas como meios de defesa quando da formulação moderna do princípio da separação de poderes, desde há muito se reconhece a existência de direitos fundamentais prestacionais¹⁶⁶ e, mais recentemente, a dimensão positiva dos tradicionais direitos de liberdade¹⁶⁷. Se àquela época somente era possível admitir que agentes estatais violassem direitos fundamentais por ação, sabe-se hoje que podem ser igualmente desrespeitados por um *non facere*.

Por conseguinte, superado o ideário liberal e reconhecida a fundamentalidade dos direitos sociais, o discurso tradicionalmente associado à doutrina da separação de poderes – cristalizado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – necessariamente há de sofrer adaptações. Na medida em que os direitos do cidadão passaram a ser desrespeitados por omissão, também aqui, por identidade de sentido, deve o Judiciário

advantageously, since, like a decision not to enforce a law, it represents the assertion of a nullification power beyond the power to veto a law and hence, in my view, impermissibly intrudes upon the legislative branch.”

¹⁶⁶ Sobre a evolução dos direitos fundamentais veja-se, por todos, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7-32.

¹⁶⁷ Todos os direitos, mesmo aqueles tradicionalmente entendidos como de defesa, implicam deveres estatais positivos e substancial dispêndio de recursos públicos, na medida em que sua implementação depende de uma intrincada estrutura de fiscalização (cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 73). No ponto, vale a pena transcrever, por sua grande influência na doutrina nacional, a lição de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein: “Os direitos são custosos porque os remédios legais são custosos. Sua implementação é cara, especialmente uma implementação uniforme e justa; e os direitos são vazios quando permanecem não-implementados. Formulado diferentemente, quase todo direito implica um dever correlato, e os deveres são considerados seriamente apenas quando o inadimplemento é punido pelo Poder Público às custas dos cofres públicos. Não existem direitos legalmente implementáveis na ausência de deveres legalmente implementáveis, razão pela qual a lei somente pode ser permissiva se for simultaneamente obrigatória. Quer dizer que a liberdade pessoal não pode ser assegurada meramente pela restrição da interferência governamental nas liberdades de ação e de associação. Nenhum direito constitui simplesmente um direito a ser deixado de lado pelas autoridades. Todos os direitos são demandas por uma resposta afirmativa do governo. Todos os direitos, falando de maneira descritiva, correspondem a ‘entitlements’ definidos e salvaguardados por lei.” No original: “Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by being simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting government interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to an affirmative governmental response. All rights, descriptively speaking, amount to entitlements defined and safeguarded by law.” (*The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999, p. 43-44).

controlar a atividade do Executivo e do Legislativo. Por outro lado, é sua incumbência proteger os direitos fundamentais, tanto mais se titularizados por minorias ou camadas da sociedade de menor capacidade de mobilização e influência política. É precisamente este o caso dos direitos sociais prestacionais – e do direito à saúde em particular – destinados que são ao atendimento prioritário das necessidades mais básicas dos mais pobres, cuja influência no jogo político se limita no mais das vezes à participação (livre e consciente?) nas eleições quadrienais.

A fluidez da linguagem utilizada pelo constituinte originário – e, em muitos casos, pelo próprio legislador infraconstitucional – para normatizar o direito à saúde, por sua vez, não pode servir de empecilho ao controle jurisdicional. Desde Hans Kelsen é sabido que toda interpretação judicial é criativa, mesmo se dela é objeto regra de significação aparentemente unívoca¹⁶⁸. Ora, quando se tratar de princípio, norma imediatamente finalística e que naturalmente comporta possibilidades de sentido mais amplas, evidente que o grau de criatividade permitido ao juiz será maior¹⁶⁹, pois o contrário equivaleria à renúncia pura e simples ao desempenho de suas funções constitucionais mais elevadas. Nas palavras de Mauro Cappelletti:

“Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público. A longo prazo, esta segunda alternativa mostra-se dificilmente defensável. Ela implica, efetivamente, que os juízes, cuja

¹⁶⁸ Veja-se KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, p. 470: “Se queremos caracterizar, não apenas a interpretação da lei pelos tribunais ou pelas autoridades administrativas, mas, de modo inteiramente geral, a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um acto de vontade em que o órgão aplicador do Direito efectua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.”

¹⁶⁹ “É manifesto o carácter acentuadamente criativo da atividade judiciária de interpretação e de atuação da legislação e dos direitos sociais. Deve reiterar-se, é certo, que a diferença em relação ao papel mais tradicional dos juízes é apenas de grau e não de conteúdo: mais uma vez impõe-se repetir que, em alguma medida, toda interpretação é criativa, e que sempre se mostra inevitável um mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional. Mas, obviamente, nessas novas áreas abertas à atividade dos juízes haverá, em regra, espaço para mais elevado grau de discricionariedade e, assim, de criatividade, pela simples razão de que quanto mais vaga a lei e mais imprecisos os elementos do direito, mais amplo se torna também o espaço deixado à discricionariedade nas decisões judiciárias. Esta é, portanto, poderosa causa da acentuação que, em nossa época, teve o ativismo, o dinamismo e, enfim, a criatividade dos juízes.” Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999, p. 42.

função essencial é propriamente a de proteger direitos, tenham de renunciar a desempenhar um papel na proteção dos direitos mais fundamentais.”¹⁷⁰

Claro está, a essa altura, que a função judicial e o rol de competências atribuído ao ramo judiciário em muito diferem da atividade exclusivamente cognoscitiva descrita por Montesquieu¹⁷¹. O papel do juiz transformou-se dramaticamente desde então, não só porque, como visto, as atribuições conferidas aos demais poderes do Estado sofreram incremento notável, criando maior demanda por fiscalização, ou porque reconhecido o caráter criativo da interpretação e aplicação das leis, mas também, e sobretudo, porque o controle judicial de constitucionalidade de atos normativos e administrativos veio a consolidar-se além das fronteiras norte-americanas¹⁷².¹⁷³ Nesse cenário completamente transformado, a compreensão clássica do princípio da separação de poderes – ajustada à preeminência do Legislativo e do Executivo, aliada à inexpressividade do Judiciário – merece correspondente adaptação¹⁷⁴. Repise-se: o princípio da separação de poderes surgiu como garantia institucional dos direitos fundamentais frente a eventuais abusos estatais; é vocação primeira do ramo judicial, por sua vez, guardar a efetividade de tais direitos quando violados concretamente; dessarte, não faz sentido erigir a separação de poderes à condição de obstáculo ao cumprimento pelo Judiciário

¹⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 68.

¹⁷¹ “[...] Mas os juízes da nação são, como dissemos, apenas a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo VI, p. 195.

¹⁷² Como é cediço, o controle jurisdicional de constitucionalidade de atos legislativos e administrativos conheceu sua primeira formulação em 1803, por ocasião do julgamento pela Suprema Corte norte-americana do caso *Marbury v. Madison* (5 U.S. 137, passível de ser consultado na íntegra no endereço eletrônico <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=5&page=137>, conforme acesso em 10/04/2007). Foi apenas no século XX que tal idéia consagrou-se na Europa, sob o modelo concentrado.

¹⁷³ “[...] *Si la Constitución garantiza al individuo derechos frente al legislador y (también) para la garantía de estos derechos prevé un Tribunal Constitucional, entonces la intervención del Tribunal Constitucional en el ámbito de la legislación, necesaria para la garantía de estos derechos, no es una asunción anticonstitucional de las competencias legislativas, sino algo que no sólo está permitido sino también ordenado pela Constitución.*” ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 527.

¹⁷⁴ No ponto, confronte-se KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Jurisdicional no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002, p. 88: “Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.” Também SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 107: “O enfraquecimento do Estado e a proteção dos direitos de liberdade motivaram o surgimento da doutrina da separação de poderes, tendo sido instrumentos na luta contra o absolutismo. O princípio da separação de poderes vinculava-se com a diminuição das atividades estatais, inerentes às premissas burguesas de proteção à liberdade, e não com o alargamento das funções do Estado, pertinente ao Estado social, daí seu anacronismo na atualidade e a necessária revisão que se deve impor a tal princípio.”

de sua missão institucional¹⁷⁵, quanto mais quando se tem em conta tratar-se de princípio essencialmente instrumental. Como afirma Ana Paula de Barcellos:

“[...] é preciso destacar a natureza instrumental do princípio da separação de poderes. Embora ele tenha se transformado em um princípio de fundamental importância para a organização do Estado Moderno, a separação de poderes não é um valor em si mesmo. Sua formulação derivou da percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa, em detrimento daqueles que lhe são subordinados, de modo que, em se tratando do poder político, era imperioso dividir seu exercício para que as liberdades e os direitos dos indivíduos fossem preservados.”¹⁷⁶

Como se vê, a separação de poderes não pode servir como argumento de autoridade contrário à atuação jurisdicional na seara da saúde sem maior reflexão: ao revés, se vier a constatar ação ou omissão estatal inconstitucional, é dever do Judiciário impor a sanatória correspondente, ainda que, ao assim proceder, venha a determinar prestações positivas diretamente extraídas do texto constitucional ou declarar a incompatibilidade vertical de opções legislativas ou administrativas. Logicamente, e o ponto será melhor esclarecido adiante, a atuação jurisdicional legitima-se apenas nas hipóteses em que evidente o desrespeito à vontade da Constituição, cabendo ao juiz, no mais, prestigiar as decisões tomadas pelo governante e pelo parlamento. Se, à luz da separação de poderes – erigida à condição de cláusula pétrea pela ordem jurídica pátria¹⁷⁷ –, é vedado ao Judiciário concentrar em si a totalidade do poder estatal, por outro lado, e justamente por conta da correta aplicação do mesmo princípio, é igualmente inconcebível a assunção apriorística pelo juiz de comportamento absenteísta, por incompatível com o sistema de freios e contrapesos estatuído pelo constituinte originário¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Na mesma direção posiciona-se KRELL, Andreas Joachim. *Discrecionariade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 83: “A respeito do argumento da separação dos Poderes, é essencial destacar que o antigo princípio tem sua origem na *defesa* dos Direitos Humanos contra o Estado autoritário, sendo equivocada a sua invocação para sustentar que o Poder Público possa se omitir na realização dos direitos fundamentais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à saúde. Por isso, as correções que os tribunais podem pronunciar em direção ao Executivo omissivo devem ser entendidas como exercício da função do Judiciário como um ‘contrapoder’”.

¹⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 215.

¹⁷⁷ Artigo 60, § 4º, IV, da Constituição da República.

¹⁷⁸ “O que se pode dizer desde logo é que a separação de 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. É verdade que se poderia chegar a esse ponto caso se pretendesse cumular no Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, a capacidade de legislar e aplicar a legislação por ele criada, sem que outro Poder pudesse controlar essa atuação. O argumento, entretanto, é apenas *ad terrorem*. Como se sabe, entre o exercício monolítico do poder pelo Judiciário e a completa vedação do controle judicial de constitucionalidade dos atos, comissivos ou omissivos,

3.2.2. Aspecto Funcional

Como adiantado linhas atrás, a necessidade de divisão das diversas funções do Estado de forma eficiente também serve de justificativa ao princípio da separação de poderes¹⁷⁹. Quando em discussão a possibilidade de implementação judicial de prestações positivas em saúde, sejam elas de natureza individual ou coletiva, costuma-se argumentar que falece aos juízes capacidade para aquilatar a pertinência da pretensão que lhe é posta, especialmente quando tal atividade pressupuser o emprego de conhecimentos sofisticados ou técnicas especializadas. Legislativo e Executivo, o segundo em maior grau, contam com órgãos de assessoramento técnico aptos a auxiliá-los quando diante de questões de alta complexidade, passíveis de gerar implicações macropolíticas e afetar vários campos de atuação do poder público. À falta de tais recursos, a análise judicial do caso concreto tenderia a desconsiderar importantes variáveis fáticas e políticas, o que desaconselharia por completo a assunção pelos juízes de postura ativista na intrincada seara da saúde^{180 181}.

do Poder Público – isto é, entre um extremo e outro – há um longo trajeto de possibilidades que pode ser trilhado legitimamente pelos países, mantendo-se ainda eficiente controle dos poderes por meio da divisão das funções. Isso será especialmente verdadeiro quando o controle de constitucionalidade disser respeito à proteção de direitos fundamentais, fim último, afinal, da própria separação de poderes.” BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 217-218.

¹⁷⁹ Mesmo Montesquieu afirmou que as diferenças existentes entre as atividades executiva e legislativa recomendavam sua atribuição a titulares com características distintas: a primeira implicaria ações rápidas e momentâneas, passíveis de implementação mais fácil se atribuídas a um órgão singular; a segunda, em contrapartida, demandaria debates de tipo contraditório, possíveis apenas em sede de um órgão colegial representativo numeroso. No ponto, veja-se MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Livro XI, Capítulo VI, p. 192-193.

¹⁸⁰ Cf. GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 22.

¹⁸¹ Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule, ao analisar a capacidade institucional das agências reguladoras e dos tribunais para interpretar normas jurídicas genéricas ou abstratas, preconizam que, de modo geral, as primeiras estão mais habilitadas para, deixando de lado a literalidade do texto legal, tomar decisões criativas. A uma, porque dotadas de maior *expertise*; a duas, porque capazes de antever com maior acuidade as eventuais conseqüências danosas de suas escolhas. Por tais motivos, às agências haveria de ser conferida maior flexibilidade interpretativa (“*interpretative flexibility*”), enquanto que aos juízes, a depender da complexidade do caso em julgamento, restaria ater-se à interpretação literal. Por outro lado, aos tribunais caberia respeitar a interpretação conferida pelas agências, salvo se manifestamente contrária à norma ou não razoável (cf. *Interpretation and Institutions*. Public Law and Legal Theory Working Paper nº 28. Disponível, no endereço <http://www.law.uchicago.edu/academics/publiclaw/resources/28.crs-av.interpretation.pdf>, conforme acesso em 20/12/2006). Para uma análise aprofundada do fenômeno da regulação, confira-se SUNSTEIN, Cass R. *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. Na doutrina pátria, e para um amplo exame da experiência regulatória brasileira, veja-se BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, especialmente p. 239-299.

Ninguém, sobretudo se conhecer o atual estágio da magistratura nacional – seja quanto à infra-estrutura de suporte disponível, seja no que tange à formação de seus membros, geralmente pouco afeitos a discussões policêntricas –, pode duvidar da seriedade do argumento¹⁸². Nada obstante, tampouco aqui se está diante de impedimento absoluto a toda e qualquer imposição de prestações positivas em saúde. A questão se coloca, na realidade, quanto à intensidade do controle jurisdicional: é certo que a maior *expertise* dos órgãos administrativos em temáticas de alta complexidade técnica e dinâmica específica recomenda a assunção pelo juiz de postura prudente e cautelosa¹⁸³; entretanto, se constatada a

¹⁸² A lição de Mauro Cappelletti vai na mesma direção: “Nenhuma pessoa razoável desconhecerá um núcleo de verdade nas observações acima formuladas, concernentes a uma ‘enfermidade’, ou seja como for a uma limitação institucional, da qual todo bom juiz deve estar constantemente consciente.”. *Juízes Legisladores?*, p. 88. Cabe aqui a advertência de Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule (cf. *Interpretation and Institutions*, p. 46-47): “Nós argumentamos que questões de interpretação legal não podem ser resolvidas adequadamente sem atenção à temática institucional. Uma extraordinária variedade de autores eminentes exploraram estratégias interpretativas sem atentar para o fato de que tais estratégias inevitavelmente serão usadas por pessoas falíveis e terão efeitos dinâmicos que se estenderão muito além do caso em tela. Dois mecanismos parecem ser os principais responsáveis por esta cegueira institucional. Um é uma ‘armadilha funcional’: teóricos da interpretação perguntam a si mesmos ‘como eu deveria decidir o caso se fosse um juiz?’ – uma questão cuja própria formulação suprime a consideração chave de que as regras interpretativas relevantes devem ser utilizadas por juízes e não por teóricos. Outra é uma armadilha cognitiva: especialistas, como os acadêmicos do Direito, criticam as opiniões insuficientemente matizadas emitidas por juízes generalistas em casos particulares, desconsiderando que os mesmos juízes, ao tentar imitar sua abordagem, podem ter atuado de forma muito pior em uma série de outros casos. Em geral, a questão chave parece ser ‘como juízes perfeitos decidiriam os casos?’ ao invés de ‘como juízes falíveis deveriam proceder, à luz de sua falibilidade e de sua posição no complexo sistema de ordem privada e pública?’”. No original: “*We have argued that issues of legal interpretation cannot be adequately resolved without attention to institutional issues. An extraordinary variety of distinguished people have explored interpretive strategies without attending to the fact that such strategies will inevitably be used by fallible people and with likely dynamic effects extending far beyond the case at hand. Two mechanisms seem principally responsible for this institutional blindness. One is a role-related trap: interpretive theorists ask themselves ‘how would I decide the case, if I were a judge?’ – a question whose very form suppresses the key consideration that the relevant interpretive rules are to be used by judges rather than theorists. Another is a cognitive trap: specialists, such as legal academics, criticize the insufficiently nuanced opinions issued by generalist judges in particular cases, overlooking that the same judges might well have done far worse, over a series of cases, by attempting to emulate the specialists’ approach. Overall, the key question seems to be, ‘how would perfect judges decide cases?’ rather than ‘how should fallible judges proceed, in light of their fallibility and their place in a complex system of private and public ordering?’”.*

¹⁸³ FEELEY, Malcolm M. e RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America’s Prisons*. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 314: “[...] Um argumento instrumental dessa natureza não pode estabelecer uma proibição absoluta em face de um poder específico do governo engajado em atividades que normamente associamos a outro; no máximo, o argumento oferece razões prudentes para se proceder com cautela. Seria insensato para um urso polar viver no Sahara, ou para um tribunal desempenhar funções administrativas, mas dificilmente consideraríamos isso como imoral. E se o urso não tivesse outro lugar para viver, ou se o governo não dispusesse de outra instituição que pudesse desempenhar tais funções, faria todo o sentido para ambos que fizessem o melhor, a despeito da ineficiência.”. No original: “[...] *An instrumental argument of this nature cannot provide an absolute prohibition against one particular branch of government engaging in activities that we normally associate with another; at most, it offers prudential reasons to proceed with caution. It might be unwise to a polar bear to live in the Sahara, or for a court to undertake administrative functions, but we would hardly call it immoral. And if the bear had no other place to live, or the government had no other institution that could undertake those functions, it would make perfect sense for each of them to do their best, despite the inefficiency.*”.

inconstitucionalidade do comportamento estatal sob escrutínio, dito controle poderá e deverá ocorrer, ainda que em grau mais modesto¹⁸⁴.

Na hipótese da dificuldade residir exclusivamente no entendimento de questões técnicas alheias ao Direito, podem os julgadores lançar mão do auxílio de literatura e profissionais especializados, tal qual costumam fazer administradores e legisladores. Foi este o proceder dos juízes norte-americanos por ocasião do julgamento dos *prison reform cases*, precedentes em que, com fundamento na proibição constitucional a punições cruéis e incomuns, impuseram a realização de diversas melhorias nas instalações penitenciárias e no tratamento dispensado à população carcerária¹⁸⁵. Em sua maioria, inspiraram-se nas idéias difundidas pela *American Correctional Association* e pelo *Federal Bureau of Prisons*, bem como nos pareceres e testemunhos de peritos e *special masters*¹⁸⁶, utilizando-os como subsídio técnico de suas decisões – algumas delas, forçoso reconhecer, extremamente criticáveis pelo alto grau de detalhamento das ordens emanadas. Também Mauro Cappelletti acredita que o problema da falta de formação e informação dos juízes seria em muito minorado por meio de consultas a especialistas, o que lhes possibilitaria atuar criativamente com segurança¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 225.

¹⁸⁵ Sobre os *prison reform cases* na literatura jurídica pátria, veja-se GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 27-29 e 175-196.

¹⁸⁶ No ponto, cf. FEELEY, Malcolm M. e RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State*, p. 320: “[...] Como um administrador confrontado com tais problemas, juízes recorreram regularmente a especialistas na área, que desenvolveram soluções por meio de experiências práticas. Não tiveram dificuldade especial em entrar em contato com esses especialistas: encorajaram os autores a chamá-los como testemunhas, nomearam-nos como peritos ou simplesmente leram os seus trabalhos. Administradores também lidam com problemas policêntricos ao obter informações de tantos setores quanto possível, ou se reunindo com representantes desses setores para negociar ou simplesmente interagir. Juízes federais adotaram a mesma iniciativa, diretamente ou por meio de seus ‘special masters’. Esses magistrados estavam geralmente em contato com amplo grupo de administradores de prisões estatais e, freqüentemente, com outras autoridades. Obtiveram informações sobre as condições carcerárias diretamente dos detentos, bem como dos advogados dos autores.”. No original, em inglês: “[...] Like an administrator confronted with such problems, judges regularly turned to experts in the field who had developed solutions through hands-on experience. They had no particular difficulty gaining access to these experts: they encouraged the plaintiffs to call them as witnesses, they appointed them as special masters, or they simply read their written work. Administrators also deal with polycentric problems by obtaining information from as many groups as possible, or by convening representatives of these groups to negotiate or simply interact. Federal judges adopted the same approach, either directly or through their special masters. They were generally in contact with a wide range of state prison administrators, and often with other state officials as well. They obtained information about prison conditions directly from inmates, as well as from the plaintiff’s attorneys.”.

¹⁸⁷ “[...] Também é certo, contudo, não faltarem casos e domínios da vida jurídica em que o tipo de conhecimentos, instrumentos e recursos, dos quais o juiz pode dispor, mostra-se perfeitamente adequado para funções de razoável criatividade judiciária. Por outro, a gravidade do problema muitas vezes pode ser atenuada mediante o recurso ampliado a pareceres técnicos ou perícias, à intervenção de terceiros no processo – também com finalidade proeminentemente informativa, a exemplo do ‘amicus curiae brief’ e outras formas análogas – e

Grande é a importância de tais expedientes quando o julgamento depende da elucidação de questão técnico-científica que comporta uma única resposta correta, ou mesmo nas hipóteses em que tecnicamente possível apontar a melhor entre diversas soluções práticas tendentes a concretizar o princípio que enuncia o dever estatal de proteção, promoção e recuperação da saúde. Entretanto, se impossível discernir a partir de critérios objetivos e com razoável grau de certeza a existência de uma melhor solução, a utilidade desse instrumental técnico restará em muito limitada. Como bem esclarecem Cass R. Sunstein e Adrian Vermeule referindo-se às agências reguladoras, casos há em que, por conta de seu grau superior de competência técnica, a autoridade administrativa está em melhor posição para interpretar normas e tomar decisões¹⁸⁸, restando ao juiz prestigiar sua escolha se legítima e razoável.

Por outro lado, a dificuldade na implementação judicial do direito à saúde pode se dever à necessidade de realização pelo juiz de complexas análises de prognoses, atividade para a qual, rezam os críticos, não estaria suficientemente habilitado. Em razão das limitações subjetivas, objetivas e procedimentais inerentes à dinâmica do processo judicial, ao julgador somente é dado conhecer parte dos argumentos relevantes para o deslinde da questão que lhe é posta. Nesse cenário, porque seu atuar é casuísta em essência, exclusivamente voltado que está à resolução do caso concreto, faltaria ao juiz a capacidade de enxergar o todo e antever as consequências danosas que suas decisões podem vir a ter fora dos estreitos limites dos autos¹⁸⁹.

o emprego de expertos como membros 'laicos' de órgãos judicantes." (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 88-89)

¹⁸⁸ Cf. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*, 33.

¹⁸⁹ Nesse sentido, posiciona-se Cass R. Sunstein, como é possível depreender do seguinte excerto: “[...] O contexto do contencioso significa que os juízes verão apenas pequenas partes de todos complexos. Se alguém demanda um direito constitucional ao bem-estar, à proteção ambiental, ao direito de portar armas ou a uma compensação por redução no valor de propriedade induzida pelo governo, o caso particular pode parecer muito persuasivo; mas é improvável que os juízes possam vislumbrar os efeitos sistêmicos ou as consequências indiretas de quaisquer mudanças que eles mesmos determinem. A questão não reside simplesmente no fato de que os juízes não são especialistas em áreas que requerem com frequência conhecimentos específicos, embora isso seja verdadeiro e relevante. O ponto é que as legislaturas e as burocracias encontram-se numa posição muito melhor para compreender os complexos efeitos sistêmicos de mudanças de pequena escala. Normalmente desconhecedores desses efeitos, os juízes podem não vislumbrar onde a questão sob litígio se encaixa num padrão social, ou quais tipos de problemas poderão ser criados por uma solução judicial. Essa é também uma razão para cautela, mesmo em casos constitucionais.” No original: “[...] *The context of litigation means that judges will see only small parts of complex wholes. If someone claims that there is a constitutional right to welfare, to environmental protection, to bear arms, or to compensation for any governmentally induced diminution in the value of property, the particular case may seem very insistent; but judges are unlikely to be able to have a grasp on the systemic effects or collateral consequences of any changes that they require. The point is not simply that judges are not experts in areas that often require expertise, though this is both true and important. The point is that legislatures and bureaucracies are in a far better position to get a sense of the complex systemic effects of small-scale changes. Usually ignorant of those effects, judges may not see where the*

Tomada a jurisprudência brasileira na seara do direito à saúde, percebe-se que o argumento tem razão de ser em especial naquelas demandas individuais visantes à obtenção de medicamentos e tratamentos médicos não fornecidos pelo Sistema Único de Saúde. De fato, pouquíssimos são os julgadores dispostos a analisar as possíveis implicações de suas decisões, seja sob o aspecto de seu impacto sobre os escassos recursos públicos disponíveis¹⁹⁰ e a consecução de outros direitos, seja quanto à impossibilidade material de conceder-se igual benefício a todos que se encontrem em situação semelhante¹⁹¹. A crítica não procede, todavia, no que concerne às decisões prolatadas em demandas coletivas por prestações positivas em saúde, permeadas que costumam ser por projeções de suas possíveis conseqüências¹⁹².

litigated issue fits in a social pattern, or what sorts of problems are created by a judicial solution. This too is a reason for caution, even in constitutional cases.” (*Legal Reasoning and Political Conflict*. New York: Oxford University Press, 1998, p. 177).

¹⁹⁰ Nos julgados individuais em que tal questão chega a ser ventilada, costuma-se dar pouco crédito à questão do impacto financeiro da medida pleiteada, ao argumento de que o custeio de medicamento não padronizado a um único demandante não seria capaz de comprometer as finanças do ente federativo réu. Cf., exemplificativamente, os seguintes excertos extraídos de decisões exaradas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, disponíveis para consulta na íntegra no sítio eletrônico www.stj.gov.br: “[...] Destaco, por cabível, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve adotar políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços capazes de promover, proteger e recuperar a saúde dos brasileiros. Neste contexto, não há como concluir que o fornecimento do medicamento a uma única paciente possa causar lesão de conseqüências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo a postulante trazido qualquer indício de que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão...” (Suspensão de Segurança nº 1.408/SP – Decisão Monocrática – Presidente Min. Edson Vidigal – p. 16/09/2004); “[...] *In casu*, a decisão ora hostilizada pelo embargante importa na disponibilização em favor da parte embargada da quantia de R\$ 345,00 (trezentos e quarenta e cinco reais), que além de não comprometer as finanças do Estado do Rio Grande do Sul, revela-se indispensável à proteção da saúde do autor da demanda que originou a presente controvérsia, mercê de consistir em medida de apoio da decisão judicial em caráter de subrogação...” (Recurso Especial nº 908.904/RS – Decisão Monocrática – Min. Eliana Calmon – p. 23/03/2007). Para uma análise da repercussão dessas decisões judiciais sobre as despesas públicas, veja-se APPIO, Eduardo. *As Políticas Públicas de Saúde no Brasil e o Papel do Poder Judiciário*. Disponível em http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=125. Acesso em 13/03/2006.

¹⁹¹ “A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de quebrar-se a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça.” AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 39.

¹⁹² Elucidativos os trechos seguintes, também retirados de julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça, passíveis de consulta no sítio www.stj.gov.br: “[...] Por outro lado, também tenho por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública, uma vez que a liminar privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente.” (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 81/SC – Decisão Monocrática – Presidente Min. Edson Vidigal – p. 01/03/2005); “Presentes e bem demonstrados, pois, os pressupostos justificadores da medida de suspensão, uma vez que o fornecimento genérico e aleatório de medicação não aprovada pela comunidade especializada, a um sem-número de pessoas, em detrimento da listagem oficial confeccionada pelo órgão competente para tanto tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar o sistema de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública.” (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59/SC – Corte Especial – Superior Tribunal de Justiça – Relator Min. Edson Vidigal – j. 25/10/2004). A respeito dos tipos de argumentação empregados pelos juízes em demandas individuais e coletivas por direitos sociais, confira-se

Na realidade, qualquer demanda que tenha por objeto a implementação de princípio – caso do artigo 196 da Constituição da República – implica alguma análise de prognose: ora, porque não prescritas condutas imediatas, mas tão-só finalidades a alcançar, caberá ao juiz verificar qual das decisões possíveis é capaz de melhor realizá-las¹⁹³. Tampouco poderá o julgador prescindir de tal linha de raciocínio quando se fizer necessária a ponderação entre princípios colidentes, vez que indispensável verificar qual das decisões possíveis melhor promoverá o princípio prevalente e menos comprometerá aquele que com ele se tiver entrecrocado¹⁹⁴. Como se vê, uma vez reconhecida a força normativa dos princípios, mormente daqueles com assento constitucional, tornaram-se impositivas profundas modificações no discurso judicial, com a incorporação à fundamentação de julgados de argumentos consequencialistas. Se não há escapatória, ao juiz resta adaptar-se, treinar outras habilidades e capacitar-se para o manejo deste novo instrumental argumentativo, ainda que deva fazê-lo com extremas cautela e transparência, ante os custos inerentes à tomada de decisões mais complexas e à maior chance de erro¹⁹⁵.

De todo modo, na linha do que preconizam Feeley e Rubin, não é possível ao Judiciário argumentar, com fundamento exclusivo na especialização de funções, que o controle da implementação do direito à saúde – mormente das políticas públicas que lhe são correspondentes – simplesmente “não é parte do seu departamento”¹⁹⁶, sendo impositivo, até

MELLO, Cláudio Ari. “Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo” in MELLO, Cláudio Ari (organizador). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul n° 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 132-135.

¹⁹³ “[...] A decisão judicial é um evento que se insere nessa cadeia causal [de eventos do mundo], na medida em que fará cessar ou permitirá a continuidade de certos comportamentos, bem como por sua aptidão para *multiplicar* ou *diminuir* a ocorrência de outros comportamentos desejáveis ou indesejáveis na sociedade. Dessa forma, é preciso averiguar em que medida cada uma das decisões possíveis *promoverá* na prática o fim cuja consecução é obrigatória. Isso é especialmente evidente no caso das normas construídas como princípios, mas vale também para as regras. Se as normas jurídicas podem ser interpretadas como uma exigência de transformação do mundo atual em um mundo possível por meio da introdução de um novo fato em uma cadeia causal, então é possível afirmar que o trabalho do juiz envolve necessariamente algum componente de avaliação empírica *consequencial*. No mesmo sentido, o próprio Humberto Ávila afirma que, na aplicação de princípios, o aplicador deve ‘argumentar de modo a fundamentar uma avaliação de correlação entre os efeitos da conduta e a realização gradual do estado de coisas exigido’.” ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Consequencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2006, p. 42-43.

¹⁹⁴ Veja-se ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas*, p. 96-98 e 206-207.

¹⁹⁵ “[...] Os juízes brasileiros só devem ser incentivados a construir argumentos baseados em juízos causais e a comparar estados de coisas possíveis quando a própria norma jurídica aplicável os forçar a olhar nessa direção. Isso é especialmente válido no caso de princípios constitucionais. Fora dessas hipóteses – que podem e devem ser gradualmente identificadas pela doutrina e pela jurisprudência –, dado o acréscimo que o seu uso acarreta na possibilidade de erro na tomada de decisão e o incremento nos custos para a obtenção da decisão, os argumentos consequencialistas só devem ser utilizados em casos extremos.” ARGUELHES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas*, p. 212.

¹⁹⁶ “[...] Os tribunais são de fato especializados, mas não tanto ao ponto de lhes ser vedado adotar estilos contemporâneos de governança. Tal óbice não deve ser considerado com uma especialização, mas um fenômeno

mesmo por conta de determinação constitucional¹⁹⁷, que se mantenham sensíveis aos problemas sociais¹⁹⁸.

3.3. Discretionariedade

Outra objeção à sindicância do direito à saúde diz com a impossibilidade de controle judicial de atos administrativos discricionários: ao juiz seria vedado determinar prestações positivas em saúde, seja de âmbito individual, seja de âmbito coletivo, pois, diante dos termos vagos em que vazados os dispositivos constitucionais pertinentes, caberia exclusivamente ao administrador aquilatar se, como e quando deve atuar nesta seara.

Porque inviável prever antecipada e detalhadamente todas as hipóteses de atuação do Executivo – que, como visto alhures, concentra atribuições vastas e complexas –, evidente a necessidade de reservar-se ao administrador algum espaço de manobra. Isso não significa, todavia, que poderá decidir livremente, permanecendo à margem de qualquer controle judicial. Na realidade, como com propriedade aponta Gustavo Binenbojm, sequer há de se

apartado que seria chamado de ‘compartimentalização conceitual’. Esse fenômeno certamente ocorre – de fato, é a síndrome familiar ‘isso-não-é-com-o-meu-setor’ – mas a maior parte das pessoas o consideram com um defeito a ser evitado, não um princípio-guia a ser respeitado. Com efeito, um dos principais propósitos da especialização é criar fontes claras de *expertise* que possam ser facilmente reconhecidas e mobilizadas quando a situação o requerer. Em outras palavras, é função da divisão de tarefas melhorar interações, não dificultá-las.” No original: “[...] Courts are indeed specialized, but they are not so specialized that they are precluded from adopting contemporary styles of governance. Such a preclusion would not be specialization at all, but a separate phenomenon that might be called ‘conceptual compartmentalization’. This phenomenon certainly occurs – in fact, it is the familiar ‘that’s-not-my-department’ syndrome – but most people regard it as a defect to be avoided, not a guiding principle to be respected. Indeed, one of the major purposes of specialization is to create clear sources of expertise that can be readily recognized and mobilized as the situation demands. In other words, the division of tasks is supposed to increase interactions, not foreclose it.” (FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State*, p. 321).

¹⁹⁷ Vide, em especial, os incisos I e III do artigo 3º.

¹⁹⁸ “É verdade que a especialização de tarefas frequentemente possui caráter jurisdicional e que a reforma prisional poderia ser considerada fora dos limites de atribuição do Judiciário. De fato, foi desse modo que os juízes a consideraram durante a ascensão da doutrina do ‘hands-off’. Mas finalmente resolveram agir porque perceberam que se tratava de um grande problema social que ninguém mais estava combatendo, e que eles poderiam de forma racional incluí-lo em suas atribuições ao invocar a Constituição. Para solucionar o problema social, tiveram que agir segundo um ‘modo de formulação de políticas’ característico de administradores, mas esse é o nosso estilo predominante de governança, e nada que se refira à especialização de tarefas dos tribunais os proíbe de empregá-lo.” No original: “It is true that task specialization often possesses a jurisdictional character, and that prison reform might be regarded as outside the judiciary’s jurisdiction. Indeed, that is precisely how judges regarded it during the ascendancy of the hands-off doctrine. But they ultimately took action because they perceived a major social problem that no one else was addressing, and that they could reasonably add to their jurisdiction by invoking the Constitution. To solve the social problem, they had to act in a policy-making mode characteristic of administrators, but that is our dominant style of governance, and nothing about the courts’ tasks specialization precludes them from employing it.” (FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State*, p. 321).

falar em atos administrativos discricionários, pois, ainda que não conformados por regras ou conceitos jurídicos indeterminados, são vinculados diretamente por princípios constitucionais, legais ou regulamentares:

“A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*. A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. [...]

No último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito, encontram-se os *atos vinculados diretamente por princípios* (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de *atos discricionários*. Aqui, à míngua de regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de *escolher*, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência (constitucional, legal ou regulamentar). A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade.”¹⁹⁹

Mesmo que o tenha feito por intermédio de princípios, dúvida não há, a este passo, de que a Constituição erigiu a proteção à saúde à condição de direito fundamental e determinou a adoção de políticas públicas concretizadoras. Por conseguinte, não é dado ao administrador postergar o cumprimento de seus deveres ao argumento de que é sua a competência para decidir se e quando deve atuar: por força de determinação constitucional, a implementação imediata do direito à saúde é obrigatória, tanto que previsto quantitativo mínimo de recursos a serem investidos anual e necessariamente em seu favor²⁰⁰. Está-se diante, no dizer de Rogério Gesta Leal, de políticas públicas constitucionais vinculantes:

“Para cada plexo de garantias outorgadas à responsabilidade estatal vistas, necessitam advir políticas públicas concretizadoras, que se operam em diversos níveis de efetivação, tais como

¹⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 206 e 229. Também Canotilho preconiza a vinculação da atividade administrativa aos princípios, mormente àqueles que veiculam direitos fundamentais: “[...] Da mesma forma, quando a administração pratica actos no exercício de um *poder discricionário*, ela está obrigada a actuar em conformidade com os direitos, liberdades e garantias. Aqui, dada a frouxa pré-determinação da lei, estes direitos surgem como parâmetros imediatos de vinculação do poder discricionário da administração. Desta forma, a violação da lei constitucional, sobretudo a violação das normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias pode originar *invalidade* de actos administrativos com o consequente recurso contencioso.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 407-408).

²⁰⁰ Artigo 198, § 2º, da Constituição da República. Cf. o item 3.4 do Capítulo VI.

os da elaboração, constituição formal, execução e avaliação das ações necessárias, contando para tanto com a máxima participação da comunidade alcançada por elas. Tais ações é que denomino de políticas públicas constitucionais vinculantes, independentes da vontade ou discricionariedade estatal para que venham a acontecer, eis que condizentes a direitos indisponíveis e de mais alta importância e emergência comunitárias, perquirindo imediata materialização, sob pena de comprometer a dignidade humana e o mínimo existencial dos seus carecedores.”²⁰¹

Casos há, pois, em que, por conta da incidência de princípios, resta ao administrador uma única escolha conforme o Direito, reduzindo-se a zero sua discricionariedade. Se a alternativa, seja ela deixar de agir²⁰² ou agir diferentemente, contrariar direitos fundamentais ou princípios gerais – tais como moralidade, eficiência e proporcionalidade²⁰³ –, é sinal de que a alternatividade sequer existe, razão pela qual será lícito ao juiz não só declarar a invalidade do ato ou omissão administrativa, como também determinar a adoção do comportamento correto²⁰⁴. Ora, estariam abarcadas pela discricionariedade do administrador as condutas de interromper programa de fornecimento de medicamentos essenciais à população que deles necessita, ou deixar hospitais em ruínas por falta de conservação, equipamentos e pessoal? A resposta negativa parece intuitiva.

²⁰¹ LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 – Volume I, Tomo I. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura e Livraria do Advogado, 2005, p. 168-167.

²⁰² Sobre o controle da omissão administrativa, veja-se KRELL, Andreas Joachim. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 84: “No fundo, a questão envolve a própria supremacia da Constituição: se o texto da Carta Federal declara a proteção ao meio ambiente e a promoção da saúde pública expressamente como *deveres* do Poder Público, tem que ser dada também a possibilidade ao Judiciário de corrigir as possíveis omissões dos outros Poderes no cumprimento destes deveres. Isto vale especialmente para casos em que a situação omissiva está claramente consubstanciada e não há dúvidas a respeito da atividade necessária para sanar o estado de ilegalidade. Nesse contexto, Marinoni alega que basta, para essa correção, o descumprimento de um *dever* legal; além disso, ele também não exclui a possibilidade de uma condenação judicial no caso da abertura legal de um juízo discricionário para a Administração, nos casos em que esta não puder escolher entre diferentes opções, para perseguir a finalidade da lei. Vale ressaltar, contudo, que o controle judicial deve-se restringir à questão da escolha ente ‘agir ou não agir’ (v.g.: construir uma estação de tratamento), e não do ‘como agir’ (v.g.: tecnologia a ser adotada, localização etc.).”

²⁰³ “Com efeito, os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal da 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão.” (BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 207)

²⁰⁴ Sobre a hipótese de redução da discricionariedade a zero, vejam-se: ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 111-112; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 230-233; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 164-170.

Para além de ser obrigatória, a proteção à saúde, na medida em que direito fundamental e serviço de relevância pública, é também prioritária²⁰⁵. Dessarte, quando da elaboração das leis orçamentárias, Executivo e Legislativo têm o dever de priorizar as ações de saúde, sobretudo quando em cotejo com interesses outros que, ainda que possam ser considerados legítimos, não gozem do mesmo *status* constitucional. Por conseqüência, reduzida pela própria Constituição a margem de escolha estatal, eventual desprestígio do direito à saúde em favor da divulgação publicitária de realizações governamentais, ou da promoção de festividades públicas, por exemplo, é passível de controle judicial²⁰⁶.

A margem de opção do administrador, portanto, limita-se à eleição das ações *de saúde* prioritárias e à determinação dos meios a serem utilizados para sua promoção; nada obstante, mesmo em tais áreas o controle judicial se faz possível. Ora, a fixação de prioridades deve respeitar eventuais estipulações constitucionais específicas – tal qual ocorre com a assistência materno-infantil²⁰⁷ –, como também atender os ditames da igualdade e da proporcionalidade. Parece evidente que, com fundamento em violação do princípio da isonomia, pode o juiz declarar a inconstitucionalidade de ato administrativo determinativo da construção de hospital público em bairro abastado e servido por rede de saúde satisfatória, na hipótese de existirem localidades outras mais necessitadas²⁰⁸. Da mesma forma, porque flagrantemente desproporcional, afigura-se passível de nulificação a contratação de médicos de especialidade já atendida por quantitativo razoável de profissionais quando houver déficit em outras especialidades.

²⁰⁵ “Ao se qualificar um serviço como de relevância pública indica-se a existência de uma importância adicional nesse serviço, o qual deverá ser prestigiado pela administração. Logo, quando se tratar de serviço público relevante, em eventual confronto com outro que não tenha essa qualificação, o administrador público deverá privilegiar aquele, como, por exemplo, na destinação de recursos. Com isso, a Constituição veda uma inversão de prioridades com base em critérios supostamente discricionários. O serviço de relevância pública deve, pois, ser privilegiado no conjunto da atuação do Poder Público.” (WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129)

²⁰⁶ No ponto, vejam-se: BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 602 e 620; REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão. “Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa” in GARCIA, Emerson (coordenador). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 372-373; GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 249-250.

²⁰⁷ Artigo 227, § 1º, I, da Constituição da República.

²⁰⁸ O exemplo foi extraído de WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e federação na Constituição Brasileira*, p. 160-161.

Estabelecida a prioridade, também o meio escolhido para atingi-la pode ser objeto de escrutínio judicial. Em primeiro lugar, a escolha deve recair obrigatoriamente sobre um meio adequado à realização do fim²⁰⁹: na hipótese de inadequação manifesta e injustificável, evidente a possibilidade de vir a medida a ser declarada inválida. Sobremais, o meio eleito há de ser aquele que menor restrição imponha sobre direitos fundamentais colaterais²¹⁰: se evidente sua desnecessidade, tampouco aqui pode o juiz furtar-se ao exercício do controle de constitucionalidade que lhe é próprio. Entretanto, como adiantado alhures, somente nestes casos – e naqueles outros em que tecnicamente possível, sem qualquer dúvida, apontar a melhor solução – a intervenção judicial se mostrará legítima, vez que vedado ao juiz substituir-se ao administrador quando a escolha por este realizada revelar-se satisfatoriamente adequada e necessária²¹¹.

Lícito concluir – e em boa companhia o fazemos²¹² – que os atos discricionários (*rectius*: vinculados diretamente por princípios) poderão sempre ser submetidos a controle judicial; a intensidade desse controle é que comportará gradação. Nesse diapasão, em

²⁰⁹ Como esclarece Humberto Ávila, a adequação do meio ao fim possui três aspectos distintos: quantitativo (“um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio”), qualitativo (“um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio”) e probabilístico (“um meio pode promover com menos, igual ou maior certeza o fim do que outro meio”). Exatamente por isso, a escolha da medida mais adequada à realização da finalidade pode ser extremamente complexa: “[...] Isso significa que a comparação entre os meios que o legislador ou administrador terá de escolher nem sempre se mantém em um mesmo nível (quantitativo, qualitativo ou probabilístico), como ocorre na comparação entre um meio mais fraco e outro mais forte, entre um meio pior e outro melhor, ou entre um meio menos certo e outro mais certo para a promoção do fim...” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 153).

²¹⁰ Também a aferição da necessidade pode apresentar dificuldades, sobretudo quando comparados meios diferentes quanto ao grau de promoção do fim e ao nível de restrição imposta aos direitos colaterais: “[...] Quando são comparados meios cuja intensidade de promoção do fim é a mesma, só variando o grau de restrição, fica fácil escolher o meio menos restritivo. Os problemas começam, porém, quando os meios são diferentes não só no grau de restrição dos direitos fundamentais, mas também no grau de promoção da finalidade. Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 160).

²¹¹ Cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 234-235; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 157.

²¹² Esta, textualmente, a irretocável lição de Humberto Ávila, também aplicável à atuação do administrador (*Teoria dos Princípios*, p. 162-163): “[...] Em qualquer caso – e este é o ponto decisivo – caberá ao Poder Judiciário verificar se o legislador fez uma avaliação objetiva e sustentável do material fático e técnico disponível, se esgotou as fontes de conhecimento para prever os efeitos da regra do modo mais seguro possível e se se orientou pelo estágio atual do conhecimento e da experiência. Se tudo isso foi feito – mas só nesse caso – a decisão tomada pelo Poder Legislativo é justificável (*vertretbar*) e impede que o Poder Judiciário simplesmente substitua a sua avaliação. Mas, veja-se: a decisão a respeito da justificabilidade da medida adotada pelo Poder Legislativo é o resultado final do controle feito pelo Poder Judiciário e, não, uma posição rígida e prévia anterior a ele. Sem o controle do Poder Judiciário não há sequer como comprovar a justificabilidade da medida adotada por outro Poder.” Cf. também: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 206-207; MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 161.

conformidade com as lições de Gustavo Binbenbojm²¹³ e Humberto Ávila, tal escrutínio será tanto mais severo quanto: i) maior for a importância do bem juridicamente protegido ou a restrição a ele imposta – sobretudo se se tratar de direito fundamental; ii) mais alto for o grau de segurança e objetividade extraível das normas aplicáveis, possibilitando a conclusão de que o comportamento estatal é produto de equívoco manifesto. Por outro lado, o juiz deve adotar postura tanto mais auto-constritiva quanto: i) mais técnico e complexo for o juízo exigido pela matéria; ii) mais duvidoso for o efeito futuro do ato sob análise²¹⁴.

3.4. Democracia

Diz-se, ainda, que a imposição judicial de prestações positivas de saúde macularia o princípio democrático, na medida em que somente a representantes eleitos pelo povo seria possível tomar decisões de caráter político, sobretudo quando escassos os recursos disponíveis. Segundo tal linha de raciocínio, aos juízes faltaria legitimidade democrática para controlar as escolhas realizadas por administradores e legisladores, bem como as ações e omissões que delas decorram, nada mais lhes restando do que obrigatória auto-construção.

Primeiramente, assim como se fez com a separação de poderes, à verificação da correção da tese e da aplicação que confere ao princípio democrático faz-se indispensável resgatar seu fundamento último. Pois bem. Como esclarece Ana Paula de Barcellos²¹⁵, a *ratio essendi* da democracia repousa no princípio da igualdade: se todos os homens são iguais e suas opiniões dignas de igual importância, toda a coletividade é titular do poder de decidir sobre seu destino, de modo que, à míngua de consenso, tem preferência o critério majoritário²¹⁶.

²¹³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 235-237.

²¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 161-163.

²¹⁵ “[...] A soberania popular democrática é, portanto, antes de tudo, um corolário da idéia de igualdade.” (*A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 226)

²¹⁶ “Existe uma conexão intrínseca entre o **princípio democrático** e o **princípio majoritário**. As raízes do princípio majoritário reconduzem-se aos princípios da igualdade democrática, da liberdade e da autodeterminação. Se a liberdade de participação democrática é igual e vale para todos os cidadãos, então o estabelecimento vinculativo de uma determinada ordenação jurídica pressupõe, pelo menos, a concordância da maioria. E como, por outro lado, a igualdade de participação democrática pressupõe a igualdade dos votos, então estes só poderão fornecer o suporte para decisões através do respectivo número e não através de um diferente ‘peso’: os votos contam-se, não se pesam. Os indivíduos livres e iguais possibilitam, através do voto livre e igual, a adoção de um método político de decisão que, pelo menos, beneficia de uma *legitimidade quantitativa majoritária*.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 311)

Entretanto, se a isonomia é seu fundamento, exsurge evidente que a regra da maioria não pode ser absoluta. Como todos são merecedores de igual respeito e consideração, quaisquer decisões majoritárias que violem os direitos fundamentais da minoria ou dificultem a possibilidade de alternância no poder, colocando em risco a continuidade do próprio regime democrático, são ilegítimas²¹⁷. Conclui-se, pois, que democracia não é sinônimo de regra da maioria, sendo inerente à sua preservação a existência de mecanismos de correção contramajoritários, a cargo de órgãos necessariamente independentes da opinião preponderante²¹⁸. Dessarte, o controle judicial de constitucionalidade dos atos ou omissões legislativos e administrativos é dotado de uma legitimidade democrática que lhe é própria, a qual deflui justamente do fato de seu exercício ser conferido a titulares não eleitos, vitalícios, imparciais e, por conseguinte, despreocupados em agradar a maioria e garantir sua perpetuação no poder²¹⁹.

De mais a mais, como explicitado no capítulo antecedente, independentemente da fundamentação filosófica que se entenda preponderar, parece inegável que o direito à saúde é, em alguma extensão, pressuposto da democracia. Ora, se é assim, ao declarar a incompatibilidade de comportamento estatal comissivo ou omissivo com os princípios que consagram tal direito fundamental e, conforme o caso, impor a implementação de prestações positivas, o juiz não desrespeita o regime democrático, mas, ao revés e em última análise, garante a existência prática de condição indispensável ao seu regular funcionamento²²⁰.

²¹⁷ “A democracia tem como suporte ineliminável o princípio maioritário, mas isso não significa qualquer ‘absolutismo da maioria’ e, muito menos, o domínio da maioria. O direito da maioria é sempre um direito em concorrência com o direito das minorias com o conseqüente reconhecimento de estas se poderem tornar maiorias.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 311) No sentido do texto, veja-se também BARCELLOS, Ana Paula. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 227-228.

²¹⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 107: “Parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.”

²¹⁹ “A investidura popular não outorga ao Legislativo e ao Executivo uma legitimidade maior do que a do Judiciário. Instituições democráticas não se caracterizam necessariamente pelo provimento por eleição. Ao passo em que diversas ditaduras ao longo da história foram instauradas por sufrágio, muitos outros critérios vêm sendo propostos para qualificar um regime de democrático: o respeito pelos direitos individuais, o respeito à lei, a promoção de oportunidades de expressão e participação popular.” (GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 194)

²²⁰ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade” in *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 58: “Observe-se que, para a perspectiva democrático-deliberativa, quando se trata de direitos sociais básicos, o judiciário tem legitimidade para concretizá-los, independentemente de decisões majoritárias. Não se trata aqui

Por outro lado, em lição por muitos reiterada, Mauro Cappelletti elenca diversos argumentos em prol da legitimação democrática do Poder Judiciário²²¹. Aponta, inicialmente, os problemas apresentados pela democracia representativa, em especial a grande pressão exercida por grupos sociais e econômicos importantes, que faz com que o produto das atividades legislativa e executiva nem sempre corresponda à vontade da maioria. Com efeito, se evidente exagero proclamar a morte da democracia representativa²²², impossível deixar de reconhecer que a legitimidade proveniente do voto popular tem se mostrado cada vez mais comprometida, seja porque a influência dos poderes econômico e midiático na escolha dos representantes e em sua atuação pós-eleição é uma realidade²²³, seja porque, dada a complexidade das temáticas reguladas e da estrutura burocrática estatal, decisões de suma importância – inclusive concernentes às políticas públicas constitucionalmente vinculadas – são tomadas diuturnamente por membros do governo não eleitos²²⁴.

Nesse cenário, parece de todo salutar a abertura de canais outros à participação popular que não as eleições periódicas. O controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos e omissões legislativos e administrativos apresenta-se, então, como forma alternativa de exercício da democracia, aberta a todos e orientada à proteção e efetivação dos direitos fundamentais. A judicialização das questões atinentes à implementação desses direitos, posta ao lado da capacidade eleitoral ativa – e sem qualquer pretensão de substituí-la –, não

de uma usurpação dos direitos da maioria, a quem caberia a implementação do projeto constitucional. Trata-se, antes sim, do estabelecimento de certas condições sociais da vida sem as quais a própria idéia de cooperação social perde completamente o sentido.”

²²¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 94-107.

²²² Cf. AMARAL, Roberto. “A Democracia Representativa Está Morta: Viva a Democracia Participativa!” in GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 19-56.

²²³ “Com efeito, contemporaneamente, a legitimidade política não é exclusivamente dos eleitos nem tampouco se pode afirmar decorra ela imediatamente da vitória nas urnas, porquanto a legitimidade do político verificar-se-á, em verdade, não no momento de anúncio dos resultados eleitorais, mas sim no seu efetivo engajamento com as causas sociais que prometera defender e que o alçaram ao triunfo eleitoral. [...] Não se trata de negar a legitimidade haurida nas urnas, mas de mostrar sua insuficiência no mundo contemporâneo, em que o consenso pode ser manipulado por conta de eficientes recursos midiáticos e técnicas de propaganda política, habilitados a conduzir a *vox populi* para terrenos inimagináveis, surpreendentes e até terríficos.” (PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 232)

²²⁴ Veja-se GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 194: “Além disso, estes representantes eleitos não exercem suas funções políticas diretamente. A maior parte dos atos do Parlamento consiste em cancelar decisões das cúpulas partidárias, as quais, por sua vez, são precedidos de longos estudos técnicos dos quais tomam parte especialistas e burocratas mas não os deputados e senadores eleitos. De forma análoga, a maior parte das funções do Executivo são realizadas por agências e departamentos dispostos numa estrutura tão intrincada que o chefe do Executivo não tem, na prática, qualquer controle sobre a decisão tomada no final da cadeia.”

enfraquece a democracia; pelo contrário, promove-a, à medida que amplia a possibilidade de participação efetiva do cidadão nos rumos da comunidade de que faz parte²²⁵.

Por outro lado, uma vez que seu acesso é indiscriminado, o processo judicial garante voz e acolhida a grupos minoritários tradicionalmente alijados do processo político deliberativo, seja por falta de expressão econômica, seja porque desprovidos de influência social. Como realça Martin Shapiro, se o controle que exerce sobre o comportamento dos demais poderes é em essência político, o procedimento empregado pelo juiz para tanto é jurisdicional, garantidos que estão a paridade e o contraditório²²⁶. Até por isso, e porque são as partes que o iniciam e determinam o seu conteúdo, pode ser considerado o mais participativo dentre os processos públicos; para alguns, é também o menos sujeito a interferências espúrias, graças a tais virtudes passivas da jurisdição, à independência funcional dos magistrados e à combinação de isolamento e imediatidade inerente à atividade jurisdicional²²⁷.

De mais a mais, na medida em que a publicidade é regra nos processos judiciais, e as decisões prolatadas em seu curso necessariamente fundamentadas²²⁸, a atividade jurisdicional é dotada de alto grau de responsabilidade (*accountability*), prestando-se a amplo e continuado controle social²²⁹. Dessa forma, como com propriedade aponta Cláudio Ari Mello, as discussões e decisões que têm lugar no âmbito da jurisdição preenchem o requisito da racionalidade, fundamental à legitimidade democrática:

²²⁵ Cf. PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais*, p. 235: “Deste modo, não ocorre uma substituição de lugar da democracia desde as esferas político-representativas para aquelas de ordem funcional. Ao contrário, o que se dá é uma ampliação da representação democrática, pois, enquanto a *cidadania política*, ao menos teoricamente, dá ao homem comum o poder de participar do procedimento de ‘elaboração das leis’, a *cidadania social* oportuniza-lhe acesso, através de ações individuais ou coletivas, ao procedimento de ‘aplicação das leis’. A *soberania complexa* enseja ao cidadão as duas formas – política e social – de participação na vida pública.”

²²⁶ Cf. SHAPIRO, Martin. *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*. Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall, p. 24, *apud* CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 99.

²²⁷ “[...] Na descrição assaz vívida do professor Alexander Bickel, existe realmente nos tribunais uma combinação de dois elementos: de um lado, o que ele denominou de ‘isolamento’ típico do estudioso, isolamento crucial na ‘descoberta dos valores duradouros da comunidade’, e, de outro lado, a quotidiana obrigação de tratar ‘com a realidade viva de controvérsias concretas’, diversamente do legislador que tem de lidar ‘tipicamente com problemas gerais, abstratos ou vagamente previstos’. Essa combinação única constitui também, ao menos potencialmente, a força única da função jurisdicional. Ela permite aos tribunais a possibilidade de encontrarem-se continuamente em contato com os problemas mais concretos e atuais da sociedade, mantendo-se ao mesmo tempo, nada obstante, suficientemente independentes e afastados das pressões e caprichos do momento.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 104)

²²⁸ Vide o inciso IX do artigo 93 da Constituição da República.

²²⁹ “[...] Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de ‘exposição’ ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais ‘responsáveis’ perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria desses), não expostos a tal fiscalização continuada do público.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 98-99)

“Por fim, as decisões do Poder Judiciário respondem a um requisito fundamental da legitimidade democrática, que consiste na racionalidade das discussões e decisões políticas. A democracia constitucional é um regime político-jurídico no qual a comunidade é governada por decisões racionais que devem levar em consideração os interesses de cada um dos seus membros. Como as decisões judiciais são obrigatoriamente motivadas, a argumentação jurídica racional permite que a sociedade exerça sobre elas um controle público e amplo. Esse controle pode ser jurídico, através dos recursos processuais disponibilizados pelo sistema legal às partes e a terceiros interessados, e pode ser social, moral e sobretudo político, que pode ser exercido pelo processo legislativo e por emendas constitucionais. Por isso, a própria natureza do processo judicial em uma democracia constitucional implica um diálogo racional permanente entre o Poder Judiciário e a cidadania em geral...”²³⁰

Finalmente, além de não ser totalmente desprovido de representatividade eleitoral, já que os demais ramos participam ativamente da escolha e investidura dos membros dos tribunais superiores²³¹, a legitimidade do Judiciário origina-se na própria Constituição, que o fez um dos braços do poder estatal²³².

A despeito de todos os argumentos expostos em prol da legitimidade democrática do Judiciário, doutrinadores norte-americanos de escol – como Mark Tushnet, Jeremy Waldron e Larry Kramer – passaram a defender a restrição, ou mesmo a eliminação, do controle judicial dos atos e omissões perpetrados pelos demais poderes. Para os defensores do *popular constitutionalism*, o papel do Judiciário deveria sofrer dramática redução, pois: i) suas decisões em sede de *judicial review* pouca ou nenhuma relevância tiveram nos processos de

²³⁰ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 192.

²³¹ Na Constituição brasileira, a escolha e investidura dos ministros dos tribunais superiores consta dos artigos 101, parágrafo único, 104, parágrafo único, 111-A e 123. No ponto, cf. FAVOREU, Louis. “La légitimité de la justice constitutionnelle” in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 233: “Este modo de designação dos juízes constitucionais por autoridades políticas e por motivos políticos, longe de constituir um defeito dos sistemas de justiça constitucional, é, ao contrário, uma qualidade e mesmo uma necessidade: justamente porque a legitimidade da justiça constitucional repousa em grande parte sobre esta técnica de designação, ela é hoje admitida de maneira geral.”. No original: “Ce mode de désignation des juges constitutionnels par des autorités politiques pour des motifs politiques, loin de constituer une tare des systèmes de justice constitutionnelle, est au contraire une qualité et même une nécessité: car la légitimité de la justice constitutionnelle repose en grande partie, sur cette technique de désignation, ainsi qu’il est admis aujourd’hui de manière générale.”.

²³² “[...] Por lo que hace a lo primero [sentido da legitimidade dos Tribunais Constitucionais], la legitimidad de la función o legitimidad objetiva, yo diría en primer lugar que la legitimidad de los tribunales constitucionales es, ante todo, pura y simplemente la legitimidad de la propia Constitución.” (VILLALÓN, Pedro Cruz. “Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria” in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 86)

mudança social ocorridos na história dos Estados Unidos²³³; ii) confiáveis que são o povo, seus representantes e os processos majoritários, desnecessário se mostraria o controle de constitucionalidade, até porque caberia às minorias marginalizadas fazer valer seus interesses através do jogo político²³⁴; iii) o *judicial review* seria, ainda, indesejável, na medida em que substitui escolhas majoritárias por decisões da lavra de juízes não eleitos, freqüentemente equivocadas e dificilmente modificáveis.

²³³ Tal argumento conta com a simpatia de Cass R. Sunstein, que assim se pronunciou ao comentar o caso *Brown v. Board of Education* (347 U.S. 483 – 1954), em que a Suprema Corte declarou inconstitucional a segregação racial nas escolas sulistas: “Tenho sugerido que os juízes não são eficazes em produzir reformas sociais. De fato, os esforços do Tribunal em dessegregar o Sul foi em grande parte um fracasso. Consideremos, por exemplo, o surpreendente fato de que uma década após a Suprema Corte ter anunciado que a segregação de escolas era inconstitucional, menos de 2 por cento das crianças negras no Sul estavam freqüentando escolas dessegregadas. A dessegragação real começou apenas depois que os poderes democráticos – o Congresso e o Presidente – se envolveram. Talvez o envolvimento dos poderes democráticos tenha sido um resultado de ‘Brown’, mas há pouca evidência disso. Esses simples fatores empíricos não significam que ‘Brown’, uma das pedras angulares do direito constitucional norte-americano, tenha sido decidido de forma equivocada; mas acrescentam de forma dramática argumentos contrários às iniciativas dos juízes para alterar práticas sociais. Mesmo quando os juízes reconhecem direitos que merecem ser reconhecidos, e mesmo quando julgam que tais direitos devem ser protegidos, a sociedade pode permanecer inerte ou rebelar-se, e os direitos poderão não ser usufruídos no mundo real. De fato, uma proteção de direitos levada a cabo por juízes pode resultar em um desserviço a esses mesmos direitos. Isso poderá muito bem ter acontecido nos EUA com os esforços para a proteção do direito de aborto – os esforços que poderão ter minado o movimento em prol da igualdade de gênero.”. No original: “*I have suggested that judges are usually not effective in producing social reform. In fact the Court’s effort to desegregate the South was mostly a failure. Consider, for example, the astonishing fact that a decade after the Supreme Court announced that school segregation was unconstitutional, less than 2 percent of black children in the South were attending desegregated schools. Real desegregation began only after the democratic branches – Congress and the president – became involved. Perhaps the involvement of the democratic branches was a result of Brown, but there is little evidence that this is so. These simple empirical points do not mean that Brown, one of the cornerstones of American constitutional law, was wrongly decided; but they do count against judge-led efforts to change social practices in a dramatic way. Even when judges recognize rights that deserve to be recognized, and even when judges rule that those rights must be protected, society may stand firm or rebel, and the rights may not come to fruition in the real world. Indeed, judge-led protection of rights may disserve those very rights. This may well have happened in the United States with judicial efforts to protect abortion – efforts that may well have undermined the movement for sex equality.*” (Cf. *Legal Reasoning and Political Conflict*, p. 176). Veja-se, ainda, TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 154.

²³⁴ TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*, p. 159: “A dificuldade com esse argumento [a revisão judicial como instrumento necessário à proteção das minorias] é que ela negligencia a política. Consideremos primeiramente um grupo que constitui uma minoria de 10 por cento da população. Ele poderá reunir somente 10 por cento em votos diretos sobre temas que lhe são caros e sempre perderá. Mas é muito fácil ver como uma tal minoria poderá efetivamente conseguir parcela significativa do que pretende. Seus líderes terão de encontrar temas em que a maioria estiver claramente dividida – 45 por cento de ambientalistas e 45 por cento de madeireiros, por exemplo – e, assim, propor a ambos os lados, ‘Daremos nossos votos neste assunto a quem votar conosco nos nossos temas’.”. No original: “*The difficulty with this argument is that it overlooks politics. Consider first a group that is a 10 percent minority in the population. It can muster only 10 percent on up-or-down votes on issues it cares about, and it will lose all the time. But it is pretty easy to see how such a minority actually can get quite a bit of what it cares about. Its leaders have to find some issue on which the majority is closely divided – 45 percent pro-environment to 45 percent pro-logging, for example – and then say to both sides, ‘We will deliver our votes on that issue to whichever side votes for our issues.’*”.

Erwin Chemerinsky, por sua vez, rebate tais assertivas uma a uma²³⁵. Quanto à incapacidade das decisões judiciais para provocar mudanças sociais, critica o *popular constitutionalism* por passar ao largo da jurisprudência de tribunais locais, restringindo sua análise às decisões da Suprema Corte, que mesmo sob a presidência conservadora do Justice Rehnquist teria avançado em muitos temas afetos à liberdade individual²³⁶. Por outro lado, ainda que não tenham produzido por si sós mudanças sociais efetivas – frustração que também pode advir da edição de leis²³⁷ –, diversas decisões judiciais tiveram suma importância por reconhecerem e garantirem proteção a direitos historicamente desrespeitados²³⁸.

Os demais argumentos, como demonstra o renomado professor da *Duke University School of Law*, lastreiam-se em generalizações infundadas. Se em algumas ocasiões o *judicial review* mostrou-se desnecessário ou equivocado, conclui o *popular constitutionalism* que tal controle sempre é desnecessário ou equivocado; se momentos houve em que a maioria eleita decidiu em favor das liberdades e direitos da minoria, tem como certo que sempre o fará. A fé romântica que os adeptos do movimento depositam nas virtudes da política, da regra da maioria e da representação popular ignora a lição constante da nota de rodapé 4 do caso *United States v. Carolene Products Co.*²³⁹:

²³⁵ CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*. University of Illinois Law Review, Volume 2004, Number 3, p. 673-690.

²³⁶ Cita o exemplo, entre outros, do célebre caso *Lawrence v. Texas* (123 S. Ct. 2472, 2484 – 2003), em que a Suprema Corte norte-americana declarou ser inconstitucional, à luz da proteção à intimidade, lei texana que criminalizava a prática de relações sexuais homossexuais consensuais, entre adultos e em local privado. A íntegra da decisão pode ser obtida, conforme acesso em 29/04/2007, no sítio eletrônico <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=000&invol=02-102>.

²³⁷ Cf. CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review*, p. 683: “[...] A questão a se considerar é se faz sentido avaliar a capacidade dos tribunais em fazer a diferença separadamente à capacidade geral da lei em fazer a diferença.”. No original, em inglês: “[...] *The point is to ask whether it makes sense to evaluate the ability of the courts to make a difference apart from the general ability of the law to make a difference.*”.

²³⁸ Vide CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review*, p. 684: “[...] Mesmo se as decisões dos tribunais não trouxessem mudança social alguma, ainda poderiam servir a outras finalidades de enorme relevância. Talvez o mais importante seja que as decisões dos tribunais possam reparar indivíduos que sofreram danos. [...] Ademais, a reparação poderá ser não-econômica. As decisões dos tribunais podem oferecer compensação àqueles que foram prejudicados por práticas ilegais e inconstitucionais.”. No original: “[...] *Even if court decisions brought about no social change, they still might serve enormously important ends. Perhaps most importantly, court decisions can provide redress to injured individuals. [...] Moreover, the redress might be noneconomic. Court decisions can provide vindication to those who have suffered from unconstitutional or illegal practices. Brown v. Board of Education was an enormously important statement of equality even if little school desegregation resulted.*”.

²³⁹ 304 U.S. 144 (1938). Na hipótese, discutia-se a constitucionalidade de norma federal sobre comércio interestadual; sua importância deve-se à referida nota de rodapé, pertencente ao voto do *Justice Harlan Stone*, que estabeleceu os *standards* seguidos pela Suprema Corte no controle de constitucionalidade. Cf. a decisão em <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=304&invol=144>, acessado em 30/04/2007.

“A famosa nota de rodapé do caso *Carolene Products & Co.* captou perfeitamente a questão: quando se trata de minorias sem poder político, ou de assegurar o funcionamento do processo político, ou de salvaguardar direitos fundamentais, o processo – e o ‘*popular constitutionalism*’ – não merecem confiança. Se não há revisão judicial ou supremacia judicial, os controles à perseguição de minorias são dramaticamente reduzidos, senão eliminados. As minorias não devem depender da maioria para sua proteção.”²⁴⁰

Ao crer que todos podem ter seus direitos respeitados e fazer valer seus interesses por intermédio do jogo político-partidário, Tushnet desconsidera a possibilidade de que existam grupos a tal ponto marginalizados que sequer disponham das condições mínimas necessárias à efetiva participação no cotidiano legislativo ou governamental. No caso brasileiro, tomadas a baixíssima escolaridade da maioria da população, o seu parco acesso à informação e as distorções do sistema eleitoral vigente, evidente está a inaptidão do *popular constitutionalism* para garantir proteção e implementação aos direitos fundamentais dos excluídos. Indubitável que a mobilização e a organização política desta parcela da população – não por acaso usuária preferencial do aparato público de saúde – devem ser estimuladas; entretanto, se e enquanto se lhe mostrarem indisponíveis os canais de participação próprios à democracia representativa, indispensável franquear-lhe a via jurisdicional, recurso último – e, por vezes, único – à salvaguarda de seus direitos²⁴¹.

Por outro lado, tal movimento deve sua eclosão, ao menos em grande parte, à insatisfação de seus adeptos, todos juristas de tradição liberal, com a orientação conservadora

²⁴⁰ CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review*, p. 683. No original: “*The famous Carolene Products & Co. footnote got it exactly right: when it comes to politically powerless minorities, or ensuring the workings of the political process, or safeguarding fundamental rights, the political process – and popular constitutionalism – cannot be trusted. If there is no judicial review, or no judicial supremacy, then the checks on persecution of minorities are dramatically reduced, if not eliminated. Minorities should not need to depend on the majority for their protection.*”.

²⁴¹ Chemerinsky faz ver que a existência de grupos marginalizados não é estranha à realidade norte-americana (*In Defense of Judicial Review*, p. 688): “*Em suma, juristas que adotam o ‘popular constitutionalism’ superestimam de forma dramática a probabilidade de cumprimento voluntário por outras áreas de governo e subestimam os eventuais benefícios da revisão judicial. Como alguém que regularmente defende casos em nome de prisioneiros ou pessoas que tiveram suas liberdades civis violadas, tenho para mim que o ‘popular constitutionalism’ é produto de um alheamento acadêmico, que falha ao deixar de reconhecer que, para clientes como os meus, usualmente são os tribunais ou nada. Prisioneiros ou litigantes de direitos civis podem muito bem perder nos tribunais, mas frequentemente não terão outro recurso senão o processo judicial.*”. No original: “*In sum, popular constitutionalists dramatically overestimate the likelihood of voluntary compliance by the other branches of government and underestimate the likely benefits of judicial review. As someone who often argues cases on behalf of prisoners or those whose civil liberties have been violated, I have the sense that popular constitutionalism is the product of an academic detachment failing to recognize that, for clients like mine, it is often the courts or nothing. Prisoners and civil rights litigants very well might lose in the courts, but often they have no recourse except in the judicial process.*”.

da atual Suprema Corte norte-americana²⁴². É bem de ver, todavia, que tanto a composição quanto a tendência política dos tribunais constitucionais modificam-se periodicamente; o que não parece acertado é, de forma casuística, atacar o controle judicial de constitucionalidade por conta de discordâncias circunstanciais.

3.5. Reserva do Possível

A expressão reserva do possível foi difundida pelo Tribunal Constitucional Alemão por ocasião do julgamento dos casos conhecidos por *numerus clausus*²⁴³, em que se decidiu não ser razoável pretender que o Estado – e, em última análise, a sociedade – garanta tantas vagas em cursos universitários quantos forem os nelas interessados, sob pena de desvirtuar-se o princípio da igualdade material e inviabilizar-se o atendimento de outros interesses comunitários de igual ou maior importância, colocando em risco o próprio Estado Social. Por conseguinte, tal qual originalmente formulada, a idéia de reserva do possível não se relaciona à existência de recursos suficientes ao atendimento da prestação positiva pleiteada, nem mesmo à existência de previsão orçamentária do dispêndio necessário a tanto²⁴⁴.

Entretanto, essas foram as conotações atribuídas à expressão pela doutrina brasileira²⁴⁵, possivelmente sob o influxo das lições de José Joaquim Gomes Canotilho²⁴⁶ e

²⁴² É o que Tushnet deixa entrever em várias passagens de seu livro, entre as quais as seguintes: “[...] Defensores do ‘judicial review’ esperam que a Suprema Corte lhes dê vitórias que não poderiam ter na arena política. Liberais com essa visão podem pensar que a Suprema Corte sob o Juiz Earl Warren – que deixou a Corte em 1969 – é a mesma de hoje em dia. Ou podem pensar que a performance recente da Corte é produto de uma tendência mista, mas, em média, ainda benéfica para os liberais. Ou podem pensar que o recente conservadorismo seria um desvio do papel histórico da Corte.” (*Taking the Constitution Away From the Courts*, p. 129); “Ademais, temos que lembrar que compramos a revisão judicial ‘por atacado’: ao obtermos decisões de que gostamos, corremos o risco de obtermos também decisões que desprezamos. Assim, por exemplo, aqueles que celebram ‘Brown’ como o exemplo de revisão judicial têm que conviver com decisões da Suprema Corte que restringem ações afirmativas e reformas financeiras de campanhas políticas.”. No original: “[...] *Defenders of judicial review hope that the Supreme Court will give them victories they cannot win in the political arena. Liberals with this view may think that the Supreme Court under Earl Warren – who left the Court in 1969 – is the Supreme Court today. Or they may think that the Court’s recent performance is a mixed bag, but still beneficial to liberals on balance. Or they may think that the Court’s recent conservatism is a deviation from the Court’s historic role.*” (*Taking the Constitution Away From the Courts*, p. 129); “*In addition, we have to remember that we buy judicial review wholesale: In getting the decisions we like, we run the risk of decisions we despise. So, for example, those who celebrate Brown as the exemplar of judicial review have to live with Supreme Court decisions restricting affirmative action and campaign financial reform.*” (*Taking the Constitution Away From the Courts*, p. 141).

²⁴³ BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus I*) e BVerfGE 43, 291 (*numerus clausus II*).

²⁴⁴ A referida jurisprudência tedesca será melhor analisada no item 2.2 do Capítulo V.

²⁴⁵ Vejam-se BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 236; SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*, p. 182-183; e GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 19-20.

Ricardo Lobo Torres²⁴⁷. Grosso modo, a reserva do possível fática refere-se à ausência de recursos públicos para fazer frente à miríade de demandas sociais existentes²⁴⁸, enquanto que, em sua versão jurídica, equivale à vedação do desembolso de recursos públicos quando não previsto nas leis orçamentárias. Vamos a elas.

3.5.1. Reserva do Possível Fática

Opositores da sindicalização do direito à saúde costumam argüir que, por implicar a imposição de prestações extremamente custosas num ambiente de dramática escassez de recursos, qualquer condenação judicial acarretaria inexorável desequilíbrio financeiro às contas públicas, quando não impossibilitaria a continuidade de outras atividades estatais relevantes²⁴⁹.

Ninguém discordará que, na hipótese de ausência absoluta de dinheiro em caixa, impossível será ao Poder Público dar cumprimento imediato a qualquer condenação judicial, seja na seara da saúde, seja em qualquer outro campo²⁵⁰. Dificilmente, entretanto, a discussão dirá com o esgotamento total dos fundos públicos, situando-se mais propriamente na constatação incontestável de que, porque ilimitadas as necessidades e finitos os recursos, se torna inevitável ao Estado eleger prioridades de investimento e adotar critérios distributivos.

²⁴⁶ Cf. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 438-439; “Metodologia ‘fuzzy’ e ‘camaleões normativos’ na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais” in CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, 107-109.

²⁴⁷ Cf. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributária. Volume III: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 154-156; “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 282-284.

²⁴⁸ Para os fins deste estudo, concentrar-se-á a análise da reserva do possível fática em sua dimensão econômica. Para uma abordagem mais ampla da cláusula, confira-se OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, 2006, p. 212-219. Disponível, conforme acesso em 05/10/2006, no endereço <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/1884/3084/1/Disserta%E7%E3o+-+Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf>.

²⁴⁹ “[...] Na ausência de um estudo mais aprofundado, a *reserva do possível* funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 237)

²⁵⁰ No ponto, veja-se GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 249: “Impossibilidades fáticas absolutas são intransponíveis por categorias deontológicas; sequer o detalhamento exaustivo dessas posições jurídicas, por parte do legislador ordinário, poderá deixá-las a salvo do condicionamento econômico. Desta forma, se recursos realmente inexistem, o direito prestacional, por mais importante que seja, não poderá ser implementado.”. No mesmo sentido BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 236-237.

Por conseguinte, sempre que oposta a cláusula da reserva do possível fática, o debate centrar-se-á na aferição da legitimidade das escolhas governamentais – vale dizer, se suas metas prioritárias coincidem com os mandamentos constitucionais e se a distribuição de bens relevantes atende à proporcionalidade e razoabilidade. No dizer de Ana Paula de Barcellos:

“Se é assim [se a despesa pública é o meio hábil à consecução das metas constitucionais], e se os meios financeiros não são ilimitados, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados. Os recursos remanescentes deverão de ser destinados de acordo as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.”²⁵¹

Faz-se necessário, portanto, diferenciar entre a escassez absoluta de recursos materiais – contra a qual pouco é possível argumentar – e sua insuficiência artificial²⁵², provocada pela decisão governamental de alocá-los em prol da consecução de finalidades distintas²⁵³. Se este o caso, e diante de alegada incidência da cláusula da reserva do possível fática, caberá ao juiz verificar se os objetivos privilegiados são fundamentais e constituem prioridades constitucionais. Negativa a resposta, outra alternativa não lhe restará senão afastar o argumento, por sua absoluta falta de seriedade:

“Afigura-se assim ilegítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais, prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A alocação de recursos nestes projetos, inclusive, serve de evidência para que o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito prestacional.”²⁵⁴

Também não poderá o julgador se deixar impressionar por tal linha defensiva se constatar ser a escassez de recursos materiais fruto de seu contingenciamento. Se discutível a possibilidade de o administrador deixar de ordenar sem mais o dispêndio de verbas disponíveis previsto na lei orçamentária²⁵⁵, em matéria de saúde, ao menos no que concerne

²⁵¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 242.

²⁵² Cf. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 133-134.

²⁵³ Veja-se OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*, p. 220-225.

²⁵⁴ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 398. No ponto, veja-se o item 3.3. do Capítulo VI.

²⁵⁵ Veja-se a opinião de Eduardo Appio sobre o tema: “Alerte-se, ainda, para a hipótese na qual o programa social já se encontra implementado, mas sua efetiva execução vem sendo limitada pelo ‘contingenciamento do orçamento’. A liberação dos recursos financeiros disponíveis a uma determinada rubrica da lei orçamentária é um ato vinculado da Administração Pública, em respeito ao próprio Congresso Nacional. Diante de sua natureza vinculada, poderá ser revisado pelo Poder Judiciário, em sede de ação civil pública, ação popular ou arguição de

aos percentuais mínimos instituídos pelo parágrafo 2º do artigo 198 da Constituição da República, dúvida não pode haver de que o efetivo investimento é obrigatório²⁵⁶. De mais a mais, na forma do parágrafo 2º do artigo 9º da Lei Complementar nº 101²⁵⁷, ainda que não atingidas as metas previstas de realização de receita, é vedada a limitação das despesas inerentes aos serviços de saúde, à medida que configuram obrigação constitucional e legal²⁵⁸.

Ademais, tal argumento revela-se incapaz de por si só determinar a improcedência do pleito, vez que, em última análise, salvo em situações que impliquem risco imediato à fruição do direito à saúde, será possível postergar o cumprimento da ordem até o exercício fiscal seguinte.

Ressalte-se, ainda, ser do Estado o ônus de provar a inviabilidade da demanda frente à sua disponibilidade financeira. Não basta a simples alegação de que inviável aos cofres públicos custear a prestação sanitária pleiteada: indispensável que se o prove ser verdadeira. No dizer de Rogério Gesta Leal:

“A verdade é que a simples alegação de que tais limites se darão pela *reserva do possível* em termos de verificação das condições materiais do Estado de cumprir com suas obrigações não é suficiente, mesmo tomando esta reserva aqui como a prévia existência de ‘um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política’. Isto porque, salvo melhor juízo, não se pode transferir ao próprio agente estatal responsável pela obrigação descumprida a exclusiva e unilateral competência de definir o que é possível ou não em termos de efetivação dos direitos fundamentais, em face de sua não-disponibilidade.

Por tais razões é que, sensível a esta situação, o Eminentíssimo Relator da ADPF-45 aduziu em seu voto que a cláusula da reserva do possível precisa ser aferida em face da ocorrência de justo

descumprimento de preceito fundamental, sem prejuízo da responsabilidade pessoal do agente público com a função de ordenador das despesas.” (*Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 93).

²⁵⁶ No ponto, cf. o item 3.4 do Capítulo VI.

²⁵⁷ “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.”

²⁵⁸ “[...] Desta forma, as despesas obrigatórias nas áreas de educação e saúde não poderão ser afetadas pela adoção de medidas de ‘corte no orçamento’, nos termos do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, o qual autoriza o Poder Executivo a proceder ao contingenciamento dos recursos sempre que a estimativa da arrecadação se mostre incorreta.” (APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 178)

motivo desculpante da autoridade federativa. Tal motivo justo, por sua vez, tenho que precisa ser compreendido no âmbito da mesma perspectiva integral e reflexiva do sistema jurídico pátrio (constitucional e infraconstitucional). Significa dizer, em detalhamento, que, considerando a urgência e a importância dos direitos e interesses em jogo, mister é que o responsável pró-ativo por eles, de forma fundamentada e ampla, em procedimento (ou processo) próprio, com transparência e contraditório, faça a prova da impossibilidade de cumprir com o estabelecido, pena de, não fazendo, incorrer em ilicitude a ser sanada pelo Poder Judiciário.”²⁵⁹

Muitas vezes, entretanto, os tribunais parecem considerar existir uma “presunção de impossibilidade”²⁶⁰ a favor do Poder Público, entendendo caber ao demandante comprovar ter o Estado capacidade financeira para fazer frente à pretensão. É exemplo dessa tendência o aresto da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 503.028/SP, relatado pela Ministra Eliana Calmon e datado de 20/04/2004. Pretendia o Ministério Público de São Paulo reverter julgado local e obter a matrícula de duas crianças em creche mantida pelo Município de São Paulo, mas teve seu recurso improvido ao argumento de que mostrara “que o município tem obrigação, sendo direito de todas as crianças exigir o cumprimento dela”, mas “não demonstrou as condições de realização dessas obrigações, nem se foram elas olvidadas de modo próprio, por desídia, leviandade”²⁶¹.

3.5.2. Reserva do Possível Jurídica

A importância da reserva do possível jurídica – é dizer, da impossibilidade de desembolso de recursos públicos não previsto nas leis orçamentárias –, não deve ser

²⁵⁹ LEAL, Rogério Gesta. “O controle jurisdicional de políticas públicas no Brasil: possibilidades materiais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Jurisdição e Direitos Fundamentais*, Volume I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 174.

²⁶⁰ Devo a expressão a Eduardo Santos de Carvalho.

²⁶¹ Os trechos citados foram extraídos do seguinte excerto do voto condutor: “Conforme os novos paradigmas do Direito Administrativo, não se pode mais tolerar o entendimento de que ao Poder Judiciário não cabe imiscuir-se nas questões orçamentárias da municipalidade, mas também não é possível impor aos órgãos públicos obrigação de fazer que importe gastos, sem que haja rubrica própria para atender à determinação. É preciso ter o bom senso de entender que os recursos são insuficientes para atender aos deveres municipais, especialmente após a CF/88. Ademais, ainda devem os ordenadores de despesa atender aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tendo em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a imposição de obrigações de fazer a ser imposta aos diversos poderes nas esferas federal, estadual e municipal exige moderação, a partir do cuidado quando da elaboração das políticas públicas e orçamentárias. O MINISTÉRIO PÚBLICO mostrou que o município tem obrigação, sendo direito de todas as crianças exigir o cumprimento dela. Entretanto, não demonstrou as condições de realização dessas obrigações, nem se foram elas olvidadas de modo próprio, por desídia, leviandade. Com esse entendimento, nego provimento ao recurso especial.”.

menosprezada, até por sua íntima conexão com a separação de poderes. No entanto, assim como ocorre com tal princípio, não se está diante de objeção intransponível: por óbvio, a necessidade de previsão orçamentária não pode ser considerada um fim em si mesma. Como bem esclarece Ricardo Lobo Torres:

“O direito orçamentário, embora instrumental, não é insensível aos valores nem cego para com os princípios jurídicos. Apesar de não ser fundante de valores, o orçamento se move no ambiente axiológico, eis que profundamente marcado pelos valores éticos e jurídicos que impregnam as próprias políticas públicas. A lei orçamentária serve de instrumento para a afirmação da liberdade, para a consecução da justiça e para a garantia e segurança dos direitos fundamentais.”²⁶²

Ora, quando o juiz condena o Estado à entrega de prestação sanitária não especificada em lei nem concretizada pelo administrador, busca fundamento imediato no dever constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde. Se assim o faz, é sinal de que, à vista das circunstâncias do caso concreto, ponderados o risco de dano grave à saúde, de um lado, e os valores e princípios com ele por ventura colidentes, de outro, vislumbrou ser o autor – seja ele um único indivíduo, seja a coletividade indivisa – titular de um direito originário definitivo àquela ação estatal. Nesse contexto, a determinação judicial do dispêndio dos recursos necessários à efetivação prática desse direito nada mais será do que uma correção obrigatória à lei orçamentária - que deveria tê-lo antevisto, mas de forma ilegítima não o fez -, possibilitando que, de certa maneira e em última análise, venha a cumprir com sua vocação²⁶³.

Segundo Robert Alexy, a competência orçamentária reservada ao administrador e ao legislador – como qualquer outro princípio – não é absoluta, já que passível de ponderação, nem tampouco seus efeitos ilimitados. Por conseguinte, a depender das circunstâncias do caso concreto e dos valores e princípios que eventualmente se coloquem em oposição, a reserva do possível jurídica pode ceder passo e, num exercício de compressão recíproca, ter sua eficácia parcialmente elidida. Confira-se:

²⁶² TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 109.

²⁶³ “Em resumo de tudo quanto foi dito, tanto quanto possível deve-se respeitar os parâmetros de controle da gestão fiscal e orçamentária impostos pela legislação pertinente, mas esta não constitui óbice ao controle da omissão administrativa ilícita, não podendo o administrador safar-se de sua obrigação invocando vagas, genéricas e infundadas razões de dificuldade orçamentária e financeira, ainda que lhe tenha sido imposto rígido regramento em defesa do equilíbrio das contas públicas.” (GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa. O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 149)

*“También los derechos fundamentales mínimos tienen considerables efectos financieros cuando son muchos quienes los hacen valer. Sin embargo, esto solo no justifica inferir la no existencia de estos derechos. La fuerza del principio de la competencia presupuestaria del legislador no es ilimitada. No es un principio absoluto. Derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera. [...] Todos los derechos fundamentales limitan la competencia del legislador; a menudo lo hacen de una forma incómoda para este y, a veces, afectan también su competencia presupuestaria cuando se trata de derechos financieramente más gravosos.”*²⁶⁴

Pois bem: dada a fundamentalidade do direito à saúde, consectário que é da dignidade da pessoa humana, sempre que a saúde do indivíduo ou da comunidade estiver sob risco intolerável de dano grave – e desde que observados os critérios constitucionais específicos e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade –, tal direito haverá de prevalecer sobre a reserva de competência orçamentária^{265 266}.

De mais a mais, é possível extrair da regra constante do artigo 100 da Constituição da República²⁶⁷ que o Judiciário tem competência para intervir no orçamento e determinar alocações de recursos públicos. Não se trata, a bem de ver, de hipótese estranha à divisão constitucional de poderes. De mais a mais, não há diferença essencial entre compelir o Estado a reparar eventual violação a direito fundamental e obrigá-lo a agir para prevenir que uma tal violação ocorra²⁶⁸: em ambos os casos a decisão judicial terá reflexos financeiros e acarretará

²⁶⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 495.

²⁶⁵ “Analisados os questionamentos de um modo global, encontramos o conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais. Entende-se que deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas, seja para inclusão no plano plurianual, seja para determinar a realização de uma despesa sem previsão na lei orçamentária anual. Não se pretende, com essa postura, menosprezar a importância do orçamento e do direito financeiro, todavia há que verificar até que ponto os empecilhos formais podem impedir a materialização da essência da Constituição. Cabe lembrar que a prévia previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais.” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 78)

²⁶⁶ Para uma análise aprofundada dos balizamentos aplicáveis às demandas por prestações sanitárias, sejam individuais, sejam coletivas, confirmam-se, respectivamente, os Capítulos V e VI.

²⁶⁷ “Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.”

²⁶⁸ Cf. MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Centralidade do Orçamento na Efetivação de Direitos a Prestações Estatais e a Fixação de Parâmetros para a Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2005, p. 198: “Ora, se o Judiciário pode intervir no orçamento para determinar que o Estado repare a violação a um direito fundamental, o que impede que se faça uma intervenção para exatamente reduzir os riscos de violação? Não cabe aqui o argumento de que a Constituição só previu a intervenção no orçamento para medidas reparatórias, pois o termo pagamento se refere genericamente a qualquer tipo de prestação, e não

a alocação compulsória de recursos públicos – que, não fosse pela determinação judicial, de certo teriam outra destinação. No dizer de Marcos Maselli Gouvêa:

“Os direitos prestacionais normalmente se traduzem em prestações complexas, que envolvem dispêndio de recursos mas, também, o *facere* do Estado. A ordem para inclusão de uma rubrica no orçamento, com a ulterior supervisão judicial de sua execução, é análoga à expedição de um precatório em favor do próprio Estado. Se o art. 100 da Constituição consagra a possibilidade de o Poder Judiciário atuar no orçamento, estipulando uma rubrica em favor de particular, com muito mais razão poderá estabelecer uma rubrica que reverta para o aparelhamento do próprio Estado.”²⁶⁹

Nem se diga que o precatório, porque incluído necessariamente em exercício posterior ao trânsito em julgado da condenação, possibilita ao administrador escolher onde deixar de investir e ao legislador controlar tal opção: primeiro, a escolha é inevitável, aconteça antes ou durante a execução do orçamento; segundo, o próprio legislador costuma abdicar de seu poder de controle, autorizando antecipadamente o remanejamento pelo administrador de parcela dos recursos orçados²⁷⁰; terceiro, se já ultrapassado o limite autorizado, sempre será possível a abertura de crédito suplementar através de lei.

A rigor, a falta de previsão orçamentária, no sentido de ausência de rubrica que possa abarcar o custeio da prestação determinada pela decisão judicial, dificilmente ocorrerá. Em sua grande maioria, os programas de trabalho e ações neles contidas são extremamente genéricos, permitindo que um sem número de medidas distintas – desde que reconduzíveis à descrição da rubrica – possa vir a ser incluído. No âmbito do orçamento federal para área de saúde no exercício de 2007, por exemplo, o programa de trabalho denominado “Atenção Hospitalar e Ambulatorial no Sistema Único de Saúde” abrange ações tão elásticas quanto “Atenção à Saúde nos Hospitais da Rede Pública Federal”, “Apoio à Manutenção de Unidades de Saúde” e “Atenção à Saúde da População nos Municípios Habilitados em Gestão

somente às prestações pecuniárias. Além do que, ao estabelecer a regra de competência do Judiciário, a Constituição garantiu não somente a tutela da lesão, mas também a da ameaça ao direito (CF, art. 5º, XXXV).”

²⁶⁹ GOUVEA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*, p. 314.

²⁷⁰ Cf. o artigo 4º da Lei nº 11.451/2007 (Lei Orçamentária da União): “Art. 4º Fica autorizada a abertura de créditos suplementares, restritos aos valores constantes desta Lei, observado o disposto no parágrafo único do art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal e na Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2007, desde que as alterações promovidas na programação orçamentária sejam compatíveis com a obtenção da meta de resultado primário estabelecida no Anexo de Metas Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2007, respeitados os limites e condições estabelecidos neste artigo, para suplementação de dotações consignadas [...]”. No âmbito do Estado do Rio de Janeiro, veja-se o artigo 5º da Lei nº 4.977/2006: “Art. 5º O Poder Executivo fica autorizado a abrir créditos suplementares até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do total da despesa fixada nesta Lei, mediante transposição, remanejamento ou transferência integral ou parcial de dotações, inclusive de unidades orçamentárias distintas, com a finalidade de atender insuficiências nas dotações orçamentárias.”

Plena do Sistema e nos Estados Habilitados em Gestão Plena/Avançada”²⁷¹. Da análise da Lei Orçamentária do Estado do Rio de Janeiro para o exercício de 2007, por sua vez, ressaltou-se que a segunda maior dotação na esfera sanitária é atribuída a programa intitulado “Assistência Hospitalar e Ambulatorial”, sabendo-se apenas que se destina a fazer frente a despesas correntes atinentes à aquisição de material de consumo e ao pagamento de serviços de terceiros prestados por pessoa física ou jurídica. Já sob a rubrica do programa de trabalho “Construção, Ampliação e Modernização das Unidades de Saúde” estão computados gastos com despesas correntes, relativas a serviços de terceiros prestados por pessoa jurídica, e despesas de capital, referentes à realização de obras e instalações e à aquisição de equipamentos e material permanente²⁷². Nesse contexto, se acaso sobrevier condenação estatal à realização de obras em determinada unidade de saúde, porque já existe rubrica capaz de abarcar o custeio de tal prestação, restará tão-só averiguar se ainda há dotação orçamentária suficiente disponível. Caso integralmente empenhada e liquidada, restará ao administrador utilizar a reserva de contingência, remanejar verbas até o limite legal ou abrir crédito suplementar com autorização legislativa; de todo modo, falta de previsão orçamentária formal não constitui problema verdadeiro.

Na realidade, as leis orçamentárias costumam veicular autorizações genéricas de dispêndio, a serem especificadas pelo órgão encarregado de receber e administrar os recursos correspondentes. Da etapa do detalhamento das despesas, portanto, o legislador não participa usualmente, limitando-se a controlá-la *a posteriori*, por ocasião da análise da execução orçamentária. Ora, quando a rubrica existe - o que, como visto, ocorre na maioria dos casos -, a decisão judicial não alterará substancialmente tal sistemática, já que tudo se passará na seara do detalhamento de despesas, incumbência ordinária do administrador.

Por outro lado, o remanejamento de verbas é prática comuníssima na Administração, assim como a previsão de rubricas sabidamente superestimadas, com o intuito único de possibilitar a transposição de parcela da dotação correspondente. Da mesma forma são freqüentes as aberturas de créditos extraordinários vultosos por meio de medida provisória, ainda que para atender a necessidades orçamentárias desprovidas de quaisquer urgência e imprevisão, em flagrante desrespeito à norma constitucional constante do parágrafo 3º do

²⁷¹ Confirma-se o Quadro 16 do Anexo I da Lei nº 11.451/2007, dedicado às “Ações da Seguridade Social, respectivos Programas e Órgão Orçamentário”.

²⁷² Vejam-se os Anexos à Lei Estadual nº 4.977/2006 e o Quadro de Detalhamento das Receitas e das Despesas aprovado pelo Decreto nº 40.566/2007. Ressalte-se que o orçamento do Estado do Rio de Janeiro não especifica o subelemento da despesa, limitando-se a classificá-la segundo sua categoria econômica, seu grupo, sua modalidade de aplicação e seu elemento.

artigo 167²⁷³.²⁷⁴ Num tal cenário, impossível deixar de concordar com Américo Bedê Freire Júnior, quando afirma que:

“[...] quando há vontade política do Executivo e Legislativo, cotidianamente, vê-se a abertura de créditos extraordinários ou suplementares, do que se conclui que a reserva do possível jurídico somente é óbice para aquele que não quer se submeter à decisão judicial (Constituição).

A reserva do possível não pode ser, então, subjetiva de quem não concorda com a decisão e não pretende cumpri-la, utilizando retórica e argumentos construídos para uma realidade completamente diferente da brasileira.”²⁷⁵

Impressiona a passividade do legislador, que aceita desempenhar papel subalterno na elaboração e execução das leis orçamentárias, conformando-se, num primeiro momento, em negociar emendas pontuais para, posteriormente, aprovar as contas apresentadas pelo administrador²⁷⁶. Não se está aqui a defender ser o processo legislativo orçamentário desnecessário – ao revés, trata-se de instrumento de controle importantíssimo –, mas fato é que, tal qual vem sendo conduzido, avulta seu caráter antidemocrático²⁷⁷. Por conseguinte, argumentar que eventuais decisões judiciais que impliquem alterações orçamentárias equivalem à subversão do princípio democrático e à usurpação de funções privativas ao legislativo é no mínimo falacioso. Como bem explicita César de Moraes Sabbag:

“A elaboração das peças é uma tarefa de órgãos administrativos especializados, sujeita a pressões hierárquicas e a critérios não muito claros para o aproveitamento de dados do próprio sistema.

Desse trabalho a sociedade não participa nem é convidada a participar. De rigor, nunca participou.

²⁷³ “Art. 167, § 3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.”

²⁷⁴ No ponto, confira-se a lição de SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas*. Campinas: Millennium, 2007, p. 161: “Na história recente do país, não consta ter havido guerra, comoção interna ou calamidade pública de grandes proporções a justificar a realização de despesas urgentes e a abertura de créditos extraordinários, nos termos da Constituição. Entretanto, o instituto tem sido largamente utilizado pelo executivo, sem oposição congressional, para direcionar recursos ao pagamento de encargos e sistema de refinanciamento da dívida pública, para o custeio dos ministérios em geral e transferências de recursos federais para unidades da federação – matérias que nada têm de imprevisibilidade e urgência.”

²⁷⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 76.

²⁷⁶ “O processo legislativo orçamentário não foi concebido para se tornar um instrumento ratificador dos projetos executivos, nem para ser fórum de negociação de emendas.” (SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e Desenvolvimento*, p. 169)

²⁷⁷ “A concentração de poderes no executivo, a subalternidade legislativa e o total alijamento popular do processo decisório caracterizam a feição antidemocrática do orçamento brasileiro.” (SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e Desenvolvimento*, p. 167)

Tudo se resolve a portas fechadas, sem consultas populares, audiências públicas ou satisfações à comunidade. [...]

De toda sorte, o quadro de deficiência democrática não se encerra por aí.

No tocante à execução, não se cogita da participação popular no processo decisório, nem existe possibilidade concreta, fora dos relacionamentos pessoais, de influência parlamentar.

Como visto, a execução orçamentária é seara do executivo, que controla com ‘mão-de-ferro’ o resultado final dos instrumentos retificadores e ainda libera os recursos discricionários (incluindo investimentos) no ritmo que lhe aprouver.”²⁷⁸

3.6. Síntese Conclusiva

Como se vê, separação de poderes, democracia, discricionariedade e reserva do possível podem constituir obstáculos importantes a pretensões sanitárias fundadas diretamente no dever genérico de proteção, promoção e recuperação da saúde. Entretanto, à vista da claríssima opção constitucional pelos direitos fundamentais, faz-se indispensável deixar de lado a tradicional postura reverencial e reduzi-los a seus verdadeiros limites.

Caberá ao juiz – sabedor que a finalidade última do próprio Estado é garantir a seus súditos o exercício efetivo de seus direitos fundamentais – analisar tais idéias-força à luz de suas verdadeiras “razões de ser” e ponderá-las quando se mostrarem relevantes no caso concreto. Nesse contexto, dúvida não há de que, se legítimas, as escolhas dos poderes constituídos devem ser respeitadas; todavia, o direito à saúde há de preponderar sempre que o risco de dano à dignidade humana for grave e intolerável, atendidos os imperativos da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como os demais critérios estabelecidos pelo constituinte e pelo legislador ordinário²⁷⁹.

²⁷⁸ SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e Desenvolvimento*, p. 170-171.

²⁷⁹ Para o exame desses critérios, vejam-se os Capítulos V e VI.

4. DA SINDICAÇÃO DO DIREITO PRESTACIONAL À SAÚDE NO BRASIL

4.1. Notas Introdutórias

A depender da situação concreta, o direito prestacional à saúde pode ser objeto de sindicância tanto por intermédio de ações individuais – na hipótese do risco de dano advindo do comportamento estatal ser passível de individualização e ensejar direito subjetivo exigível – quanto de ações coletivas – caso toda a sociedade ou uma comunidade indivisa seja atingida pela conduta ilegítima. Não se trata, aliás, de característica particular aos direitos sociais, já que, como bem esclarece Fábio Konder Comparato, também os direitos civis e políticos podem apresentar duplo enquadramento subjetivo²⁸⁰.

Casos há em que uma mesma conduta estatal pode dar ensejo às duas vertentes de controle. Digamos que, apesar de obrigado a tanto pela Lei nº 9.313/96, o Estado deixe de fornecer aos portadores do HIV e doentes de AIDS os medicamentos indispensáveis a seu tratamento, por conta de atrasos ocorridos durante o processo licitatório para sua aquisição. É lógico que o paciente lesado pela omissão estatal poderá ingressar em juízo individualmente, a fim de fazer valer seu direito à percepção gratuita dos remédios; nada obstante, o desabastecimento dos centros públicos de distribuição também poderá ser combatido por meio de ação coletiva, a ser ajuizada por qualquer dos atores a tanto legitimados, com vistas a regularizar o fornecimento em toda a área atingida e em favor de todos os doentes prejudicados²⁸¹.

²⁸⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 245: “Ora, sob o aspecto subjetivo, tanto uns quanto outros [tanto os direitos civis e políticos quanto os direitos econômicos, sociais e culturais] podem ter como titulares os indivíduos, ou todo o povo. O direito à Democracia, por exemplo, diferentemente do direito eleitoral de votar e ser votado, pertence a todo o povo, e não a cada cidadão em particular. O mesmo se deve dizer do direito à segurança, em comparação com a liberdade individual de ir e vir. Em seu conjunto, os direitos econômicos, sociais e culturais compreendem direitos individuais reflexos, como direi mais abaixo, além de direitos de todo o povo [...] Segundo o critério subjetivo, a especificidade dos direitos econômicos, sociais e culturais parece residir no fato de que, na generalidade dos casos, seus titulares são grupos sociais carentes de poder, econômico ou político.”

²⁸¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais. O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos*

Em outras hipóteses, contudo, apenas a via coletiva mostrar-se-á adequada. Quando em discussão a formulação de política pública de saúde – é dizer, a escolha das metas sanitárias a priorizar e dos meios a empregar em sua consecução – e aspectos gerais de sua execução – mormente a quantidade de recursos investida e a qualidade dos serviços ofertados à população²⁸² –, difícil vislumbrar exemplo em que o indivíduo esteja legitimado para agir. Se, mesmo à vista de risco intolerável de dano grave à saúde de toda uma comunidade, o Estado deixar de adotar qualquer medida para combater uma epidemia ou disponibilizar assistência básica, dúvida não pode haver de que cabível a propositura de ação coletiva com vistas a obrigá-lo a atuar e cumprir com seu dever constitucional. A via coletiva será a única viável, também, ao controle da razoabilidade e da proporcionalidade das providências que por ventura tiver o administrador tomado frente a determinada necessidade sanitária concreta.

A despeito das evidentes utilidade e importância características às demandas coletivas por prestações sanitárias, os tribunais superiores relutam em reconhecê-las, adotando no mais das vezes postura de extrema autocontenção, ao argumento de que lhe faltariam competência e legitimidade para interferir em seara administrativa tipicamente discricionária. É bem verdade que aqui e ali é possível pinçar julgados locais dissonantes, mas ainda são pouco numerosos para que se possa afirmar existir uma tendência de mudança. No que concerne às demandas individuais, ao revés, a jurisprudência pátria é bastante elástica e defere a maioria esmagadora das pretensões ajuizadas, ainda que as prestações reivindicadas nem sempre possam ser reconduzidas aos ideais de igualdade, razoabilidade e proporcionalidade encarecidos pela Constituição. Este capítulo cuidará de sumariar a evolução do pensamento judicial e explicitar seu estágio atual, seja no âmbito das demandas individuais, seja na seara do controle coletivo.

Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 632-633: “O controle do *resultado esperado das políticas públicas* sempre poderá se dar no âmbito de ações individuais: esta é, aliás, a modalidade de controle de políticas públicas mais usual, atualmente, no Brasil. É bem de ver, no entanto, que controle equivalente poderá ser levado a cabo no âmbito de ações coletivas. [...] O mesmo raciocínio se aplica a prestações de saúde que sejam consideradas juridicamente exigíveis. O indivíduo não atendido pode, por certo, postular seu atendimento, mas também se pode discutir a questão em caráter geral – com maior proveito, aliás – de modo a assegurar o oferecimento do bem a todos os indivíduos que dele necessitem.”

²⁸² “Um dos pontos centrais dessa mudança [quanto à separação de poderes] é a crescente utilização da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) por parte do Ministério Público e da sociedade civil para defesa dos chamados direitos *difusos*, que são também ligados à implementação dos direitos sociais pelo Estado, direitos básicos estes que compõem o arcabouço da cidadania. Nessa linha, Bolzan de Moraes vê a garantia de padrões mínimos de serviços sociais básicos como uma questão da realização dos interesses *transindividuais* (difusos), especialmente o direito tradicional à saúde, que passa por uma ‘revisão conceitual’.” (KRELL, Andreas Joachim. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais” in SARLET, Ingo Wolfgang [organizador]. *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 57)

4.2. A Jurisprudência em Demandas Individuais

Num primeiro momento, a tendência dos tribunais superiores, calcada no posicionamento doutrinário mais tradicional, consolidou-se no sentido de que o artigo 196, porque norma meramente programática, veicularia interesse geral desprovido de eficácia positiva. Apesar de lhe serem reconhecidas as modalidades de eficácia negativa, interpretativa e, para alguns, vedativa de retrocesso²⁸³, considerava-se impossível dele extrair diretamente qualquer direito subjetivo, fazendo-se indispensável a interposição legislativa. Exemplificativo deste entendimento o sempre lembrado²⁸⁴ acórdão proferido à unanimidade pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 23/05/1996, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 6.564/RS, da relatoria do Ministro Demócrito Reinaldo²⁸⁵. Visava a impetrante, criança vitimada pela síndrome da hipoventilação alveolar central, ao fornecimento gratuito pelo Estado do Rio Grande do Sul de marca-passo de procedência norte-americana, fundando sua pretensão nos artigos 196, 204 e 226, da Carta Maior. Confira-se a ementa:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INEXISTÊNCIA.

Direito líquido e certo, para efeito de concessão de segurança, é aquele reconhecível de plano e decorrente de lei expressa ou de preceito constitucional, que atribua, ao impetrante, um direito subjetivo próprio.

Normas constitucionais meramente programáticas – ad exemplum, o direito à saúde – protegem um interesse geral, todavia, não conferem, aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação – pela via do mandamus – eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o munus de completá-las através da

²⁸³ Para uma análise detalhada das modalidades de eficácia das normas constitucionais, em especial daquelas que ostentam natureza principiológica, veja-se BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-76.

²⁸⁴ Também fazem menção ao aresto SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 350; REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 178-179.

²⁸⁵ Acompanharam o relator – cujo voto se alicerçou nas lições de Hely Lopes Meirelles, José Afonso da Silva, Pinto Ferreira e José Cretella Júnior – os Ministros Humberto Gomes de Barros e Milton Luiz Pereira, ausentes que estavam os Ministros José Delgado e José Jesus Filho. Idêntico foi o entendimento da Primeira Turma no Recurso Especial nº 57.614/RS, também relatado pelo Ministro Demócrito Reinaldo e julgado em 27/05/1996, em que menores portadores de fenilcetonúria buscavam do Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento de medicamento importado. Nesse julgamento, ficou vencido o Ministro José Delgado, que não conhecia do recurso por razões processuais.

legislação integrativa. Essas normas (arts. 195, 196, 204 E 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ‘ou não dispõem de eficácia plena’, posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar. Na regra jurídico-constitucional que dispõe ‘todos têm direito e o Estado o dever’ – dever de saúde – como afiançam os constitucionalistas, ‘na realidade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes’.

No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas.

Recurso a que se nega provimento. Decisão indiscrepante.”

Três anos mais tarde, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal tiveram a oportunidade de decidir casos similares. A Primeira Turma o fez por intermédio do Recurso Extraordinário nº 242.859/RS, que veio a ser julgado em 29/06/1999 e teve o Ministro Ilmar Galvão como Relator. Pleiteava o Estado do Rio Grande do Sul reverter decisão proferida pela instância estadual, que o condenara a prover medicamentos a paciente carente portadora da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. O órgão fracionário – à sessão composto pelos Ministros Relator, Sydney Sanches, Octavio Gallotti e Sepúlveda Pertence²⁸⁶ – entendeu em uníssono de prestigiar o acórdão recorrido, ao argumento de que impossível constatar qualquer ofensa a disposição constitucional. Essa a ementa:

“ADMINISTRATIVO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENTE PORTADORA DO VÍRUS HIV, CARENTE DE RECURSOS INDISPENSÁVEIS À AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS DE QUE NECESSITA PARA SEU TRATAMENTO. OBRIGAÇÃO IMPOSTA PELO ACÓRDÃO AO ESTADO. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 5º, I, E 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Decisão que teve por fundamento central dispositivo de lei (art. 1º da Lei 9.908/93) por meio da qual o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, vinculou-se a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes, não havendo, por isso, que se falar em ofensa aos dispositivos constitucionais apontados.

Recurso não conhecido.”

²⁸⁶ Em sede do Recurso Extraordinário nº 264.269/RS, julgado em 05/08/1999, também o Ministro Moreira Alves, então Presidente da Primeira Turma, endossou tal entendimento, fazendo, como relator, menção expressa ao precedente.

Ao contrário do que poderia parecer numa primeira leitura, tal decisão não representou qualquer avanço com relação ao posicionamento tradicional, vez que somente endossou a condenação estatal à vista da existência da Lei 9.908/93, que já então obrigava o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer gratuitamente a pessoas hipossuficientes medicamentos de uso contínuo indispensáveis à preservação de suas vidas. Como se vê, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal não fez extrair diretamente do artigo 196 qualquer direito público subjetivo, preferindo calcar seu entendimento, como bem fez notar o voto condutor, no fato de o próprio Estado do Rio Grande do Sul, regulamentando a norma do art. 196 da Constituição Federal, se ter vinculado a um programa de distribuição de medicamentos a pessoas carentes.

A Segunda Turma, por sua vez, pronunciou-se em sede do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238.328/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, julgado em 16/11/1999. Nesta ocasião, os Ministros Néri da Silveira, Celso de Mello, Maurício Corrêa e Nelson Jobim endossaram o entendimento esposado pelo relator por ocasião do julgamento monocrático do referido Agravo de Instrumento, segundo o qual correta se afiguraria a condenação do Município de Porto Alegre ao fornecimento gratuito de medicamentos a portadores do vírus HIV. Confira-se:

“COMPETÊNCIA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – TRÂNSITO DO EXTRAORDINÁRIO. A teor do disposto no § 2º do artigo 544 do Código de Processo Civil, cabe ao relator proferir decisão em agravo de instrumento interposto com a finalidade de alcançar o processamento do extraordinário. O crivo do Colegiado ocorre uma vez acionada a norma do artigo 545, também do Código de Processo Civil, no que previsto agravo inominado contra a decisão prolatada. SAÚDE – PROMOÇÃO – MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida.”

Analisada isoladamente, a ementa do Agravo Regimental parece indicar que a decisão se funda direta e exclusivamente no artigo 196 da Constituição da República. Ocorre que os pronunciamentos do Ministro Relator em sede colegiada e monocrática fazem menção expressa à citada Lei Estadual nº 9.908/93, bem assim à Lei Federal nº 9.313/96²⁸⁷ e a convênios do Sistema Único de Saúde, como fontes subsidiárias da obrigação municipal. De todo modo, trata-se, sem dúvida, de precedente significativamente mais avançado, onde se lê, ao menos em duas passagens, que o citado dispositivo veicula preceito dotado de “eficácia

²⁸⁷ A referida lei prevê a obrigação de fornecimento gratuito pelo SUS de medicamentos aos portadores do vírus HIV e a pacientes vitimados pela AIDS.

imediate”. Veja-se, por sua importância, o seguinte excerto da decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento:

“[...] O acórdão prolatado pela Corte de origem, da lavra do Desembargador Juraci Vilela de Sousa, surge harmônico com a Carta da República. Em primeiro lugar, consigne-se não ter sido objeto de debate e decisão prévios o fato de haver-se mencionado lei estadual para concluir-se pela responsabilidade não só do Estado, como também do Município pelo fornecimento de medicamentos aos necessitados. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela 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 a sua promoção, proteção e recuperação’. A referência, contida no preceito, a ‘Estado’ mostra-se abrangente, a alcançar a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios. Tanto é assim que, relativamente ao Sistema Único de Saúde, diz-se do financiamento, nos termos do artigo nº 195, com recursos do orçamento, da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. Já o caput do artigo informa, como diretriz, a descentralização das ações e serviços públicos de saúde que devem integrar rede regionalizada e hierarquizada, com direção única em cada esfera de governo. Não bastasse o parâmetro constitucional de eficácia imediata, considerada a natureza, em si, da atividade, afigura-se como fato incontroverso, porquanto registrada, no acórdão recorrido, a existência de lei no sentido da obrigatoriedade de fornecer-se os medicamentos excepcionais, como são os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. O município de Porto Alegre surge com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do Sistema Único de Saúde, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. Por outro lado, como bem assinalado no acórdão, a falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição não impede fique assentada a responsabilidade do Município. Decreto visando-a não poderá reduzir, em si, o direito assegurado em lei. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em si, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem. 3. Pelas razões supra, ressaltando, mais uma vez, que, ao invés de conflitar com os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal, o acórdão atacado com eles guarda perfeita afinidade, conheço do pedido formulado neste agravo, mas a ele nego acolhida. 4. Publique-se.”

Nada obstante, a decisão mais elástica da década de 90 nesta seara foi tomada pelo Ministro Celso de Mello em sede da Petição nº 1.246 MC/SC. Em 31/01/1997, quando no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, o eminente Ministro indeferiu pleito formulado pelo Estado de Santa Catarina, visante à suspensão dos efeitos de decisão estadual que lhe impusera o custeio de transplante a ser realizado no exterior, necessário ao tratamento de menor vítima de distrofia muscular de Duchenne²⁸⁸. Seminal, a decisão reconheceu existir íntima relação entre os direitos à saúde e à vida, reputando-os absolutamente prioritários e impostergáveis ante o que denominou “interesse financeiro e secundário do Estado”:

“A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 196) e de dispensar especial tutela à criança e ao adolescente (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30). O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tratamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida. 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. Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela Magistratura catarinense – longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) – traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76). Publique-se.”

²⁸⁸ Para uma análise mais aprofundada do caso dos doentes acometidos pela distrofia muscular de Duchenne, veja-se o item 3.3 do Capítulo V.

O colegiado da Segunda Turma²⁸⁹ veio a sufragar tal linha de entendimento em 12/09/2000²⁹⁰, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286/RS, da relatoria do mesmo Ministro Celso de Mello. Na hipótese, pretendia o Município de Porto Alegre a reforma da decisão do relator, que manteve o entendimento da Corte Estadual e confirmou, uma vez mais, sua condenação ao fornecimento gratuito de medicamentos a paciente portador do vírus HIV. Cuida-se de julgado citado e reproduzido à exaustão pelos tribunais pátrios, graças à redação de sua ementa, que, apesar de classificar o artigo 196 como norma programática, dispensa-lhe tratamento próprio às normas definidoras de direitos²⁹¹:

“PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.

²⁸⁹ Anteriormente, houve diversas outras decisões determinando o custeio de medicamentos ou tratamentos médicos, em ampla maioria monocráticas e em sua totalidade proferidas em feitos oriundos do Estado do Rio Grande do Sul. São exemplos de decisões monocráticas: Agravo de Instrumento nº 232.469/RS, Min. Marco Aurélio, j. 12/12/1998; Recurso Extraordinário nº 236.644/RS, Min. Maurício Corrêa, j. 05/08/1999; Recurso Extraordinário nº 232.335/RS, Min. Celso de Mello, j. 01/08/2000; Recurso Extraordinário nº 267.612/RS, Min. Celso de Mello, j. 02/08/2000; Recurso Extraordinário nº 273.042/RS, Min. Marco Aurélio, j. 16/08/2000; Recurso Extraordinário nº 273.834/RS, Min. Celso de Mello, j. 23/08/2000. Colegiadamente, a Segunda Turma julgou em 22/02/2000 o Recurso Extraordinário nº 195.192/RS, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, que prestigiou a precitada decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 238.328/RS.

²⁹⁰ Acompanharam o relator os Ministros Néri da Silveira, Marco Aurélio, Maurício Corrêa e Nelson Jobim.

²⁹¹ Para um estudo profundo acerca da tipologia das normas constitucionais, confira-se BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 89-118.

- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

- O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

Interessante observar que, tal qual ocorrera alhures, também aqui a decisão monocrática objeto de recurso fazia referência expressa à existência de legislação infraconstitucional concretizadora do direito à saúde²⁹². Entretanto, a fundamentação do voto condutor no Agravo Regimental parece repousar exclusivamente em argumentos constitucionais²⁹³, ao reconhecer que o artigo 196 encerra verdadeiro direito público subjetivo a prestações positivas de saúde. Como se vê, paulatinamente, o Supremo Tribunal Federal passou a conferir ao dispositivo eficácia positiva ampla, em detrimento de argumentos contrários outrora determinantes, como sua programaticidade, a ausência de previsão orçamentária e a discricionariedade da Administração no que concerne ao dispêndio de numerário público. Tanto que, a partir deste julgamento, diversos casos em que pretendido o fornecimento gratuito de medicamentos – inclusive oriundos de Estados da Federação onde não vigia legislação similar àquela editada pelo Rio Grande do Sul e referentes a enfermidades outras que não a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – foram decididos

²⁹² Extraí-se do corpo da decisão: “A legislação gaúcha – consubstanciada nas Leis n.ºs 9.908/93, 9.828/93 e 10.529/95 –, ao instituir esse programa de caráter marcadamente social, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.”

²⁹³ Ressalve-se, todavia, que os precedentes citados pelo relator prestavam todos maior ou menor tributo à posição tradicional, segundo a qual, como já explicitado, a obrigação de custeio de tratamento ou medicamento se fundaria na existência de legislação estadual e federal.

em sede monocrática em igual sentido²⁹⁴. Fazem remissão expressa ao precedente, à guisa de exemplo, os julgados recentes proferidos nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 600.112/RJ, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, datado de 06/02/2007; Agravo de Instrumento nº 622.703/RS, relatado pelo Ministro Ricardo Lewandowski e julgado em 1º/03/2007; Agravo de Instrumento nº 642.796/PR, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 19/03/2007; e Agravo de Instrumento nº 634.282/PR, relatado pelo Ministro Celso de Mello e datado de 30/04/2007.

Como se vê, ao cabo de longo processo evolutivo, a jurisprudência pátria reconheceu ser o direito à saúde formal e materialmente fundamental, abandonou a crença na indispensabilidade da interposição legislativa para a caracterização de direito subjetivo exigível e passou a entender possível extrair diretamente da Constituição o dever estatal de agir – em especial a obrigação de custear medicamentos e tratamentos. Dúvida não pode haver de que se está diante de avanço tremendo: à vista de risco grave à saúde e à vida dos demandantes, os tribunais superiores superaram, num exercício de ponderação então pouco usual, as tradicionais objeções atinentes à separação de poderes, à democracia, à discricionariedade e à reserva do possível. No dizer preciso de Ingo Wolfgang Sarlet:

“[...] 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 deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça.”²⁹⁵

Nada obstante, se de forma quase obtusa costumava-se negar qualquer eficácia positiva ao direito à saúde, está-se presentemente a vivenciar o oposto do pêndulo. Boa parte das pretensões individuais por prestações de saúde é deferida sem qualquer análise das especificidades do caso concreto, preferindo os julgadores se refugiar na generalidade da ponderação entre princípios abstratos. A enxurrada de demandas similares produziu a adoção de peças processuais, manifestações ministeriais e decisões jurisdicionais padronizadas, lançadas automaticamente. Nesse contexto, a associação imediata do direito à saúde ao direito à vida – desacompanhada do exame da razoabilidade/proporcionalidade do pleito e da aferição de sua adequação ao ideal igualitário encarecido pela Constituição – faz com que

²⁹⁴ Nesse mesmo diapasão passaram a decidir as Primeira e Segunda Turmas do Superior Tribunal de Justiça, como dão mostras, respectivamente, os julgados proferidos nos Recursos em Mandado de Segurança nº 11.129/PR e 11.183/PR.

²⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 346.

invariavelmente venha a preponderar, ainda que em detrimento do bem comum e do atual estágio de desenvolvimento da saúde pública no país²⁹⁶.

Não raro o fornecimento de medicamentos não integrantes das listagens oficiais é deferido à vista de simples receituário de médico particular, sem que sua estrita necessidade – no sentido de inexistência de equivalentes fornecidos pelo Sistema Único de Saúde e adequação aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas – esteja comprovada. Tampouco são excepcionais casos em que determinado sem mais o custeio de procedimentos médicos no exterior²⁹⁷, de remédios não aprovados pelas autoridades sanitárias²⁹⁸ e de tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais²⁹⁹. A real necessidade financeira do postulante, a eventual inviabilidade da extensão da prestação a todos que estejam em igual situação e o prejuízo imediato que o deferimento do pleito possa vir a causar a terceiros são questões freqüentemente ignoradas.

Nesse cenário, considerando que os recursos públicos são escassos – e que mesmo se existissem em abundância não seria razoável pretender que a sociedade tudo proviesse em matéria de saúde –, indispensável a adoção de critérios objetivos, possibilitando que a distribuição das prestações sanitárias atenda aos imperativos da justiça e da equidade. Com isso, espera-se, espancar-se-á o temor de que a interpretação do direito à saúde, após experimentar período de expansão quase ilimitada, venha a retroceder e esvaziar-se por completo. Essa a temática a desenvolver no próximo capítulo.

²⁹⁶ Ao analisar a jurisprudência nacional, Marcos Maselli Gouvêa chega a conclusão diametralmente oposta: “Os acórdãos coligidos demonstram que o Poder Judiciário brasileiro tem sido sabiamente comedido no provimento dos pedidos de medicamento. Atenta-se, assim, à noção de **mínimo existencial**, tão cara ao direito germânico e que, especialmente através da obra de Ricardo Lobo Torres, tem transcendido, em nosso país, os lindes originários do direito tributário para converter-se na pedra de toque das reflexões sobre direitos fundamentais. Ao invés de simplesmente arrogar-se o papel de *amigo da sociedade*, de provedor irresponsável contraposto à mesquinhez dos demais Poderes, o Judiciário – e a comunidade jurídica em geral, já que poucos advogados também requerem medicamentos que não sejam essenciais – tem filtrado possíveis excessos, e concedido apenas os remédios indispensáveis à preservação da vida e à manutenção da qualidade de vida do doente.” (“O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos” in *A Efetividade dos Direitos Sociais*. GARCIA, Emerson [coordenador]. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 226, grifos no original).

²⁹⁷ Confirmam-se, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, as Suspensões de Tutela Antecipada nº 36/CE e nº 50/PA, decididas pelo então Presidente da Corte, Ministro Nelson Jobim, respectivamente em 21/09/2005 e 07/11/2005.

²⁹⁸ Vide STJ, Suspensão de Segurança nº 1.408/SP, Ministro Edson Vidigal, j. 08/04/2004. Tal precedente será objeto de análise esmiuçada no item 3.3 do Capítulo V.

²⁹⁹ Confira-se a já citada decisão proferida em 31/07/97 pelo Ministro Celso de Mello na Petição nº 1.264 MC/SC.

4.3. A Jurisprudência em Demandas Coletivas

Como já se deixou entrever, a atuação dos tribunais superiores na seara das demandas coletivas por prestações de saúde costuma ser bastante mais tímida. Na lúcida análise de Cláudio Ari Mello, quando da implementação de direitos sociais na esfera estritamente individual, tendem os julgadores a negar maior abertura a argumentos de natureza política, limitando-se à aplicação da metodologia jurídica tradicional, consistente na interpretação literal e sistemática de textos legais. Ao revés, em sede coletiva, o exame de argumentos morais de justiça distributiva se impõe, pois indispensável a análise dos critérios políticos adotados na definição de políticas públicas e programas governamentais³⁰⁰. Nada obstante, ainda é grande o desconforto do Poder Judiciário quando compelido a desempenhar papel mais vigoroso nesta seara³⁰¹. Não raro, confrontados com o inevitável viés político de certas demandas coletivas, julgadores preferem adotar a auto-restrição, refugiando-se na segurança da aplicação mais tradicional de idéias-força como discricionariedade administrativa e separação de poderes³⁰².

Comecemos nossa análise com as demandas coletivas com vistas ao fornecimento gratuito de medicamentos e afins não padronizados pelas listas oficiais de medicamentos essenciais e excepcionais, fundadas diretamente no dever constitucional de promoção, proteção e recuperação da saúde. A maioria dos julgados entende determinantes contra-argumentos quase sempre desconsiderados sem maior reflexão em pleitos individuais semelhantes, deixando-se impressionar, em especial, por aquele que diz ser incumbência exclusiva do administrador definir as diretrizes de política social e econômica – no caso, da política de distribuição de medicamentos. Com esse fundamento, por exemplo, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59/SC, datado de 25/10/2004, confirmou decisão monocrática proferida pelo então Presidente, Ministro Nilson Naves, e suspendeu os efeitos da antecipação dos efeitos da tutela concedida em ação civil pública promovida pelo

³⁰⁰ MELLO, Cláudio Ari. “Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo” in MELLO, Cláudio Ari (organizador). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 132-135.

³⁰¹ Para uma análise da necessidade de transformação do Poder Judiciário, veja-se FÁRIA, José Eduardo. “Transformações do Judiciário” in FÁRIA, José Eduardo (organizador). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 52-67.

³⁰² No ponto, indispensável a leitura de GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Ministério Público Federal com vistas a obrigar a União, o Estado de Santa Catarina e o Município de Chapecó a fornecer gratuita e ininterruptamente qualquer medicamento que se mostre necessário ao tratamento de quaisquer pacientes, independentemente de constar das listagens de referência. Entenderam os julgadores que a decisão liminar usurpava competência administrativa privativa e poderia causar lesão à ordem e à saúde públicas: a uma, porque a escolha dos remédios a serem distribuídos cabe exclusivamente ao administrador e deve se lastrear em critérios técnico-científicos; a duas, porque o fornecimento genérico e aleatório de todo e qualquer medicamento a número indeterminado de pessoas “tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar o sistema de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública”³⁰³.

Na mesma direção decidiu o Ministro Edson Vidigal ao apreciar em 16/02/2005 o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 81/SC. Nessa oportunidade, determinou a suspensão da tutela antecipatória concedida nos autos de ação civil pública intentada pelo Ministério Público Federal em face da União, do Estado de Santa Catarina e do Município de Jaraguá do Sul, em que pleiteado o fornecimento de próteses de esfíncter artificial não constantes das listas de padronização, acompanhado do custeio da intervenção cirúrgica necessária ao seu implante, a beneficiar todos os usuários do Sistema Público de Saúde que de tal terapêutica viessem a necessitar. Entendeu o julgador que a liminar concedida afrontara a ordem administrativa, por interferir “em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública”, e potencialmente poderia lesar a própria saúde pública, já que privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente”³⁰⁴.

³⁰³ Cf. o trecho correspondente do voto do relator, Ministro Edson Vidigal: “Presentes e bem demonstrados, pois, os pressupostos justificadores da medida de suspensão, uma vez que o fornecimento genérico e aleatório de medicação não aprovada pela comunidade especializada, a um sem-número de pessoas, em detrimento da listagem oficial confeccionada pelo órgão competente para tanto tem, de fato, potencial suficiente para inviabilizar o sistema de aquisição e distribuição de medicamentos à população carente e, por isso, o próprio sistema de saúde pública.”.

³⁰⁴ Essa a íntegra do excerto pertinente: “Com efeito, compete à Administração Pública, através da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no País, buscando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias. Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de que seja atingido o maior número possível de beneficiários. Dessa forma, a decisão liminar reclamada, a meu sentir, efetivamente afronta a ordem administrativa, na medida em que interfere em matéria de política nacional de saúde, de seara exclusiva da Administração Pública. Por outro lado, também

Destaque-se que, a despeito do posicionamento construtivo adotado em sede coletiva, o tribunal fez questão de ressaltar a viabilidade de pleitos individuais idênticos, possibilitando o exame casuístico da questão. Confira-se:

“Nem se diga, aliás, que a decisão é, neste ponto, contrária à jurisprudência desta Corte, pacífica no sentido de constituir, a saúde, dever maior do Estado, consoante constitucionalmente erigida. Como bem anotou a decisão agravada, *‘não se afastou a possibilidade de, em casos isolados, mediante comprovação da utilidade e necessidade do tratamento com a medicação objeto da controvérsia, o interessado obter do Judiciário respaldo para seu pleito, como vem ocorrendo’* (fl. 143). Resguardado ficou, portanto, o direito de todo cidadão pleitear, pelas vias próprias, e no limite de cada ação proposta, o tratamento de que necessite, obstando-se, apenas, a generalização de situação personalíssima, em favor de pessoas estranhas à lide e situações futuras à própria demanda, quando reprovados os procedimentos em questão pelo sistema de consulta à comunidade científica.”³⁰⁵

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, teve grande repercussão recente decisão prolatada pela Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Tutela Antecipada nº 91/AL, datada de 26/02/2007. Na hipótese, pretendia o Estado de Alagoas a suspensão dos efeitos de liminar concedida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público estadual, e que determinara o fornecimento de quaisquer medicamentos por ventura necessários ao tratamento de pacientes renais crônicos, transplantados ou em hemodiálise. O pleito foi deferido, para além de razões atinentes à divisão de competências própria ao SUS, porque configurada lesão à ordem administrativa, passível de causar sério abalo ao sistema público de saúde:

“[...] Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. 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.

tenho por configurada a potencialidade lesiva à própria saúde pública, uma vez que a liminar privilegia os pacientes necessitados do fornecimento indiscriminado de prótese e de cirurgia para esse fim, podendo inviabilizar a realização de outros tratamentos à população carente.”

³⁰⁵ Trecho do voto condutor no citado Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59/SC, grifos no original.

No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.”

Decidiu a eminente julgadora, então, restringir os efeitos da liminar impugnada ao fornecimento pelo Estado de Alagoas tão-só dos medicamentos excepcionais e de alto custo relacionados pela Portaria MS nº 1.318, de 23/07/2002 – já então revogada pela Portaria MS nº 2.577/GM, de 27/10/2006, que aprovou o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional. À vista de tal determinação, muitas foram as declarações de autoridades de saúde no sentido de que a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal modificara-se, passando a endossar a tese de que a obrigação estatal de distribuição gratuita de remédios limita-se em todo e qualquer caso àqueles previamente inseridos nas listagens oficiais de referência. Na realidade, como se apressou em esclarecer a própria Ministra Presidente em reiteradas decisões posteriores, o tribunal continua a entender que os pleitos de fornecimento de medicamentos não padronizados devem ser analisados caso a caso, de modo que a eventual suspensão de liminares dependerá do escrutínio atento das circunstâncias concretas, vedada qualquer conclusão fundada em abstrações e generalidades³⁰⁶.

Esse padrão diferenciado de análise se repete em demandas coletivas em que pretendida a concretização de prestações positivas de saúde outras que não o fornecimento gratuito de medicamentos. Em sua maioria, quando não extintas sem análise do mérito, em razão de suposta impossibilidade jurídica do pedido, as ações civis públicas propostas com vistas à ativação de leitos e realização de obras de reforma em hospitais públicos, aquisição de equipamentos ou contratação de pessoal foram julgadas improcedentes, ao argumento de que constitucionalmente vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se em seara administrativa. Neste sentido o Agravo Regimental no Recurso Especial nº 252.083/RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça em 27/06/2000:

³⁰⁶ Confira-se o seguinte trecho da decisão proferida pela Ministra Ellen Gracie na Suspensão de Segurança nº 3.201/GO, datada de 20/06/2007: “[...] Preocupa-me, sobremaneira, a interpretação ampliativa que vindo sendo dada às decisões desta Presidência em relação à questão da obrigação de fornecimento de medicamentos pelo Estado. Os pedidos de contracautela em situações como a que ensejou o deferimento da liminar ora impugnada devem ser analisados, caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica, certo, ainda, que as decisões proferidas em pedido de suspensão se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo os seus efeitos e as suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual.”. No mesmo sentido, vejamos: Suspensão de Liminar nº 166/RJ, de 14/06/2007; Suspensão de Segurança nº 3.183/SC, de 05/06/2007; Suspensão de Segurança nº 3.193/RN, de 05/06/2007; Suspensão de Segurança nº 3.205/AM, de 31/05/2007; Suspensão de Segurança nº 3.231/RN, de 28/05/2007.

“CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – EXERCÍCIO PELO JUIZ – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES.

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.

Agravo a que se nega provimento.”

Como é possível entrever da leitura de sua ementa, fundou-se o julgado unânime³⁰⁷ na constatação de que não é possível ao Poder Judiciário “determinar ao Executivo que promova a execução de obras, ainda que visando à garantia de direitos coletivos, pois a Administração é a única detentora do poder discricionário relativo à oportunidade e conveniência de sua consecução”. Mesmo entendimento³⁰⁸ extrai-se do acórdão proferido em 17/11/2005 pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em sede do Agravo de Instrumento nº 70012936233, da relatoria do Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro. Na hipótese, reformou-se decisão liminar proferida em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que pretendia a ampliação dos leitos clínicos e de terapia intensiva disponíveis em dado hospital, ao argumento de que:

“A tutela constitucional e infraconstitucional do direito à saúde não é suficiente para que se admita a utilização de ação civil pública como instrumento apto a implicar, pela via judicial, verdadeiro direcionamento da atividade discricionária do administrador quanto ao melhor emprego das verbas públicas e à ordem das prioridades a serem atendidas, devendo-se resguardar, no ponto, a autonomia e a independência do Poder Executivo.”

Nessa linha, e porque sua ementa sintetiza boa parte dos fundamentos usualmente utilizados em demandas que tais, merece destaque o julgamento pela Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina do Agravo Inominado no Agravo de Instrumento nº 2000.018153-6, da relatoria do Desembargador Cesar Abreu, realizado em 21/12/2000. Protestava o Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra a extinção

³⁰⁷ Participaram do julgamento os Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Paulo Gallotti e Franciulli Netto.

³⁰⁸ Confirmam-se também: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Agravo de Instrumento nº 9.890, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Segunda Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.34652, Rel. Jds. Des. Heleno Ribeiro P. Nunes, j. 11/01/2006.

sem análise do mérito – fundada na impossibilidade jurídica do pedido – de ação civil pública que propusera, determinada em via monocrática pelo relator do agravo de instrumento originalmente interposto pelo Estado de Santa Catarina. Veja-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEITO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICO-HOSPITALARES. DELINEAMENTO TRAÇADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENSÃO QUE SUBMETE AO CONTROLE E ADMINISTRAÇÃO JUDICIAL, NO TODO OU EM PARTE, O HOSPITAL INFANTIL JOANA DE GUSMÃO, NO QUE RESPEITA ÀS ATIVIDADES MÉDICO-CURATIVAS INFANTIS DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 194 E 227 DA CF E ARTS. 1º, 4º, 7º, 11 E 208 DA LEI N. 8.069/90 (ECA). NORMAS PROGRAMÁTICAS. INVOCAÇÃO DE PRECEDENTES JUDICIAIS. CASOS CONCRETOS E INDIVIDUALIZADOS. PRESERVAÇÃO DO DIREITO À VIDA. RAZÕES DE ORDEM ÉTICO-JURÍDICA IMPONDO SOLUÇÕES CASUÍSTICAS. AFIRMAÇÃO DO POSTULADO CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO À INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA: SENDO A VIDA O PRIMEIRO DOS DIREITOS, NÃO HÁ DIREITOS QUE A ELE SE SOBREPONHA, NEM POSTULAÇÕES QUE NELE, POR SI SÓ, NÃO SE LEGITIMEM. HIPÓTESES QUE NÃO SE CONFUNDEM COM A GENERALIDADE DAS POSTULAÇÕES DO PARQUET. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGISLATIVA E ADEQUAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DO EXERCÍCIO DOS PODERES DO ESTADO. IMPERTINÊNCIA DA AVOCAÇÃO, PELO JUDICIÁRIO, DE DELIBERAÇÕES PRÓPRIAS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECEITAS PÚBLICAS ADMINISTRADAS SEGUNDO AS DESTINAÇÕES DO ORÇAMENTO ANUALMENTE VOTADO PELO PODER LEGISLATIVO QUE DIZ, SOBERANAMENTE, ONDE, COMO, QUANDO E EM QUE CIRCUNSTÂNCIAS DEVAM SER FEITOS OS GASTOS PÚBLICOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE RESULTARIA, EM ADMITIDA, NA QUEBRA DO SISTEMA, POR PRETENDER IMPOR A REALIZAÇÃO DE DESPESAS NÃO PREVISTAS NA LEI ORÇAMENTÁRIA, NELA NÃO CONSIDERADA NEM APORTADAS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE QUE PERMEIA ENCARGOS VÁRIOS AOS TRÊS ENTES POLÍTICOS DO PAÍS (UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS), OMITINDO-SE QUANTO À PROVENIÊNCIA DOS RECURSOS DESTINADOS AO SEU ATENDIMENTO, QUE FICOU, ASSIM, A CRITÉRIO DO LEGISLADOR ORDINÁRIO, ANO A ANO, SEGUNDO AS DISPONIBILIDADES. CARÊNCIA DE AÇÃO RECONHECIDA: IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO PRINCIPAL, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. PROCEDÊNCIA DO AGRAVO, DITADA EM DECISÃO SINGULAR DO RELATOR (CPC, ART. 557, § 1º-A). INTERPOSIÇÃO, PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DO AGRAVO INTERNO. APRECIÇÃO PELO ÓRGÃO COLEGIADO. DECISÃO MONOCRÁTICA MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS. SUCESSO DO AGRAVO INTERNO, ADEMAIS, DEPENDERIA DA DEMONSTRAÇÃO DE QUE A DECISÃO DO RELATOR CONTRARIA A

ORIENTAÇÃO, NO PARTICULAR, DE TRIBUNAIS SUPERIORES. RECURSO IMPROVIDO.”

Tencionava o *Parquet* a agilização do atendimento aos usuários da rede estadual de saúde, em especial crianças e adolescentes, que há muito aguardavam tratamento médico-cirúrgico em determinado hospital infantil. Indubitável que a formulação de pedidos de amplitude e generalidade extremas, nesse e em outros casos, dificultou muitíssimo a obtenção de decisões judiciais favoráveis, sobretudo em instância recursal, notoriamente menos permeável à introdução dos princípios³⁰⁹ e de argumentos morais no discurso jurídico. Todavia, a peremptoriedade dos termos em que vazados os julgados faz indiciar que mesmo pretensões mais modestas estariam igualmente fadadas ao insucesso.

A conclusão de que demandas individuais recebem tratamento distinto resta dramaticamente reforçada se lida a integralidade dos arestos em sede coletiva a que se fez menção. Também aqui fizeram os julgadores questão de ressaltar a possibilidade de concessão das prestações positivas então denegadas, desde que pleiteadas na esfera individual e analisadas as circunstâncias do caso concreto. Confronte-se o seguinte excerto do voto condutor no Agravo de Instrumento nº 70012936233, apreciado pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

“Deve ser observado, entretanto, que isto de forma alguma significa negar o direito de acesso dos necessitados, individualmente, às medidas necessárias à preservação de seus direitos à vida e à saúde, providência esta que vem sendo assegurada pelo Poder Judiciário em um número incontável de casos, porém sempre casuisticamente, à vista das provas produzidas, com a efetiva demonstração da necessidade de cada um, o que não ocorre no caso presente, onde o deferimento da medida pleiteada, em face de sua amplitude, equivaleria à decisão de cunho político-administrativo, extrapolando o limite da atividade jurisdicional.”

De outra banda, infelizmente, não costumam os julgadores fazer qualquer distinção entre as hipóteses em que as instâncias democráticas já haviam se pronunciado – através da instituição legislativa ou administrativa de determinada política pública – e aquelas em que nenhum consenso prévio existia. Ainda que reconheçamos ser necessário maior esforço interpretativo para se extrair diretamente do dever constitucional de prestação de saúde a obrigação estatal de, por exemplo, construir um hospital em determinada localidade, parece

³⁰⁹ Para uma análise profunda do fenômeno do pós-positivismo, marcado pela ascensão dos princípios, veja-se BARROSO, Luis Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)” in BARROSO, Luis Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-48.

intuitivo que tal situação não guarda identidade com a hipótese de fazer-se indispensável a realização de obras e aparelhamento de um hospital já existente. Seja sob o enfoque da vedação de retrocesso na esfera administrativa, dada a fundamentalidade do direito desatendido, seja em razão da aplicação dos princípios constitucionais da eficiência e da razoabilidade, dúvida não pode haver quanto à ilicitude de eventual omissão estatal em circunstâncias que tais. Existirá verdadeira discricionariedade quando a alternativa à imposição ao Estado de determinado comportamento comissivo é o perecimento do patrimônio público e o desrespeito à expressa vontade da maioria?

Feita a necessária digressão, e tornando à análise da jurisprudência pátria, cumpre registrar que vozes dissonantes começam a se fazer ouvir nos tribunais brasileiros. Se ainda não é possível identificar uma consistente e disseminada mudança de orientação, espera-se que os julgados recentes colacionados a seguir provoquem o debate acerca das potencialidades interpretativas do direito fundamental à saúde, dos limites da discricionariedade administrativa e da necessidade de redimensionamento da teoria da separação de poderes.

Contra a citada decisão da Câmara Civil Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que extinguiu sem análise de mérito ação civil pública ajuizada com o intuito de agilizar o atendimento de crianças e adolescentes usuários do serviço de saúde estadual, sobreveio o Recurso Especial nº 577.836/SC, da relatoria do Ministro Luiz Fux. Julgado à unanimidade³¹⁰ pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 21/10/2004, resultou na reforma do aresto local, com o reconhecimento da viabilidade da pretensão ante a não configuração de qualquer ofensa ao princípio da tripartição de poderes. Destacam-se, aqui, os trechos mais elucidativos de sua ementa:

“5. Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador

³¹⁰ Acompanharam o Relator os Ministros Teori Albino Zavascki, Denise Arruda, José Delgado e Francisco Falcão.

frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...]

8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.”

Além de rejeitar a tese de que estaria o Poder Judiciário impedido de controlar políticas públicas *tout court*, ressaltaram os julgadores que qualquer imposição judicial à Fazenda Pública, ainda que nenhuma relação guarde com a efetivação de direitos fundamentais sociais, acarreta custos³¹¹, sem que isto necessariamente implique em ingerência jurisdicional indevida. Observação corrente dá conta de que, apesar de semelhante decisão potencialmente ser capaz de produzir impacto orçamentário significativo, jamais hesitaram os tribunais em reconhecer a inconstitucionalidade de cobrança tributária.

Configura outro precedente importante, em que prestigiada a tese de que os serviços públicos de saúde existentes e oferecidos à população devem ser prestados com eficiência, o Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.002486-9, julgado em 14/12/2005 pela Quinta Turma

³¹¹ Na realidade, mesmo os direitos fundamentais tradicionalmente considerados negativos demandam comportamentos estatais comissivos e importam dispêndio de recursos públicos. No ponto, vejam-se: HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R.. *The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999; MICHELMAN, Frank I. “A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal”, in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 135-136.

Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, relatado pela Desembargadora Federal Vera Lucia Lima. Dele, extrai-se:

“PROCESSO CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DEFERIMENTO PARCIAL DE PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA – DETERMINAÇÃO DE REPAROS EM APARELHOS MÉDICO-HOSPITALARES – AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO E AGRAVO INTERNO PREJUDICADO.

- Trata-se de agravo de instrumento objetivando a reforma de decisão que, em sede de ação ordinária, determinou ao ora recorrente, Município do Rio de Janeiro, as providências necessárias, no prazo de 5 (cinco) dias, aos reparos nos aparelhos de Eco Doppler, de Hemodinâmica e nos carros de anestesia do Hospital da Lagoa, sob pena de multa pessoal e diária ao senhor Prefeito, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais).

- Parece-me que nada há a reformar na parte da decisão que determinou à agravante a efetivação de reparos nos aparelhos supracitados, bem como em relação ao prazo fixado para o cumprimento da ordem judicial.

- Destarte, a determinação contida na decisão guerreada não excedeu os limites da sindicabilidade judicial face ao princípio constitucional da separação de poderes, visto que a medida adotada visa, tão-somente, a emprestar melhor qualidade aos serviços já prestados pela municipalidade, não havendo, ao que tudo indica, exercício, pelo Poder Judiciário, de atividade administrativa, estranha ao seu mister constitucional. [...]”

Outro precedente interessante do mesmo tribunal foi exarado por sua Quinta Turma no Agravo de Instrumento nº 2003.02.01.009856-0, da relatoria do Desembargador Federal Alberto Nogueira, julgado em 26/05/2004. Na hipótese, ação civil pública pleiteava, entre outras medidas, o custeio do tratamento na rede privada das pessoas que haviam sido vítimas de contaminação ocorrida no posto de saúde da localidade. Os julgadores, à unanimidade, repeliram o argumento estatal atinente à reserva do possível jurídica, pois “o fato de não haver previsão no orçamento para que se efetuem os gastos devidos não constitui óbice à medida, tendo em vista que o ente público conta com a possibilidade de lançar mão de créditos suplementares, consoante o disposto no artigo 167, V da Constituição Federal”³¹².

³¹² Essa a íntegra da ementa: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSTO DE SAÚDE DE CARAPINA. DEDETIZAÇÃO. CONTAMINAÇÃO DE PESSOAS. NORMALIZAÇÃO ATESTADA POR LAUDOS DA FIOCRUZ E DA UNICAMP. INTERDIÇÃO. DESNECESSIDADE.CUSTEIO DE TRATAMENTO DE PESSOAS CONTAMINADAS. REALIZAÇÃO DE EXAMES E CONSULTAS NA REDE PRIVADA. FALTA DE PREVISÃO NO ORÇAMENTO. CRÉDITOS SUPLEMENTARES. POSSIBILIDADE. 1. Afigura-se desnecessária a interdição do Posto de Saúde de Carapina, bem como da determinação da realização de exames e perícias no local contaminado, tendo em vista que é fato comprovado nos autos a realização do devido procedimento de descontaminação. 2. No ponto relativo ao custeio do tratamento das pessoas contaminadas e da realização de exames e consultas na rede privada de saúde, o fato de não haver previsão no orçamento para que se efetuem os gastos devidos não constitui óbice à medida, tendo em

No âmbito dos tribunais estaduais, cabe realçar o julgado proferido em 22/03/2000 pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul na Apelação Cível nº 70000438135, da relatoria do Desembargador Wellington Pacheco Barros, em que determinado ao Município de Porto Alegre que custeasse a internação de crianças e adolescentes na rede privada sempre que imediata sua necessidade e inexistentes leitos disponíveis no SUS³¹³. Também o acórdão da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão no Agravo de Instrumento nº 0098922001, relatado pelo Desembargador José Stélio Nunes Muniz e datado de 23/08/2001, que ordenou ao Município de São Luís a adoção imediata de providências para que hospital de sua responsabilidade passasse a atender exigências sanitárias básicas³¹⁴. Por fim, digno de nota o julgamento da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos autos da Apelação Cível nº 2003.001.34812, relatada pelo Desembargador José Carlos Varanda e julgada em 24/08/2004, em que determinada a contratação de profissionais de saúde e a aquisição de equipamentos para o Hospital Estadual Carlos Chagas, à vista de suas precárias condições de funcionamento³¹⁵.

Nada obstante, a mais relevante contribuição judicial à discussão da matéria foi proporcionada pelo Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da Arguição de

vista que o ente público conta com a possibilidade de lançar mão de créditos suplementares, consoante o disposto no artigo 167, V da Constituição Federal. 3. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo.”

³¹³ “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SAÚDE PÚBLICA. COMPRA DE VAGAS DE LEITOS HOSPITALARES E UTIS PEDIÁTRICAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA C.C TUTELA ANTECIPADA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. NÃO PROVIMENTO. É CONSABIDO QUE A SAÚDE PÚBLICA É OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM ABSTRATO, DESIMPORTANDO QUAL A ESFERA DE PODER QUE, EFETIVAMENTE, A CUMPRE, POIS A SOCIEDADE QUE CONTRIBUI E TUDO PAGA, INDISTINTAMENTE, AO ENTE PÚBLICO QUE LHE EXIGE TRIBUTOS CADA VEZ MAIS CRESCENTES, EM TODAS E QUAISQUER ESFERAS DE PODER ESTATAL, SEM QUE A CADA QUAL SEJA ESPECIFICADA A DESTINAÇÃO DESSES RECURSOS. [...] APELAÇÕES NÃO PROVIDAS. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.”

³¹⁴ “Ação Civil Pública. Hospital municipal. Funcionamento. Exigências sanitárias básicas. Interferência na autonomia de auto-administrar-se. Inexistência. Não constitui interferência indevida à autonomia municipal de auto-administrar-se, a decisão judicial proferida em Ação Civil Pública que determina ao município solucionar problemas de ordem sanitária em unidade de saúde que entende manter em funcionamento, quando o serviço de vigilância sanitária constatou que ali estão sendo descumpridas regras básicas de fácil solução, tais como limpeza do prédio, acondicionamento de materiais hospitalares, armazenamento de lixo, etc, medidas estas de natureza preventiva, visando evitar o agravamento da saúde daqueles que ali demandam para tratar dos seus males.” Tal decisão foi mantida pela Presidência do Superior Tribunal de Justiça, à época ocupada pelo Ministro Edson Vidigal, quando do julgamento da Suspensão de Liminar nº 98/MA, datado de 20/04/2004.

³¹⁵ “Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público. Demanda objetivando a implementação de políticas públicas concretas na área de saúde, e em especial em determinado hospital público estadual. Patente omissão do Poder Público Estadual. Pretensão rechaçada em 1º grau. Inexistência de intromissão indevida de um Poder em outro. Reforma do decisório monocrático, adotando-se os fundamentos de judicioso parecer do MP e de recente decisão do STF. Recurso provido.” Tal julgamento foi revertido em sede do Recurso Especial nº 783.185, relatado pelo Ministro Luiz Fux e decidido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 24/04/2007 (acórdão ainda não divulgado no endereço eletrônico da corte nem publicado na Imprensa Oficial).

Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/DF, datado de 29/04/2004. Intensamente criticado pelos defensores de uma postura judicial minimalista³¹⁶, já que se estendeu deliberadamente em considerações desnecessárias ao estrito deslinde da causa, o aresto converteu-se em referência de estudo indispensável, por seu viés inovador e influência indiscutível. Na hipótese, pretendia o Partido da Social Democracia Brasileira inquirir de inconstitucional veto presidencial à Lei de Diretrizes Orçamentárias, por contrário à garantia constitucional de inversão mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde. Apesar de julgada prejudicada, ante a reconsideração do ato impugnado, consignou o Ministro Relator:

“Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional. [...]

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. [...]

³¹⁶ Sobre o minimalismo judicial, confira-se SUNSTEIN, Cass R. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à reserva do possível. [...]

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre 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 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. [...]"

Inegavelmente, cuida-se de importante libelo em prol da assunção e desempenho efetivos pelo Poder Judiciário da plenitude das tarefas de que lhe incumbiu a Constituição³¹⁷. Ao invés de negar a natureza eminentemente política de sua atuação, escondendo-se sob as vestes de uma neutralidade inexistente, devem os juízes, para além de qualquer concepção filosófica particular, tomar partido da efetividade³¹⁸ dos mandamentos constitucionais. Ressai nítida, outrossim, a preocupação do julgador com o recurso indiscriminado do Estado ao argumento da reserva do possível. Procura fazer ver a seu interlocutor não se tratar de objeção peremptória, na medida em que passível de acatamento apenas se remanescer hígido o núcleo dos direitos fundamentais atinente ao mínimo existencial e quando efetivamente comprovada a impossibilidade material de cumprimento da obrigação. Nada obstante, reconhece o Ministro os limites impostos ao Judiciário pelo princípio democrático, pois admite caber primariamente aos Poderes Executivo e Legislativo a formulação de políticas públicas. Vedadas estão, entretanto, as ações e omissões atentatórias à razoabilidade, que

³¹⁷ No dizer de José Eduardo Faria: *“Acionado pelos ‘excluídos’ para dirimir conflitos que afetam o processo de apropriação das riquezas e distribuição equitativa dos benefícios sociais, mas desprezado e ignorado por muitos setores ‘incluídos’ na economia transnacionalizada, que tendem cada vez mais a elaborar suas próprias normas, seus ritos e mecanismos próprios de resolução de controvérsias, o Judiciário brasileiro é assim um Poder que tem de redefinir seus espaços de atuação e forjar uma identidade funcional mais precisa. Se é certo que a instituição não tem outra legitimidade a não ser a que lhe é dada por sua independência institucional, por sua eficiência funcional e por sua autoridade moral, essa legitimidade precisa ser permanentemente validada pela prática, no cotidiano de cada tribunal – e é justamente por isso que a instituição... tem, urgentemente, de mudar.”* (“A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006, p. 47).

³¹⁸ Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 82 e ss.

desrespeitem os balizamentos constitucionais e impeçam a efetiva fruição de direitos fundamentais mínimos:

“Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...]”

Sobremais, importante frisar que tais posicionamentos, primeiramente expendidos em sede monocrática, foram acatados à unanimidade³¹⁹ pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 25/11/2005, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 410.715-5/SP, também relatado pelo Ministro Celso de Mello. Decidiu o órgão colegiado, então, reconhecer à criança menor de seis anos de idade direito público subjetivo de atendimento em creche municipal, utilizando-se, para tanto, da mesma linha de argumentação expendida na ADPF nº 45/DF.

4.4. Síntese Conclusiva

Na medida em que o objetivo precípuo deste trabalho é analisar o papel do Judiciário na implementação do direito prestacional à saúde, indispensável se fazia compendiar o processo evolutivo e o atual estágio da jurisprudência pátria na matéria. Se notável o avanço na seara das pretensões individuais – a ponto de se prestarem a críticas por seu elastério e de se fazer necessária a imposição de limites objetivos –, a atuação judicial revela-se ainda hoje

³¹⁹ Votaram com o Relator os Ministros Carlos Velloso e Joaquim Barbosa. Ausentes os Ministros Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

extremamente tímida no campo das ações coletivas – a demandar o estudo de suas possibilidades inexploradas. Esses, precisamente, os desafios dos capítulos vindouros.

5. DOS LIMITES ÀS PRESTAÇÕES DE SAÚDE E SUA APLICAÇÃO ÀS DEMANDAS INDIVIDUAIS

5.1. Notas Introdutórias

A este passo, espera-se ter restado suficientemente claro que, se o argumento da reserva do possível não pode ensejar a improcedência automática de pleitos judiciais por prestações de saúde fundados exclusivamente na Constituição, tampouco pode ser desconsiderado por completo. A finitude dos recursos públicos e sua insuficiência para fazer frente a demandas sociais ilimitadas são fatos incontestáveis, sobretudo na seara da saúde, em que os contínuos avanços científicos e tecnológicos³²⁰, combinados ao progressivo envelhecimento da população mundial, acarretaram sensível incremento de gastos. Se, como se verá, mesmo países de desenvolvimento socioeconômico avançado têm-se mostrado preocupados com tal conjuntura, com muito mais razão parece pertinente à realidade brasileira – em que muitíssimo maiores as restrições orçamentárias – a discussão sobre a existência de limites ao dever estatal de prestar saúde³²¹. Pertinente e urgente, dada a

³²⁰ Cf. DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 433: “Porém, embora as despesas administrativas sejam parte significativa dos custos hospitalares, e os salários dos médicos americanos sejam altíssimos em comparação com outras nações, a maior contribuição para o aumento dos custos médicos nas últimas décadas tem sido a disponibilidade de novos meios de diagnósticos de alta tecnologia, como a ressonância magnética e as novas técnicas, caríssimas, como os transplantes de órgãos e, no futuro, o tratamento do câncer com o anticorpo monoclonal. Os Estados Unidos não estão pagando muito mais pela medicina pela qual pagavam menos anteriormente; pelo contrário, agora têm muito mais tratamentos médicos para pagar.” No ponto, confirma-se também JOST, Timothy Stoltzfus. “Health Care Rationing in the Courts: a Comparative Study” in *Hastings International and Comparative Law Review*, 21: 639-714, 1998, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 143.

³²¹ Veja-se VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1999, p. 135: “Los sistemas públicos de salud que son de libre acceso universal sufren las consecuencias del desequilibrio que, por lógica, se produce entre la demanda de asistencia sanitaria y los recursos disponibles. Ello es así porque las necesidades sanitarias se pueden expandir sin límites, y porque el dinero destinado al ámbito de la salud puede seguir incrementándose, pero nunca será suficiente. Por otra parte no se puede olvidar que los recursos, cada vez mayores, que se destinan a la sanidad pública dejan de ser utilizados en otras áreas como educación, vivienda o cultura, que también tienen el carácter de bienes públicos.” Cf. também GAFO, Javier. “Los principios de justicia y solidaridad en bioética” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1999, p. 154: “Los costes de la atención sanitaria se han disparado en paralelo con el progreso de la Medicina y ponen en peligro la viabilidad de la seguridad social médica. Se suele decir que ‘la salud no tiene precio’, pero también lo es que conlleva unos costes indiscutibles, cuyo crecimiento obliga a preguntarse sobre qué criterios deben utilizarse en el reparto de los recursos sanitarios.”

tendência jurisprudencial pátria, analisada alhures³²², de acolher sem maior reflexão quaisquer demandas judiciais individuais por prestações de saúde, ao argumento de que o direito à vida sempre há de prevalecer frente a “interesse financeiro e secundário do Estado”³²³.

É lógico que, como já se fez consignar³²⁴, o Judiciário pode e deve exercer papel ativo na implementação do direito subjetivo à saúde, mormente quando não concretizado por normas infraconstitucionais. Entretanto, constituiria rematado absurdo pretender que o Estado fornecesse toda e qualquer prestação de saúde à universalidade de seus cidadãos, facultando a todos o ajuizamento de demandas judiciais na hipótese de descumprimento de tal dever constitucional. Se é evidente a impossibilidade material de fazê-lo, tampouco parece ser esta a solução mais equânime, sob pena de imputar-se a toda a sociedade o ônus de custear prestações de saúde àqueles poucos que dispõem de acesso à informação e reúnem melhores condições econômicas para litigar. A captura pela classe média de boa parte dos recursos públicos destinados à saúde – fenômeno muito bem diagnosticado por Ricardo Lobo Torres³²⁵ – subverte por completo a função essencial dos direitos fundamentais sociais em sua feição positiva, qual seja, assegurar àqueles que não dispõem de recursos bastantes – seja em razão de fatores físico-psíquicos, seja por conta da falta de meios econômicos – condições efetivas de exercitar sua liberdade e desfrutar de verdadeira igualdade de oportunidades.

Pois bem: se não há condições financeiras para prover todas as demandas em matéria de saúde – e se, mesmo que recursos suficientes existissem, não seria razoável esperar que a sociedade assim o fizesse –, indispensável estabelecer critérios públicos e objetivos, a fim de que a distribuição das prestações sanitárias se dê com justiça e equidade. Mais do que discutir se é possível instituir limites à assistência médica, portanto, a questão fundamental parece estar na escolha das balizas corretas³²⁶: em ambientes de escassez de recursos públicos e

³²² Cf. o item 2 do Capítulo IV.

³²³ Expressão cunhada pelo Ministro Celso de Mello por ocasião de sua decisão na Petição nº 1.246/SC, proferida em 31/01/97 e repetida múltiplas vezes em julgados posteriores.

³²⁴ Cf. Capítulo IV, item 2.

³²⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 216-217.

³²⁶ “*Pero ¿es correcto limitar la asistencia sanitaria? En la práctica se han dado dos posturas. La primera sostiene que es éticamente inaceptable la limitación de los recursos sanitarios. Sus argumentos pueden reducirse a dos, que la asistencia sanitaria es un derecho fundamental y que el problema no es tanto que la demanda sanitaria sea inabarcable cuanto que hay que replantar de que manera se gestiona la sanidad. La segunda postura entiende que la limitación es inevitable y que lo correcto es formular criterios que sean justos y explícitos. Además, en la práctica de la medicina siempre ha existido un racionamiento, bien que implícito, ya sea por una distribución geográfica desigual, o bien porque el nivel de atención dependía de la capacidad económica de los ciudadanos, o incluso por el tiempo de espera necesario para acceder a un recurso sanitario. Luego parece que lo más correcto es hacerlo de forma clara y explícita. En la actualidad es ésta la postura más ampliamente aceptada por todos, de manera que la discusión no está tanto en si hay que limitar o no las*

imensas disparidades sociais, racionalizar gastos com eficiência revela-se verdadeiro imperativo moral, mas ter como objetivo o atendimento da maior quantidade possível de pessoas não pode, também por razões morais, implicar a adoção pura e simples de critérios econômicos utilitaristas:

“Y es que toda la teoría de la justicia, para que sea coherente, tiene que desarrollarse a dos niveles distintos, el nivel deontológico o de los principios y el nivel teleológico o de evaluación de consecuencias. Porque si absolutizamos el momento de los principios, el momento de la equidad, llegaremos a ser ineficientes y por tanto inmorales, pues sin eficiencia no hay justicia. Si por el contrario se absolutiza el momento de la evaluación de las consecuencias como pretende el utilitarismo extremo, distribuiremos atendiendo sólo a la eficiencia y lesionaremos la equidad, principio que obliga a que los recursos lleguen a todos por igual, y a que en caso de desigualdad tengan preferencia los más desfavorecidos. Y no sólo eso, porque los bienes sociales primarios son exigibles en justicia, y deben ser distribuidos de forma equitativa aunque ello conlleve un gasto en alguna medida ineficiente.”³²⁷

De todo modo, já é possível adiantar ser indispensável ao juiz apreciar com profundidade se a pretensão individual que lhe é posta se coaduna com a consciência e a moral comuns³²⁸ – por exemplo, se institui diferenciação injustificada entre o postulante e outros indivíduos em situação semelhante, ou se excessiva frente ao atual estágio evolutivo da saúde pública no país. Diante das enormes carências apresentadas pela assistência à saúde estatal, assim como da constatação inexorável de que prestigiar determinadas pretensões significa deixar outras desatendidas, impossível deixar de questionar a justiça de pleitos

prestaciones cuanto en los criterios a utilizar para no lesionar el principio de justicia.” (VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier [editor]. *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 136)

³²⁷ VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 149.

³²⁸ Em seu ensaio “O Retorno às Tradições: A Razoabilidade como Parâmetro Constitucional”, José Adércio Leite Sampaio discorre sobre a razoabilidade como máxima de justiça: “[...] importa um apelo, por via dos princípios constitucionais, à consciência e moral comum. Não se trata de uma forma autorizada de discricionariedade judicial, mas da obrigação de considerar anseios sociais justificados e demandas de equidade, próxima à concepção material da ‘integridade dworkiniana’, no que remete o intérprete ao contexto histórico de vida, da experiência concreta e cultural da comunidade...” (in SAMPAIO, José Adércio Leite [coordenador]. *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 61). No mesmo sentido, Marcos Maselli Gouvêa: “[...] A razoabilidade, por sua vez, é um complexo de argumentos que, embora incluindo a *balance of hardships* (ponderação dos ônus, proporcionalidade em sentido estrito), a adequação e a necessidade, compreende também outros elementos, destacando-se a aferição da consonância do ato com o padrão de normalidade aceito tradicionalmente. A *proporção do razoável* não é uma proporção qualquer, mas aquela autorizada pelas regras de experiência que o magistrado assimila de sua vivência profissional e do conhecimento acerca dos padrões socialmente aceitos.” (“Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GARCIA, Emerson [coordenador]. *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 355).

individuais que dificilmente seriam acolhidos mesmo em países de desenvolvimento avançado, ainda que algumas negativas possam implicar eventuais conseqüências dramáticas³²⁹. É dever do julgador, ainda, prestigiar os limites impostos pelos regramentos infraconstitucionais, afastando-os apenas quando, à vista do caso concreto, instituírem desigualdade injustificada, ou se provarem desarrazoados ou desproporcionais.

Na primeira parte do presente capítulo, discorrer-se-á sobre algumas contribuições estrangeiras importantes acerca da distribuição de prestações de saúde – até porque pouco extensa é a discussão nacional na matéria –, procurando explicitar sua aplicabilidade à realidade brasileira. A segunda parte, por sua vez, dedicar-se-á à análise dos critérios que o próprio legislador, constituinte e ordinário, estabeleceu, balizadores tanto do direito subjetivo à saúde quanto dos deveres estatais correlatos de protegê-la, promovê-la e recuperá-la.

5.2. Contribuições Estrangeiras

5.2.1. Ronald Dworkin e a Abordagem do Seguro Prudente³³⁰

Em doutrina, poucos são os autores a averiguar os limites do dever estatal e propor critérios balizadores em sede do direito à saúde, sobretudo por sua íntima ligação com o direito à vida e a inevitável controvérsia que o tema suscita. É parte integrante desta minoria Ronald Dworkin, para quem é questão primordial definir “quanta assistência médica uma

³²⁹ Veja-se AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*, p. 25: “[...] Evidentemente, é bastante difícil para qualquer pessoa dizer não em um caso sabendo que disso pode resultar a perda de uma vida. Isso pode ser captado nas palavras de um dos integrantes da Suprema Corte Americana, Justice Stewart: ‘uma regra absoluta proibindo a censura prévia que se possa provar estatisticamente custar várias centenas de vidas toca aos magistrados diferentemente da decisão, em um caso específico, quanto a permitir uma publicação quando se sabe que uma centena de vidas serão perdidas como resultado’.”. Na doutrina espanhola, cf. GAFO, Javier. “Los principios de justicia y solidaridad en bioética” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 159: “No se trata, por tanto, de discutir el derecho de todo ser humano a una asistencia sanitaria, pero sí de cuestionar cómo puede maximizarse el beneficio de esa atención, de tal manera que pueda disfrutar de ella el mayor número de personas. Es una pregunta sangrante, sin duda dolorosa, porque detrás de todo ser humano enfermo hay mucho dolor, angustia y miedo; pero es una interrogante de la que hoy ya no se puede prescindir y que será inevitable en el futuro.”.

³³⁰ Para uma análise esmiuçada do modelo de justiça distributiva sanitária de Dworkin, cf. LORA, Pablo de. “El derecho a la Protección de la Salud” in BETEGÓN, Jerónimo, PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J. e SANCHÍS, Luis Prieto (coordenadores). *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, p. 893-901.

sociedade razoável deve tornar acessível a todos”, já que impossível ao Estado “pagar por todos os exames e tratamentos que seus cidadãos venham a querer ou precisar”³³¹.

Segundo Dworkin, por conta de três graves deficiências da realidade norte-americana, o critério de distribuição da assistência médica não poderia ser o dinheiro, é dizer, o quanto o cidadão pode pagar pela prestação de saúde de que necessita. Primeiramente, a injusta distribuição da renda torna impossível a alguns contratar por preço de mercado qualquer seguro saúde substancial; em segundo lugar, a maioria da população desconhece suficientemente os riscos de saúde e a tecnologia médica para possibilitar escolhas abalizadas quanto à abrangência do seguro ideal; e, finalmente, as seguradoras costumam discriminar aquelas pessoas cuja saúde sabem correr mais riscos em razão de fatores genéticos ou sociais, exigindo-lhes prêmios proibitivos.

Tampouco serviria como critério justo o denominado princípio do resgate. Fundado na premissa de que nenhum bem é mais importante do que a vida e a saúde, o princípio do resgate preconiza que todos os recursos disponíveis sejam direcionados à proteção de tais prioridades, “até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida” e mesmo que com sacrifício de outros interesses relevantes. Ao ver do autor, porque inviável, nenhuma sociedade sadia tentaria atingir tal padrão, assim como nenhuma pessoa sadia por ele pautaria sua vida³³².

Propõe, então, imaginar-se que as três deficiências que aponta tivessem sido idealmente corrigidas, de modo que a distribuição da renda fosse tão justa quanto possível, todos tivessem acesso às informações de saúde mais avançadas e fosse impossível às seguradoras saber sobre a maior suscetibilidade à doença de alguns de seus segurados. Dadas essas condições ideais, todas as pessoas disporiam de recursos suficientes para pagar pela assistência que reputassem apropriada, razão pela qual o mercado de saúde seria completamente livre – médicos, hospitais e indústria farmacêutica cobrariam o quanto

³³¹ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 431-433.

³³² “De fato, porém, o princípio do resgate é quase totalmente inútil para esse fim, e a hipótese de que define um modelo adequado para a reforma do sistema de saúde tem sido mais prejudicial do que benéfico. O princípio oferece uma resposta à pergunta de quanto o país deve gastar com a assistência médica em geral: diz que devemos gastar tudo que pudermos até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a sua própria vida segundo tal princípio. Nos últimos séculos, contudo, não houve uma lacuna tão grande entre a retórica do princípio do resgate e o que era medicamente possível para a comunidade fazer. Agora, porém, que a ciência criou tantas formas caríssimas de assistência médica, é absurdo que a comunidade continue tratando a vida como um bem fornecido a qualquer custo – mesmo que tornasse praticamente inútil a vida mais longa das pessoas.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 434-435)

desejassem – e ao governo não seria necessário fornecer prestações de saúde diretamente ou de qualquer maneira subsidiá-las.

Nesse cenário, todas as decisões tomadas por essa sociedade quanto ao patamar dos gastos conjuntos com assistência médica e sua distribuição seriam moralmente adequadas, pois “distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos”³³³. A partir de tal premissa, Dworkin extrai o que denomina abordagem do seguro prudente: postas as condições ideais, poder-se-ia especular sobre a abrangência da assistência médica que a maioria dos membros prudentes dessa comunidade ideal estaria disposta a adquirir para si, valendo tais conclusões como parâmetros do nível de prestação de saúde a que todos devem ter acesso por justiça.

Para o autor, ainda que se sentisse inclinada inicialmente a contratar um plano de saúde que lhe fornecesse todos os tipos de tratamento disponíveis em qualquer circunstância, à vista do custo proibitivo e da conseqüente impossibilidade de investir na satisfação de quaisquer outras necessidades, a maioria das pessoas prudentes decidiria por um seguro de abrangência extremamente mais restrita. Neste diapasão, não faria sentido pagar prêmios mais elevados por um plano de saúde que garantisse a manutenção das funções vitais em caso de estado vegetativo persistente, ou que custeasse intervenções médicas custosas na hipótese de demência. Ao ver de Dworkin, a maioria das pessoas prudentes optaria por utilizar tais recursos na melhoria de sua vida consciente e real, contratando seguro que se limitasse a mantê-las confortáveis e que, no caso de demência, provesse internação em condições dignas.

Dessarte, o sistema universal de saúde deve garantir a todos – inclusive àqueles que não dispõem de recursos suficientes – o nível médio de cobertura de saúde que a maioria das pessoas prudentes adquiriria numa sociedade ideal (e que certamente incluiria tratamentos preventivos e curativos comuns, hospitalização e exames gerais regulares). Por outro lado, se mesmo em uma sociedade ideal poucas pessoas prudentes optariam por nível de cobertura mais elevado, restar-lhes-ia contratar plano de saúde complementar, pois impossível obrigar todos a custear compulsoriamente seguro mais amplo sem que com isso se esteja a prestar verdadeiro desserviço à justiça. Como se vê, substituído o princípio do resgate pela

³³³ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 440.

abordagem do seguro prudente, certos limites à cobertura universal transmutariam de transigências a exigências da justiça³³⁴.

Em outros termos, o plano nacional de saúde não deveria disponibilizar prestações que a maioria razoável e informada teria decidido não contratar para si individualmente. A base do raciocínio de Dworkin está na transposição para o âmbito coletivo dos critérios de decisão que supõe seriam utilizados por pessoas prudentes em sua esfera particular numa dada circunstância. Com isso, pretende eliminar as distorções causadas pela insensibilidade natural de médicos e pacientes quanto ao custo de suas decisões, perfeitamente explicável se considerado que o custeio dos tratamentos está a cargo de um terceiro – seguradora ou Estado. A seu ver, numa sociedade livre das distorções apontadas alhures, desnecessária que se mostraria a intervenção estatal, a maioria das pessoas razoáveis decidiria por cobertura que abrangesse exclusivamente tratamentos de eficácia mínima comprovada, abrindo mão de terapêuticas heróicas pouco eficientes em prol de benefícios outros mais paupáveis e imediatos. Nesse caso, afirma, “a justiça exige que o plano de saúde universal não ofereça tais tratamentos”³³⁵.

Para o autor, na hipótese de vir a ser criado um órgão público responsável por definir os tratamentos médicos a serem garantidos a todos em cada circunstância, nos moldes do *National Health Board* proposto pelo ex-presidente norte-americano Bill Clinton³³⁶, suas decisões haveriam de se orientar pelo padrão da prudência individual, bem como pelos melhores e mais recentes estudos científicos, assegurada a participação de representantes de grupos de interesses diversos. Por óbvio, adotada a abordagem do seguro prudente, não lhe seria dado tomar decisões restritivas fundadas com exclusividade no alto custo das prestações

³³⁴ “Se substituíssemos o princípio do resgate pela abordagem do seguro prudente como nosso ideal de justiça abstrata na assistência médica, aceitaríamos, portanto, certos limites na cobertura universal, e não os aceitaríamos como transigências da justiça, mas como exigidos por ela...” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 444)

³³⁵ “O princípio do resgate insiste que a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida. O princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado do tratamento médico com outros bens e riscos: presume que as pessoas talvez pensem que levam uma vida melhor quando investem menos em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem-sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos, que também possam arruinar sua vida. O órgão do governo poderia muito bem decidir que, embora as pessoas prudentes oferecessem à família a assistência médica pré-natal e neonatal de que tantos americanos carecem, e fizessem seguro contra riscos médicos graves em todos os períodos da vida, oferecendo tratamentos comprovados e razoavelmente eficientes se precisassem, abririam mão dos tratamentos heróicos de valor improvável se necessário em troca de benefícios mais certos como educação, moradia e segurança econômica. Nesse caso, então a justiça exige que o plano de saúde universal não ofereça tais tratamentos.” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 446)

³³⁶ Segundo a proposta fracassada, o *National Health Board* seria o órgão governamental responsável por decidir quais prestações sanitárias seriam necessárias e apropriadas e, por isso, haveriam de fazer parte do plano de saúde básico. Sobre o assunto, confronte-se a obra citada especialmente em suas páginas 432 e 449.

médicas, cabendo-lhe, isto sim, ponderar o valor estimado do tratamento médico com outros bens prioritários e riscos atuais³³⁷.

5.2.2. O Tribunal Constitucional Federal Alemão e a Reserva do Possível

Outra abordagem interessante sobre a existência de limites à implementação estatal dos direitos fundamentais sociais repousa na idéia da reserva do possível, tal qual idealizada originalmente pelo Tribunal Constitucional alemão por ocasião dos casos conhecidos por *numerus clausus*³³⁸. À vista da falta de vagas suficientes em universidades para o atendimento de todos os interessados em cursar Medicina, bem assim da existência de regras estaduais limitativas do ingresso no ensino superior, coube aos julgadores decidir se restava caracterizada violação estatal a eventual dever constitucional de ampliar a capacidade de ensino e garantir acesso irrestrito aos cursos superiores, como concretização da liberdade de escolha de profissão. Sua resposta foi negativa, com fundamento na idéia da reserva do possível, empregada “no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”³³⁹. Explica-se.

Após reconhecer que o Estado vinha envidando todos os esforços possíveis em prol do desenvolvimento do ensino superior no país, e em especial do ensino de Medicina, entendeu o Tribunal Constitucional não ser razoável exigir-lhe ainda mais³⁴⁰, sob pena de comprometimento de outros interesses comunitários importantes. Ora, na medida em que havia universidades públicas e programas de ampliação do número de vagas oferecidas, pretender que o Estado suprisse toda a demanda de estudantes pelo curso de Medicina, como forma de garantir-lhes o pleno exercício de sua liberdade individual, atentaria contra o equilíbrio econômico geral, com evidente prejuízo ao princípio da igualdade material que

³³⁷ “O teste do seguro prudente também deixa claro porque é tão importante consultar a opinião pública antes de se tomarem as decisões de racionamento. Já que o racionamento deve expressar não só os cálculos técnicos de custo-benefício, mas também a noção de prioridade das pessoas, a consulta é essencial. [...]” (DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, p. 447)

³³⁸ BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus I*) e BVerfGE 43, 291 (*numerus clausus II*).

³³⁹ KRELL, Andreas Joachin. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 52, citando passagem do primeiro julgado.

³⁴⁰ “[...] *En los fallos sobre el numerus clausus, la ponderación no conduce a un derecho definitivo de cada individuo a ser admitido en el estudio de su elección pero, en todo caso, a un derecho definitivo a un procedimiento de selección que le otorga una oportunidad suficiente.*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002, p. 498)

anima o Estado Social³⁴¹. Em outras palavras, “demandas individuais ilimitadas às expensas públicas não são compatíveis com o ideal do Estado Social”³⁴², na medida em que comprometem outras políticas públicas jusfundamentais importantes para a comunidade.

Como se vê, segundo sua formulação original, a reserva do possível não se prende à questão da existência de numerário suficiente ou de previsão orçamentária³⁴³, mas sim à razoabilidade da alocação de recursos pressuposta pelo atendimento da pretensão, considerados os demais interesses da comunidade³⁴⁴. A jurisprudência alemã fez uso de tal

³⁴¹ Confira-se, por sua importância, o seguinte trecho do julgado BVerfGE 33, 303 (*numerus clausus I*), traduzido livremente por OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, 2006, p. 230-231. Disponível, no endereço eletrônico <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3084/1/Disserta%E3o++Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf>, conforme acesso em 05/10/2006: “[...] Uma eventual exigência constitucional não obriga a providenciar, para cada candidato em cada oportunidade, a vaga almejada, e assim tornar os complexos investimentos em educação superior exclusivamente dependentes da demanda individual, freqüentemente flutuante e influenciável por inúmeros fatores. Isso implicaria num entendimento errado quanto à liberdade, através do qual se desconhece que a liberdade pessoal não pode ser implementada a longo prazo, sem associação com a operacionalidade e o equilíbrio gerais, e que demandas individuais ilimitadas às expensas públicas não são compatíveis com o ideal do Estado Social.

A Constituição – como a Corte Constitucional já pronunciou, salientando a conexão com o direito fundamental à liberdade de ação (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) – decidiu a tensão indivíduo-sociedade, no sentido da relacionabilidade e da conectividade da pessoa com a comunidade; o indivíduo deve, então, deixar baixarem as barreiras à sua liberdade de ação, que o legislador institui para o zelo e a promoção da vida comunitária dentro dos limites razoáveis, desde que a auto-suficiência da pessoa permaneça protegida. Estas considerações reclamam validade, primariamente, no âmbito da outorga estatal de participação. Aqui, o oferecimento de justiça social, que se concretiza na igualdade, seria diretamente contrariado, se meios públicos limitados, disponibilizados apenas através da negligência de outros interesses comunitários importantes, favorecessem uma parte privilegiada da população. Ao legislador também não pode ser negado orientar-se pela urgente requisição de força de trabalho nas diversas profissões; ao passo que não vem sendo possível fazer coincidir a demanda individual e as exigências sociais, apenas por meio do aconselhamento estudantil.

Uma vez lançados estes marcos, não se vislumbra nenhuma violação constitucional. A obrigação, para que se faça rapidamente o necessário, no âmbito do possível, não foi negada por nenhum dos responsáveis, nos órgãos estatais. No parágrafo 2º da Lei de Estímulo à Construção de Escolas Superiores foi expressamente admitido, que à União e aos Estados está atribuído o cumprimento da tarefa social de ‘Ampliação e Construção de Escolas Superiores Científicas’, dirigida à obtenção de um sistema de universidades científicas conectado pelo direcionamento profissional, número, tamanho e localização, ‘através da oferta suficiente e equilibrada de vagas para ensino e pesquisa’. No que diz respeito ao cumprimento dessa obrigação, é visão comum que o presente estado de tensão não deve ser atribuído unicamente a dificuldades objetivas; mas também ao fato de que, à demanda, ampliada pela publicidade referente ao ensino, não corresponderam medidas de ampliação do Ensino Superior e de reforma de estudos. Todavia, já no passado uma parte considerável dos meios à disposição foi utilizada diretamente no desenvolvimento de complexos mecanismos de ensino de medicina. O pessoal científico nos centros de ensino médico dobrou entre 1960 e 1969.”

³⁴² Cf. nota anterior.

³⁴³ Para a análise da reserva do possível tal qual se costuma entendê-la na doutrina pátria, veja-se o item 5 do Capítulo III.

³⁴⁴ Veja-se OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*, p. 233: “A questão central, entretanto, não parece ter sido financeira, no sentido de escassez absoluta de recursos, mas sim a razoabilidade com que a alocação destes recursos poderia ser demandada. Mesmo que o Estado dispusesse dos recursos, segundo a reserva do possível instituída pelo tribunal alemão, não se poderia impor a ele uma obrigação que fugisse aos limites do razoável, tendo em vista os fins eleitos como relevantes pela Lei Fundamental. Não se poderia exigir o comprometimento de programas vinculados à satisfação de outros interesses fundamentalmente protegidos, para o fim de tornar o acesso ao ensino superior possível a absolutamente todos os indivíduos que assim o quisessem. Fazê-lo, seria colocar a liberdade individual muito acima dos objetivos comunitários, comprometendo e deturpando a própria noção de Estado Social.”

construção para afastar eventuais exageros na efetivação dos direitos fundamentais sociais, ao argumento de que não seria dado exigir do Estado – e, em última análise, da sociedade – prestação não condizente com o padrão de racionalidade vigente³⁴⁵. Diz, ainda, com a necessidade de ponderação entre o direito fundamental cuja concretização é reivindicada e aqueles outros que por ventura lhes sejam contrários³⁴⁶, ponderação esta que haverá de realizar-se por meio da análise da prestação positiva pleiteada quanto à sua adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁴⁷.

5.2.3. Michael Walzer e a Necessidade

De acordo com a teoria da igualdade complexa de Michael Walzer, Professor de Ciências Sociais do *Institute for Advanced Study* em Princeton, segurança e bem-estar social compõem uma esfera de bens sociais a que inaplicáveis os princípios distributivos do livre intercâmbio e do mérito. A partir da constatação de que são escassos os recursos disponíveis,

³⁴⁵ Parecendo discorrer sobre a razoabilidade em sentido idêntico àquele empregado no texto, cf. BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, in BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 362. No ponto, veja-se, ainda, a nota 298.

³⁴⁶ Assim se posiciona Robert Alexy em comentário ao precedente alemão: “*Pero, la propiedad de derecho vinculante prima facie significa que la cláusula restrictiva de este derecho, la ‘reserva de lo posible en el sentido de aquello que el individuo puede razonablemente exigir de la sociedad’, no tiene como consecuencia la ineficacia del derecho. Esta cláusula expresa simplemente la necesidad de ponderación de este derecho.*”. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 497/498. Na mesma linha, Paulo Gilberto Cogo Leivas: “A colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais. [...] *Aquilo que o indivíduo possa esperar razoavelmente da sociedade* significa, então, que o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais, em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste, não tenham peso suficientemente alto para restringir o seu direito fundamental.” (*Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, p. 98-99).

³⁴⁷ Sobre a estreita ligação entre reserva do possível e proporcionalidade, veja-se o seguinte excerto extraído de OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*, p. 227: “Note-se que foi precisamente em consonância com este ditame de proporcionalidade e razoabilidade que a reserva do possível foi primeiramente referida, pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no famoso caso *numerus clausus*, como se terá oportunidade de analisar na seção seguinte. Assim, os direitos a prestações estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. Esta noção traz, em verdade, para dentro do conceito de reserva do possível a dimensão de razoabilidade e proporcionalidade. [...] A partir desta noção é possível afirmar que a reserva do possível, enquanto restrição aos direitos fundamentais sociais, não é absoluta, mas sujeita a um padrão de razoabilidade (como racionalidade) e proporcionalidade. Assim, a reserva do possível de um lado se relaciona com a proibição do exagero infundado na luta pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional.”.

inevitáveis as escolhas difíceis e indispensável a distribuição com justiça³⁴⁸, propugna ser a necessidade o princípio mais adequado à esfera da saúde.

Em última análise, as pessoas reúnem-se em comunidade para que suas necessidades sejam providas; neste diapasão, o contrato social nada mais é do que o pacto através do qual os membros da comunidade concordam redistribuir seus recursos segundo as necessidades que decidiram atender, deixando a especificação das minúcias a cargo da deliberação política. Como conseqüência, ao ver do autor, a provisão comunitária deve orientar-se pelos seguintes critérios: i) toda comunidade política deve atender às necessidades de seus membros conforme o entendimento coletivo que possuam a tal respeito; ii) os bens devem ser distribuídos na proporção das necessidades; iii) a distribuição deve reconhecer e sustentar a igualdade fundamental de afiliação, é dizer, de pertencimento à comunidade³⁴⁹.

Ora, se o objetivo do contrato social é justamente a provisão comunitária das necessidades, considerando que a comunidade passou a conceber o combate a doenças como necessidade prioritária e que os altos custos inerentes às pesquisas médicas e a certos tratamentos são insuportáveis para a maioria dos cidadãos, parece indispensável o envolvimento comunitário³⁵⁰. Ainda de acordo com os critérios enunciados, a distribuição dos bens necessários deve se dar com igualdade a todos os membros da comunidade, de acordo com sua necessidade³⁵¹. Por tal razão, Walzer critica o modelo norte-americano de assistência médica, que privilegia a capacidade de pagar como critério distributivo – ainda que, no que concerne aos muito enfermos e aos muito idosos, existam mecanismos de provisão comunitária eficientes. Condena, pois, o livre intercâmbio de prestações de saúde, já que bens necessários não são mercadorias e somente “podem ser comprados e vendidos se estiverem disponíveis em quantidade superior a qualquer nível de provisão definido pelo processo decisório democrático (e só se a compra e a venda não distorcerem as distribuições abaixo de tal nível)”³⁵².

³⁴⁸ Veja-se WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 88.

³⁴⁹ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 112.

³⁵⁰ “[...] Lidar com tuberculose, câncer ou ataques cardíacos, porém, requer empenho em comum. As pesquisas médicas são caras, e o tratamento de muitas doenças está muito além dos recursos dos cidadãos comuns. A comunidade precisa se envolver, portanto, e qualquer comunidade democrática se envolve mesmo, com mais ou menos vigor, mais ou menos eficiência, dependendo dos resultados das batalhas políticas.” (WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 117-118)

³⁵¹ Cf. WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 121: “[...] Contanto que as verbas públicas sejam aplicadas, como o são atualmente, no financiamento de pesquisas, na construção de hospitais e no pagamento dos honorários dos médicos particulares, os serviços que esses gastos financiam devem estar disponíveis igualmente para todos os cidadãos.”

³⁵² WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 120.

Walzer reconhece, entretanto, que a necessidade é enganosa, pois o que se tem são idéias sobre ela, estabelecidas conforme prioridades e graus extremamente influenciados pelo contexto histórico-cultural³⁵³. É, ainda, voraz, no sentido de que devora recursos. Se, a seu ver, tais razões não impedem que a necessidade sirva como princípio distributivo, impõem sua limitação por decisões políticas, mormente no que tange ao grau e à prioridade de seu atendimento:

“...Vejam os casos da segurança física em qualquer cidade moderna dos EUA. Poderíamos prover segurança absoluta, eliminar todas as fontes de violência, com exceção da violência doméstica, se plantássemos um poste de iluminação a cada dez metros e um policial estacionado a cada trinta metros em toda cidade. Mas isso seria caríssimo, portanto nos contentamos com menos que isso. O quanto menos só pode ser uma decisão política. Podemos imaginar as coisas que apareceram nos debates. Sobretudo, creio, haveria certo acordo – mais ou menos geral, apenas marginalmente controverso – acerca do que constitui segurança ‘suficiente’ ou que nível de insegurança é intolerável. A decisão também sofreria influência de outros fatores: necessidades alternativas, a conjuntura econômica, a agitação do sindicato dos policiais etc. Mas, seja qual for a decisão final, sejam quais forem os motivos, fornece-se segurança porque os cidadãos precisam dela. E já que, em certo nível, todos precisam dela, o critério da necessidade continua sendo padrão fundamental (como veremos), mesmo que não seja possível definir prioridade e grau.”³⁵⁴

Como se vê, apesar de entender que a assistência médica deve ser distribuída igualmente de acordo com o critério da necessidade, e de defender que os bens necessários à subsistência básica são passíveis de reivindicação³⁵⁵, Walzer não se aprofunda na discussão sobre os níveis apropriados de provisões, por entender tratar-se de matéria afeita à deliberação comunitária e sujeita à luta política. Limita-se a rever a máxima de Marx, enunciando de forma genérica: “De cada um segundo sua capacidade (ou seus recursos); a cada um segundo suas necessidades socialmente reconhecidas.”³⁵⁶

³⁵³ “Ninguém tem necessidades, porém idéias sobre as necessidades; são prioridades, graus de necessidade; e essas prioridades e esses graus têm relação não só com a natureza humana, mas também com a história e a cultura.” (WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 88)

³⁵⁴ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 89-90.

³⁵⁵ “[...] Não há dúvida de que [o direito que os membros da comunidade podem reivindicar] contém alguma versão do direito hobbesiano à vida, alguma reivindicação dos recursos comunitários para a subsistência básica. Nenhuma comunidade pode permitir que seus membros morram de fome quando há alimentos disponíveis para eles; nenhum governo pode permanecer passivo numa ocasião dessas – se alega ser governo da comunidade, por ela e para ela.” (WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 105)

³⁵⁶ WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*, p. 122.

5.2.4. Pablo de Lora, Razoabilidade e Requisitos Procedimentais

Ao discorrer sobre a temática da distribuição de prestações sanitárias, Pablo de Lora, Professor Titular de Filosofia do Direito da *Universidad Autónoma de Madrid*, principia seu raciocínio por reconhecer ser a saúde bem básico, já que condição indispensável ao desenvolvimento da autonomia moral e à fruição dos planos de vida. Por conseguinte, o direito à sua proteção é fundamental e a deliberação sobre sua provisão, especial, limitadas que estão as maiorias legislativas e necessária que se mostra a consecução de um resultado justo³⁵⁷. Para tanto, afirma, o procedimento deliberativo há de preencher certos requisitos que, se atendidos, resolveriam satisfatoriamente o dilema que se põe entre levar a sério o direito à saúde – à custa de eventual invasão da seara própria à deliberação democrática –, ou respeitar a vontade da maioria – ainda que ao risco de ver perigar a satisfação de um dos pressupostos básicos da autonomia individual³⁵⁸.

Ao ver do autor, as escolhas alocativas serão justas desde que sua motivação seja publicamente acessível e aporte construções razoáveis, é dizer, fundadas em razões e princípios aceitos como relevantes por todos aqueles dispostos a encontrar termos de cooperação mutuamente justificáveis, sobre como a sociedade há de satisfazer necessidades sanitárias múltiplas sob restrições orçamentárias inevitáveis³⁵⁹. O procedimento decisório, por sua vez, deve permitir a livre formulação de objeções, bem assim garantir o efetivo cumprimento dos demais requisitos. Preenchidas as exigências de publicidade, relevância (razoabilidade), apelabilidade e exequibilidade, portanto, o resultado da deliberação será

³⁵⁷ “Si es que la asistencia sanitaria, como parece, es uno de los bienes básicos, la discusión sobre su provisión resulta también una de esas deliberaciones especiales sobre las que habrían de proyectarse todos los requisitos que hacen posible tildar de ‘justo’ o ‘equitativo’ el resultado que se alcance. Recuerdo, de nuevo que, como destaca Laporta, el derecho a la protección de la salud, como de resto de los derechos de prestación, exige ‘oportunos equilibrios económicos’. La pregunta a continuación es, obviamente, a quién le corresponde lograr tales equilibrios y si existe algún modo de hacerlo, pues es mi intuición que, si tiene algún sentido hablar de un ‘derecho a la protección de la salud’ que reúna las notas características de los derechos fundamentales, el legislador no ha de tener las manos absolutamente libres.” (LORA, Pablo de. “El derecho a la Protección de la Salud” in BETEGÓN, Jerónimo, PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J. e SANCHÍS, Luis Prieto [coordenadores]. *Constitución y Derechos Fundamentales*, p. 902)

³⁵⁸ LORA, Pablo de. “El derecho a la Protección de la Salud” in BETEGÓN, Jerónimo, PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J. e SANCHÍS, Luis Prieto (coordenadores). *Constitución y Derechos Fundamentales* p. 903.

³⁵⁹ O autor cita o caso *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others* como exemplo de decisão judicial em que empreendido o controle de razoabilidade que preconiza. Na hipótese, a Corte Constitucional sul-africana entendeu que determinada substância haveria de ser ministrada a todas as mulheres grávidas e lactantes portadoras do vírus da imunodeficiência adquirida, já que desarrazoados os motivos apresentados pelo governo para restringir o tratamento às pacientes de hospitais previamente designados. Para uma análise mais aprofundada do precedente, veja-se o Capítulo VI, item 2.1.

necessariamente eqüitativo, ainda que implique eventual negativa de assistência a alguém que dela necessita³⁶⁰:

*“Y es que, ciertamente, no se puede satisfacer el derecho individual a la protección de la salud si nos gobernamos bajo una suerte de ‘ética del rescate permanente’. (...) En definitiva, de seguir esa estrategia nunca podríamos hacer acopio de recursos para las mayores urgencias y necesidades que pudieran plantearse en el futuro. No habremos de ser utilitaristas del acto, aunque sí consecuencialistas que tienen como objetivo la satisfacción del mayor número posible de derechos a la protección de la salud.”*³⁶¹

5.2.5. Amy Gutmann & Dennis Thompson e a Reciprocidade

Amy Gutmann, Professora de Ciência Política da *University of Pennsylvania*, e Dennis Thompson, Professor de Filosofia Política da *Harvard University*, desenvolvem seu raciocínio sobre a distribuição de prestações de saúde a partir da reciprocidade, valor fundamental da democracia deliberativa, segundo o qual cidadãos e seus representantes devem tentar dar uns aos outros razões mutuamente aceitáveis para justificar as leis e políticas

³⁶⁰ Neste ponto, de Lora se socorre da lição de Dworkin, para quem, como visto no item 2.1, não é injusto negar tratamento de saúde a alguém que, mesmo em condições ideais de reflexão, não teria contratado cobertura securitária que o abrangesse.

³⁶¹ LORA, Pablo de. “El derecho a la Protección de la Salud” in BETEGÓN, Jerónimo, PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J. e SANCHÍS, Luis Prieto (coordenadores). *Constitución y Derechos Fundamentales*, p. 905-906. O exemplo fornecido no texto é o caso *R. v. Cambridge Health Authority ex parte B* [1995] 1 WLR 898, CA, em que a Corte de Apelação britânica manteve decisão de autoridade sanitária que recusou a determinada criança leucêmica o custeio de um segundo transplante de medula e de um novo tratamento quimioterápico, ao argumento de que os critérios utilizados (probabilidade de cura pequena, combinada com recursos financeiros escassos) não poderiam ser revistos em sede judicial, porque não arbitrários nem irracionais. Segue importante trecho do voto exarado por Sir Thomas Bingham MR: “Não tenho dúvida que num mundo perfeito qualquer tratamento que um paciente ou sua família buscasse seria fornecido, se os médicos assim o quisessem, não importante o quanto custasse, especialmente se uma vida humana estivesse em jogo. Estaríamos, no entanto, na minha opinião, adotando uma política de fechar os olhos para a realidade se a corte procedesse como se vivêssemos nesse mundo. É do conhecimento geral que as autoridades de saúde de todos os tipos estão constantemente sob pressão para cumprir os orçamentos. [...] Decisões agonizantes e difíceis têm de ser feitas sobre como melhor alocar um orçamento limitado com a máxima vantagem para um número máximo de pacientes. Essa não é uma decisão que uma corte possa fazer. A meu juízo, não se trata de um assunto em que uma autoridade sanitária como esta possa ser criticada justamente por não trazê-la ao escrutínio da corte.”. No original: “I have no doubt that in a perfect world any treatment which a patient, or a patient’s family, sought would be provided if doctors were willing to give it, no matter how much the cost, particularly when a life is potentially at stake. It would however, in my view, be shutting one’s eyes to the real world if the court were to proceed on the basis that we do live in such a world. It is common knowledge that health authorities of all kinds are constantly pressed to make ends meet. [...] Difficult and agonising judgments have to be made as to how a limited budget is best allocated to the maximum advantage of the maximum number of patients. That is not a judgment which the court can make. In my judgment, it is not something that a health authority such as this authority can be fairly criticised for not advancing before the court.”.

que adotam³⁶². Dele procuram extrair critérios capazes de avaliar tanto o processo decisório quanto as inevitavelmente controvertidas decisões tomadas a seu cabo quando em discussão escolhas alocativas em saúde³⁶³.

Ao ver dos autores, para que atendam às exigências da reciprocidade, as razões ofertadas como justificativa à decisão não de ser acessíveis, morais, respeitáveis e revisáveis. Com o intuito de mais facilmente demonstrar suas idéias e explicar o funcionamento dos critérios que propõem, utilizam-se de um caso fictício³⁶⁴, em que uma prestadora de serviços de saúde privada está prestes a decidir se deve ou não passar a custear um novo teste destinado ao diagnóstico do câncer de colo do útero, que, apesar de 7% mais eficiente, é exponencialmente mais caro do que método tradicional.

Pois bem, para que sejam consideradas verdadeiramente acessíveis, as razões da decisão devem ser compreensíveis por todos aqueles que a elas estejam submetidos. Neste diapasão, se, como é usual em política de saúde, a motivação do ato fundar-se em razões técnicas ou científicas, deverá ser ela explicada publicamente e, tanto quanto possível, de forma inteligível, tornando os estudos em que se baseou disponíveis à consulta e à avaliação

³⁶² Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 141: “Numa democracia deliberativa, os cidadãos ou seus representantes procuram dar uns aos outros razões mutuamente aceitáveis para justificar as leis e as políticas que adotam. Essas razões não são meramente procedimentais (‘porque a maioria favorece os serviços de saúde’) ou puramente substantivas (‘porque os serviços de saúde são direitos humanos’). Elas apelam para princípios que cidadãos motivados a encontrar termos justos de cooperação podem razoavelmente aceitar. Esses princípios são, assim, tanto substantivos quanto procedimentais.”. No original: “*In a deliberative democracy, citizens or their accountable representatives seek to give one another mutually acceptable reasons to justify the laws and policies they adopt. These reasons are not merely procedural (‘because the majority favors health care’) or purely substantive (‘because health care is a human right’). They appeal to principles that citizens who are motivated to find fair terms of cooperation can reasonably accept. These principles are thus both substantive and procedural.*”.

³⁶³ “[...] Essas teorias sobre democracia deliberativa oferecem a perspectiva mais promissora para se julgar debates sobre prestação de saúde, porque defendem um tipo de política que é explicitamente concebida para responder moralmente a controvérsias morais, conflitos sobre o que conta como ‘trade-off’ justificável entre metas perseguidas ou entre recursos e metas. Essas controvérsias têm se tornado cada vez mais comuns no campo da saúde. Muitas pessoas hoje reconhecem que mais serviço de saúde nem sempre é melhor. Mesmo que o seja, seus custos não podem sempre ser justificados à luz de outras demandas sobre os recursos disponíveis. Mesmo que um determinado tipo de prestação de saúde seja comparativamente melhor, ainda assim ele poderá ser desejado e demandado por muitas pessoas e ser rejeitado por organizações de prestação de saúde preocupadas com redução de custos.” No original: “[...] *These theories of deliberative democracy offer the most promising perspective for judging health-care debates because they defend a kind of politics that is explicitly designed to respond morally to moral controversies, conflicts over what count as justifiable trade-offs among valued ends or between valued means and ends. These controversies have become increasingly common in health care. Many people now recognize that more medical care is not always better. Even when it is better, its costs cannot always be justified in light of other calls on the available resources. Regardless of whether a certain kind of medical care is better on balance, it still may be desired and demanded by many people but opposed by health-care organizations concerned about cost saving.*” (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*, p. 140-141).

³⁶⁴ Tal caso, conforme referenciado no texto, foi extraído pelos autores da obra *Ethical Challenges in Managed Care*, editada por Karen Grandstrand Gervais e outros (Washington DC: Georgetown University Press, 1999, capítulos 1, 19 e 20).

de *experts* independentes. Sobremais, a participação de representantes dos pacientes no processo decisório mostra-se de todo recomendável, por aumentar, e muito, a probabilidade de que as razões sejam realmente acessíveis.

Aplicadas tais assertivas ao exemplo fictício a que se referiu, eventual decisão pela não extensão da cobertura ao novo teste, se fundada em considerações técnicas e científicas atinentes a seu custo-benefício, haveria de explicitar o que a elevação dos custos representa na prática (demonstrando, por exemplo, quais outros tratamentos poderiam ser providos com a mesma quantia), bem como quais são os seus reais benefícios (esclarecendo, por hipótese, que o novo teste, além das células cancerosas, identifica também quaisquer outras anormais, e que, por se tratar de câncer de evolução lenta, a submissão freqüente ao teste usual elimina grande parcela do risco de detecção tardia). Posta em termos compreensíveis, uma justificativa assim formulada certamente passaria pelo primeiro teste da reciprocidade³⁶⁵.

Ocorre que, além de acessíveis, as razões devem ser morais, razão pela qual são inaceitáveis decisões que considerem exclusivamente os interesses daqueles que as tomam, como, por exemplo, a obtenção de lucro por prestadoras de serviços de saúde privados. Por outro lado, decisões morais devem necessariamente ser gerais, aplicando-se a todos aqueles que, de acordo com aspectos morais relevantes, por ventura estejam em situação similar³⁶⁶. Evidentemente, também à conta deste requisito, a participação de todos os interessados no processo decisório há de ser estimulada, possibilitando o enfrentamento de perspectivas distintas e estimulando o consenso.

Retomando o exemplo, as mulheres que reivindicavam o custeio do novo teste o faziam em benefício de todas as seguradas indiscriminadamente; por outro lado, também o comitê de política de saúde contrário à medida oferece um argumento de aplicação geral, ao remarcar que o câncer de colo de útero desenvolve-se por mais de uma década, razão pela qual o temor com relação às conseqüências de eventual resultado negativo falso revelar-se-ia exagerado. Poder-se-ia argumentar, ainda, que o novo teste somente seria recomendável àquelas mulheres que revelassem maior propensão à enfermidade, de modo que somente nestas situações seu custeio se mostraria justificável (na hipótese, uma característica moralmente relevante – estar sob alto risco de desenvolver câncer de colo de útero – estaria sendo aplicada de forma geral). Como se vê, sob a perspectiva da democracia deliberativa,

³⁶⁵ Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*, p. 145-146.

³⁶⁶ Vide GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*, p. 147: “Argumentos morais aplicam-se a todos aqueles que se encontrem em posição similar quanto a aspectos morais relevantes”. No original: “*Moral arguments apply to everyone who is similarly situated in morally relevant aspects.*”.

múltiplas são as razões morais – por vezes opostas entre si – que se prestam à tarefa de justificação, de modo que desacordos razoáveis entre pessoas inteligentes e de boa-fé são inevitáveis.

Justamente por isso, a reciprocidade demanda que as razões oferecidas sejam, para além de acessíveis e morais, respeitáveis. Conseqüentemente, dos participantes do processo deliberativo exige-se mais do que indiferença ou tolerância para com as opiniões divergentes: impositivo o respeito mútuo, vale dizer, o reconhecimento dos méritos morais que por ventura possuam as reivindicações adversárias³⁶⁷. Conflitos moralmente respeitáveis são aqueles em que os contendores buscam uma solução mutuamente justificável, mas continuam a divergir sobre princípios morais ou suas implicações práticas.

Para tanto, recomendável a assunção de postura econômica: os participantes do processo deliberativo devem procurar ofertar fundamentação que minimize a rejeição de seus opositores, centrando seu esforço argumentativo nos pontos em que é possível chegar a um consenso razoável. Por exemplo, no caso paradigmático fornecido pelos autores, alguns médicos e pacientes argumentaram que a negativa de custeio do novo teste implicava discriminação contra as mulheres, já que a economia de recursos se daria à custa de sua saúde. No intento de buscar o consenso, o comitê de consumidores preferiu adotar postura econômica e sugeriu que o montante que seria gasto com a extensão da cobertura fosse despendido em campanhas em prol da submissão regular ao teste tradicional, medida não só mais efetiva se tomada em conta a relação custo-benefício, como também não discriminatória.

Por fim, a reciprocidade impõe que as razões que fundamentam as decisões sejam revisáveis: na medida em que o processo deliberativo exige que todas as razões acessíveis, morais e respeitáveis sejam levadas a sério, é perfeitamente possível que justificativas momentaneamente não acatadas possam se provar acertadas no futuro. Ora, descobertas médicas relevantes, assim como mudanças nas condições econômicas da sociedade e no conceito de assistência sanitária adequada, podem ocorrer com o passar do tempo, de modo que a possibilidade de nova deliberação – e, inclusive, a reinterpretação ou rejeição da decisão

³⁶⁷ Cf. GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*, p. 153: “Em um processo deliberativo caracterizado pelo respeito mútuo, os participantes reconhecem o mérito moral das demandas de seus oponentes (na medida em que tenham mérito). Tal processo pode ajudar a esclarecer o que está em jogo em um desacordo moral ao encorajar os tomadores de decisão a distinguir demandas de seu interesse particular daquelas de interesse público e a identificar as demandas de interesse público de maior peso.” No original: “*In a deliberative process characterized by mutual respect, participants recognize the moral merit in their opponents’ claims (insofar as they have merit). Such a process can help clarify what is at stake in a moral disagreement by encouraging deliberators to sort out self-interested claims from public-spirited ones and to recognize those public-spirited claims that should have greater weight.*”.

anterior – deve estar permanentemente aberta. Por outro lado, além de demonstrar igual respeito a todos os participantes, a possibilidade de revisão permanente assegura o aperfeiçoamento das decisões, servindo como importante mecanismo de proteção contra os erros inevitavelmente cometidos. No exemplo fornecido, ainda que se viesse a optar por não custear o novo exame, tal decisão seria eminentemente provisória, pois atrelada ao contexto em que foi proferida.

Concluem os autores que, se os valores da democracia deliberativa forem efetivamente colocados em prática, as decisões produzidas ao cabo dos debates – mesmo quando impopulares ou não consensuais – serão mutuamente justificáveis e moralmente legítimas, na medida em que fundadas em razões acessíveis, morais, respeitáveis e revisáveis:

“Se os valores da democracia deliberativa forem totalmente realizados nas práticas dos fóruns de discussão sobre serviços de saúde, as justificativas dos tomadores de decisão deverão ser mais acessíveis, morais, respeitáveis e revisáveis. Na medida em que essas instituições são *‘deliberation-friendly’*, as decisões que produzam serão mais mutuamente justificáveis e as políticas de prestação de saúde que representam mais legítimas, mesmo que nem sempre sejam populares. Ao tornar o processo pelo qual os cidadãos decidem o futuro da sua saúde mais deliberativo, eles são a melhor chance de resolver alguns dos seus desacordos morais e de conviver em termos mutuamente aceitáveis com aqueles que inevitavelmente persistirão.”³⁶⁸

5.2.6. As Recomendações do *Dutch Government Committee on Choices in Health Care* e da *Swedish Parliamentary Priorities Commission*

No começo da década de 90, diante do crescimento significativo dos custos e preocupado em manter o acesso universal à assistência sanitária, o governo holandês instituiu uma comissão de estudiosos, a que incumbiu analisar a imposição de limites aos gastos

³⁶⁸ GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why Deliberative Democracy?*, p. 158-159. No original: “*If the values of deliberative democracy are to be more fully realized in the practices of health-care forums, the justifications that the decision-makers give should be more accessible, moral, respectful, and revisable. To the extent that the institutions for making these decisions are deliberation-friendly in these ways, the decisions that they produce will be more mutually justifiable, and the health-care policies they represent will be more morally legitimate, even if they are not always popular. By making the process in which citizens decide the future of their health care more deliberative, they stand a better chance of resolving some of their moral disagreements, and living with those that will inevitably persist, on mutually acceptable terms.*”.

públicos com saúde, em especial se tal providência se fazia realmente indispensável e, em caso positivo, por que razões e através de quais critérios haveria de ser implementada³⁶⁹.

Seus membros concluíram que estabelecer restrições afigurava-se inevitável, dado o envelhecimento da população, a rapidez das mudanças tecnológicas e científicas e o aumento do consumo de prestações de saúde – mas, principalmente, por conta da necessidade de priorizar a assistência aos idosos e incapacitados mentais, já que não reúnem condições de cuidar de si mesmos. Quanto aos critérios distributivos, sugeriram que o pacote básico a ser oferecido a todos indistintamente haveria de incluir tão-somente as prestações de saúde: i) necessárias segundo o ponto de vista da comunidade, seja para restabelecer a possibilidade de participação do indivíduo na vida comunitária, seja para garantir sobrevivência digna àqueles incapacitados de provê-las por si; ii) eficazes, é dizer, efetivas sob o enfoque médico-científico; iii) eficientes, consoante análise de seu custo-benefício; iv) que não possam ser deixadas à carga dos próprios indivíduos, em razão de seu alto custo ou de impossibilidades outras de caráter físico ou psíquico.

Conforme compendiado por Azucena Couceiro Vidal, estas as principais recomendações do comitê holandês para a distribuição dos recursos sanitários:

1º La elección en la asistencia sanitaria es inevitable y necesaria. El enfoque elegido debe ser aquel claramente orientado a la comunidad, en el que los derechos individuales y la autonomía profesional estén limitados en interés de la igualdad y la solidaridad en la asistencia sanitaria.

2º Se recomienda la aplicación de cuatro criterios para definir el paquete básico de salud exigible para toda la población: necesidad desde el punto de vista de la comunidad, efectividad, eficiencia y posibilidad de ser dejada a la responsabilidad individual.

3º Se advierte al Gobierno de la necesidad de proteger por ley la calidad de la asistencia para los disminuidos físicos y mentales, los ancianos mentalmente disminuidos y los pacientes psiquiátricos, frente a los posibles perjuicios de la competencia regulada.

4º Se aconseja al Gobierno que promueva la investigación sobre los costes y beneficios de la asistencia sanitaria, especialmente de los tipos de asistencia en los que los costes son altos y los beneficios parecen ser bajos e inciertos.

5º Se recomienda que la introducción de nuevas tecnologías esté sujeta a los mismos requisitos de efectividad y seguridad que los medicamentos.

³⁶⁹ Conforme informações extraídas de VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 137-139. Cf. Government Committee on Choices in Health Care. *Report*. Rijswijk, Netherlands: Ministry of Welfare, Health and Cultural Affairs, 1992.

6º Las listas de espera deben basarse en criterios médicos, hacerse públicas y establecerse en ellas un plazo crítico de espera.

*7º Es necesario que el Gobierno estimule un amplio debate público sobre las opciones de la asistencia sanitaria.*³⁷⁰

Também o Parlamento sueco, por intermédio de uma comissão especial, produziu na década de 90 um informe dedicado a estabelecer prioridades em matéria de saúde e, para tanto, apontar possíveis critérios distributivos³⁷¹. Após estudos e pesquisas de opinião, a comissão recomendou a adoção dos seguintes princípios: i) dignidade humana, determinativo da obrigação de conferir direitos iguais a todos os cidadãos, independentemente de sua posição social; ii) solidariedade, segundo o qual os recursos públicos devem destinar-se prioritariamente às áreas em que maior a necessidade, com especial atenção à assistência dos indivíduos incapazes de exercer seus direitos; iii) custo-efetividade, pois buscar uma relação razoável entre o custo da assistência e sua eficácia tornou-se verdadeira obrigação moral.

Explicitou, ainda, três princípios a evitar: i) benefício do maior número, segundo o qual, à moda utilitarista, dever-se-ia buscar a maior eficiência para a maioria, ainda que em detrimento de alguns; ii) loteria, que determina que o atendimento nos serviços de saúde ocorra em conformidade com a ordem de chegada, qualquer que seja a patologia ou o estado de saúde do paciente; iii) demanda, a significar que os recursos públicos devem ser destinados às áreas de maior demanda. O primeiro foi renegado por não se coadunar com os ideais de dignidade e solidariedade, que impõem seja a distribuição dos bens sociais primários realizada de forma que todos e cada um sejam beneficiados. Quanto ao segundo, apesar de rejeitado pela comissão por conflitar com os princípios da solidariedade e da necessidade, pesquisas demonstraram que o critério do *“first come, first served”* era aprovado por boa parte da população, principalmente em função do alto grau de certeza e transparência que proporciona³⁷². Já o princípio da demanda poderia, ao ver da comissão, orientar as decisões alocativas, mas não as determinar definitivamente, pois nem todas as reivindicações –

³⁷⁰ Cf. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 139.

³⁷¹ Também aqui valemo-nos das informações coletadas por VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 140-141. Vide Swedish Parliamentary Priorities Commission. *Priorities in health care: ethics, economy, implementation*. Stockholm: Ministry of Health and Social Affairs, 1995.

³⁷² “[...] Esto hace pensar que la claridad y transparencia que proporciona este criterio, con el que cada paciente conoce el tiempo de espera que le queda y sabe que no habrá privilegiados que pasen indebidamente por delante de otros más antiguos, es de gran importancia social.” (VIDAL, Azucena Cruceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier [editor]. *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 141)

mormente aquelas formuladas por grupos que já têm suas necessidades atendidas – são procedentes.

5.2.7. Aplicabilidade às Demandas Individuais no Brasil

Da análise de tais contribuições estrangeiras, uma lição desponta de imediato: se países de desenvolvimento avançado como Alemanha, Espanha e Estados Unidos da América concluíram não ser viável garantir indistintamente a todos os seus cidadãos toda e qualquer prestação de saúde de que viessem a precisar, com muito mais razão a doutrina e a jurisprudência nacionais devem preocupar-se com o estabelecimento de critérios razoáveis. A atual ausência de limites à concessão judicial de prestações individuais de saúde provou a insuficiência de se afirmar simplesmente que, à vista da finitude dos recursos disponíveis e da necessidade de racionalização dos gastos públicos, o Estado brasileiro deve garantir somente as prestações passíveis de redução ao mínimo existencial, entendido este como o resultado da ponderação entre a proteção à saúde e os demais princípios que a ele se oponham no caso concreto. Ora, a associação imediata – e por vezes irrefletida – do direito à saúde ao direito à vida, ante a inescapável preponderância axiológica *prima facie* de que goza este último, tem acarretado sua inexorável prevalência quando confrontado com quaisquer outros princípios constitucionais. Como bem aponta Ana Paula de Barcellos, “em muitos casos, o bem da vida final, a saúde, não admite gradações; não há uma coisa como um nível *mínimo* de saúde. Ou se faz um determinado tratamento e se obtém (ou não) a cura, ou o indivíduo simplesmente morrerá.”³⁷³

Atualmente, qualquer demandante individual em face do Estado tem enormes chances de ver seu pedido de tratamento médico ou custeio de medicamento julgado procedente sem mais, a maioria das vezes com fundamento nessa precedência absoluta do direito à saúde. Não raro juízes determinam, às expensas da sociedade e em detrimento do direito à saúde do restante da comunidade, a realização de cirurgias e tratamentos no exterior³⁷⁴, bem como a aquisição e fornecimento de remédios nacionais e estrangeiros sequer aprovados pelas

³⁷³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 276.

³⁷⁴ Veja-se STF, Petição nº 1.246 MC/SC, Presidente Min. Celso de Mello, j. 31/01/1997.

autoridades sanitárias³⁷⁵. Mesmo que não façam referência expressa à questão em seus julgados, é evidente que adotam o princípio do resgate, segundo o qual a primazia absoluta de que gozam vida e saúde justificaria o dispêndio ilimitado de recursos em prol de seu aperfeiçoamento – “até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida”³⁷⁶ –, ainda que à custa de outros interesses importantes. Se, como Dworkin e de Lora, acreditamos ser impraticável pretender atingir um padrão tal, até porque, conforme pontuou o Tribunal Constitucional alemão, isso significaria colocar em risco o próprio Estado Social e os princípios de igualdade e solidariedade que o animam, urgente se mostra o estabelecimento de critérios balizadores, de modo a possibilitar a racionalização das demandas individuais por prestações de saúde³⁷⁷.

Por certo, seria absurdo pretender o transplante puro e simples de contribuições doutrinárias estrangeiras³⁷⁸, quando não porque se está diante de ordenamentos jurídicos distintos – a Lei Fundamental alemã e a Constituição norte-americana sequer dispõem expressamente sobre o direito à saúde –, mas, principalmente, porque o contexto social, econômico e cultural em que concebidas é de todo diferente da realidade brasileira. Com tal advertência em mente, todavia, seu estudo pode se mostrar de grande proveito, sobretudo quando, como é o caso, escassas as referências nacionais na matéria.

³⁷⁵ Cf. exemplificativamente: TJRJ, 13ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2004.001.13148, Rel. Des. José de Samuel Marques, j. 15/09/2004; TJRJ, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 2005.002.06067, Rel. Des. Helda Lima Meireles, j. 14/02/2006; TJRJ, 6ª Câmara Cível, Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento nº 2006.002.27348, Rel. Des. Carlos José Martins Gomes, j. 29/12/2006; TJRS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70006912125, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, j. 08/10/2003; STJ, Suspensão de Segurança nº 1408, Presidente Min. Edson Vidigal, j. 08/09/2004.

³⁷⁶ Vide nota nº 2.1.

³⁷⁷ Dois projetos de lei presentemente em tramitação pretendem regular a dispensação de medicamentos através do SUS: o Projeto de Lei do Senado nº 219/2007, de autoria do Senador Tião Viana, tem viés mais restritivo, enquanto o Projeto de Lei do Senado nº 338/2007, de iniciativa do Senador Flávio Arns, propõe balizas significativamente mais elásticas.

³⁷⁸ No ponto, veja-se KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 54: “Não é à toa que os estudiosos do Direito Comparado insistem em lembrar que conceitos constitucionais transplantados precisam ser interpretados e aplicados de uma maneira adaptada para as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente, o que exige um máximo de sensibilidade [...]”. Do mesmo autor, referindo-se especificamente à dogmática alemã acerca dos direitos sociais, cf. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 36: “A dogmática jurídica alemã é, em muitos aspectos, transponível ou adaptável para o Brasil, já que muitos preceitos e formulações das Cartas de 1988 e anteriores foram fortemente inspirados pela Lei Fundamental Alemã. Todavia, isto não acontece com os direitos sociais, que quase não constam da atual constituição germânica. Devemos lembrar que os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centrais) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira. Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra, sem levar-se em conta os condicionamentos socioculturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos.”.

A abordagem do seguro prudente preconizada por Dworkin faz pensar: será que a maioria dos membros prudentes de uma comunidade razoavelmente igualitária e bem informada optaria por custear com recursos próprios um seguro de tal forma abrangente que cobrisse tratamentos no estrangeiro ou procedimentos médicos e remédios dispendiosos de eficácia diminuta? É possível responder, com alguma segurança, que, por conta da necessidade de investir em áreas outras igualmente relevantes, a maioria dos membros desta sociedade ideal decidiria por um seguro de abrangência mais modesta e custos mais compatíveis com sua realidade econômico-financeira. Seria justo, então, impor a todos o custeio de prestações que apenas alguns estariam dispostos a contratar? Transpondo para a realidade brasileira, seria justo pretender que o Estado – e, a rigor, toda a sociedade que o financia – pague por prestações de saúde tão caras ou pouco eficientes que o indivíduo, mesmo que contasse com recursos e conhecimentos bastantes, decidiria por não custear?

Nessa linha, talvez a Lei nº 9.656/98, que institui no âmbito da assistência privada à saúde um plano ou seguro-referência de abrangência mínima e oferta compulsória, possa fornecer parâmetros úteis à definição das prestações a serem obrigatoriamente disponibilizadas em caráter universal pelo Estado³⁷⁹. A cobertura básica compreende tratamentos realizados exclusivamente no país de todas as enfermidades classificadas pela Organização Mundial de Saúde, bem assim, se incluídos, atendimento ambulatorial e internação hospitalar ilimitados quanto ao número de consultas, exames e tempo de permanência. Em contrapartida, excetuam-se expressamente, por exemplo, procedimentos de inseminação artificial, tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais, ilícitos, antiéticos ou com finalidade exclusivamente estética, a provisão de órteses e próteses para este mesmo fim e o fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados³⁸⁰. Será que faz algum sentido pretender compelir o Estado a custear, com recursos majoritariamente provenientes da arrecadação tributária, tratamentos que sequer os planos de saúde privados – especialmente contratados e remunerados por seus serviços – são obrigados a fornecer?³⁸¹

³⁷⁹ Nessa linha, veja-se a lição de BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 282-283.

³⁸⁰ Artigo 10 da Lei nº 9.656/98.

³⁸¹ Como relata Azucena Cruceiro Vidal, o *Dutch Government Committee on Choices in Health Care* decidiu por não custear tratamentos de fertilização: “[...] *Otra cuestión es si existen argumentos a favor de la solidaridad obligatoria con las parejas que desean una fertilización; la capacidad de tener hijos no es un derecho, y ni los intereses de la comunidad ni las normas y valores de la sociedad parece que justifiquen una solidaridad obligatoria de este tipo. Por tanto, no parece justificada una solidaridad amplia y mucho menos una solidaridad obligatoria, de manera que la fecundación in vitro no se incluirá en el paquete básico.*” (“El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 138).

Também a reserva do possível, entendida como escrutínio da razoabilidade da pretensão e necessidade de sua ponderação com os demais objetivos comunitários, poderia lançar luzes sobre a discussão. Se é certo que o Estado brasileiro está longe de fazer tudo aquilo que se encontra ao seu alcance quanto à prevenção, promoção e recuperação da saúde – diversamente do que ocorria na Alemanha na seara do ensino superior quando do julgamento dos casos *numerus clausus* –, não é possível deixar de tomar em conta que certas decisões judiciais fogem por completo aos critérios mais comezinhos de racionalidade. É o caso, salvo melhor juízo, da Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70006912125, julgada pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 08/10/2003, relatada pelo Desembargador Carlos Roberto Lofrego Canibal. Neste julgado, decidiu o órgão julgador por driblar a impossibilidade de importação de medicamento não aprovado pelas instâncias sanitárias nacionais, condenando o Estado a fornecer ao demandante passagens aéreas para que pudesse se deslocar a outro país e lá adquirir, também à conta de recursos públicos, o remédio de que afirmava precisar³⁸². Tal precedente faz tábula rasa do sistema de controle sanitário – ele próprio importante política de saúde pública, já que propicia sua proteção, promoção e recuperação – e, a um só tempo, despreza a consciência e a moral comuns, ao desconsiderar o atual estágio evolutivo da saúde pública no país e instituir diferenciação injustificada entre o postulante e os demais indivíduos em situação semelhante.

Parece evidente que a justificção de tal decisão não resistiria ao crivo de razoabilidade e proporcionalidade preconizado pelos magistrados tedescos. Tampouco se sustentaria aos olhos de Gutmann, Thompson e Lora, que, a seu modo, também sustentam ser a razoabilidade critério de justiça inafastável. Para Gutmann e Thompson, as escolhas hão de ser justificadas por razões morais, é dizer, calcadas em princípios relevantes e passíveis de aplicação geral a todos aqueles que por ventura se encontrem em situação similar. Lora, por sua vez, crê que a motivação deve fundar-se em razões e princípios aceitos como essenciais

³⁸² Confira-se a ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PELO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DOENÇA DENOMINADA HIPERTENSÃO PULMONAR DE GRAU SEVERO - CID I.27.0. OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI ESTADUAL Nº 9.908/93. MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO NO MINISTÉRIO DA SAÚDE. AQUISIÇÃO NO EXTERIOR. CUSTEIO DAS DESPESAS. 1. Em sendo dever do Estado garantir a saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade do requerente de receber o medicamento requerido, imperiosa a procedência da ação para que o ente estatal forneça o medicamento tido como indispensável à vida e à saúde do beneficiário. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. 2. Tratando-se de medicamento que não integra a lista dos registrados no Ministério da Saúde, o que implica na vedação para a importação pelo ente público, fica o réu responsável pelo custeio dos gastos com passagem aérea para a aquisição do mesmo. 3. Não fica o ente público obrigado ao custeio das despesas com hospedagem e transporte terrestre, considerando-se os razoáveis rendimentos do autor. Apelos não providos. Sentença confirmada em reexame.”.

por todos aqueles dispostos a cooperar. Dificilmente – acreditamos – pessoas razoáveis e dispostas a cooperar entenderiam as razões ofertadas para o referido julgado como acertadas, seja porque despropositadas as premissas de que parte, seja por conta da impossibilidade de sua generalização a todos os casos análogos.

A perspectiva de Walzer sobre a necessidade, a seu ver o único critério passível de ser aplicado com justiça à distribuição de prestações de saúde, também poderia auxiliar na racionalização das demandas individuais que atualmente se põem à análise do Judiciário brasileiro. Se as prestações de saúde devem ser conferidas àqueles que delas necessitam e na exata medida de sua necessidade, parece evidente que aqueles que as pleiteiem em juízo deveriam comprovar sua carência, tanto sob o aspecto econômico – demonstrando que não reúnem condições financeiras de adquiri-las às suas expensas sem com isso comprometer sua subsistência e de sua família – quanto sob a ótica médica – provando que o tratamento ou medicamento desejado é realmente essencial ao restabelecimento de sua saúde.

Todavia, não é o que se tem observado na prática. No mais das vezes, não é exigida dos postulantes qualquer comprovação de que efetivamente não dispõem de recursos bastantes para custear por si as providências que pretendem impor à sociedade. A maioria dos julgados parece partir de uma discutível presunção de necessidade financeira, corroborada pelo desinteresse da defesa fazendária em argüir e provar o oposto, de modo que, usualmente, a questão sequer chega a ser ventilada. Quando o é, dá azo a decisões curiosas, como aquela proferida por ocasião do Recurso Especial nº 430.526/SP, julgado em 1/10/2002 pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça e relatado pelo Ministro Luiz Fux. Na hipótese, mesmo tendo sido alegado pelo Estado de São Paulo ser o autor Delegado de Polícia e, portanto, capaz de custear o medicamento que postulava, a decisão local denegatória da pretensão foi reformada, com lastro em interpretação assaz particular das implicações dos direitos à vida e à igualdade³⁸³.

³⁸³ Confira-se o trecho aludido do voto do relator, acolhido à unanimidade: “Em conseqüência o Sistema Único de Saúde – SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando certo medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna e que tem como direito-meio, o direito à saúde. Sob esse enfoque, não há que se perquerir sobre ser o recorrente Delegado de Polícia e perceber remuneração bem maior do que a maioria dos brasileiros, prevalecendo a presunção de que não pode suportar o ônus do tratamento, como decorrência da promessa constitucional de que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida’.” (*sic*).

Tampouco a alegada necessidade médica costuma ser objeto de maior investigação. Rotineiramente, juízes determinam o fornecimento de remédios não relacionados nas listagens oficiais de medicamentos essenciais ou excepcionais à vista de simples receituário médico – não raro de profissional particular –, sem que se comprove que os remédios listados se mostraram inócuos ou prejudiciais ao paciente, bem como que seguidos os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde. Ora, ressalvada a hipótese da diretiva estatal ser ela própria desarrazoada – por exemplo, se o protocolo clínico previsto contrariar a opinião da maioria da comunidade científica, ou se os remédios recomendados forem reconhecidamente ineficazes –, caberia ao juiz prestigiá-la, impondo o custeio de medicamentos e tratamentos outros apenas se demonstrada a real necessidade médica daqueles que se põem diante de si.

Sobremais, Walzer, assim como também deixam entrever Gutmann e Thompson, preconiza que a distribuição das prestações de saúde há de ser igualitária, de modo que todos aqueles que apresentem necessidades similares sejam atendidos isonomicamente. Pois bem: muitas das recentes decisões judiciais prolatadas em demandas individuais por prestações de saúde não resistiriam se escrutinadas quanto à possibilidade de sua universalização. Para além do fornecimento de medicamentos extremamente custosos e de tratamentos no exterior – prestações que, a toda evidência, jamais poderiam ser estendidas a todos que viessem a pretendê-las –, não são poucos os julgados a deferir imediatas internação e realização de cirurgia em determinados hospitais especializados da rede pública, com desconsideração da existência efetiva de leitos vagos, de eventual lista de espera e de critérios médicos razoáveis de preferência de atendimento³⁸⁴. A toda evidência, no caso de o pedido ser de tal modo excludente que implique de forma imediata negar a prestação postulada a outros indivíduos tão ou mais necessitados, inexorável sua denegação se aplicado o imperativo da distribuição igualitária.

As lições de Lora, Gutmann e Thompson sobre os requisitos necessários à justiça das escolhas alocativas, por sua vez, também podem ser de grande utilidade: se do processo decisório tiverem participado ativamente representantes dos interessados e a decisão final fundar-se em razões públicas, compreensíveis e respeitáveis, maior haveria de ser a cautela do

³⁸⁴ Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes precedentes do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.02.01.004776-7, 1ª Turma, Rel. Juiz Carreira Alvim, j. 24/06/2002; Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.51.01.018517-9, 4ª Turma, Rel. Juiz Arnaldo Lima, j. 17/03/2004; Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.003581-8, 7ª Turma, Rel. Juiz Reis Friede, j. 22/06/2005; Remessa *Ex Officio* nº 2004.51.01.000272-0, 5ª Turma, Rel. Juiz Paulo Espírito Santo, j. 06/07/2005; Agravo de Instrumento nº 2006.02.01.005318-7, 7ª Turma, Rel. Juiz Sergio Schwaitzer, j. 14/06/2006.

juiz ao desconsiderá-la quando do julgamento de demandas individuais. Por outro lado, se da escolha alocativa tiverem sido alijados os interessados ou se o responsável pela decisão se eximir de expor de forma acessível sua motivação, preferindo utilizar-se de fórmulas gerais pouco elucidativas, justificada estaria a adoção de postura judicial oposta.

Por fim, tampouco devem ser desprezadas as advertências e recomendações formuladas pelas comissões holandesa e sueca. Como já observado, se mesmo países de população diminuta e tão avançado estágio de desenvolvimento econômico concluíram ser impossível prover todas as demandas por prestações de saúde, inexorável que também nós definamos critérios justos de distribuição. Nesse contexto, a concessão de prioridade ao atendimento dos mais necessitados e incapacitados de prover sua própria subsistência, assim como a adoção de parâmetros técnicos – seja no que concerne à aferição da eficácia científica de novos procedimentos e medicamentos, seja quanto à análise de seu custo-benefício –, afiguram-se perfeitamente adequadas à realidade brasileira. Da mesma forma, a importantíssima explicitação de que o critério da necessidade não pode se ater ao ponto de vista do indivíduo, devendo orientar-se primordialmente à comunidade, como exigência da igualdade e da solidariedade. Ora, se aplicada tal limitação, demandas individuais que deixem de levar em consideração o interesse social, mostrando-se, sob tal ótica, desarrazoadas, não teriam como prosperar. Nada obstante, fica a advertência de que proceder à análise do custo-benefício da prestação, bem como valorizar o ponto de vista da comunidade, não equivale a adotar uma visão utilitarista, nem pregar a prevalência absoluta da maioria: indispensável é buscar o equilíbrio entre equidade e eficiência econômica³⁸⁵.

5.3. Critérios Extraíveis da Constituição e de suas Normas Concretizadoras

As importantes lições doutrinárias analisadas podem ter, como visto, grande utilidade se aplicadas à realidade brasileira. Entretanto, no mais das vezes, servirão como argumento suplementar ou baliza interpretativa, na medida em que a própria Constituição de 1988 foi

³⁸⁵ “Quizás lo más importante es el esfuerzo que están haciendo muchos países para encontrar una manera transparente y justa de limitar costes, y de señalar aquellos servicios sanitarios básicos que deben estar disponibles para todos los ciudadanos. Y en este ámbito de la ética aplicada a la salud se está dando, por fin, la necesaria convergencia en la búsqueda de lo correcto, porque ni la ética puede ignorar el análisis de la eficiencia sanitaria, ni la economía puede obviar consideraciones de valor en sus análisis. Sólo de esta forma seremos capaces de comprender que el futuro de nuestros sistemas sanitarios depende, en buena medida, de esta conjunción.” (VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 151).

pródiga ao prever e regular o direito à saúde, delimitando sua implementação positiva – tanto sob o aspecto da saúde coletiva quanto das prestações de saúde individualizáveis. Para além dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade – que perpassam todo o trabalho e serão minudentemente tratados no capítulo seguinte –, ao tratar da seguridade social, especialmente em seus artigos 196 a 200, o constituinte estabeleceu diversos critérios de observação obrigatória, depois esmiuçados por normas infraconstitucionais e, ainda assim, corriqueiramente ignorados ou mal interpretados pelos tribunais.

A este ponto, espera-se estar claro o bastante incumbir preferencialmente ao Executivo e ao Legislativo a concretização dos princípios concernentes à saúde e a definição das políticas públicas que lhes são correlatas. Por conseguinte, cabe ao juiz prestigiar as interpretações e escolhas dos poderes constitucionalmente competentes, afastando-as tão só quando, diante do caso concreto, possa demonstrar argumentativamente sua irracionalidade ou desproporção. Por tal razão, sempre que os critérios constitucionais tiverem sido explicitados por normas infraconstitucionais, também elas serão objeto de estudo.

5.3.1. Universalidade

Em seu artigo 196 a Constituição de 1988 determina que o acesso às ações e serviços destinados à prevenção, promoção e recuperação da saúde há de ser universal³⁸⁶. Nitidamente influenciado pelas conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde³⁸⁷, o constituinte originário pôs fim à sistemática excludente que vigorava até então, em que apenas os contribuintes da Previdência Social tinham acesso ao sistema público de saúde, estendendo-o

³⁸⁶ A Lei nº 8.080/90 limitou-se a repetir no parágrafo 1º do seu artigo 2º os termos em que vazado o artigo 196 da Constituição da República, explicitando no inciso I do seu artigo 7º que o acesso universal no âmbito do Sistema Único de Saúde abrange todos os níveis de assistência, desde o básico até o mais complexo.

³⁸⁷ A 8ª Conferência Nacional de Saúde foi realizada em março de 1986 e contou com mais de 4.000 participantes. As conclusões constantes de seu relatório final foram em grande parte prestigiadas pela Assembléia Constituinte, valendo destacar, por sua pertinência com a temática em foco, as seguintes, todas agrupadas sob o Tema I – Saúde Como Direito: “3 - Direito à saúde significa garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.”; “11 - O Estado tem como responsabilidades básicas quanto ao direito à saúde: - definição, financiamento e administração de um sistema de saúde de acesso universal e igualitário.”; “12 - Para assegurar o direito à saúde a toda a população brasileira é imprescindível: - a garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional.”. Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987, p. 382-384. Disponível no endereço eletrônico http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf, acessado em 14/05/2007.

a todos os indivíduos indistintamente. Dessarte, a partir do novo regime constitucional, qualquer pessoa pode beneficiar-se das ações e serviços públicos de saúde, independentemente de filiação a regime previdenciário e do prévio pagamento de contribuições³⁸⁸.

Com isso, não se está a defender ter a Constituição de 1988 instituído a gratuidade obrigatória das ações e serviços públicos de saúde: na esteira da lição de Ingo Wolfgang Sarlet, cremos que universalidade não implica gratuidade³⁸⁹. Se é verdade que o acesso ao sistema público foi franqueado de forma incondicionada à população em geral, isso não significa que a integralidade das ações e serviços nele compreendidos deva ser necessariamente ofertada a todos livre de qualquer ônus³⁹⁰. É lógico que exigir contraprestação daqueles indivíduos que não reúnem condições financeiras suficientes para com ela arcar seria fazer do acesso universal tábula rasa; entretanto, até mesmo por força do princípio da igualdade material, tal raciocínio não se aplica àqueles mais abastados, que poderiam perfeitamente pagar pelos serviços que lhes fossem fornecidos, especialmente pelas prestações de medicina preventiva e curativa individualizáveis. Nesse mesmo sentido posiciona-se Sarlet:

³⁸⁸ Cf. WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 158: “A universalidade possui a dimensão específica de que os serviços públicos devem ser destinados a toda a população indistintamente. O Sistema Único de Saúde não foi formulado apenas para a população carente (como uma política de assistência social) ou para os que contribuem à seguridade social (como uma prestação previdenciária), mas sim para a garantia de saúde a todos que necessitem e desejarem a ele (o sistema público) recorrer. As ações, sejam preventivas ou curativas, devem ser concebidas como de livre acesso e desenvolvidas para toda a população, salvo, obviamente, quando destinadas a um determinado grupo social em função de patologias específicas...”.

³⁸⁹ Cf. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 346-347: “Considerando o exposto, convém registrar que se a posição adotada é, de fato, em prol do reconhecimento, no caso concreto e a depender das circunstâncias, até mesmo de um direito originário a prestações na esfera da saúde, não se está a chancelar aqui a tese da gratuidade absoluta dos serviços públicos de saúde, no sentido de uma impossibilidade de qualquer tipo de cobrança pelo uso do sistema público de saúde, já que, ao contrário do que pretende expressiva doutrina, não há como deduzir do princípio da universalidade do acesso um princípio da gratuidade do acesso, visto que acesso igualitário e universal (como expressamente enuncia o art. 196 da CF) não se confunde – pelo menos não necessariamente – com um acesso totalmente gratuito. Em primeiro plano, a garantia do direito à saúde para todos (universalidade) e em igualdade de condições (acesso igualitário) não se identifica com os benefícios da assistência social (esta sim, prestação completamente desvinculada de qualquer contraprestação específica por parte do beneficiário, nos termos expressos pela CF). Além disso, o que a Constituição assegura é que todos tenham, em princípio, as mesmas condições de acessar o sistema público de saúde, mas não que qualquer pessoa, em qualquer circunstância, tenha um direito subjetivo definitivo a qualquer prestação oferecida pelo Estado ou mesmo a qualquer prestação que envolva a proteção de sua saúde. Considerando que a própria Constituição autoriza a existência de sistemas privados de prestação de serviços de saúde (pagos diretamente pelas pessoas que a estes sistemas resolvam aderir), já se vislumbra que a gratuidade em qualquer caso se revela como questionável.”.

³⁹⁰ Na doutrina espanhola, confira-se MORÁN, Luis González. “Introducción al derecho a la asistencia sanitaria” in GAFO, Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 207-208: “[...] Lo que no se puede confundir es universalidad con gratuidad: se garantiza la universalidad del derecho, aunque no se generaliza el derecho a obtener gratuitamente dichas prestaciones.”.

“De outra parte, não se poderá olvidar que o princípio da proporcionalidade também opera nesta esfera e que não se afigura como proporcional (e até mesmo razoável) que um particular que disponha de recursos suficientes para financiar um bom plano de saúde privado (sem o comprometimento de um padrão digno de vida para si e sua família, e sem prejuízo, portanto, do acesso a outros bens fundamentais como educação, moradia, etc) possa acessar, sem qualquer tipo de limitação ou condição, o sistema público de saúde nas mesmas condições que alguém que não esteja apto a prover com recursos próprios a sua saúde pessoal. O simples argumento de que quem contribui (impostos) já está a pagar pelo acesso à saúde pública não pode vingar no contexto de uma sociedade acentuadamente desigual e onde a maioria da população se encontra na faixa isenta de imposto sobre a renda. Em termos de direitos sociais (e, neste caso, existenciais) básicos a efetiva necessidade haverá de ser um parâmetro a ser levado a sério, juntamente com os princípios da solidariedade e da proporcionalidade. Assim, a conexão entre o princípio da isonomia (que impõe um tratamento desigual aos desiguais) – compreendido, é óbvio, na sua perspectiva substancial – e o princípio da proporcionalidade, operante não apenas pelo prisma do Estado e da sociedade, mas também pelo prisma do indivíduo (no sentido daquilo que este pode esperar do Estado), revela que no mínimo o tema da gratuidade do acesso à saúde (que não constitui a regra no direito comparado) merece ser cada vez mais discutido, como, de resto, já vem ocorrendo em parte da doutrina e até mesmo na esfera jurisprudencial.”³⁹¹

Impossível, pois, concordar com Marlon Alberto Weichert, para quem nem mesmo à parcela da população financeiramente mais aquinhoada poderia ser exigida contraprestação, uma vez que “a saúde é direito social subjetivo de todo e qualquer cidadão (universal), ao qual corresponde o dever do Estado de prestar serviços integrais para sua promoção, proteção e recuperação”³⁹². Ora, o fato de um direito ser universal – nota característica de sua fundamentalidade – não significa que, caso seja possível dele resultar um dever estatal a prestações positivas, devam ser estas necessariamente gratuitas. Do contrário, que dizer do acesso à justiça, direito fundamental e universal, mas gratuito exclusivamente àqueles comprovadamente carentes?

Afirma Weichert, ainda, que a cobrança por prestações de saúde não seria sequer viável, tendo em vista a generalidade e indivisibilidade daquelas inerentes à saúde coletiva. Entretanto, o próprio autor reconhece que tais obstáculos não se aplicam ao serviço de assistência curativa, já que pode perfeitamente “ser dividido em unidades de consumo e

³⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 344.

³⁹² WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 162.

utilidade individual”³⁹³. Por fim, se de certo a fração da população capaz de contribuir sem risco à sua subsistência não representa a maioria – o que, a seu ver, reduziria ao extremo a possibilidade de cobrança –, é considerável, todavia, o percentual de brasileiros vinculados a planos de saúde³⁹⁴ e que, em linha de princípio, dispõem de recursos bastantes para dispensar o auxílio estatal.

Por outro lado, o teor do inciso I do parágrafo único do artigo 194 da Constituição da República³⁹⁵ reforça o argumento contrário à gratuidade necessária. Ao tratar da seguridade social – gênero da atividade estatal em que incluídas a saúde, a previdência e a assistência –, previu o constituinte ser um de seus objetivos a cobertura e o atendimento universais. Ora, se o ideal de universalidade realmente acarretasse de forma obrigatória a gratuidade do serviço público ofertado, não poderia ser aplicado à previdência social, reconhecidamente dependente que é do pagamento de contraprestações pecuniárias.

Na realidade, o sistema público de saúde vigente é gratuito porque assim decidiu a maioria legislativa quando da aprovação da Lei nº 8.080/90³⁹⁶. Por conta de tal diploma infraconstitucional, restou vedada qualquer cobrança pelas ações e serviços fornecidos pelo Sistema Único de Saúde – SUS, independentemente da condição socioeconômica apresentada pelo usuário. Apesar de questionável³⁹⁷ – sobretudo se considerados os ditames da isonomia e da proporcionalidade, bem como a crônica escassez de recursos públicos disponíveis –,

³⁹³ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 162.

³⁹⁴ Segundo consta do relatório Acesso e Utilização de Serviços de Saúde, integrante da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios empreendida em 2003 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, naquele ano havia cerca de 43,2 milhões de brasileiros cobertos por pelo menos um plano de saúde, o que correspondia a 24,6% da população. Cf. BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003: Acesso e Utilização de Serviços de Saúde*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2005. Disponível, consoante acesso em 15/05/2007, no endereço eletrônico <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2003/saude/saude2003.pdf>.

³⁹⁵ “Art. 194. A seguridade social 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. 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.”

³⁹⁶ “Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.”

³⁹⁷ Diversos são os doutrinadores a contestar a conveniência de estender-se a todos a gratuidade dos serviços de saúde, entre os quais Gregorio Peces-Barba Martínez: “*En los derechos económicos, sociales y culturales la igualdad como diferenciación es un medio para alcanzar, como meta, la igualdad como equiparación, pero por razones políticas o por otras, se ha producido una gran confusión en el Estado social y se ha considerado meta de estos derechos la generalización de los mismos a todos los hombres, con lo cual se ha desviado su objetivo y se han favorecido situaciones de injusticia. La llamada generalización de la protección de la salud o de la gratuidad de la enseñanza, han desvirtuado la finalidad de esos derechos, al acoger a quienes tienen medios para satisfacer esas necesidades, junto con los que no podían hacerlo por sí mismos.*” (*Derechos Sociales y Positivismos Jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 65-66). Cf. também TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V*, p. 183; e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 334-335.

trata-se de opção legislativa válida e que, por conseguinte, há de ser respeitada. Entretanto, remarque-se: a gratuidade só é obrigatória no caso dos serviços amparados pela Lei nº 8.080/90 e sua regulamentação; conseqüentemente, se pleiteadas em juízo quaisquer outras prestações de saúde não abrangidas *a priori* – como, por exemplo, o fornecimento de medicamentos não incluídos nas listagens oficiais³⁹⁸ ou em desconformidade com os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo Ministério da Saúde –, é requisito indispensável à concessão da ordem a demonstração pelo postulante de sua necessidade financeira. Explica-se.

À míngua de regramento infraconstitucional, uma tal demanda fundar-se-á diretamente na Constituição da República, seja nos próprios artigos 196 e seguintes, seja nos princípios da isonomia (pois impositivo dispensar tratamento diferenciado a casos distintos), da razoabilidade (por conta da necessidade de adequar a norma geral às especificidades do caso concreto³⁹⁹) ou da proporcionalidade (uma vez que os critérios infraconstitucionais se revelem inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito). Pois bem. Se, considerados os argumentos que se vêm de expor, bem como as razões em que repousa a fundamentalidade material do direito à saúde⁴⁰⁰, a universalidade do acesso às ações e serviços públicos não obriga sua oferta gratuita senão àqueles comprovadamente carentes, lícito concluir que o Estado não está obrigado, ao menos por força constitucional, a fornecer gratuitamente serviços de saúde a quem reúne condições de provê-los às suas próprias expensas. Se o legislador ordinário optou por estender a gratuidade a qualquer indivíduo, independentemente de sua real necessidade financeira, ela abrangerá tão-somente as prestações concedidas pela lei e explicitadas por normas infralegais, ofertadas que são pelo SUS⁴⁰¹.

³⁹⁸ Cf. a Portaria MS nº 2.475/GM, de 13/10/2006, que aprovou a quarta edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, bem assim a Portaria MS nº 2.577/GM, de 27/10/2006, que aprovou o Componente de Medicamentos de Dispensação Excepcional.

³⁹⁹ Sobre a razoabilidade como equidade veja-se ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 139-142.

⁴⁰⁰ Vide o Capítulo II.

⁴⁰¹ Ana Cristina Brenner afirma ser indispensável a demonstração em juízo da efetiva necessidade financeira: “Outrossim, a comprovação da hipossuficiência é outro requisito a ser necessariamente verificado para que a pretensão deduzida contra o Estado seja deferida. Em um país pobre como o Brasil, onde são escassos os recursos financeiros para o atendimento de todas as necessidades da população, não é possível admitir que toda e qualquer pretensão na área de saúde, pleiteada até por aquele que não é efetivamente carente de recursos, seja atendida.” (*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://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/odireito_anacristinabrenner.htm, acessado em 13/05/2007)

Na medida em que, por conta do que estatui o artigo 6º da Lei nº 8.080/90 na alínea *d* de seu inciso I⁴⁰², a execução de ações atinentes à assistência farmacêutica é parte do campo de atuação do SUS, a linha de pensamento que se vem de empreender aplica-se em sua inteireza ao fornecimento gratuito de medicamentos. Dessarte, na hipótese de vir a ser pleiteado judicialmente remédio não distribuído pelo SUS, tem o autor o ônus de provar que não pode dispor dos recursos correspondentes sem prejuízo à sua subsistência. No ponto, em razão do que dispõe o citado dispositivo legal e na esteira de Marcos Maselli Gouvêa⁴⁰³, discorda-se de Sarlet, para quem a assistência farmacêutica não seria matéria abrangida pelo SUS⁴⁰⁴.

No mais, no que concerne à distribuição do ônus da prova, é incumbência do demandante por prestação de saúde não fornecida pelo sistema público demonstrar não dispor de recursos financeiros suficientes para fazer frente ao gasto que pleiteia, ao menos sem que com isso coloque em risco sua própria sobrevivência e o sustento de sua família. Na realidade, como visto, a necessidade é fato constitutivo do direito autoral, de modo que, sem sua comprovação cabal, sequer há que se falar em direito *prima facie*.

5.3.2. Igualdade

Também do artigo 196 – e por influência da 8ª Conferência Nacional de Saúde⁴⁰⁵ – consta a previsão de que o acesso às ações e serviços necessários à proteção, promoção e recuperação da saúde há de ser igualitário. Por conseguinte, num primeiro sentido, tem-se

⁴⁰² “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.”

⁴⁰³ “Questionável a eficácia do art. 196 da Constituição como supedâneo para o pedido de fornecimento estatal de medicamentos, resta tal óbice ultrapassado quando se tem em mente o **art. 6º, I, d, da Lei nº 8.080/90 que, de modo peremptório, inclui no campo de atuação do SUS ‘a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica’**. Ainda que se compreenda o preceito constitucional como norma programática, impende reconhecer que foi evidente o propósito do legislador de densificá-la, dirimindo qualquer dúvida quanto à existência de um direito subjetivo ao amparo terapêutico e farmacêutico.” (“O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos”, in GARCIA, Emerson [coordenador]. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 212, grifos no original)

⁴⁰⁴ “[...] Nesta perspectiva, vale lembrar que no concernente ao fornecimento de medicamentos pelo poder público (embora não se cuide de matéria afeta ao SUS) a própria legislação – que, à evidência, sempre poderá ser questionada quanto à sua legitimidade constitucional – já exige a prova prévia da carência (no sentido socioeconômico) por parte do cidadão, como pressuposto para a concessão da prestação almejada, como dá conta, no plano estadual, a Lei nº 9.908, de 16.06.93 do Rio Grande do Sul, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais a carentes. [...]” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 348)

⁴⁰⁵ Vide nota 357.

que quaisquer formas de discriminação ou privilégio são proibidas, conforme explicitado pelo inciso IV do artigo 7º da Lei nº 8.080/90⁴⁰⁶.

Todavia, é numa segunda conotação que a igualdade de acesso e assistência pode servir como importante critério limitador das demandas individuais: se todos os usuários do sistema público de saúde devem receber cuidados idênticos e gozar dos mesmos serviços, vedado está o deferimento judicial de medida individual que não possa – por conta de sua inviabilidade econômica ou porque imediatamente excludente de direito alheio – ser estendida a todos que se encontrem em situação similar.

Ora, mesmo antes de Immanuel Kant sabe-se ser imperativo de justiça a possibilidade de generalização das decisões⁴⁰⁷: se todos são dignos de iguais respeito e consideração, parece lógico que recebam tratamento idêntico sempre que estejam em posição semelhante. Pois bem: ao transpor essa máxima universal para a seara do serviço público de saúde, especificando ser a igualdade de acesso e assistência princípio obrigatório, o legislador – tanto o constituinte quanto o ordinário – fez surgir para o juiz o ônus de verificar, sempre que diante de demanda individual por prestação sanitária não abarcada pelo SUS, se viável conferir igual benefício a todos que estejam em situação análoga àquela apresentada pelo postulante. Como se vê, aplicado o critério da igualdade, a questão individual posta em juízo complexifica-se, vez que inevitavelmente passam a ser objeto de cogitação do julgador considerações de macrojustiça. Tal dificuldade adicional pode até não ser do agrado de alguns juízes, seja por não se sentirem preparados para enfrentá-la, seja porque já muito atarefados com os inúmeros outros processos que têm sob sua responsabilidade. No entanto, fato é que não lhes deixaram o constituinte e o legislador ordinário outra alternativa.

⁴⁰⁶ “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: IV – igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.”

⁴⁰⁷ No ponto, confira-se ARGUELLES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Conseqüencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2006, p. 83-84: “Assim, por questões de princípio – isto é, independentemente das conseqüências –, juízes devem tentar decidir casos específicos de maneira adequada não para estes e apenas estes casos singulares, mas também para outros casos *futuros* possivelmente semelhantes ao caso de hoje nos aspectos necessários para ensejar a aplicação de uma decisão idêntica. A solução adequada agora pode se mostrar injusta no futuro, quando não puder ser aplicada em casos semelhantes. Isso vale inclusive para sistemas jurídicos do tipo romano-germânico; mesmo que, em um sistema de *civil law*, a consistência com decisões judiciais anteriores não seja uma razão necessária ou suficiente para a tomada de uma decisão *agora*, ela deve ser levada em conta por força do princípio da isonomia. De fato, dada a sua natureza institucional, a decisão do juiz está sujeita a certas restrições *em qualquer sistema jurídico*. Uma das mais importantes dessas restrições é a exigência de justiça *formal*, comum a qualquer sistema jurídico – *common law* ou *civil law* –, que, como visto, implica tanto uma perspectiva voltada para o passado [*backward-looking*], quanto uma voltada para o futuro [*forward-looking*].”

Conseqüentemente, se a igualdade de acesso e assistência fosse levada a sério, demandas individuais por medicamentos importados extremamente custosos ou tratamentos médico-cirúrgicos no exterior dificilmente teriam sucesso, na medida em que, ante seu altíssimo impacto orçamentário, impossível conceder tais providências a todos que viessem a postulá-las. Uma vez adotada tal ótica, resta evidentemente sem lugar o argumento – comum a muitos julgados⁴⁰⁸ – de que não caberia ao juiz cogitar dos efeitos inerentes à multiplicação de casos semelhantes, bastando-lhe a certeza de que o deferimento daquela única pretensão terá diminuta repercussão orçamentária⁴⁰⁹.

Como bem leciona Luis Fernando Barzotto – e, de resto, foi explicitado pelo Tribunal Constitucional alemão, pelo *Dutch Government Committee on Choices in Health Care* e pela *Swedish Parliamentary Priorities Commission* –, quando da implementação do direito subjetivo à saúde, há que se ter em mente que o demandante “deve manter uma relação de *igualdade* com os demais membros da comunidade”, e que seu “bem está ligado ao *bem comum*, não podendo alcançá-lo se destruir este último”. Dessa feita, se o deferimento de uma pretensão individual implicar o colapso do orçamento – esfacelando o bem comum – ou inviabilizar o tratamento médico devido a outros membros da comunidade – fazendo tábula rasa da igualdade –, a prestação postulada não é devida. Isto porque pensar “que o direito à saúde deve ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado é pensá-lo como uma mônada, é retornar ao modelo liberal de estado de natureza, onde os direitos do indivíduo são determinados à margem da vida social.”⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Cf., à guisa de exemplo, o trecho da decisão do então Presidente do STJ, Ministro Edson Vidigal, por ocasião do julgamento da Suspensão de Segurança nº 1408/SP, ocorrido em 08/09/2004: “[...] Destaco, por cabível, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve adotar políticas sociais e econômicas que visem ao acesso universal e igualitário às ações e serviços capazes de promover, proteger e recuperar a saúde dos brasileiros. Neste contexto, não há como concluir que o fornecimento do medicamento a uma única paciente possa causar lesão de conseqüências significativas e desastrosas à economia do Estado de São Paulo. Destaco, ainda, que o efeito multiplicador alegado como justificativa ao pedido de suspensão é meramente hipotético, não tendo a postulante trazido qualquer indício de que, animadas pela decisão recorrida, tenham sido ajuizadas outras ações com igual pretensão.” No mesmo sentido, veja-se STF, SS nº 659/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 22/07/1994.

⁴⁰⁹ Veja-se a síntese de Luis Fernando Barzotto: “A interpretação do direito à saúde como poder subjetivo é extremamente popular em alguns países como o Brasil. Dizer que alguém tem direito à saúde é dizer que ele dispõe de uma ação para coagir o Estado a lhe fornecer tratamento ou remédio, ou seja, é garantir ao indivíduo um poder de disponibilidade sobre uma parcela do orçamento à saúde. O impacto que isso terá sobre a coletividade ou sobre o direito à saúde de outros membros da comunidade é indiferente desse ponto de vista. O direito subjetivo é um poder dado a um indivíduo auto-interessado para realizar o seu bem. Ele é um átomo social cuja realização é independente do bem dos outros membros da sociedade e usará seu direito para tomar à força o que os outros indivíduos auto-interessados recusam a fornecer-lhe de bom grado. O direito à saúde é um direito de propriedade ou um poder subjetivo sobre uma parcela do orçamento da saúde.” (“Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética” in MELO, Cláudio Ari [coordenador]. *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56, set/dez 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75).

⁴¹⁰ *Os Desafios dos Direitos Sociais*, p. 75-76.

Por outro lado, tampouco pleitos que impliquem prejuízo imediato a direito alheio – como pedidos de internação e realização de cirurgias sem observação da disponibilidade de vagas, da existência de outros pacientes em lista de espera e da relação de preferência estabelecida por critérios médicos razoáveis – poderiam ser providos⁴¹¹. Usualmente, ditas demandas se dirigem a centros especializados de renome e excelência comprovada, caso do Instituto Nacional do Câncer no Rio de Janeiro⁴¹². É notório que tais hospitais lidam diariamente com uma demanda muitíssimo maior do que aquela que são capazes de absorver: a toda evidência, ainda que a ampliação de sua capacidade seja medida desejável, seria impossível expandi-la a ponto de atender a todos os pacientes que lá tencionam ser tratados. Nesse diapasão, é viável ordenar a internação de determinado postulante em detrimento dos pacientes que já estão em tratamento e daqueles outros que aguardam sua vez? Se não há vagas disponíveis para todos, é lógico que a concessão da ordem em benefício de um causará a exclusão imediata de outro doente⁴¹³, sem falar que muitas vezes o tratamento constante da ordem sequer coincide com a avaliação técnica dos médicos obrigados a lhe dar cumprimento.

É claro que o princípio da igualdade não acarreta para o Estado o dever de garantir tantas vagas quantos forem os interessados em receber tratamento em determinado hospital – aliás, como explicitado por ocasião casos *numerus clausus*, sequer seria razoável esperar semelhante providência. Na realidade, todos os pacientes devem ter igual acesso ao tratamento que postulam, submetendo-se, no que concerne à disputa pelas vagas no hospital de sua preferência, a critérios razoáveis e transparentes de seleção. Cabível, sem dúvida, o controle dos critérios adotados, assim como a eventual propositura de ação coletiva tendente a corrigir discrepâncias gritantes no nível de assistência ofertado pelos diversos hospitais da rede pública. Inviável, todavia, qualquer determinação judicial que não possa ser estendida a todos os indivíduos em igual situação, quanto mais quando signifique prejuízo imediato a direito alheio.

⁴¹¹ “Por outro lado, também não se pode esquecer a situação em que, ao cumprir a decisão do magistrado – de realizar certa prestação fática – estará o Estado deixando a descoberto outros interesses identicamente relevantes (ou, às vezes, mais importantes ainda). Tal é o que ocorre, por exemplo, quando o magistrado impõe ao Estado a determinação de realizar em certa pessoa uma cirurgia urgente (desrespeitando a fila existente para aquele tipo de procedimento médico). Logicamente, a determinação, se cumprida, acarretará prejuízo para outros tantos interesses idênticos, que serão preteridos em prol daquele vindicado judicialmente.” (ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19/08/2005. Disponível no endereço eletrônico <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>, conforme acesso em 16/02/2007)

⁴¹² Vide nota 354.

⁴¹³ Estariam os médicos obrigados a escolher entre os pacientes internados em UTI lotada aquele em estado de saúde menos grave, a fim de, com sua remoção para outra dependência hospitalar, possibilitar o cumprimento de ordem judicial de internação em terapia intensiva?

Casos há, por certo, em que a impossibilidade de deferimento do pedido frente ao princípio da igualdade de assistência é manifesta. De todo modo, importante ressaltar que, por se tratar de fatos impeditivos do direito que *prima facie* possui o autor, caberá ao Poder Público demonstrar a impossibilidade de extensão da providência pleiteada, bem como o prejuízo imediato que adviria a direito alheio se atendida a pretensão. Não basta ao demandado alegar a eventual infringência à isonomia, até porque não se está diante de idéia-força incontornável, como um dia já foi considerada a reserva do possível: faz-se indispensável sua efetiva comprovação.

5.3.3. Integralidade

Estabelece o inciso II do artigo 198 da Constituição que o SUS deve garantir a seus usuários atendimento integral, abrangendo prioritariamente atividades preventivas, ainda que sem prejuízo da prestação de serviços assistenciais. Previsão similar consta do inciso III do artigo 5º da Lei nº 8.080/90⁴¹⁴, que estabelece ser objetivo do SUS a realização integrada de ações assistenciais e atividades preventivas. O inciso II do artigo 7º, por sua vez, conceitua integralidade da assistência⁴¹⁵ como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema⁴¹⁶.

Da simples leitura dos precitados dispositivos é possível depreender duas idéias distintas abarcadas pelo princípio da integralidade da assistência à saúde: primeiro, a complementaridade necessária entre ações preventivas e curativas; segundo, a obrigatoriedade da atuação estatal resolutive, seja qual for o nível de complexidade dos serviços exigidos no caso concreto. Dessarte, o sistema público de saúde deve atuar preferencialmente antes que seu usuário venha a adoecer; nada obstante, uma vez constatada a enfermidade, a assistência terapêutica deve ser provida independentemente da gravidade do mal e da complexidade do

⁴¹⁴ “Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde (SUS): III - a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas.”

⁴¹⁵ Incluída no campo de atuação do SUS pelo já mencionado artigo 6º, I, *d*.

⁴¹⁶ “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.”

tratamento por ele exigido⁴¹⁷. Mas, pergunta-se, é possível extrair da previsão constitucional e legal da integralidade da assistência a obrigação estatal de fornecer quaisquer tratamentos ou medicamentos a qualquer pessoa?

Evidente que a resposta há de ser negativa: assistência integral não é sinônimo de assistência irrestrita ou ilimitada⁴¹⁸. Dúvida não há de que não pode o sistema público de saúde recusar-se a atender qualquer de seus usuários porque rara ou grave a enfermidade que o acomete, ou por conta exclusiva do custo e da complexidade do tratamento necessário⁴¹⁹. Entretanto, tal atendimento deve ocorrer de acordo com normas técnico-científicas e parâmetros racionalizadores, sob pena de revelar-se ineficaz sob o aspecto terapêutico, tornar-se economicamente inviável e vir a “prestigiar poucos em detrimento de muitos”⁴²⁰.

Primeiramente, impossível pretender que o Estado custeie tratamentos clínicos ou cirúrgicos experimentais, é dizer, tratamentos cuja eficácia ainda não foi cientificamente comprovada e a respeito dos quais sequer há consenso mínimo na comunidade médica. Tal observação pode até parecer uma obviedade – de certo é difícil imaginar que alguém de boa-fé creia que terapias possivelmente ineficientes ou prejudiciais à saúde do paciente estejam abarcadas pelo princípio da assistência integral –, mas a análise da jurisprudência nacional prova o contrário. Em diversos julgados, impressionados com o argumento de que o tratamento pleiteado representava a única e derradeira chance de sobrevivência do autor,

⁴¹⁷ À vista dos termos explícitos utilizados pelo constituinte, não se tem como concordar com Ricardo Lobo Torres e Ana Paula de Barcellos quando advogam que prestações de saúde curativa não fazem parte do núcleo essencial do direito à saúde passível de sindicalização (cf. TORRES, Ricardo Lobo. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo Lobo [organizador]. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 287-288; *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição*, p. 183-184; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais*, p. 272-289). Segundo Barcellos, somente prestações sanitárias “de que todos os indivíduos necessitaram – como o atendimento no parto e o acompanhamento da criança no pós-natal –, necessitam – exemplificativamente o saneamento básico e o atendimento preventivo em clínicas gerais e especializadas, como cardiológica, ginecológica etc. – ou provavelmente não de necessitar – e.g.: o acompanhamento e controle de doenças típicas da terceira idade, como a hipertensão, o diabetes etc.” seriam exigíveis. Tal raciocínio – cremos – desconsidera que a integralidade da assistência é comando constitucional.

⁴¹⁸ Nesse diapasão, a lição de Lenir Santos: “A integralidade precisa ser balizada por princípios, diretrizes e normas constitucionais e legais para, desde logo, impedir o argumento de que tudo, irrestritamente, cabe no direito à saúde.” (*SUS: Contornos Jurídicos da Integralidade da Atenção à Saúde*. Radis nº 49, setembro/2006. Disponível no endereço eletrônico <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>, acessado em 15/10/2006).

⁴¹⁹ “[...] A integralidade implica, pois, no dever de serem oferecidos serviços integrais à saúde, qualquer que seja a doença ou agravo. Vale dizer, o cidadão tem o direito a tratamento para qualquer patologia, ainda que de extrema complexidade e de elevado custo. [...] No caso da rede do SUS, porém, a integralidade é princípio constitucional e fundamenta, inclusive, a obrigação do poder público oferecer serviços em todas as especialidades e complexidades, mesmo quando não rotineiramente incluídas na sua lista de serviços. Não pode o Poder Público deixar de prestar adequado atendimento, ainda que se trate de mal raro.” (WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 170-171)

⁴²⁰ “Se um dos mandamentos constitucionais é garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços nessa área, o que propomos é que os direitos sejam concedidos de forma racional e criteriosa, sob pena de prestigiar poucos em detrimento de muitos.” (BRENNER, Ana Cristina. *O direito à saúde em sua dimensão prestacional*.)

juízes bem intencionados preferiram ignorar a ausência de aprovação científica e condenar o ente estatal a custeá-lo.

Foi exatamente o que se deu no caso de vários pleitos promovidos na década de 90 por doentes acometidos pela distrofia muscular de Duchenne, mal pouco conhecido e até então considerado incurável. Diante da notícia de que transplante inovador – denominado *myoblast transfer therapy* – fora desenvolvido com sucesso por um médico norte-americano, pretendiam os autores fosse-lhes deferida sua realização nos Estados Unidos às expensas do Poder Público. A maioria dos pedidos foi acolhida pelo Judiciário, na esteira da decisão pioneira prolatada pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento da Petição nº 1.246 MC/SC⁴²¹. Cuidava-se, todavia, de tratamento experimental, já então considerado ineficaz pela quase totalidade dos cientistas envolvidos na pesquisa da enfermidade – exceção feita ao Doutor Peter Law, responsável pela única clínica particular norte-americana a realizar o referido procedimento. Posteriormente, como dito transplante passou a ser realizado também no Brasil, sempre sob a supervisão da fundação norte-americana que o explorava, viu-se o Conselho Federal de Medicina compelido a proibi-lo em todo o território nacional e vedar o encaminhamento de pacientes por médico brasileiro para sua realização no exterior, já que comprovadamente “ineficaz e prejudicial ao paciente pela ocorrência de graves efeitos colaterais”⁴²². Em suma, em nome de uma integralidade distorcida e por conta de juízes que, “pelo sim, pelo não (...) preferiram não correr o risco de conviver com o remorso”⁴²³, o Estado foi obrigado a despende quantias vultosas inutilmente.

Contudo, no caso específico das demandas promovidas por pacientes portadores de retinose pigmentar, em que pleiteado o custeio de tratamento em centro oftalmológico cubano, é possível observar sensível mudança no posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Se inicialmente chegou a deferi-las⁴²⁴, há pouco o tribunal passou a rechaçá-las, prestigiando decisões denegatórias locais fundadas na inexistência de comprovação científica

⁴²¹ Vide Capítulo IV, item 2.

⁴²² Vide Resolução CFM nº 1.637/2002. Disponível, conforme acesso em 19/05/2007, no endereço eletrônico http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2002/1637_2002.htm.

⁴²³ Trecho do voto proferido pelo Desembargador Newton Janke, membro da Primeira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e relator das Apelações Cíveis nº 2001.023602-8 e 2003.016201-1, em que se discutia precisamente o caso da criança beneficiada pela decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello em sede da mencionada Petição nº 1.264. No julgamento, ocorrido em 05/04/2004, foi reformada a sentença de primeiro grau que condenara o Estado de Santa Catarina. Pendem de exame os Embargos Infringentes nº 2005.003757-6 e 2005.003758-3.

⁴²⁴ Cf. Recurso Extraordinário nº 411.557/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24/09/2004 e Recurso Extraordinário nº 359.383/DF, Rel. Min. Eros Grau, j. 20/10/2005.

de sua eficácia⁴²⁵. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, já havia consolidado tal entendimento, ainda que, como se verá, tenha se valido também de outras importantes linhas de fundamentação⁴²⁶. Ausente qualquer demonstração científica da validade do tratamento médico, impossível, pois, pretender que o Estado seja compelido a com ele arcar.

Tampouco é possível considerar inserido no âmbito da assistência integral o fornecimento de medicamento não aprovado pela vigilância sanitária nacional⁴²⁷. Ora, se o fármaco ainda não foi testado e liberado para consumo e comercialização no país, e, portanto, sequer existe certeza sobre sua eficácia, benefícios e efeitos colaterais, evidente não ser dado ao juiz substituir-se à autoridade técnica e, com fundamento em simples prescrição médica, determinar sua aquisição e distribuição compulsórias. Mais até: se, como mencionado alhures, a vigilância sanitária constitui ela própria importante política pública voltada à proteção da saúde, ao desprestigiá-la estará o magistrado descumprindo exatamente os mandamentos constitucionais que imaginava reafirmar.

Recentemente, diversos pacientes portadores de câncer de pulmão, animados pela notícia de que a *Food and Drug Administration*, agência norte-americana de vigilância sanitária, aprovara em caráter provisório a utilização da substância gefitinib, ingressaram em juízo com o intuito de obter gratuitamente a nova droga, comercializada sob a denominação Iressa. Pois bem: a condenação estatal sobreveio na maioria dos casos, ainda que o medicamento se encontrasse sob análise da Agência Nacional de Vigilância Sanitária e mesmo após ter ela concluído pelo indeferimento de seu registro, à vista de pesquisas que demonstraram sua ineficácia⁴²⁸. É exemplo desta prática a decisão prolatada em 08/09/2004 pelo Ministro Edson Vidigal, então Presidente do Superior Tribunal de Justiça, na Suspensão

⁴²⁵ Cf. Recurso Extraordinário nº 458.927/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 27/07/2006.

⁴²⁶ “Entendo que a recusa da autoridade coatora está devidamente respaldada na conclusão do órgão técnico que congrega os especialistas. Dentro do que foi até aqui exposto, independentemente da análise do dever do Estado em patrocinar os tratamentos, alguns deles até no exterior, no específico caso da doença de que é portador o impetrante, não há recomendação médico-científica.” Excerto do voto da relatora, Min. Eliana Calmon, proferido no Mandado de Segurança nº 8.895/DF, Primeira Seção, j. 22/10/2003. Vejam-se também: Recurso Especial nº 616.460/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ acórdão Min. Teori Albino Zavascki, j. 15/02/2005; Recurso Especial nº 511.660/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 04/04/2006; Recurso Especial nº 844.291/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 15/08/2006.

⁴²⁷ Neste mesmo sentido, cf. WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 171.

⁴²⁸ Cf. Resolução ANVISA nº 1.363, de 21/08/2003. Disponível, conforme acesso em 20/05/2007, no sítio eletrônico http://www.anvisa.gov.br/legis/resol/2003/re/1363_03re.htm. Em 17/12/2004, a FDA reconheceu o ingresso dos estudos científicos desenvolvidos após a aprovação provisória do Iressa, recomendando, por intermédio de alerta posterior, que novos pacientes adotassem outros tratamentos comprovadamente eficazes. Para a íntegra da declaração e do alerta divulgados pela FDA sobre o Iressa, vejam-se os seguintes endereços eletrônicos, ambos acessados em 20/05/2007: <http://www.fda.gov/bbs/topics/news/2004/new01145.html> e <http://www.fda.gov/cder/drug/infopage/gefitinib/default.htm>.

de Segurança nº 1.408/SP, que determinou o fornecimento do referido remédio ao argumento de que “o simples fato de inexistir registro do medicamento no Ministério da Saúde” não representaria “ameaça de lesão à ordem ou à saúde pública”, nem tampouco à saúde da demandante, já que havia prescrição por médico responsável⁴²⁹. Além de impressionar a ligeireza com que a falta de aprovação pela autoridade sanitária nacional foi tratada, também aqui a intervenção judicial redundou em gastos maiores e virtualmente inúteis.

Esclareça-se, ainda, que do princípio da assistência integral não decorre um utópico direito ao melhor tratamento de saúde existente. Primeiramente, constitui limite natural ao dever estatal de prover prestações de saúde o estágio de desenvolvimento da medicina no país. Dessarte, se é verdade que o Poder Público está obrigado a fornecer tratamento adequado independentemente de sua complexidade, parece evidente que tal obrigação cinge-se às terapias disponíveis, ao padrão de atendimento possível e aos recursos materiais e humanos existentes no território nacional. Do contrário, se por assistência integral se entendesse um direito absoluto ao melhor tratamento, seria possível argumentar sempre – e quase infinitamente – existirem procedimentos e técnicas mais avançados, profissionais mais competentes e medicamentos mais eficazes em comparação àqueles disponibilizados pelo sistema público de saúde. Além de fadado à exaustão financeira, um tal sistema seria necessariamente injusto, por tornar impraticável a dispensação de tratamento idêntico a todos que se encontrassem na mesma situação⁴³⁰.

Interessante anotar que, na contramão da interpretação extensiva que costuma adotar na matéria, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça confirmou à unanimidade decisão proferida pelo então Ministro Presidente Edson Vidigal, que suspendera ordem

⁴²⁹ Os trechos citados foram retirados do seguinte excerto: “Diante da gravidade do caso em concreto, não antevejo, no simples fato de inexistir registro do medicamento no Ministério da Saúde, ameaça de lesão à ordem ou à saúde pública. Tampouco resta ameaçada, por isso, a saúde da impetrante, haja vista que a decisão condiciona o fornecimento à prescrição médica, e pela prescrição do medicamento, responde o médico requisitante.” A referida decisão monocrática foi confirmada à unanimidade pela Corte Especial, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental interposto pelo Estado de São Paulo, ocorrido em 25/10/2004.

⁴³⁰ “Além do mais, não podemos deixar de considerar que os serviços públicos de saúde são para *todos*. O SUS há de ofertar serviços de saúde para todos aqueles que pretenderem a sua atenção. Daí os regramentos que devem ser impostos. Não se pode garantir o direito de um cidadão de se tratar no exterior enquanto o sistema público não conseguir dar conta de evitar a morte de bebês indígenas por desnutrição ou por falta de UTI, sob pena de a igualdade pretendida no SUS não ser equânime. Não é justo, não é razoável organizar um sistema que possibilita, de um lado, pacientes tratando-se no exterior e de outro, gestantes morrendo nas salas de parto por falta de atendimento adequado. Aqui, cadê a justa igualdade, a justa medida, a razoabilidade centrada em parâmetros éticos? Com isso não estamos defendendo uma saúde pobre para pobre. Mas, se não se organiza o sistema público, fatalmente teremos uma saúde pobre para todos, uma vez que a desorganização contribuirá para o enfraquecimento do sistema, predominando numa sociedade injusta, ‘tudo’ para alguns e o ‘pouco’ para muitos, reproduzindo a desigualdade existente.” (SANTOS, Lenir. *Saúde: conceitos e atribuições do Sistema Único de Saúde*. Disponível, conforme acesso em 15/10/2006, no endereço eletrônico www.idisa.org.br/site/download/SAUDE_CONCEITO_E_ATRIBUICOES_DO_SUS.doc.)

liminar determinativa do custeio de transplante de intestino delgado no exterior a menor portadora da síndrome do hipoperistaltismo intestinal. Não se deixaram impressionar os julgadores pelo argumento de que, ante a falta de experiência e recursos suficientes no país, a realização da cirurgia em centro de referência norte-americano representava a única chance de sobrevivência da paciente. Preferiram todos, ao revés, acompanhar o entendimento esposado no voto condutor:

“Neste caso, em que pese aos dramáticos argumentos da agravante, assegurar a Constituição o direito a vida garantindo também o direito a saúde (arts. 196/197), entendo que a responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus súditos não pode ir ao ponto em que quedará por inviabilizar por completo todo o sistema de saúde pública do País. É triste, mas ainda não há condições de se oferecer a medicina de ponta prestada por instituições médicas estrangeiras, a todos que alegam que os tratamentos oferecidos internamente não alcançam os mesmos níveis de cura.

Por outro lado a legislação pertinente, seguindo as diretrizes constitucionais (art. 198), restringe a utilização de serviços de saúde conveniados e contratados ao território nacional.”⁴³¹

Na mesma direção, aliás, tem se posicionado o referido tribunal superior quando do julgamento das demandas por tratamento no exterior para retinose pigmentar, às quais já se fez menção. Para além de reconhecerem a inexistência de comprovação científica de sua eficácia, as decisões consideraram legítima a Portaria MS/GM nº 763, de 7 de abril de 1994, que, ao revogar ato ministerial anterior⁴³², passou a não mais admitir o custeio estatal de tratamentos médicos no estrangeiro. Assim o fizeram por entenderem razoável que o serviço público de saúde se restrinja ao território nacional, mormente diante da realidade econômico-financeira e do risco de comprometimento à política de saúde como um todo. Por sua importância seminal, confira-se o seguinte excerto extraído do voto condutor do precitado Mandado de Segurança nº 8.895/DF:

“No campo do Direito Administrativo, sobre o tema tenho a compreensão de que o serviço médico-social, prestado pelo Estado via órgão competente, além da observância do parecer técnico, deve atentar para os critérios próprios do serviço, jungido a um orçamento e a uma política de prioridades, própria do executivo.

⁴³¹ Trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Presidente Edson Vidigal, no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.467/DF, acolhido à unanimidade pela Corte Especial em 16/02/2005.

⁴³² Foi revogada a Portaria MS/GM nº 1.236, de 14 de outubro de 1993, que disciplinava: “I - O tratamento médico no exterior de pacientes residentes e domiciliados no Brasil, somente será admissível quando esgotadas todas as possibilidades de tratamento a nível do Sistema Único de Saúde, nos diferentes níveis de governo; II - As solicitações para tratamento nas condições previstas no item anterior, serão avaliadas pela Secretaria de Assistência à Saúde, que emitirá parecer conclusivo a respeito, submetendo o assunto à aprovação do Ministro da Saúde, em processo devidamente instruído.”

A Medicina social a cargo do Estado tem, necessariamente, de fixar critérios para os atendimentos excepcionais, dentre os quais os dispendiosos tratamentos no exterior, sob pena de haver um comprometimento de toda a política de saúde.⁴³³

Trata-se, sem dúvida, de formidável avanço no sentido de promover a racionalização das decisões judiciais em pleitos individuais por prestações de saúde, tanto mais porque dá à integralidade contornos plausíveis, em consonância com as normas infraconstitucionais que lhe conferem concreitude⁴³⁴. Tal evolução, é forçoso admitir, não se fez sentir no Supremo Tribunal Federal, ao menos enquanto sob a presidência do Ministro Nelson Jobim, que em duas ocasiões posteriores confirmou julgados locais que determinavam ao Poder Público o custeio *incontinenti* de tratamentos médicos em instituições estrangeiras⁴³⁵.

Por outro lado, o evoluir contínuo das pesquisas científicas e o desenvolvimento incessante de novas tecnologias – normalmente sob o patrocínio de indústrias poderosas e influentes – tornam faticamente impossível pretender acompanhá-los *pari passo*. De mais a mais, apesar de seus custos serem invariavelmente maiores, nem sempre os novos medicamentos e exames clínicos apresentam eficácia extremamente superior se comparados àqueles já existentes. Portanto, caberá ao administrador, no exercício da competência que lhe é própria, avaliar se os benefícios proporcionados pela incorporação da nova tecnologia ao sistema público de saúde são importantes o suficiente para compensar o gasto excedente⁴³⁶. Ao juiz, por sua vez, incumbe controlar a decisão administrativa, declarando sua invalidade tão-somente quando se provar desarrazoada⁴³⁷ – caso, por exemplo, de ter o Poder Público preferido distribuir um medicamento que, de acordo com uma escala hipotética, tem eficácia 5 e custo 9, em detrimento de outro de eficácia 9 e custo idêntico ou pouco superior.

Contudo, não foi esse o proceder judicial na maioria das demandas individuais promovidas por portadores de hepatite C para obter gratuitamente a substância interferon peguilado⁴³⁸. Segundo estudos procedidos pela *Food and Drug Administration*, comparado

⁴³³ Mandado de Segurança nº 8.895/DF, Primeira Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 22/10/2003.

⁴³⁴ O *caput* do artigo 7º da Lei nº 8.080/90, sobremais, é claro ao estabelecer ser o Sistema Único de Saúde composto pelas ações e serviços públicos de saúde e pelos serviços privados contratados ou conveniados.

⁴³⁵ Cf. STA 50/PA, j. 07/11/2005 e STA 36/CE, j. 21/09/2005.

⁴³⁶ Como acontecia no exemplo fictício utilizado por Amy Gutmann e Dennis Thompson (cf. item 2.5).

⁴³⁷ Ressalte-se que, com os limites preconizados, entendemos ser o controle judicial possível e mesmo necessário, sobretudo quando se tem em conta que as decisões governamentais nessa seara nem sempre resultam de ampla discussão democrática aberta à participação dos pacientes interessados, conforme recomendado por Lora, Gutmann e Thompson.

⁴³⁸ Sobre a influência da indústria farmacêutica no caso das demandas por interferon peguilado, veja-se a opinião de APPIO, Eduardo. *As políticas públicas de saúde no Brasil e o papel do Poder Judiciário*. Disponível em http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalle&art_id=125, acessado em 21/05/2007.

ao interferon convencional, fornecido comumente pelo sistema público de saúde, o tratamento com o novo medicamento apresentaria taxa de resposta apenas 6% superior – e, ainda assim, exclusivamente em pacientes acometidos pelo vírus de genótipo 1, mais resistente –, a um custo 20 a 30 vezes maior. Por tais razões, e porque ainda controverte a comunidade científica sobre a confiabilidade das pesquisas realizadas, a Secretaria de Atenção à Saúde estabeleceu protocolo clínico segundo o qual apenas doentes graves portadores do vírus de genótipo 1 habilitar-se-iam ao tratamento com o interferon peguilado⁴³⁹. Apesar de razoáveis os critérios estabelecidos pelo administrador, vários foram os juízes a afastá-los sem mais, determinando o fornecimento gratuito do novo medicamento à vista de simples prescrição médica – muitas vezes de profissional não pertencente ao SUS –, sem sequer perquirir de sua efetiva adequação ao quadro clínico do postulante⁴⁴⁰. Na realidade, no mais das vezes, a razoabilidade dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, elaborados para racionalizar a dispensação de medicamentos excepcionais, sequer é objeto de análise, preferindo os julgadores ignorar as especificidades do caso concreto e situar sua argumentação no plano geral e abstrato da aplicação dos princípios constitucionais.

Nada obstante, tais normas técnicas são absolutamente indispensáveis⁴⁴¹, não só porque, fundadas que são em pesquisas e consensos científicos, seu cumprimento eleva a probabilidade de sucesso do tratamento, como também porque propiciam maior eficiência e racionalidade à gestão do sistema público de saúde⁴⁴². Nada mais lógico do que padronizar os serviços prestados para diminuir seu custo; lógico e obrigatório, ante os ditames dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade⁴⁴³. Na lição de Lenir Santos:

“O direito à integralidade da assistência terapêutica não pode ser aleatório e ficar sob a mais total independência reivindicatória do cidadão e da liberdade dos profissionais de saúde indicarem procedimentos, exames, tecnologias não incorporadas no sistema, devendo a

⁴³⁹ Vide Portaria SAS/MS nº 863 de 04/11/2002.

⁴⁴⁰ Cf. à guisa de exemplo: STF, Recurso Extraordinário nº 509.569/SC, Decisão Monocrática, Rel. Min. Celso de Mello, j. 01/02/2007; STF, Recurso Extraordinário nº 400.040/MT, Decisão Monocrática, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 06/06/2005; STJ, Agravo de Instrumento nº 842.866/MT, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luiz Fux, j. 16/04/2007; STJ, Recurso Especial nº 727.935/SC, Decisão Monocrática, Rel. Min. Luiz Fux, j. 01/12/2005.

⁴⁴¹ “O que se quer enfatizar, com tal referência, é que o Judiciário, nas ações que envolvem a concessão de medicamentos, deve decidir observando os chamados protocolos clínicos, ou seja, os estudos elaborados por conceituados profissionais em determinada especialidade na área médica, cuja consulta é acessível ao público.” (BRENNER, Ana Cristina. *O direito à saúde em sua dimensão prestacional*.)

⁴⁴² Vide Lei nº 8.080/90: “Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições: V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde; XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde.”

⁴⁴³ Cf. artigo 37, *caput*, e 70, *caput*, da Constituição da República.

conduta profissional pautar-se por protocolos, regulamentos técnicos e outros parâmetros técnico-científico-biológicos. E esses documentos, orientadores do sistema, devem ser elaborados de forma a serem capazes de conjugar tecnologia, recursos financeiros e as reais necessidades terapêuticas, sem acrescentar o que possa ser considerado supérfluo ou desnecessário ou retirar o essencial ou relevante.”⁴⁴⁴

O estabelecimento de limitações à liberdade de prescrição médica através de protocolos clínicos, importante frisar, não é um fenômeno restrito à realidade brasileira, como dá conta José Félix Ollala:

“Aunque el término ‘libertad de prescripción’ es defendido con vehemencia por todas las corporaciones médicas conviene precisar su alcance y las razones por las cuales no puede ser un absoluto. El concepto es correcto y está vigente en la medida en que respalda la responsabilidad del prescriptor ante su paciente, pero, en la terapia, la Administración está detrás de cada acto con la condición de que el medicamento se utilice en las indicaciones autorizadas y con las matizaciones presentes en la ficha técnica. En la exigencia de formación continuada, la experiencia personal no puede seguir siendo el principal referente en la elección de una terapia y el profesional está obligado a conocer y tener en cuenta los ensayos clínicos y las investigaciones realizadas con cada fármaco y además a saber discernir el grado de fiabilidad de sus fuentes.

Las guías y protocolos para el manejo de diferentes enfermedades se han venido utilizando en los países occidentales como modelos de referencia con el objetivo de mejorar la calidad y encauzar los tratamientos basándose en datos y resultados...

En 1983 el Profesor de Cardiología del Hospital Universitario de Nottingham J. R. HAMPTON anunció el fin de la libertad de prescripción en un texto que se ha hecho célebre: ‘La libertad de prescripción ha muerto y nadie debe lamentar su óbito. La libertad clínica era el derecho de los Médicos de hacer lo que según su opinión era lo mejor para sus pacientes. En los días en que no existía investigación y los tratamientos eran tan ineficaces como inocuos no había otra cosa más que la opinión de los médicos, pero ahora ya no basta con la opinión. Si ya no hay recursos para hacer todo lo que es técnicamente posible, entonces los cuidados médicos deben limitarse a lo que tiene un valor acreditado y los profesionales médicos deben dejar aparte su opinión.’”⁴⁴⁵

Por sua vez, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao menos por ocasião do precitado julgamento em que indeferiu a realização de transplante de intestino delgado no

⁴⁴⁴ SANTOS, Lenir. *Saúde: conceitos e atribuições do Sistema Único de Saúde.*

⁴⁴⁵ OLALLA, José Félix. “La gestión de medicamentos. Los límites de la expansión” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*, p. 86-87.

exterior, reconheceu a importância vital dos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos pelo administrador, como dá conta o seguinte excerto do voto condutor:

“[...] é da competência da Administração Pública, por meio da aplicação de critérios médico-científicos, fixar e autorizar os tratamentos e remédios que devem ser fornecidos à população no país, visando garantir a segurança, a eficácia terapêutica e a qualidade necessárias.

Tal atividade envolve uma gama de procedimentos técnicos e de caráter oficial, inerentes à política nacional de saúde e realizados por diversos órgãos governamentais, objetivando restringir a possibilidade de riscos graves aos pacientes e, sempre que viável, uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários.”⁴⁴⁶

Lícito concluir, pois, que, em demanda por remédios excepcionais não fornecidos usualmente pelo SUS, é ônus do autor comprovar ter seguido os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos para o tratamento de sua enfermidade – ou que não o fez por saber de antemão que tal proceder seria inócuo. Se ainda assim não obteve resultado satisfatório, enquadrando-se na parcela normalmente pequena de pacientes resistentes às terapêuticas de prescrição usual, aí sim poderá fazer jus a tratamento distinto, desde que sua pretensão atenda aos demais critérios de justiça que se está a elencar e explicitar. Indispensável, pois, que o demandante comprove não só sua necessidade financeira, como também sua necessidade médica.

Por outro lado, parcela da doutrina especializada entende, com razão, que a integralidade da assistência veda a instrumentalização do sistema público pelo sistema privado – é dizer, proíbe 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. Dúvida não há de que o acesso às ações e serviços de saúde estatal é universal; entretanto, para que a assistência seja verdadeiramente integral, faz-se necessário que o paciente que busque a rede pública submeta-se ao regime que lhe é próprio, cabendo a médico afiliado ao SUS seu diagnóstico, prescrição terapêutica e acompanhamento. Dessarte, impossível pretender que o Poder Público seja compelido judicialmente a custear remédios, tratamentos clínicos ou procedimentos cirúrgicos cuja necessidade e adequação foram objeto de análise exclusivamente por profissional alheio ao

⁴⁴⁶ Trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Presidente Edson Vidigal, no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança nº 1.467/DF, acolhido à unanimidade pela Corte Especial em 16/02/2005. Também prestigiando os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas ditados pelo Ministério da Saúde, veja-se a Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70010964617, da relatoria da Des. Matilde Chabar Maia, julgada pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 21/07/2005.

sistema público, de todo descompromissado com os objetivos inerentes à política pública de saúde. Do contrário, ter-se-ia a esdrúxula situação em que médicos pertencentes ao SUS ver-se-iam obrigados a ministrar medicamentos, realizar terapias clínicas ou proceder a cirurgias com as quais não concordam, seja porque não se enquadram nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos, seja porque, simplesmente, é distinto seu entendimento profissional a respeito do caso. Ao invés de um sistema público integral, ter-se-iam serviços públicos estanques e utilizados complementarmente ao sistema privado, em verdadeira subversão ao espírito constitucional:

“Integralidade da atenção é uma ação de mão dupla: paciente e profissionais devem manter uma vinculação, não podendo o SUS ser uma atividade complementar do setor privado, apenas fornecendo exames, medicamentos, realizando cirurgias ministradas por profissionais que não pertencem ao setor público da saúde.

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.”⁴⁴⁷

No mesmo sentido parece caminhar Weichert, que realça, sobremais, outra conseqüência maléfica da utilização de ambos os sistemas de saúde num mesmo tratamento: a possibilidade de burla aos mecanismos de acesso inerentes aos serviços públicos, permitindo que o usuário que tenha sido diagnosticado e iniciado seu tratamento no sistema privado passe à frente, com beneplácito judicial, daqueles outros que optaram – ou não tiveram outra alternativa – pelo sistema público desde o início:

“De destacar, por fim, que, embora a Constituição admita a prestação de serviços de assistência à saúde pela iniciativa privada, o cidadão não goza de ampla liberdade para, em um mesmo atendimento ou tratamento (quando internado), ser parcialmente atendido pelo sistema público e, na outra parcela, utilizar serviços privados. Essa prática conduz a graves distorções e à preterição da isonomia no atendimento, pois possibilita ao paciente contratar serviços privados para o início do tratamento e, no correr do tempo, se valer de pontuais serviços

⁴⁴⁷ SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*. Radis nº 49, setembro de 2006. Disponível no endereço eletrônico <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>, conforme acesso em 15/10/2006.

públicos, burlando os mecanismos habituais de acesso e prejudicando o paciente que, desde o início, optou pelo atendimento estritamente público. Vale dizer, a cada tratamento o paciente tem a faculdade de utilizar o sistema público, mas não pode ‘mesclar’ a assistência pelo SUS com a assistência privada, a seu bel prazer.”⁴⁴⁸

Nesse ponto, já se faz sentir alguma evolução na jurisprudência pátria. Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ainda que não tenham negado a prestação quando o pleito por medicamento foi instruído tão-somente por receituário de médico particular, condicionaram sua entrega efetiva à apresentação de prescrição de médico afiliado ao SUS, bem como a continuidade de seu fornecimento ao acompanhamento periódico do paciente por profissional igualmente pertencente ao sistema público de saúde⁴⁴⁹.

Não se está a defender, esclareça-se, que os associados a plano de saúde privado não possam se utilizar de serviços públicos de saúde não abrangidos pela cobertura contratada – como quando, por exemplo, faz-se indispensável a internação do paciente, mas seu plano particular abarca exclusivamente atendimento ambulatorial. O que não é possível, sob a ótica que ora se adota, é obrigar o Estado à determinada prestação de saúde se não prescrita por profissional pertencente ao SUS, sob pena de transformarem-se o sistema público em seguro complementar e o sistema judicial em atalho institucionalizado para a obtenção mais rápida de serviços públicos de saúde. Por conseguinte, se ao usuário de plano de saúde for necessário recorrer ao sistema público, seja para a obtenção de medicamentos, seja para submeter-se a tratamento clínico ou cirúrgico não incluído em contrato, haverá de ter o diagnóstico e a prescrição terapêutica que obtivera no sistema privado convalidados por profissional afiliado ao SUS, ou submeter-se ao diagnóstico e tratamento por ele propostos. Vejam-se as conclusões de Santos e Weichert, respectivamente:

“A assistência terapêutica integral pressupõe que o paciente esteja em tratamento no SUS. Feito o diagnóstico, prescrita a terapêutica, o SUS deverá arcar com ela, integralmente, incluindo, é obvio, a assistência farmacêutica. Se não o fizer, aí sim, poderá ser compelido

⁴⁴⁸ Cf. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 164.

⁴⁴⁹ Cf. o seguinte trecho, extraído da Decisão Monocrática na Apelação Cível nº 2007.001.05527, Rel. Des. Helena Cândida Lisboa Gaede, j. 02/02/2007: “No entanto, cumpre observar que para o fornecimento dos medicamentos, é necessário que sejam prescritos por médico vinculado ao Sistema Único de Saúde – SUS, condicionando-se a continuidade do seu fornecimento à submissão do Autor a exames de avaliação pelo serviço público de saúde, com a periodicidade que lhe for determinado. Destarte, avalia-se a necessidade e eficácia dos medicamentos, evitando-se, inclusive a medicação por tempo maior do que o prescrito ou em desacordo com estudos clínicos, preservando-se, assim, a saúde do paciente.”. No mesmo sentido, vejam-se Apelação Cível nº 2005.001.39546, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Roberto Felinto, j. 15/03/2006; e Apelação Cível nº 2005.001.10779, Rel. Des. Luisa Bottrel Souza, j. 26/07/2005.

judicialmente a fazê-lo, por omissão. A realidade é que a Lei 8.080/90 assegura a integralidade da assistência apenas àquele que optou pelas regras de atenção ao SUS.”⁴⁵⁰

“Em síntese, podemos afirmar que os recursos do SUS destinam-se, com *absoluta prioridade*, ao paciente do sistema público de saúde, e não podem, por meio de subterfúgios ou equivocada interpretação da universalidade, ser destinados ao atendimento privado (que constitui um sistema à parte).”⁴⁵¹

No que concerne à assistência farmacêutica, o Programa Farmácia Popular do Brasil, instituído pela Lei nº 10.858/2004 e regulamentado pelo Decreto nº 5.090/2004, deixa claro que o fornecimento gratuito de medicamentos restringe-se ao âmbito do Sistema Único de Saúde. Tanto é assim que legislador e administrador reputaram necessária a criação de programa governamental destinado a garantir aos usuários do sistema privado remédios essenciais a baixo custo⁴⁵². Ora, fosse a obtenção gratuita de medicamentos direito subjetivo de todo e qualquer cidadão, ainda que não usuário do SUS, nenhum sentido faria a promoção de semelhante política de atenção à saúde.

5.3.4. Subsidiariedade

Profundamente enraizado na doutrina social católica⁴⁵³, apesar de não previsto de forma expressa na Constituição de 1988, o princípio da subsidiariedade é, para alguns, decorrência lógica da preeminência de que gozam os princípios da autonomia individual⁴⁵⁴ e

⁴⁵⁰ SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*.

⁴⁵¹ WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*, p. 164.

⁴⁵² Cf. as considerações iniciais do Decreto nº 5.090/2004: “Considerando a necessidade de implementar ações que promovam a universalização do acesso da população aos medicamentos; Considerando que a meta de assegurar medicamentos básicos e essenciais à população envolve a disponibilização de medicamentos a baixo custo, para os cidadãos que são assistidos pela rede privada; e Considerando a necessidade de proporcionar diminuição do impacto causado pelos gastos com medicamentos no orçamento familiar, ampliando o acesso aos tratamentos [...]”.

⁴⁵³ Assim preleciona o § 79 da Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, editada pelo Papa Pio XI em 1931: “Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que, devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquele solene princípio da filosofia social: assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e de sua acção é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los.”. Disponível, conforme acesso em 07/06/2007, no endereço http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_po.html.

⁴⁵⁴ Cf. TORRES, Silva Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 66-67: “O indivíduo, pois, tem competências que lhe são naturalmente pertencentes,

da dignidade humana⁴⁵⁵ na Constituição de 1988⁴⁵⁶. Significa dizer que, como senhor de si mesmo e titular do direito de determinar-se e desenvolver suas potencialidades livremente, compete ao próprio indivíduo prover suas necessidades, cabendo ao Estado intervir tão-só em caso de comprovada incapacidade⁴⁵⁷. Por conseguinte, de acordo com o primado da subsidiariedade, a atuação estatal somente será legítima quando suplementar, é dizer, se adstrita às hipóteses em que o indivíduo não é capaz – seja por conta de restrições físicas ou psíquicas, seja em razão de fatores externos – de responsabilizar-se ele mesmo pela satisfação de suas necessidades⁴⁵⁸. Esta a lição de Rodolfo Arango:

“Según el principio de subsidiariedad, el Estado sólo está obligado a actuar positivamente cuando la persona se encuentra en unas circunstancias personales o fácticas que afectan su vida autónoma y digna de manera no previsible ni soportable, esto es, si se cumplen las condiciones materiales y formales de los derechos sociales fundamentales. Cuando un individuo, por circunstancias personales o fácticas, se encuentra en una situación que afecta

devido ele mesmo, por sua iniciativa e com suas forças, cumpri-las, sob pena de esvaziar-se a própria natureza humana. A realização das finalidades vitais inerentes à sua condição consiste, em suma, em um ‘assunto de sua responsabilidade pessoal’, ‘que constitui o fundamento dos direitos pessoais, e com isso do princípio da subsidiariedade’. O direito e a obrigação de cada pessoa ser o primeiro responsável por sua própria manutenção e de sua família, está vinculada, como já pontificava a Encíclica *Mater et Magistra*, aos direitos essenciais da personalidade, pelo que não se devem subtrair ao indivíduo, pelos grupos sociais, e estes, pelo Estado, competências que estejam à altura de suas possibilidades.”

⁴⁵⁵ Veja-se a lição de Paolo G. Carozza: “A subsidiariedade não deriva sua força de um cuidado instrumental com a eficiência social ou uma necessidade de compromisso político. Sua base é personalística, antes que contratual ou utilitária. Ou seja, sua primeira justificação é a convicção de que cada ser humano possui um valor inerente e inalienável – sua dignidade –, e, assim, o valor da pessoa humana é ontológica e moralmente superior ao Estado ou a outros grupamentos sociais. Por causa desse valor, todas as outras formas de sociedade, da família ao Estado à ordem internacional, devem, em última análise, estar a serviço da pessoa humana. Seu propósito deve ser o desenvolvimento do indivíduo” (*“Subsidiarity as a structural principle of international human rights law” in The American Journal of International Law*, v. 97, 2003, p. 5, *apud* SOUZA NETO, Cláudio Pereira e MENDONÇA, José Vicente Santos de. “Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa” *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel [coordenadores]. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 736, nota 81). Cf., ainda, TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, p. 83: “Nesse sentido, tendo presentes os elementos expostos, percebe-se, já, que a dignidade humana tangencia os contornos conceituais do princípio da subsidiariedade, enunciando, ambos, que o ser humano, em sendo fundamento, causa e fim de todas as instituições sociais, tem o direito de desenvolver-se segundo a sua própria natureza e a responsabilidade moral primária na realização de seus encargos vitais. Retirar o direito de o homem ser o ‘conformador de si próprio’ é esvaziar a própria natureza humana.”

⁴⁵⁶ Cláudio Pereira de SOUZA NETO e José Vicente Santos de MENDONÇA discordam de tal entendimento, centrando sua análise no capítulo econômico da Constituição (“Fundamentalização e Fundamentalismo na Interpretação do Princípio Constitucional da Livre Iniciativa” *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de e SARMENTO, Daniel [coordenadores]. *A Constitucionalização do Direito*, p. 734-740).

⁴⁵⁷ O parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 8.080/90, por sua vez, dispõe: “Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.”

⁴⁵⁸ Não se discorrerá aqui, por não dizer com a temática do trabalho, sobre a aplicação do princípio da subsidiariedade no plano jurídico-político e nas relações em que envolvidos grupos intermédios. Para uma análise mais completa, veja-se TORRES, Silvia Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*, *passim*.

gravemente su vida autónoma o su igual valor (supuesto de hecho material de los derechos sociales fundamentales), el Estado se encuentra obligado a actuar de manera positiva y fáctica respecto a tal individuo. [...]

El hecho de que el Estado sólo sea un obligado secundario responde a la primacía del ser humano sobre la estructura social y a la primacía de la sociedad civil frente al Estado. Ni la una ni el otro deben pretender sustituir a la persona en el esfuerzo por desarrollarse autónomamente. En especial, el Estado sólo debe intervenir cuando la capacidad de actuar por parte del individuo se agota o se torna inadecuada ante una situación concreta.”⁴⁵⁹

Daí extrair-se que o princípio da subsidiariedade comporta aplicação dúplice: sob a ótica negativa, significa que o Estado não deve assumir para si tarefas que o indivíduo pode desempenhar; sob o aspecto positivo, implica a obrigação estatal de prestar assistência àqueles sujeitos incapazes de assumir integralmente a responsabilidade pelo suprimento de suas necessidades⁴⁶⁰. Como anteviu Sarlet, cuida-se de importante critério de “distribuição dos encargos no âmbito da efetivação de padrões mínimos de justiça social entre os órgãos estatais e a sociedade”⁴⁶¹. No que concerne às demandas individuais por prestações de saúde não abrangidas pelo SUS, em particular, o princípio da subsidiariedade reforça a conclusão de que indispensável ao autor demonstrar ser incapaz de obtê-las às próprias expensas – seja porque lhe falta aptidão física ou mental, seja por não dispor de recursos suficientes para tal. Como visto, sem a comprovação da efetiva necessidade, sequer é possível entrever a existência do direito *prima facie*, de modo que inexorável a improcedência do pedido.

5.4. Síntese Conclusiva

Se a instituição e aplicação de critérios limitadores à assistência estatal à saúde são inevitáveis – pois finitos os recursos disponíveis, inesgotáveis as demandas sanitárias e

⁴⁵⁹ *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005, p. 156-157.

⁴⁶⁰ Cf. MONTEBELLO, Mariana. “O Princípio da Subsidiariedade e a Constituição da República de 1988, in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco e NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 483: “A subsidiariedade apresenta caráter dúplice, comportando aplicação simultaneamente negativa e positiva. O aspecto negativo do princípio revela-se ao preconizar que aquilo que pode ser exercido pelo indivíduo ou por sociedades menores não deve ser confiado a sociedades de maior envergadura, nem tampouco ao Estado. Por sua vez, seu aspecto positivo é evidenciado na medida em que os grupos maiores têm a obrigação de suprir eventuais deficiências dos menores, prestando assistência aos atores insuficientes, estimulando, coordenando, fomentando, suplementando e suprimindo, se necessário, a iniciativa pessoal.” No ponto, veja-se também SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 377.

⁴⁶¹ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 377.

múltiplos os interesses sociais a atender –, a questão central está na escolha das balizas corretas, capazes de propiciar a eficiência dos gastos públicos sem resvalar no utilitarismo puro e simples. Nesse contexto, e considerando o atual estágio da jurisprudência pátria, de grande valia pode ser o exame das lições doutrinárias e jurisprudenciais estrangeiras, a serem utilizadas subsidiariamente aos parâmetros estipulados pelo próprio legislador constituinte e ordinário.

Ora, para além de ser economicamente inviável, o princípio do resgate não foi endossado pelo ordenamento jurídico pátrio – como, aliás, comprovam os critérios da universalidade, da igualdade, da integralidade e da subsidiariedade sobre os quais se discorreu. Ainda assim, é diuturnamente empregado por julgadores que, sem atentar para as especificidades do caso concreto e para o fato de que a saúde do restante da comunidade pode estar em risco, reconduzem de forma automática o direito à saúde do postulante individual ao direito à vida e, por conseqüência, o fazem prevalecer necessariamente quando da ponderação. Não se discute, por óbvio, que os direitos à vida e à dignidade são sobranceiros; entretanto, sua proteção não pode se dar ao custo da continuidade do Estado Social e dos princípios da igualdade e da solidariedade que animam.

Indispensável, pois, que o juiz aprecie com profundidade a hipótese que lhe é posta, verificando em especial: i) se o indivíduo efetivamente necessita daquilo que pleiteia, tanto sob o aspecto financeiro quanto sob o aspecto médico; ii) se o eventual deferimento da pretensão instituiria tratamento diferenciado injustificado; e iii) se a prestação pleiteada desconsidera o estágio atual da saúde no país.

6. DAS POSSIBILIDADES DAS DEMANDAS COLETIVAS POR PRESTAÇÕES DE SAÚDE

6.1. Notas Introdutórias

Se o capítulo anterior dedicou-se preponderantemente ao estudo dos limites às demandas individuais por prestações de saúde, o enfoque deste capítulo recairá, ao revés, sobre as possibilidades das demandas coletivas por prestações sanitárias. Como já se reportou, a jurisprudência pátria é pródiga quando cuida de conferir efetividade ao direito à saúde em seu aspecto individual, elastecendo – por vezes irrefletidamente – o rol de prestações passíveis de obtenção forçada à guisa de respeito a direito subjetivo originário. Entretanto, fenômeno inverso ocorre quando o direito à saúde é posto à apreciação judicial sob a ótica coletiva: aqui, a maioria dos tribunais reluta em exercer o dever constitucional que lhe incumbe e se recusa a controlar ativamente a atuação dos demais poderes – mormente do Executivo – em sede da formulação e da implementação de políticas sanitárias. Ao argumento de que tal proceder lhes seria vedado pelos princípios democrático e da separação de poderes, que garantiriam ao administrador uma margem de conformação infensa ao escrutínio judicial, perdem a melhor oportunidade de que dispõem para fazer justiça, não só a uma única pessoa insulada, mas a toda a coletividade que diuturnamente se vê privada de usufruir seu direito à saúde.

Numa sociedade de massa, urbana e globalizada, dúvida não pode haver quanto às inúmeras vantagens das demandas coletivas. Primeiramente, ao possibilitarem a dispensação de tratamento uniforme a um sem-número de pleitos assemelhados, servem de instrumento à macrojustiça e à concretização do princípio da igualdade, ao passo que evitam o congestionamento das vias judiciais⁴⁶². Em segundo lugar, permitem a tutela de direitos que,

⁴⁶² Cf. GAVRONSKI, Alexandre Amaral. “Das Origens ao Futuro da Lei de Ação Civil Pública: O Desafio de Garantir Acesso à Justiça com Efetividade” in MILARÉ, Edis (coordenador). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 20: “Todo esse incremento social determinou uma sobrecarga de demandas perante o Poder Judiciário ensejando uma outra razão, esta de política judiciária, para a coletivização das demandas: a *economia processual*. Também a *uniformização da jurisprudência* como direito do cidadão em uma sociedade de massas em que as lesões atingem um número elevadíssimo de pessoas, mas são resolvidas, freqüentemente, de forma díspar, pode ser elencada como um motivo ensejador da tutela jurisdicional coletiva.”. Observe-se que tais efeitos das demandas coletivas se

do contrário, permaneceriam desprotegidos, sobretudo por conta da hipossuficiência econômica e cultural de seus titulares⁴⁶³. Tal característica revela-se importantíssima na seara do direito prestacional à saúde, titularizado – à similitude da generalidade dos direitos sociais prestacionais – por grupos carentes de poder econômico e político que, não tivessem seus interesses vindicados na seara coletiva, jamais conseguiriam alcançar seu reconhecimento:

“O fato de que eles [os direitos econômicos, sociais e culturais] têm por objeto políticas públicas, ou programas de ação governamental, já constitui em si uma boa indicação sobre sua natureza e, por conseguinte, sobre a qualidade dos seus titulares. As políticas públicas em questão têm um elemento comum a reuni-las: elas buscam proteger, prioritariamente, os grupos sociais despidos de poder, econômico ou político, de forma a realizar, no conjunto da sociedade, o equilíbrio próprio daquela justiça proporcional, de que falou Aristóteles: distribuir mais aos que têm menos, e vice-versa. Em relação a tais grupos carentes a justiça comutativa da relação entre iguais não se aplica; ou, melhor, quando aplicada, produz o efeito perverso de agravar a desigualdade.

Ora, dizer que os titulares dos direitos econômicos, sociais e culturais são, prioritariamente, classes ou grupos despidos de poder econômico ou político significa reconhecer que esses direitos correspondem a interesses transindividuais, de natureza difusa ou coletiva. Sua defesa, em juízo ou fora dele, por conseguinte, não pode ser deixada à livre iniciativa dos seus titulares, mas implica, necessariamente, a intervenção do Estado e a atuação de associações de interesse público, na qualidade de partes substitutas.

Essa é a grande missão do Ministério Público, no quadro do Estado Social de Direito.”⁴⁶⁴

registram não só quando em discussão o direito à saúde em sua feição individual homogênea – por exemplo, quando pleiteado o fornecimento de medicamentos garantidos por lei a todos os portadores de determinada doença –, mas também coletiva ou difusa, na medida em que permitem a tutela de situações não individualizáveis e podem prevenir até mesmo o ajuizamento de eventuais ações indenizatórias.

⁴⁶³ Vide SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência*, p. 6: “Neste mesmo contexto, há que deixar registrada a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população, vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral – resultantes da opressão sócio-econômica – acabam não aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos, não podendo, portanto, nem mesmo ser considerados como verdadeiros ‘sujeitos de direito’, já que excluídos, em maior ou menor grau, do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.”. No ponto, confira-se também GAVRONSKI, Alexandre Amaral. “Das Origens ao Futuro da Lei de Ação Civil Pública: O Desafio de Garantir Acesso à Justiça com Efetividade” in MILARÉ, Edis (coordenador). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos*, p. 19: “Em outra Conferência, o doutrinador italiano [Mauro Cappelletti] identificou mais características do nosso tempo que merecem referência. A pobreza econômica e, especialmente, a pobreza cultural, social e jurídica dela advinda, da qual resulta um *sentimento de alienação* do cidadão perante os obstáculos institucionais e legais, é uma delas. Efetivamente, cada vez mais a população se sente acuada diante dos fenômenos macroeconômicos que conduzem suas vidas e inertes diante de tantas lesões novas de direitos que, não raras vezes, sequer são conhecidos do povo.”

⁴⁶⁴ COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 252-253.

Nada obstante, é lógico que o Judiciário não pode tudo e que é tarefa dos governantes eleitos pelo voto popular elaborar as políticas públicas de saúde, é dizer, escolher as metas sanitárias a priorizar e os meios a adotar em sua consecução. Nada obstante, quando por ventura vierem a falhar no cumprimento de seu dever de a todos garantir a promoção, a proteção e a possibilidade de recuperação da saúde, seja porque tenham permanecido inertes, seja porque suas escolhas tenham se provado contrárias a preceitos constitucionais e legais, o juiz não só poderá como deverá agir corretivamente. Caber-lhe-á declarar que o comportamento estatal é ilegítimo e, conforme o caso, determinar que providências sanatórias sejam tomadas: nossa intenção neste capítulo é, justamente, explicitar quando será possível impor ao Estado prestações positivas em saúde, demonstrando o quão importante ao raciocínio é a estreita ligação existente entre o direito à proteção à saúde, a dignidade da pessoa humana e os objetivos constitucionais fundamentais.

Para tanto, reportaremos a experiência sul-africana na implementação judicial dos direitos sociais em sede coletiva, procurando, sem desprezar as inevitáveis diferenças, extrair lições úteis à realidade brasileira. O tópico seguinte será a análise da posição de preeminência de que desfruta o direito à saúde, derivada de sua relação íntima com a o princípio fundante da dignidade e com os objetivos constitucionais da promoção do desenvolvimento nacional e da erradicação da pobreza e da desigualdade. Passar-se-á, então, ao estudo das possibilidades de controle judicial em caso de omissão do administrador, tanto na fase primeira de formulação da política sanitária quanto na etapa seguinte de sua execução. Ato contínuo, o exame centrar-se-á no controle da razoabilidade/proporcionalidade das medidas por ventura adotadas, do respeito às prioridades constitucionais, do cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 e, por fim, da vedação de retrocesso social.

6.2. A Experiência Sul-Africana

6.2.1. Os Casos *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* e *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*

O constituinte pós-apartheid, como resultado de intenso debate jurídico-político, fez constar da Constituição sul-africana de 1996 diversos direitos sociais, econômicos e culturais. Contudo, preocupado em explicitar que sua implementação haveria de ser progressiva, já que

limitada pela quantidade de recursos disponível, bipartiu a redação dos artigos consagradores dos direitos à moradia, à saúde, à alimentação e à assistência social, estruturando-os em duas seções subseqüentes. Na primeira, previu que todos são titulares do direito de a eles ter acesso; na segunda, invariavelmente, inseriu cláusula segundo a qual o “Estado deve tomar medidas razoáveis, legislativas e de qualquer outra natureza, de acordo com seus recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva deste direito”⁴⁶⁵.

Segundo a interpretação da Corte Constitucional – estabelecida por ocasião do julgamento *Soobramoney v. Minister of Health* (1998) e reiterada nos casos *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* (2001) e *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others* (2002) –, tais dispositivos, conjugadas as duas seções que os compõem, não ensejariam qualquer pretensão subjetiva passível de postulação individual. Nem por isso, ao contrário do que se poderia num primeiro momento supor, deixou o tribunal de conferir-lhes alguma sindicabilidade: reconheceu que fazem surgir para o Estado o dever de adotar medidas razoáveis para eliminar ou reduzir progressivamente as grandes áreas de severa privação que afligem a sociedade, cabendo ao Judiciário assegurar que ditas providências, legislativas ou de qualquer outra natureza, realmente atendam aos ditames da razoabilidade⁴⁶⁶.

No entender da corte, afigurar-se-ia impossível garantir a todos e a cada um a satisfação forçada de seus direitos sociais, mesmo considerados em seu núcleo mínimo (*minimum core*), o qual poderia servir apenas como critério de aferição da razoabilidade das medidas governamentais progressivamente implementadas⁴⁶⁷. Assim seria, em grande parte,

⁴⁶⁵ No original: “*The state must take reasonable legislative and other measures, within its available resources, to achieve the progressive realisation of this right.*”.

⁴⁶⁶ “[36] O Estado é obrigado a tomar medidas razoáveis de forma progressiva para eliminar ou reduzir as amplas áreas de severa privação que afligem nossa sociedade. As cortes garantirão que os processos democráticos sejam protegidos de modo a assegurar ‘*accountability*’, responsividade e abertura, tal como a Constituição determina na seção 1. Como a Carta de Direitos indica, suas funções com relação aos direitos socioeconômicos são destinadas a assegurar que medidas legislativas ou de outra natureza adotadas pelo Estado sejam razoáveis.” No original: “[36] *The state is obliged to take reasonable measures progressively to eliminate or reduce the large areas of severe deprivation that afflict our society. The courts will guarantee that the democratic processes are protected so as to ensure accountability, responsiveness and openness, as the Constitution requires in section 1. As the Bill of Rights indicates, their function in respect of socio-economic rights is directed towards ensuring that legislative and other measures taken by the state are reasonable.*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*, aresto disponível para consulta na íntegra no endereço eletrônico <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2378.PDF>, acessado em 29/06/2007).

⁴⁶⁷ “Embora Yacoob J tenha indicado que a prova num caso específico pode demonstrar existir um ‘núcleo’ mínimo de um serviço específico a ser considerado para determinar se as medidas adotadas pelo Estado são razoáveis, os direitos socioeconômicos previstos na Constituição não devem ser interpretados como conferindo a todos o direito de demandar que este núcleo mínimo lhe seja oferecido. O núcleo mínimo foi, portanto, tratado como sendo possivelmente relevante para o exame da razoabilidade segundo a Seção 26(2), e não como um

por faltar aos juízes aptidão institucional para definir como os recursos estatais devem ser preferencialmente despendidos, cabendo-lhes manejar o orçamento apenas quando inadequadas ou insatisfatórias as decisões tomadas pelos demais poderes⁴⁶⁸. Ao fazê-lo, é bem de ver, não lhes compete perquirir se providências outras, ainda que melhores ou mais desejáveis, poderiam ter sido adotadas: legislador e administrador gozam de ampla margem de conformação, bastando que demonstrem a razoabilidade de sua escolha para que se tenha por cumprido seu dever constitucional⁴⁶⁹.

Ressalte-se, todavia, que, como explicitado em *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, o comando constitucional não se satisfaz com a mera confecção de medidas legislativas razoáveis, já que indispensável sua concretização, por intermédio da formulação e implementação de políticas e programas igualmente razoáveis. A aferição da razoabilidade das providências adotadas, advertiu o tribunal, há de ter por contexto a carta constitucional de direitos como um todo: para que possa considerar-se verdadeiramente fundada nos princípios da dignidade, da liberdade e da igualdade, a

direito exigível por si só, conferido a todos pela Seção 26(1). No original: “[34] *Although Yacoob J indicated that evidence in a particular case may show that there is a minimum ‘core’ of a particular service that should be taken into account in determining whether measures adopted by the state are reasonable, the socio-economic rights of the Constitution should not be construed as entitling everyone to demand that the minimum core be provided to them. Minimum core was thus treated as possibly being relevant to reasonableness under section 26(2), and not as a self-standing right conferred on everyone under section 26(1).*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

⁴⁶⁸ “[38] As cortes são inadequadas para adjudicar assuntos em que suas determinações poderiam causar múltiplos impactos sociais e econômicos à comunidade. A Constituição contempla uma função restrita e focalizada para as cortes, nomeadamente ordenar ao Estado que tome medidas para cumprir suas obrigações constitucionais e submeta a razoabilidade dessas medidas à avaliação. Tais determinações sobre a razoabilidade podem, de fato, ter implicações orçamentárias, mas não se destinam em si a reajustar orçamentos. Dessa forma, as funções judiciais, legislativas e executivas atingem um equilíbrio constitucional adequado. No original: “[38] *Courts are ill-suited to adjudicate upon issues where court orders could have multiple social and economic consequences for the community. The Constitution contemplates rather a restrained and focused role for the courts, namely, to require the state to take measures to meet its constitutional obligations and to subject the reasonableness of these measures to evaluation. Such determinations of reasonableness may in fact have budgetary implications, but are not in themselves directed at rearranging budgets. In this way the judicial, legislative and executive functions achieve appropriate constitutional balance.*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

⁴⁶⁹ “[41] [...] Ao proceder ao exame da razoabilidade, uma corte não deverá indagar se outras medidas mais desejáveis ou favoráveis deveriam ter sido adotadas, ou se o dinheiro público poderia ter sido melhor gasto. A questão deveria ser se as medidas adotadas são razoáveis. É necessário reconhecer que um largo espectro de medidas possíveis podem ser adotadas pelo Estado para cumprir suas obrigações. Muitas delas cumpririam com a exigência da razoabilidade. Uma vez demonstrada que as medidas assim o fazem, essa exigência está cumprida.” No original: “[41] [...] *A court considering reasonableness will not enquire whether other more desirable or favourable measures could have been adopted, or whether public money could have been better spent. The question would be whether the measures that have been adopted are reasonable. It is necessary to recognise that a wide range of possible measures could be adopted by the state to meet its obligations. Many of these would meet the requirement of reasonableness. Once it is shown that the measures do so, this requirement is met.*” (cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, disponível para consulta na íntegra no endereço eletrônico <http://www.constitutionalcourt.org.za/Archimages/2798.PDF>, acessado em 29/06/2007).

sociedade deve procurar garantir a todos – mormente àqueles mais necessitados – a satisfação de suas necessidades básicas. Conseqüentemente, medidas sociais razoáveis não podem ignorar as situações em que as necessidades mostrem-se mais urgentes e a capacidade de exercício dos demais direitos esteja mais claramente em perigo.

“[44] Razoabilidade deve ser compreendida também no contexto da Carta de Direitos como um todo. O direito ao acesso à moradia adequada é garantido porque valorizamos os seres humanos e desejamos assegurar que lhes sejam fornecidas suas necessidades humanas básicas. Uma sociedade deve buscar garantir que as necessidades básicas da vida sejam providas a todos se pretende ser uma sociedade baseada na dignidade humana, liberdade e igualdade. Para serem razoáveis, as medidas não podem deixar de contemplar o grau e a extensão da negativa do direito que pretendem realizar. Aqueles cujas necessidades são as mais urgentes e que, portanto, têm sua capacidade de gozar todos os direitos em maior risco, não podem ser ignorados pelas medidas visantes à consecução do direito.”⁴⁷⁰

Por tal razão, precisamente, a corte entendeu desarrazoadas as políticas públicas inquinadas em *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* e *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*. No primeiro caso, centenas de desabrigados que, após invadirem propriedade privada e dela serem retirados por ordem judicial, se encontravam precariamente alojados sob tendas plásticas improvisadas, reivindicavam fosse-lhes garantido pelo Estado alívio imediato, por meio do fornecimento de abrigo adequado, até que obtivessem acomodações permanentes⁴⁷¹. Após esclarecer não serem os demandantes titulares de qualquer direito subjetivo individualizável à moradia – e apesar de reconhecer que importantes providências de médio e longo prazo vinham sendo implementadas pelo Estado –, a corte concluiu que o programa estatal de acesso à habitação não era razoável. Isso porque, se não podia garantir solução rápida à maioria, dada a extensão do déficit a debelar, cabia ao governo, obrigatoriamente,

⁴⁷⁰ Cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*. No original: “[44] Reasonableness must also be understood in the context of the Bill of Rights as a whole. The right of access to adequate housing is entrenched because we value human beings and want to ensure that they are afforded their basic human needs. A society must seek to ensure that the basic necessities of life are provided to all if it is to be a society based on human dignity, freedom and equality. To be reasonable, measures cannot leave out of account the degree and extent of the denial of the right they endeavour to realise. Those whose needs are the most urgent and whose ability to enjoy all rights therefore is most in peril, must not be ignored by the measures aimed at achieving realisation of the right.”.

⁴⁷¹ Apesar de não tratar do direito à saúde, analisar-se-á o caso *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others* por conta da originalidade da decisão proferida e de seu interesse para o presente estudo.

adotar medidas de assistência emergencial àquelas pessoas desesperadamente necessitadas – aspecto que a política em vigor não contemplava em absoluto⁴⁷².

Fundado em tais premissas, o tribunal determinou fosse o programa alterado, para que passasse a incluir medidas razoáveis, destinadas a conferir alívio àqueles que, sem acesso à terra e sem dispor de um teto, viviam em condições intoleráveis ou enfrentavam situações de crise⁴⁷³. Observe-se que em momento algum os julgadores especificaram quais as providências razoáveis a adotar: limitaram-se a citar, à guisa de exemplo, aquelas implementadas por autoridade local, bem assim a afirmar, de forma genérica, que parcela razoável do orçamento dedicado à moradia haveria de ser devotada à sua consecução⁴⁷⁴. Confira-se o dispositivo do acórdão:

“[99] [...] É declarado que:

⁴⁷² “[52] [...] Em outras palavras, não há disposição expressa para facilitar o acesso à assistência temporária para pessoas que não têm acesso à terra, nem teto sobre suas cabeças, para pessoas que estão vivendo em condições intoleráveis e para pessoas que estão suportando crises decorrentes de desastres naturais, tais como enchentes e incêndios, ou porque seus lares estão sob risco de demolição. Essas são pessoas em necessidade desesperadora.”; “[65] A ausência desse componente poderia ter sido aceitável se o programa nacional de moradia resultasse em casas disponíveis para a maior parte das pessoas num período razoável de tempo. No entanto, a escala do problema é tamanha que isso simplesmente não pode acontecer. [...] Autoridades de habitação são compreensivelmente incapazes de estimar quando as moradias estarão disponíveis para essas pessoas em situação de desespero. O resultado é que pessoas em necessidade desesperadora são deixadas sem qualquer forma de auxílio, sem nenhuma previsão de atendimento às suas necessidades. Não só as crises imediatas ficam sem solução. A conseqüente pressão sobre os assentamentos existentes resulta inevitavelmente em invasões de terra pelos desesperados, frustrando, assim, a consecução dos objetivos de médio e longo prazo do programa nacional de moradia.”. No original: “[52] [...] *In other words there is no express provision to facilitate access to temporary relief for people who have no access to land, no roof over their heads, for people who are living in intolerable conditions and for people who are in crisis because of natural disasters such as floods and fires, or because their homes are under threat of demolition. These are people in desperate need.*”; [65] *The absence of this component may have been acceptable if the nationwide housing programme would result in affordable houses for most people within a reasonably short time. However the scale of the problem is such that this simply cannot happen. [...] Housing authorities are understandably unable to say when housing will become available to these desperate people. The result is that people in desperate need are left without any form of assistance with no end in sight. Not only are the immediate crises not met. The consequent pressure on existing settlements inevitably results in land invasions by the desperate thereby frustrating the attainment of the medium and long term objectives of the nationwide housing programme.*” (cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*)

⁴⁷³ “[96] À luz das conclusões a que cheguei, é necessário e apropriado emitir uma ordem declaratória. A ordem requer que o Estado aja para cumprir a obrigação imposta pela Seção 26(2) da Constituição. Isso inclui a obrigação de conceber, financiar, implementar e supervisionar medidas para fornecer assistência àqueles em situação desesperadora.” No original: “[96] *In the light of the conclusions I have reached, it is necessary and appropriate to make a declaratory order. The order requires the state to act to meet the obligation imposed upon it by section 26(2) of the Constitution. This includes the obligation to devise, fund, implement and supervise measures to provide relief to those in desperate need.*” (cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*)

⁴⁷⁴ “[66] [...] É essencial que uma parte razoável do orçamento nacional de moradia seja destinada a isso, mas a alocação precisa é, em primeira instância, decisão do governo nacional.” No original: “[66] [...] *It is essential that a reasonable part of the national housing budget be devoted to this, but the precise allocation is for national government to decide in the first instance.*” (cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*)

- (a) A Seção 26(2) da Constituição determina que o Estado conceba e implemente dentro de seus recursos disponíveis um programa amplo e coordenado para realizar progressivamente o direito de acesso à moradia adequada;
- (b) O programa deve incluir medidas razoáveis tais como, mas não necessariamente limitadas a, aquelas contempladas no Programa Gerenciado de Assentamento Acelerado [*Accelerated Managed Land Settlement Programme*], para fornecer assistência a pessoas que não têm acesso à terra, nem qualquer teto sobre suas cabeças, e que estão vivendo em condições intoleráveis ou situações de crise;
- (c) Como na data da propositura desta ação o programa estatal de moradia na área do Conselho Metropolitano do Cabo não se submetia aos requisitos contidos no parágrafo (b), falhou em, de acordo com seus recursos disponíveis, destinar provisão razoável para pessoas na área Metropolitana do Cabo sem acesso à terra, nem teto sobre suas cabeças, e que estavam vivendo em condições intoleráveis ou situações de crise.”⁴⁷⁵

Digna de nota, ainda, a fórmula encontrada pelos juízes para viabilizar a fiscalização da execução da sentença: atribuíram a um órgão independente – no caso a *Human Rights Commission* – a função de supervisionar o cumprimento do programa, relatando ao tribunal os esforços empreendidos pelo administrador. No dizer de Víctor Abramovich e Christian Curtis:

*“[...] Puede concederse que, por razones funcionales, un cuerpo administrativo de carácter permanente está en mejores condiciones de supervisar el cumplimiento de un programa que el Poder Judicial, que tradicionalmente actúa de manera reactiva frente al planteo de un caso o una situación concreta. La solución de la Corte Constitucional distribuye inteligentemente las funciones: las tareas permanentes de monitoreo, recepción de información e informe de las medidas de cumplimiento quedan a cargo de un cuerpo administrativo, mientras al tribunal le corresponde evaluar periódicamente si esas medidas se adecuan al mandato judicial y – en caso negativo – expedir nuevas instrucciones de ejecución.”*⁴⁷⁶

⁴⁷⁵ No original: “[99] [...] It is declared that: (a) Section 26(2) of the Constitution requires the state to devise and implement within its available resources a comprehensive and coordinated programme progressively to realise the right of access to adequate housing; (b) The programme must include reasonable measures such as, but not necessarily limited to, those contemplated in the Accelerated Managed Land Settlement Programme, to provide relief for people who have no access to land, no roof over their heads, and who are living in intolerable conditions or crisis situations; (c) As at the date of the launch of this application, the state housing programme in the area of the Cape Metropolitan Council fell short of compliance with the requirements in paragraph (b), in that it failed to make reasonable provision within its available resources for people in the Cape Metropolitan area with no access to land, no roof over their heads, and who were living in intolerable conditions or crisis situations.”.

⁴⁷⁶ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 167-168.

Para Cass R. Sunstein, entusiasta da linha interpretativa adotada pela Corte Constitucional sul-africana no que concerne aos direitos sociais, em tal precedente o tribunal conferiu-lhes tratamento típico do direito administrativo, ao considerar ser ônus do Estado explicitar as razões pelas quais escolheu determinado programa e responsabilizar-se por seu fracasso em implementar providência diversa. Ao ver do autor, tal postura é extremamente vantajosa, pois, ao passo que oferece proteção contra eventual arbítrio, reconhece que os recursos são limitados e respeita a legitimidade democrática dos administradores. Ora, comprovado que os recursos disponíveis foram alocados de forma racional, a opção do poder competente terá sido válida e impossibilitada restará a intervenção judicial⁴⁷⁷; se, ao revés, o administrador não lograr demonstrar a razoabilidade de suas escolhas, caberá ao juiz determinar sua correção:

“O que a Corte Constitucional Sul-Africana fez basicamente foi adotar um modelo de direito administrativo de direitos socioeconômicos. Cortes utilizando esse modelo são refratárias a invalidar decisões de agências reguladoras por arbitrárias. Isso, com efeito, é o que a Corte Constitucional fez em Grootboom. A Corte determinou que o governo desenvolvesse e financiasse um programa pelo qual um grande número de pessoas de baixa renda pudessem ter acesso à moradia emergencial. O que a Corte exigiu foi algum tipo de plano razoável, concebido para garantir que a assistência venha realmente para um percentual significativo das pessoas de baixa renda. Sob esse ponto de vista, a Constituição não obriga o governo a garantir que todos recebam abrigo, mas determina que destine mais recursos do que de outra forma faria para o problema de habitação insuficiente para os pobres. Mais especificamente, a Corte determinou ao governo que mantivesse um plano de assistência emergencial para aqueles que dela necessitassem. Esta é a brecha considerada inaceitável em Grootboom.”⁴⁷⁸

⁴⁷⁷ “Num caso típico de direito administrativo, uma agência é confrontada com um ônus de informação. Ela deve demonstrar as razões de adoção de um programa que escolheu; deve responsabilizar-se por seu fracasso em adotar um programa de natureza diversa. Para os tribunais, essa posição é atrativa na medida em que protege contra a arbitrariedade ao mesmo tempo em que também reconhece o ‘pedigree’ democrático da agência e o simples fato de os recursos são limitados. Se uma agência alocou recursos de uma forma racional, ela agiu de acordo com a lei.” No original: “*In a typical administrative law case, an agency is faced with a burden of explanation. It must show why it has adopted the program it has chosen; it must account for its failure to adopt a program of a different sort. For courts, a special attraction of this position is that it protects against arbitrariness while it also recognizes the democratic pedigree of the agency and the simple fact of limited resources. If an agency has allocated resources in a rational way, it has acted lawfully.*” (SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy. What Constitutions Do.* New York: Oxford University Press, 2001, p. 234)

⁴⁷⁸ SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy*, p. 234-235. No original: “*What the South African Constitutional Court has basically done is to adopt an administrative law model of socioeconomic rights. Courts using that model are hardly unwilling to invalidate an agency’s choice as arbitrary. That, in effect, is what the Constitutional Court did in Grootboom. The Court required government to develop, and fund, a program by which a large number of poor people are given access to emergency housing. What the Court called 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 Constitution constrains government not by ensuring that everyone receives*

No caso *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*, por sua vez, organizações não-governamentais pretendiam compelir o Estado a disponibilizar o anti-retroviral Nevirapine em todas as unidades públicas de saúde, para utilização por ocasião do parto por mulheres grávidas infectadas pelo vírus HIV e seus recém-nascidos. A demanda fez-se necessária porque o programa governamental de prevenção do contágio entre mãe e filho restringia a distribuição do medicamento a pouquíssimos centros de pesquisa e treinamento – mais precisamente dois em cada província do país –, deixando à própria sorte as demais mulheres e recém-nascidos usuários da rede pública. Como consequência, no entender dos demandantes, as medidas adotadas pelo Estado para garantir o acesso à saúde por mulheres grávidas soropositivas eram insuficientes, já que proibiam a administração do Nevirapine nos hospitais públicos não-selecionados e deixavam de implementar um programa geral de prevenção à transmissão do HIV no parto, tornando impositiva a intervenção judicial.

Em resposta, o governo explicitou as razões pelas quais limitara a utilização da droga em questão. Primeiramente, dado o grande risco de contágio pós-parto inerente à amamentação, preocupava-lhe se o medicamento surtiria efeito sem a adoção de medidas complementares, em especial a substituição do leite materno, acompanhada da ingestão de suplementos vitamínicos e antibióticos. Ora, uma vez que indispensável garantir o fornecimento de tais produtos, cuidar para que fossem utilizados corretamente e monitorar a efetividade do tratamento, as mães haveriam de receber orientação e acompanhamento por pessoal treinado. Ocorre que, para além das barreiras culturais a eliminar, a falta de recursos orçamentários suficientes, de conselheiros treinados e de água tratada em diversas áreas rurais tornavam impossível a extensão imediata do programa a todas as clínicas e hospitais públicos. Por outro lado, também as possibilidades de mãe e filho apresentarem efeitos colaterais graves ou virem a desenvolver resistência ao medicamento desaconselhavam, ao menos num primeiro momento, a adoção indiscriminada do tratamento.

Pois bem. Ao analisar a razoabilidade de tal política, a corte não se impressionou com os argumentos estatais. A partir das evidências trazidas aos autos por ambas as partes, concluiu que, mesmo quando não sucedida das medidas complementares previstas no programa – é dizer, mesmo quando o recém-nascido for alimentado com leite materno –, a administração de Nevirapine por ocasião do parto tem grande probabilidade de prevenir a transmissão do vírus e salvar significativo número de vidas. Por outro lado, o problema

shelter but by requiring government to devote more resources than it otherwise would to the problem of insufficient housing for the poor. More particularly, the Court requires government to maintain a plan for emergency relief for those who need it. This is the particular gap found unacceptable in Grootboom.”

imposto pelas restrições orçamentárias viu-se em muito minorado, já que a adoção das providências suplementares, apesar de desejável, não se provou indispensável, e que no decorrer do processo mais verbas foram destinadas à consecução do programa. Por fim, a grande chance de bom êxito na prevenção do contágio compensaria amplamente o pequeno risco de algumas crianças virem a se tornar resistentes à droga, sendo certo que nenhuma pesquisa científica indicou que uma única dose de Nevirapine quando do parto pudesse causar qualquer reação grave à mãe ou à criança – tanto que a terapêutica mereceu recomendação pela Organização Mundial de Saúde e aprovação pelos órgãos de vigilância sanitária sul-africanos.

No entender do tribunal, como a esta altura já é possível antever, a política governamental de restringir a distribuição do Nevirapine a poucos centros de pesquisa e treinamento não se mostrou razoável, por deixar de considerar e satisfazer as necessidades das mães e dos recém-nascidos que por ventura não tinham acesso às unidades de saúde selecionadas⁴⁷⁹. Ademais, ponderou, a droga poderia ser fornecida com sucesso e sem riscos ou custos adicionais importantes em outras clínicas e hospitais públicos que já dispusessem de unidades de testagem e aconselhamento, bastando que os orientadores existentes recebessem curto treinamento complementar. Concluíram os julgadores, então, que o Estado não possuía um programa geral, coerente, eficaz e progressivo de prevenção à transmissão do HIV no parto, e que, por tal motivo, descumpriu seu dever constitucional de adotar medidas razoáveis, de acordo com os recursos à sua disposição, para facilitar o acesso de mães soropositivas carentes e seus bebês ao tratamento em questão⁴⁸⁰.

Declarada a insuficiência da política governamental frente à Constituição, a corte determinou sua reformulação. Apesar de reconhecer a extraordinária dificuldade enfrentada pelo Estado para dar efetividade aos direitos sociais, tratavam-se, reafirmou, de obrigações

⁴⁷⁹ “[17] O núcleo do problema, entretanto, reside em outra parte: o que acontecerá àquelas mães e seus bebês que não puderem pagar assistência médica privada e que não têm acesso aos centros de pesquisa e treinamento?” No original: “[17] *The crux of the problem, however, lies elsewhere: what is to happen to those mothers and their babies who cannot afford access to private health care and do not have access to the research and training sites?*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

⁴⁸⁰ “[70] Ao se tratar dessas questões, deve-se ter em mente que o caso se refere especificamente àqueles que não podem pagar por assistência médica. Na medida em que o governo limita a oferta de nevirapine aos seus centros de pesquisa, serão os pobres fora das áreas de alcance desses centros que sofrerão as conseqüências.” No original: “[70] *In dealing with these questions it must be kept in mind that this case concerns particularly those who cannot afford to pay for medical services. To the extent that government limits the supply of nevirapine to its research sites, it is the poor outside the catchment areas of these sites who will suffer.*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

constitucionais inadiáveis⁴⁸¹. E dessa vez, à vista da motivação expendida, entendeu de especificar uma série de providências de ajuste, reputadas indispensáveis à razoabilidade do programa:

“[135] Determinamos, em decorrência, o seguinte:

1. As determinações da Alta Corte são deixadas de lado e as seguintes lhes substituirão.

2. Declara-se que:

a) As Seções 27(1) e (2) da Constituição determinam que o governo conceba e implemente de acordo com seus recursos disponíveis um programa amplo e coordenado para realizar de forma progressiva os direitos de mulheres grávidas e de suas crianças recém-nascidas à saúde e combater transmissões de HIV de mãe para filho.

b) O programa a ser realizado de forma progressiva dentro dos recursos disponíveis deve incluir medidas razoáveis para aconselhar e testar HIV em mulheres grávidas, aconselhar mulheres grávidas com HIV positivo sobre as opções disponíveis para redução dos riscos de transmissão de mãe para filho, e proceder ao tratamento disponível para as mães visando a esse objetivo.

c) A política para redução do risco de transmissão de HIV de mãe para filho, como formulada e implementada pelo governo, deixou de cumprir com as exigências dos subparágrafos (a) e (b) no seguinte:

i) Médicos em hospitais públicos e clínicas outras que não de pesquisa e treinamento não tinham permissão para prescrever nevirapine para redução do risco de transmissão de HIV de mãe para filho, mesmo quando fosse clinicamente indicado ou existisse instalação adequada para realização do teste e do aconselhamento das mulheres grávidas interessadas.

ii) A política falhou em fazer provisão para aconselhadore em hospitais e clínicas que não de pesquisa e treinamento serem treinados em aconselhamento para uso do nevirapine como meio de redução do risco de transmissão de HIV de mãe para filho.

3. Determina-se ao Governo que, sem demora:

⁴⁸¹ “[94] Estamos também conscientes dos problemas intimidantes que confrontam o governo como resultado da pandemia. E, além da pandemia, o Estado enfrenta grandes demandas em relação ao acesso à educação, à terra, à moradia, à assistência médica, à alimentação, à água e à previdência social. Esses são os direitos econômicos sociais entrenchados na Constituição, e o Estado é obrigado a tomar medidas razoáveis, legislativas ou de outra natureza, dentro de seus recursos disponíveis, com vistas a alcançar uma realização progressiva de cada um deles. À luz de nossa história, essa é uma tarefa extraordinariamente difícil. De qualquer modo, é uma obrigação imposta ao Estado pela Constituição.” No original: “[94] *We are also conscious of the daunting problems confronting government as a result of the pandemic. And besides the pandemic, the state faces huge demands in relation to access to education, land, housing, health care, food, water and social security. These are the socio-economic rights entrenched in the Constitution, and the state is obliged to take reasonable legislative and other measures within its available resources to achieve the progressive realisation of each of them. In the light of our history this is an extraordinarily difficult task. Nonetheless it is an obligation imposed on the state by the Constitution.*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

- a) Remova as restrições que impedem o nevirapine de ser disponibilizado para o propósito de reduzir o risco de transmissão de HIV de mãe para filho em hospitais públicos e clínicas que não de pesquisa e treinamento.
- b) Permita e facilite o uso do nevirapine para o propósito de reduzir o risco de transmissão de HIV de mãe para filho e o torne disponível em hospitais e clínicas quando clinicamente indicado pelo médico atendente em conjunto com o médico superintendente do local, e, se necessário, fazendo com que a mãe interessada tenha sido apropriadamente testada e aconselhada.
- c) Fazer provisão, se necessário, para que aconselhadore baseados em hospitais públicos e clínicas que não de pesquisa e treinamento sejam treinados para o necessário aconselhamento sobre o uso do nevirapine com vistas a redução de transmissão de HIV de mãe para filho.
- d) Tomar medidas razoáveis para estender os testes e locais de aconselhamento a hospitais e clínicas em todo o setor público de saúde, de modo a facilitar e acelerar o uso do nevirapine com o propósito de reduzir o risco de transmissão de HIV de mãe para filho.

As determinações constantes do parágrafo 3 não impedem que o governo adapte sua política de maneira consistente com a Constituição, caso métodos igualmente apropriados ou melhores se tornem disponíveis para a prevenção da transmissão de HIV de mãe para filho.”⁴⁸²

⁴⁸² No original: “[135] We accordingly make the following orders: 1. The orders made by the High Court are set aside and the following orders are substituted. 2. It is declared that: a) Sections 27(1) and (2) of the Constitution require the government to devise and implement within its available resources a comprehensive and co-ordinated programme to realise progressively the rights of pregnant women and their newborn children to have access to health services to combat mother-to-child transmission of HIV. b) The programme to be realised progressively within available resources must include reasonable measures for counselling and testing pregnant women for HIV, counselling HIV-positive pregnant women on the options open to them to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV, and making appropriate treatment available to them for such purposes. c) The policy for reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV as formulated and implemented by government fell short of compliance with the requirements in subparagraphs (a) and (b) in that: i) Doctors at public hospitals and clinics other than the research and training sites were not enabled to prescribe nevirapine to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV even where it was medically indicated and adequate facilities existed for the testing and counselling of the pregnant women concerned. ii) The policy failed to make provision for counsellors at hospitals and clinics other than at research and training sites to be trained in counselling for the use of nevirapine as a means of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV. 3. Government is ordered without delay to: a) Remove the restrictions that prevent nevirapine from being made available for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV at public hospitals and clinics that are not research and training sites. b) Permit and facilitate the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV and to make it available for this purpose at hospitals and clinics when in the judgment of the attending medical practitioner acting in consultation with the medical superintendent of the facility concerned this is medically indicated, which shall if necessary include that the mother concerned has been appropriately tested and counselled. c) Make provision if necessary for counsellors based at public hospitals and clinics other than the research and training sites to be trained for the counselling necessary for the use of nevirapine to reduce the risk of mother-to-child transmission of HIV. d) Take reasonable measures to extend the testing and counselling facilities at hospitals and clinics throughout the public health sector to facilitate and expedite the use of nevirapine for the purpose of reducing the risk of mother-to-child transmission of HIV. 4. The orders made in paragraph 3 do not preclude government from adapting its policy in a manner consistent with the Constitution if equally appropriate or better methods become available to it for the prevention of mother-to-child transmission of HIV.”.

Interessante notar que os juízes não se deixaram convencer pelos argumentos de que, sendo do administrador a competência para elaborar políticas públicas, qualquer ordem judicial que tivesse por efeito determinar-lhe a adoção de um programa em particular configuraria violação à separação de poderes. A seu ver, quando uma política é inquinada de inconstitucional, é dever indeclinável dos tribunais perquirir e declarar se sua formulação e implementação deu cumprimento às obrigações impostas pela carta de direitos; logo, se tal proceder constitui invasão dos domínios do Executivo, cuida-se de intromissão autorizada e determinada pela própria Constituição. De mais a mais, de nenhuma relevância se mostraria distinguir entre ordens declaratórias e mandamentais, uma vez que também as primeiras podem atingir políticas estatais e implicar repercussões orçamentárias. Fato é que, afetem ou não suas políticas, o governo está obrigado a dar efetividade às determinações judiciais e a encontrar os recursos necessários para tanto⁴⁸³.

Outrossim, a corte afirmou a possibilidade de vir a ordenar que, realizadas as modificações impostas, fosse a política reformulada submetida a novo escrutínio, como forma de comprovar o cumprimento da decisão e do dever constitucional. Não obstante, considerou

⁴⁸³ “[99] O dever primário das cortes é para com a Constituição e as leis, ‘as quais devem aplicar imparcialmente e sem temor, favorecimento ou preconceito’. A Constituição requer que o Estado ‘respeite, proteja, promova e cumpra os direitos previstos na Carta de Direitos’. Quando uma política do estado é objetada como inconsistente com a Constituição, as cortes devem considerar se ao formular e implementar tal política o Estado conferiu eficácia às suas obrigações constitucionais. Se for constatado que o Estado falhou nesse sentido, as cortes estão obrigadas pela Constituição a admiti-lo. Ao mesmo tempo em que isso constitui uma intrusão no domínio do poder Executivo, trata-se de uma intrusão determinada pela própria Constituição. Também não há mérito no argumento defendido em nome do Estado de que uma distinção deve ser feita entre ordens declaratórias e mandatórias em face do governo. Mesmo simples ordens declaratórias ao governo ou a organismos do Estado podem afetar suas políticas e ter implicações orçamentárias. O governo é constitucionalmente responsável pela execução de tais ordens, com ou sem efeitos sobre suas políticas, e deve encontrar os recursos para tanto. Assim, no caso Mpumalanga, esta Corte reconsiderou decisão de política de um governo provincial que encerrou o pagamento de subsídios a certas escolas e ordenou que os pagamentos continuassem por vários meses. Ademais, no ‘*case of August*’, a Corte, com vistas a conferir a prisioneiros o direito de voto, determinou que a Comissão Eleitoral alterasse sua política de eleições, planejamentos e regulamentos, com implicações substantivas em termos de custos.” No original: “[99] *The primary duty of courts is to the Constitution and the law, ‘which they must apply impartially and without fear, favour or prejudice’. The Constitution requires the state to ‘respect, protect, promote, and fulfil the rights in the Bill of Rights’. Where state policy is challenged as inconsistent with the Constitution, courts have to consider whether in formulating and implementing such policy the state has given effect to its constitutional obligations. If it should hold in any given case that the state has failed to do so, it is obliged by the Constitution to say so. In so far as that constitutes an intrusion into the domain of the executive, that is an intrusion mandated by the Constitution itself. There is also no merit in the argument advanced on behalf of government that a distinction should be drawn between declaratory and mandatory orders against government. Even simple declaratory orders against government or organs of state can affect their policy and may well have budgetary implications. Government is constitutionally bound to give effect to such orders whether or not they affect its policy and has to find the resources to do so. Thus, in the Mpumalanga case, this Court set aside a provincial government’s policy decision to terminate the payment of subsidies to certain schools and ordered that payments should continue for several months. Also, in the case of August the Court, in order to afford prisoners the right to vote, directed the Electoral Commission to alter its election policy, planning and regulations, with manifest cost implications.*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

desnecessário fazê-lo, na medida em que o governo sempre respeitara e executara suas ordens anteriores, nada estando a indicar que procederia diferentemente nesse caso⁴⁸⁴.

Para Cass R. Sunstein, com tais decisões, a Corte Constitucional sul-africana conseguiu compatibilizar a necessidade de conferir efetividade aos direitos sociais, de um lado, e a impossibilidade do Judiciário vir a definir políticas públicas e gerenciar orçamentos, de outro, garantindo o bom funcionamento dos processos democráticos:

“Na minha opinião, a Corte Constitucional estabeleceu uma abordagem nova e promissora para a proteção judicial de direitos econômicos e sociais, que fala diretamente às maiores preocupações daqueles que acreditam que tais direitos não podem ser implementados por meio dos tribunais. As decisões da Corte exigem atenção estrita aos interesses humanos em risco e definição sensata de prioridades, mas não conferem proteção a cada pessoa cujas necessidades econômicas estão em risco. As decisões sugerem que os direitos fundamentais não podem servir para esvaziar a deliberação democrática, mas sim para assegurar que a atenção democrática recaia sobre interesses relevantes que de outra forma poderiam ser negligenciados no debate ordinário. Isso tem grandes implicações na maneira como pensamos sobre cidadania, democracia e necessidades sociais e econômicas mínimas.”⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ “[129] A ordem da Alta Corte incluía um interdito estrutural [‘structural interdict’], exigindo que os apelantes revisassem suas políticas e submetessem a política revisada à Corte, de modo a permitir o exame de sua consonância com a Constituição. No caso *Pretoria City Council* esta Corte reconheceu que os tribunais têm esses poderes. Em determinados casos as cortes devem exercer esse poder, se necessário for para assegurar o cumprimento de suas decisões. Isso pode ser em razão de uma falha no cumprimento de ordens declaratórias ou de outras medidas conferidas pela corte em casos específicos. Não consideramos, no entanto, que ordens devam ser dadas nesses termos a menos que seja necessário. O governo sempre respeitou e executou as ordens desta corte. Não há razão para acreditar que não o faça no presente caso.” No original: “[129] *The order made by the High Court included a structural interdict requiring the appellants to revise their policy and to submit the revised policy to the court to enable it to satisfy itself that the policy was consistent with the Constitution. In Pretoria City Council this Court recognised that courts have such powers. In appropriate cases they should exercise such a power if it is necessary to secure compliance with a court order. That may be because of a failure to heed declaratory orders or other relief granted by a court in a particular case. We do not consider, however, that orders should be made in those terms unless this is necessary. The government has always respected and executed orders of this Court. There is no reason to believe that it will not do so in the present case.*” (cf. *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*)

⁴⁸⁵ 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. 211-212. No original: “*In my view, the Constitutional Court set out a fresh and promising approach to judicial protection of social and economic rights that directly addresses the most serious concerns of those who believe that such rights cannot be enforced by courts. The court’s rulings require close attention to the human interests at stake and sensible priority setting, but they do not mandate protection to each person whose economic needs are at risk. They suggest that the underlying rights can serve not to preempt democratic deliberation, but to ensure democratic attention to important interests that might otherwise be neglected in ordinary debate. This has large implications for how we think about citizenship, democracy, and minimal social and economic needs.*”

6.2.2. Aplicabilidade no Brasil

Ainda que com as cautelas de praxe⁴⁸⁶, o exame das possibilidades de sindicalização dos direitos sociais prestacionais antevistas pela Corte Constitucional sul-africana pode nos ser de grande proveito e abrir novas perspectivas às demandas coletivas por prestações de saúde. Impossível, por óbvio, seu transplante integral, até porque completamente distintos os enfoques adotados aqui e lá quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos passíveis de individualização. Nesse ponto, não há dúvida, a doutrina nacional revela-se mais avançada, pois admite a existência de direitos subjetivos prestacionais originários – é dizer, extraíveis diretamente de mandamento constitucional – e, conforme o caso concreto, confere-lhes eficácia positiva plena. No entanto, apesar de não enxergar os direitos sociais como direitos subjetivos, o tribunal sul-africano vislumbrou com nitidez que, mesmo limitado pelos recursos disponíveis, o Estado está objetivamente obrigado a adotar medidas razoáveis para atingir sua progressiva realização. A partir daí, consolidou o entendimento de que as políticas públicas, quando de suas formulação e execução, podem e devem ser objeto de escrutínio judicial, cabendo ao juiz perquirir a razoabilidade das decisões governamentais. Considerando que boa parte dos pleitos levados ao Judiciário brasileiro com tal objetivo sequer chega a ser apreciado no mérito, ao argumento de que juridicamente impossíveis, bem se vê que a experiência sul-africana muito tem a contribuir.

Em *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, a corte examinou a política governamental de habitação e concluiu que as providências adotadas eram razoáveis e a quantidade de recursos dispensada significativa. Não razoável, a seu ver, era a omissão estatal, ao deixar de prever e implementar medidas em favor de pessoas em situação de necessidade desesperadora, privando-as de qualquer forma de alívio imediato. Por manter-se inerte frente às demandas de maior urgência, em que evidente o sério risco à dignidade, à liberdade e à igualdade, o Estado descumpria seu dever constitucional; conseqüentemente, declarada a inconstitucionalidade da inação estatal, outra opção não restava aos juízes senão determinar fosse ela corrigida, através da previsão e execução de providências razoáveis. Como várias eram as possibilidades de ação razoável à disposição, e por reconhecer que a escolha daquela a implementar incumbe preferencialmente ao administrador, nesse ponto o tribunal cedeu passo: limitou-se a apontar a prioridade

⁴⁸⁶ Vide Capítulo V, item 2.7.

constitucional desatendida e ordenar que parcela substancial do orçamento destinado à habitação lhe fosse destinada, sem especificar a medida a adotar nem a quantidade de recursos a investir.

Como se vê, a Corte Constitucional sul-africana encontrou uma saída criativa para controlar a omissão estatal quanto à formulação de políticas públicas indispensáveis, sem interferir na esfera de discricionariedade administrativa legítima. À vista da importância das necessidades desatendidas, essenciais ao exercício da liberdade e dos direitos que lhes são correlatos, bem assim do risco grave de ofensa à dignidade da pessoa humana, os juízes entenderam que ao Estado não restava outra alternativa legítima senão agir. Entretanto, se a definição da prioridade a atingir não permitia qualquer escolha, o mesmo não acontecia quanto à eleição dos meios a empregar, razão pela qual se cingiram a ordenar fossem tomadas medidas razoáveis para garantir alívio imediato às pessoas em necessidade desesperadora, deixando a cargo do administrador sua especificação. Em outras palavras, a partir da interpretação que conferiu a dispositivos constitucionais recheados de conceitos à primeira vista indeterminados, o Judiciário determinou ao Executivo que elaborasse e executasse uma política social fundamental. Por que não aplicarmos raciocínio semelhante no Brasil, onde tantas são as carências e tamanha é a omissão estatal?

Importante ressaltar que o tribunal considerou ter o Estado permanecido inerte e violado a Constituição mesmo após reconhecer seus muitos e valorosos esforços para diminuir o déficit habitacional do país. Como esclareceu, ao exame de razoabilidade não basta a comprovação de que grande quantidade de recursos vem sendo investida⁴⁸⁷, ou que as medidas adotadas “são capazes de alcançar um avanço estatístico na realização do direito”⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ “[...] O que tem sido feito na execução deste programa é uma grande realização. Altas somas de dinheiro foram empregadas e um número significativo de casas foi construído. Consideráveis planejamento, energia, recursos e *expertise* foram e continuam sendo devotados ao processo de construção e entrega de moradias. É um programa que tem por objetivo atingir progressivamente a realização do direito de acesso à moradia adequada.” No original, “[...] *What has been done in execution of this programme is a major achievement. Large sums of money have been spent and a significant number of houses has been built. Considerable thought, energy, resources and expertise have been and continue to be devoted to the process of effective housing delivery. It is a programme that is aimed at achieving the progressive realisation of the right of access to adequate housing.*” (cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*)

⁴⁸⁸ “[...] Pode não ser suficiente proceder ao teste de razoabilidade para demonstrar que as medidas são capazes de propiciar um avanço estatístico na realização do direito. Ademais, a Constituição exige que qualquer um seja tratado com cuidado e respeito. Se as medidas, embora estatisticamente bem-sucedidas, falharem em responder às necessidades daqueles em situação mais desesperadora, elas não passarão no teste.” No original, “[...] *It may not be sufficient to meet the test of reasonableness to show that the measures are capable of achieving a statistical advance in the realisation of the right. Furthermore, the Constitution requires that everyone must be treated with care and concern. If the measures, though statistically successful, fail to respond to the needs of those most desperate, they may not pass the test.*” (cf. *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*)

Ainda assim, ponderou, a omissão inconstitucional estará caracterizada sempre que situações de patente indignidade venham a ser ignoradas.

Por outro lado, nem a escassez de recursos, nem a falta de competência orçamentária do Judiciário foi minimizada pelo tribunal. Reafirmou ser o dever estatal limitado pela disponibilidade de verbas e se limitou a determinar que uma parte significativa das dotações destinadas à habitação fosse direcionada ao atendimento dos mais necessitados, sem precisar quanto nem como se daria tal remanejamento – solução prudente que poderia com proveito ser aplicada também nestas paragens. Sua falta de aptidão – ou melhor, de estrutura – para fiscalizar a execução da política formulada à sua ordem foi contornada com criatividade, através da nomeação de órgão independente devidamente capacitado. Nada impede a adoção de providência similar pelos julgadores brasileiros, que, na hipótese de não lhes ser possível contar com uma instituição nos moldes da *Human Rights Commission* sul-africana, sempre poderão se servir de técnicos e peritos especialmente nomeados para o desempenho da tarefa. O que importa é que o juízo ou tribunal avalie a adequação das medidas e de seu processo de implementação à ordem que expediu, corrigindo eventuais desvios.

No caso *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*, diferentemente, o governo já elaborara e iniciara a execução de uma política preventiva à transmissão do vírus HIV no parto, com vistas a impedir a propagação da AIDS e dar aos recém-nascidos filhos de mulheres soropositivas uma chance de sobrevivência. Entretanto, ao ver da corte, o Estado agiu de forma não razoável quando decidiu restringir a prescrição e o fornecimento do anti-retroviral Nevirapine – estratégia central do programa – a pouquíssimos centros de pesquisa e treinamento. Assim entendeu porque, a uma, as razões apresentadas pelo governo como justificativa à limitação careciam de fundamento fático e científico e, a duas, a medida ignorava por completo a situação das parturientes soropositivas atendidas nos demais hospitais públicos, colocando em sério risco a saúde e a vida de seus bebês. Daí se extrai que, como em qualquer outro caso, o Judiciário pode rever as decisões administrativas que compõem as políticas públicas, para com isso garantir que suas formulação e implementação sejam razoáveis e atendam suficientemente ao dever constitucional.

Ao contrário do que ocorrera no precedente anterior, o tribunal não se cingiu a reconhecer a inconstitucionalidade do comportamento estatal – dessa feita comissivo – e determinar fossem tomadas providências razoáveis. Aqui, especificou as medidas a adotar, não só porque a estratégia de ação já havia sido definida pelo governo, como também porque a administração do Nevirapine por ocasião do parto consistia no método mais eficaz – tanto

que recomendado pela Organização Mundial de Saúde. Logo, conclui-se, quando não for dado ao administrador escolher o meio pelo qual deve cumprir seu dever constitucional, cabe ao juiz declarar a nulidade do ato administrativo e ordenar a única providência legítima possível, sem que, com isso, possa ser acusado de incursão indevida em seara alheia.

6.3. A Realidade Brasileira

Considerando ser a dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil⁴⁸⁹, que tem entre seus objetivos essenciais o desenvolvimento nacional⁴⁹⁰, a erradicação da pobreza e da marginalização, e a redução das desigualdades sociais e regionais⁴⁹¹, evidente está a preeminência dos direitos fundamentais e, nessa ótica, a opção constitucional pelos mais necessitados. Ora, na medida em que, como visto⁴⁹², os direitos sociais têm por missão basilar assegurar que todos – mesmo aqueles menos favorecidos – possam exercer plenamente sua liberdade e conquistar verdadeira igualdade de oportunidades, tornando-se agentes e partícipes do desenvolvimento do país, é lógico que de sua consecução depende a efetividade do projeto igualitário idealizado pelo constituinte. Dessa feita, porque pressuposto do desenvolvimento nacional, bem como da erradicação da pobreza, da marginalização e da desigualdade, a implementação do direito à saúde, para além de ser direito social fundamental e dever impostergável, foi alçada pelo artigo 3º da Constituição à condição de prioridade máxima do Estado brasileiro, determinativa de suas escolhas políticas e dos gastos delas decorrentes.

A efetivação da dimensão prestacional do direito à saúde, como de resto deixa claro o artigo 196 da Carta Maior e ocorre com os demais direitos sociais⁴⁹³, depende da elaboração e

⁴⁸⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana.”

⁴⁹⁰ Sobre a relação entre direitos sociais e desenvolvimento, cf. APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 147: “[...] Já a inversão de recursos públicos nas áreas sociais, como saúde e educação, está ligada ao desenvolvimento do país, assegurando-se aos cidadãos as condições mínimas de inserção num mundo globalizado onde não existe espaço para as pessoas que não tenham tido acesso à instrução fundamental e à saúde básica.”

⁴⁹¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

⁴⁹² Cf. Capítulo II.

⁴⁹³ Cf. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 48: “Interessante frisar que, em regra, as políticas públicas são os meios necessários para a

execução de políticas públicas, é dizer, de “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados”⁴⁹⁴. Tais programas constituem-se de um complexo ordenado de normas reguladoras e atos administrativos de execução, apto a conjugar meios institucionais, financeiros e pessoais em prol de uma finalidade estabelecida pelo legislador constituinte ou ordinário⁴⁹⁵. Ora, estabelecido que a promoção, a proteção e a recuperação da saúde são consectários da dignidade da pessoa humana e objetivos constitucionais fundamentais, não é dado aos poderes constituídos decidir se devem concretizá-los ou não, nem quando deverão fazê-lo: sua implementação imediata, por intermédio da formulação e execução de políticas públicas eficientes, é imposição constitucional, de forma tal que o “se” e o “quando” atuar são questões alheias à esfera de discricionariedade do Legislativo e do Executivo. No mais das vezes, restar-lhes-á definir “como” agir, é dizer, que metas de saúde priorizar e quais os meios a empregar para sua consecução – respeitados, ainda assim e por óbvio, os parâmetros constitucionais. Nessa direção posiciona-se Otávio Henrique Martins Port:

“A discricionariedade que pode ser reservada ao administrador não se refere ao ‘se’, nem ao ‘quando’ da implementação das políticas públicas, mas tão-somente ao ‘como’, vale dizer, à forma, meio ou maneira pelas quais serão implementadas as políticas públicas. Muitas vezes mesmo os meios, bem como as respectivas fontes de custeio, já se encontram previamente determinados, como no caso já referido da política pública de assistência social.”⁴⁹⁶

Em suma, é dever dos poderes constituídos formular e implementar políticas sanitárias e delas fazer uma de suas prioridades orçamentárias máximas – em especial se comparadas a

efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que pouco vale o mero reconhecimento formal de direitos se ele não vem acompanhado de instrumentos para efetivá-los”. Vide também COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 249.

⁴⁹⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

⁴⁹⁵ “A política ou ‘polícia’ pública, como se usava dizer na antiga linguagem jurídica portuguesa, é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa *atividade*, ou seja, uma série ordenada de normas e atos, do mais variado tipo, conjugados para a realização de um objetivo determinado. Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e dá sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição ou as leis.” (COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, p. 248-249)

⁴⁹⁶ PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005, p. 152-186.

finalidades outras não redutíveis aos princípios fundamentais e objetivos essenciais –, inexistindo escolha possível neste particular⁴⁹⁷. Está-se diante, como adiantado alhures⁴⁹⁸, de verdadeiras políticas públicas constitucionais vinculantes, obrigatórias porquanto condizentes a direito fundamental indisponível da mais alta importância e emergência comunitárias. Por conseguinte, ainda que se saiba que sua execução há de ser necessariamente progressiva, condicionada que está ao grau de desenvolvimento do país e aos recursos disponíveis, constitui omissão estatal ilícita sequer dar início à concretização do desiderato constitucional⁴⁹⁹, bem como deixar de nele investir o máximo possível⁵⁰⁰, de modo a garantir que todos desfrutem, sempre e pelo menos, de um patamar mínimo de assistência à saúde⁵⁰¹. Neste sentido, recorde-se, estatuem o item 1 do artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)⁵⁰² e o artigo 1º do Pacto de São Salvador⁵⁰³: ambos reconhecem que a plena efetividade do direito à saúde não será atingida senão

⁴⁹⁷ “[...] O orçamento não é uma peça livre para o Administrador. Há valores que são priorizados pelas Constituições Federal e Estadual. Aqui, também, por vezes, o administrador não tem qualquer discricionariedade, pois, do contrário, seria lhe dar o poder de negar, pela via transversa, a escala de prioridades e de urgência que, no Brasil e no Estado de São Paulo, foi constitucionalmente fixada.” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional e Legal” in MILARÉ, Édís [coordenador]. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 361)

⁴⁹⁸ Vide item 3 do Capítulo III.

⁴⁹⁹ No ponto, veja-se FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 74: “Por outro lado, é preciso observar que, se os recursos não são suficientes para cumprir integralmente a política pública, não significa de per si que são insuficientes para iniciar a política pública. Nada impede que se inicie a materialização dos direitos fundamentais e, posteriormente, se verifique como podem ser alocados novos recursos. O que não é razoável é simplesmente o Executivo ou Legislativo descumprir a Constituição e a decisão judicial, alegando simplesmente que não tem recursos para tal.”

⁵⁰⁰ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, p. 249: “[...] Se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à ‘reserva do possível’.”

⁵⁰¹ “Na realidade, impende lembrar que os direitos fundamentais admitem concreção gradual, de forma que podem ser implementados paulatinamente, segundo as possibilidades de cada Estado. Esta implementação gradual, todavia, não pode autorizar que, sob o pretexto da indisponibilidade financeira do Estado, possa este furtar-se de realizar o mínimo cabível, dentro da exigência razoável que suas condições autorizariam.” (ARENHART, Sergio Cruz. “As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário” in *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19/08/2005. Disponível, conforme acesso em 16/02/2007, no endereço eletrônico <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>)

⁵⁰² Este o seu teor: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

⁵⁰³ “Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.”

progressivamente, mas, ainda assim, atribuem aos Estados signatários – entre os quais o Brasil – o dever de assegurar um nível mínimo de satisfação das necessidades sanitárias essenciais⁵⁰⁴, cabendo-lhes adotar de imediato todas as medidas de que forem capazes e comprovar não lhes ser possível fazer mais⁵⁰⁵.

Uma vez que a própria Constituição definiu as linhas gerais das políticas públicas de saúde a serem adotadas – organização das ações e serviços sanitários em um sistema único regionalizado e hierarquizado, garantia de acesso universal e igualitário, ênfase em programas preventivos, assistência integral e participação da comunidade –, todas esmiuçadas pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.124/90, e que tanto o PIDESC⁵⁰⁶ quanto o Protocolo de São Salvador⁵⁰⁷ impõem objetivos a perseguir, nota-se que o principal problema enfrentado pelo direito à saúde não é a ausência de normatividade, mas a falta de ações efetivas de planejamento e

⁵⁰⁴ Cf. os parágrafos 30 e 31 do Comentário Geral nº 14, exarado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU e referente ao direito ao mais alto nível de saúde física e mental previsto no artigo 12 do PIDESC: “30. Si bien el Pacto establece la aplicación progresiva y reconoce los obstáculos que representan los limitados recursos disponibles, también impone a los Estados Partes diversas obligaciones de efecto inmediato. Los Estados Partes tienen obligaciones inmediatas por lo que respecta al derecho a la salud, como la garantía de que ese derecho será ejercido sin discriminación alguna (párrafo 2 del artículo 2) y la obligación de adoptar medidas (párrafo 1 del artículo 2) en aras de la plena realización del artículo 12. Esas medidas deberán ser deliberadas y concretas e ir dirigidas a la plena realización del derecho a la salud. 31. La realización progresiva del derecho a la salud a lo largo de un determinado período no debe interpretarse en el sentido de que priva de todo contenido significativo las obligaciones de los Estados Partes. Antes al contrario, la realización progresiva significa que los Estados Partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena realización del artículo 12.”. Sobre os Comentários Gerais, veja-se o item 2.1 do Capítulo 1, nota 16.

⁵⁰⁵ Confira-se, uma vez mais, o seguinte trecho do parágrafo 47 do Comentário Geral nº 14: “[...] Un Estado que no esté dispuesto a utilizar el máximo de los recursos de que disponga para dar efectividad al derecho a la salud viola las obligaciones que ha contraído en virtud del artículo 12. Si la limitación de recursos imposibilita el pleno cumplimiento por un Estado de las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, dicho Estado tendrá que justificar no obstante que se ha hecho todo lo posible por utilizar todos los recursos de que dispone para satisfacer, como cuestión de prioridad, las obligaciones señaladas supra. Cabe señalar sin embargo que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento de las obligaciones básicas enunciadas en el párrafo 43 supra, que son inderogables.”.

⁵⁰⁶ “Artículo 12.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”

⁵⁰⁷ “Artigo 10.2. 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 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.”

execução⁵⁰⁸. Como advertiu a Corte Constitucional sul-africana em *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*:

“[42] O Estado é obrigado a tomar medidas razoáveis, legislativas e de qualquer outra natureza. Medidas legislativas por si só não constituem cumprimento constitucional. Mera legislação não é o suficiente. O Estado é obrigado a agir para alcançar o resultado pretendido, e as medidas legislativas terão invariavelmente de ser secundadas por políticas e programas apropriados e bem direcionados implementados pelo Executivo. Essas políticas e programas devem ser razoáveis tanto em sua concepção quanto em sua implementação. A formulação de um programa é somente o primeiro estágio no cumprimento dos deveres do Estado. O programa também deve ser implementado de forma razoável. Um programa considerado razoável que não seja implementado dessa forma não constitui cumprimento das obrigações do Estado.”⁵⁰⁹

Nesse particular, a hipertrofia do Poder Executivo, que passou a desempenhar com grande desenvoltura tarefas legislativas, mormente por conta de seu maior aparelhamento e *expertise*⁵¹⁰, faz com que o administrador, para além da função de mero executor, seja o grande responsável pela especificação e formulação das políticas públicas de saúde⁵¹¹. Num primeiro momento, cabe-lhe eleger metas prioritárias – desde que, por óbvio, reconduzíveis àquelas impostas pelo constituinte e pelo legislador –, escolher os meios pelos quais haverá de atingi-las e determinar a quantidade de recursos a ser investida. Por exemplo, se, à vista de

⁵⁰⁸ Nessa linha, a lição de Andreas Joachim Krell: “A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema parece estar na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas* públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios.” (“Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais” in SARLET, Ingo Wolfgang [organizador]. *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 32).

⁵⁰⁹ No original: “[42] *The state is required to take reasonable legislative and other measures. Legislative measures by themselves are not likely to constitute constitutional compliance. Mere legislation is not enough. The state is obliged to act to achieve the intended result, and the legislative measures will invariably have to be supported by appropriate, well-directed policies and programmes implemented by the executive. These policies and programmes must be reasonable both in their conception and their implementation. The formulation of a programme is only the first stage in meeting the state’s obligations. The programme must also be reasonably implemented. An otherwise reasonable programme that is not implemented reasonably will not constitute compliance with the state’s obligations.*”

⁵¹⁰ Vide Capítulo III, item 2.

⁵¹¹ Em idêntico sentido, confira-se a lição de Maria Paula Dallari Bucci: “Parece relativamente tranqüila a idéia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica tripartição das funções estatais em legislativa, executiva e judiciária. Entretanto, a realização concreta das políticas públicas demonstra que o próprio caráter diretivo do plano ou do programa implica a permanência de uma parcela da atividade ‘formadora’ do direito nas mãos do governo (Poder Executivo), perdendo-se a nitidez da separação entre os dois centros de atribuições.” (*Direito Administrativo e Políticas Públicas*, p. 55).

estatísticas comprobatórias da grande expansão da doença, o administrador optar por priorizar a prevenção e o tratamento da hipertensão arterial, deverá definir, entre outras medidas plausíveis, se adotará campanhas educativas e de esclarecimento ou se centrará esforços no atendimento domiciliar, bem como estipular a parcela do orçamento com que o programa contará. No momento seguinte, é sua incumbência providenciar a consecução prática dos programas que elaborou, vale dizer, destinar e liberar as verbas necessárias, praticar atos e celebrar contratos, tudo sob os auspícios dos princípios da eficiência e da razoabilidade. Resta perquirir, então, o que é possível fazer se o administrador, seja por ação, seja por omissão, comportar-se em contrariedade às determinações constitucionais e legais, incluídas aquelas assumidas em razão de compromissos internacionais.

6.3.1. Controle da Omissão Administrativa

6.3.1.1. Quanto à Formulação de Políticas Públicas de Saúde

Como se deixou entrever, por se tratar de objetivo constitucional fundamental, também consectário do princípio da dignidade da pessoa humana, não é dado ao administrador postergar a efetividade do direito à saúde, competindo-lhe, num primeiro momento, o dever imediato de formular as políticas públicas previamente delineadas pelos legisladores constituinte e ordinário. Nada obstante, caso permaneça inerte, é possível a intervenção judicial?

A doutrina tradicional é pela negativa, seja porque, à vista do princípio da separação de poderes, não é o juiz competente ou capacitado para elaborar políticas públicas, seja porque, para além da vinculação às opções constitucionais e legais, a eleição das prioridades em saúde e dos meios para concretizá-las é matéria afeta à discricionariedade do administrador. Se impossível deixar de admitir a veracidade das premissas, ainda que com os temperamentos necessários⁵¹², discorda-se veementemente da conclusão: o Poder Judiciário – acreditamos – pode e deve controlar eventuais omissões administrativas no campo da

⁵¹² Vide Capítulo III.

formulação das políticas sanitárias, tanto mais quando se tem em conta ser a efetividade constitucional direito de todos⁵¹³ e sua proteção judicial inafastável⁵¹⁴.

Pois bem. Não resta dúvida de que a elaboração das políticas públicas de saúde – é dizer, a definição das metas sanitárias prioritárias e dos meios para atingi-las – incumbe, em primeiro lugar, ao administrador, até porque, por força de dispositivos constitucionais expressos⁵¹⁵, é sua a competência para confeccionar e remeter ao legislador o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e a proposta de orçamento anual, instrumentos que traduzem as difíceis escolhas governamentais sobre em que, como e quanto investir⁵¹⁶. Tampouco é possível deixar de reconhecer que, no mais das vezes, o juiz não reúne aptidão, informação e legitimidade democrática suficientes para formular ele próprio a política faltante e, assim, colmatar a lacuna oriunda da eventual inércia do administrador. Entretanto, uma vez que a proteção à saúde é dever estatal fundamental de cumprimento prioritário, nada obsta que, provada em sede de demanda coletiva a necessidade de atuação estatal frente a uma dada situação concreta, venha a ser declarada a inconstitucionalidade da omissão administrativa e determinada ao administrador a efetiva elaboração da política sanitária faltante, impondo-se-lhe prazos para a apresentação e execução do programa, bem como penalidades para a hipótese de inadimplemento.

Em outras palavras, é certo que, à falta de comando constitucional ou legal específico, não cabe ao juiz formular políticas sanitárias, vedado que lhe está eleger metas e meios. Nada obstante, sempre que, em um caso concreto, a inércia do administrador acarretar risco de dano grave à saúde da coletividade⁵¹⁷, revelando-se incompatível com a preservação da dignidade

⁵¹³ No ponto, veja-se Américo Bedê Freire Júnior. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 48-49: “De outra banda, existe o direito do cidadão a que o Estado exercite as políticas públicas. Tal observação é transcendente, já que impede que a omissão estatal implique soçobrar os direitos previamente definidos. [...] Verifica-se, a partir da força vinculante da Constituição, bem como da aplicação imediata das normas constitucionais, que se pode falar em um direito constitucional à efetivação da Constituição.”

⁵¹⁴ O princípio da inafastabilidade da jurisdição foi consagrado pelo inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República nos seguintes termos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁵¹⁵ Cf. artigos 84, XXIII, e 165, I, II e III.

⁵¹⁶ Sobre o orçamento, preleciona Ricardo Lobo Torres: “[...] é o documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados.” (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume III: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 155).

⁵¹⁷ Nessa linha, cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 137: “Una segunda cuestión que debe considerarse [para impor ao Estado prestações positivas], conjunta o alternativamente, es la gravedad e irreversibilidad de la lesión que pende sobre el bien jurídico tutelado de mantenerse la omisión ilícita. Especial consideración merece en este supuesto la protección de bienes tales como la salud, de cuyo goce depende el ejercicio de casi todos los demás derechos.”

da pessoa humana, lícita se mostrará a utilização da via judicial, com vistas a obrigá-lo a cumprir com o seu dever de elaborar e implementar alguma política sanitária eficiente. No mais das vezes, esclareça-se, a sentença não indicará as medidas a serem tomadas, já que a eleição dos meios – ainda que sujeita a controle posterior, com fulcro nos princípios da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade – é, num primeiro momento, matéria afeta à discricionariedade administrativa⁵¹⁸. Com isso, é bem de ver, o juiz reconhecerá não ser a inércia conduta legítima, pois contrária à Constituição, e cingir-se-á, no mais, às esferas do “se” e do “quando” da formulação de políticas públicas, passando ao largo das críticas atinentes à sua falta de competência, aptidão técnica e legitimação democrática. No ponto, confira-se a lição de Marcos Maselli Gouvêa:

“A Constituição, ao invés de ser específica, estabelece que *o direito à saúde será ‘garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação’* (grifou-se). Aparentemente, não há pretensão jurídica dedutível do dispositivo em apreço. Defender-se que, à falta de esclarecimento mais preciso, incumbiria à Administração prover a *todos* os reclamos referentes à saúde, em grau máximo, é simplesmente irrealista, especialmente se se tem em conta o ‘acesso universal e igualitário’. Uma interpretação fulcrada no imperativo de máxima efetividade, entretanto, deve reconhecer que, embora não se possa pleitear uma determinada prestação estatal, pode-se sem dúvida exigir que o Estado articule **alguma** política de redução do risco da doença e de acesso universal e igualitário à promoção, proteção e recuperação da saúde. Imagine-se uma determinada região do país onde se verifique uma epidemia. Muito embora não se possa obrigar o Estado a realizar uma prestação precisa, específica, é possível exigir que ele possua **alguma** política de combate à epidemia, e que seja uma política dotada de algum grau de eficiência.”⁵¹⁹

⁵¹⁸ Adverte Américo Bedê Freire Júnior: “Outra questão relevante na omissão total encontra-se quando, para sanar a omissão, existem várias opções que, *a priori*, são válidas. Nessa hipótese, deve o juiz ter a cautela necessária para viabilizar a materialização da escolha pelo Poder Executivo ou Legislativo.” (*O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 69). Sobre a existência de mais de uma opção válida sob o aspecto estritamente técnico, veja-se Luís Roberto Gomes: “Destarte, se há mais de uma alternativa técnica que satisfaça à pretensão ministerial obedecendo aos princípios da razoabilidade e da eficiência, o modo específico de execução deve ser fixado pelo juízo de discricionariedade do administrador, não se podendo substituí-lo pelo do Judiciário ou do representante do Ministério Público, este na via da recomendação. Válido, porquanto, o alerta de cautela especial quando da formulação pedido em ação civil pública, diante dos casos em que há multiplicidade de soluções técnicas que atendem com mínima eficiência à finalidade legal, situações em [que] impera a faculdade de escolha do administrador.” (*O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa. O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 167).

⁵¹⁹ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 76-77, grifos no original. No

O exemplo fornecido pelo autor é bastante elucidativo: cuida-se de situação determinada, em que evidente estar o direito à saúde – e quiçá o direito à vida – em séria periclitacão. Diante do grande risco de dano grave à saúde da população, o dever estatal genérico de protegê-la e recuperá-la – que, num primeiro momento, parecia poder ser cumprido por meio da consecução de inúmeras metas igualmente razoáveis à escolha do administrador – sofre um processo de “especificação”, de forma que apenas se combater a epidemia terá o Estado logrado cumpri-lo. Ora, uma vez que permitir o contágio de todos os habitantes da região vitimada não constitui opção legítima, não é dado ao administrador permanecer inerte e deixar de adotar alguma providência razoável para conter a expansão da doença. À vista da gravidade da situação, tampouco poderia argumentar que, por conta de outras prioridades sanitárias a atender, convém ao interesse público postergar a atuação administrativa⁵²⁰. Na hipótese, a margem de discricão do administrador restringe-se à definição da medida a adotar – e ainda assim, como se verá, apenas se diversos forem os meios eficientes à sua disposição. Por conseguinte, em caso de omissão estatal, o juiz deverá reconhecê-la inconstitucional e determinar o combate à epidemia, através de medidas adequadas, necessárias e proporcionais, fixando prazo razoável para sua implementação prática.

Poder-se-ia, ainda, formular outro exemplo. Ao atribuir ao Estado o dever de promover, proteger e recuperar a saúde, a Constituição da República, complementada pela Lei nº 8.080/90, determinou-lhe fossem suas ações e serviços prestados por intermédio de um

ponto, confira-se a lição de Joaquim José Gomes Canotilho: “A função de prestação dos direitos fundamentais anda associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, económicos e culturais: (1) ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex: derivar da norma consagrada do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no ‘direito de exigir’ uma casa); (2) ao problema dos **direitos sociais derivados** que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das ‘normas constitucionais sociais’ (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex: prestações médicas e hospitalares existentes); (3) ao problema de saber se as normas consagradas de direitos fundamentais sociais tem uma dimensão objectiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a **políticas sociais activas** conducentes à criação de instituições (ex: hospitais, escolas), serviços (ex: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas). A resposta aos dois primeiros problemas é discutível. Relativamente à última questão é líquido que as normas consagradas de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem *políticas públicas* socialmente activas.” (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 374, grifos no original).

⁵²⁰ Luís Roberto Gomes elucida a diferença entre a omissão estatal que tem por antecedente o exercício legítimo da discricionariedade e a inércia injustificada: “Se houver pura inércia ante os fatos de relevância social que demandarem providências concretas, omitindo-se o administrador sem qualquer justificativa, sem prévio juízo de valor acerca da necessidade, da forma ou do tempo em que será implementada a medida respectiva, maior a probabilidade de desatendimento do interesse público subjacente e, conseqüentemente, da incidência de controle externo, pelo Ministério Público ou pelo Judiciário.” (*O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, p. 89).

sistema único, organizado para garantir a todos assistência terapêutica integral em qualquer de seus níveis de complexidade. Nesse contexto, sobressai a importância da atenção básica ou primária, não só porque no seu âmbito é resolvida a grande maioria dos problemas da população, como também por se tratar da porta de entrada preferencial do sistema de saúde⁵²¹: equivale a seu menor nível de complexidade e engloba não só a prevenção e o tratamento de doenças crônicas, como o diagnóstico e encaminhamento de pacientes a serviços especializados e o primeiro atendimento a urgências médicas e odontológicas⁵²². Isso posto, se constatado que determinada localidade carente e distante não dispõe de qualquer serviço público de atenção básica à saúde, e que nem sequer há projeto prevendo sua implantação em prazo razoável⁵²³, é mais do que evidente que a saúde de seus habitantes corre sério risco⁵²⁴. Ora, se a proteção e a recuperação da saúde – sobretudo no que concerne aos mais necessitados – são deveres estatais de cumprimento prioritário, cabível se mostra a intervenção judicial corretiva em favor da comunidade desassistida, ainda que a condenação deixe a cargo do administrador a escolha dos meios pelos quais sanará sua omissão – vale dizer, se, entre outras providências possíveis, implementará programa de atendimento domiciliar ou colocará em funcionamento unidade básica de saúde. Não cabe ao Estado, tampouco aqui, decidir se deve ou não agir, nem mesmo dar preferência a meta sanitária distinta: a saúde da hipotética comunidade desassistida corre grave risco, de modo que somente se tomar medidas razoáveis para minorá-lo terá cumprido com seu dever constitucional.

Ressalte-se que, em ambas as hipóteses, tanto as situações-problema (surto epidêmico em determinada região do país/ausência de qualquer serviço de atenção básica em dada comunidade carente) quanto os resultados finais pretendidos (combate à epidemia/prestação de serviço de atenção básica) encontram-se perfeitamente delineados. Por outro lado, muito

⁵²¹ Note-se, ademais, ser majoritária em doutrina a idéia de que garantir saúde básica é prestação atinente ao mínimo existencial.

⁵²² Cf. Portaria MS nº 648/GM de 28/03/2006, Anexo I, item 5.

⁵²³ Como dá conta Luís Roberto Gomes, por ocasião do julgamento da Apelação Cível nº 158.646-1/0, da relatoria do então Desembargador Cezar Peluso, a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, ao manter sentença que condenou o Município de Marília a implantar sistema de tratamento de esgoto, considerou ilegítima a omissão dos demandados porque, entre outros argumentos, “não contrataram sequer serviços para estudos de elaboração de projeto” (*O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, p. 89-90).

⁵²⁴ A apresentação de dados estatísticos oficiais demonstrativos dos efeitos da falta de atenção básica naquela comunidade pode constituir estratégia importantíssima. Nesse sentido, cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 134: “[...] Al respecto, constituye un valioso indicio de ausencia de medidas, o de falta de adecuación de éstas, la demostración del hecho objetivo de que el estado de cobertura de un derecho no ha mejorado o – más aún – ha empeorado. El uso de indicadores numéricos o estadísticos es especialmente útil a estos efectos.”.

longe de significar ser impossível prever soluções concretas, o fato de não se poder especificar de antemão que medida adotar deve-se justamente à existência de mais de um meio razoável de cumprimento da obrigação. No primeiro caso, inclusive, é bastante provável que a comunidade científica aponte quais as providências eficazes à disposição; no segundo, o conceito de atenção básica é de uso corrente pela legislação sanitária⁵²⁵, de modo que nenhuma perplexidade causaria – seja ao réu, seja ao juiz – demanda que pretendesse a prestação de serviço de tal natureza. Dessa feita, porque “preordenado a determinada situação concreta, comissiva ou omissiva, causada pelo Estado, da qual se origine a violação aos interesses coletivos ou difusos”⁵²⁶, não se está diante de pedido indeterminado ou juridicamente impossível. Como esclarece José dos Santos Carvalho Filho:

“Assim, é possível juridicamente que o autor da ação civil pública pleiteie seja o Município obrigado a efetuar reparos em certa sala de aula, em virtude de situação degenerativa que venha provocando ameaça à integridade física ou mesmo à vida dos alunos que diuturnamente nela permaneçam. Já não teria possibilidade jurídica o objeto que pretendesse que um Estado fosse condenado a cumprir, genérica e indiscriminadamente, a obrigação de dar segurança pública a todos os cidadãos. Na primeira hipótese, o objeto é concreto e o interesse sob tutela é plenamente definido, ainda que não se possa identificar com precisão todos os titulares. Na última, ao contrário, a sentença, se acolhesse o pedido, estaria obviamente invadindo o poder de gestão da Administração.”⁵²⁷

Nos dois exemplos, é bem de ver, não é dado ao administrador escolher entre praticar ou não o ato. Considerada a situação concreta – vale dizer, o grave risco de dano à saúde da população, capaz de fazer periclitare o princípio fundamental da dignidade –, sua discricionariedade de decisão foi reduzida a zero, “uma vez que a não-prática do ato representava vício, restando só uma possibilidade: a de praticá-lo”⁵²⁸. Em outras palavras,

⁵²⁵ São exemplos o inciso II do artigo 7º da Lei nº 8.080/90, que prevê a divisão do sistema único de saúde em diferentes níveis de complexidade, e já referida Portaria MS nº 648/GM de 28/03/2006, que institui a Política Nacional de Atenção Básica.

⁵²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 71.

⁵²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública*, p. 72.

⁵²⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 232. Confirma-se, ainda, a lição de Paulo Gustavo Guedes Fontes: “Com efeito, situações há em que se mostra possível a imposição desse tipo de medida [relacionada a uma competência administrativa geral de assegurar o funcionamento dos serviços públicos] à Administração, sem que haja ofensa ao princípio da separação dos poderes. Aqui, devemos nos socorrer da noção já estudada de *redução do poder discricionário diante do caso concreto*. A discricionariedade existente na norma pode *não* subsistir na situação concreta; diante desta, pode existir somente *uma* solução capaz de realizar o interesse público, estando o juiz autorizado a obrigar a Administração a adotá-la. É assim que a realização de obras de reparação numa escola, cujo estado de precariedade ameaça a vida dos estudantes, pode constituir, no leque de competências e possibilidades de que dispõe a Administração, a única medida conforme ao interesse público.” (“A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas

uma vez que a inação estatal desrespeite de forma manifesta o direito fundamental à saúde⁵²⁹, outra alternativa não resta senão agir⁵³⁰.

Em contrapartida, a discricionariedade do administrador quanto à escolha do meio de consecução da meta reconhecida como prioritária remanesceu preservada, já que continuou incumbido de definir que medidas haveriam de ser tomadas. Imposto ao Estado o cumprimento de seu dever constitucional de formular e implementar política sanitária, caberá ao administrador decidir os meios que adotará, disponibilizar os recursos necessários e apresentar cronograma de execução quando esta se prostrar no tempo. Não parece desarrazoado, pois, que a sentença determine a adoção de tais providências pelo réu, assinalando prazo razoável para tanto. À moda da Corte Constitucional sul-africana no caso *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, terá o juiz se limitado a declarar que, ao deixar de tomar providências razoáveis para garantir o direito à saúde daqueles em situação de necessidade flagrante, o Estado violou a Constituição, determinando que aja da forma que entender mais acertada e reserve verbas suficientes⁵³¹. Entretanto, considerando a realidade brasileira, faz-se de todo recomendável a fixação de prazo e a previsão de multa para a hipótese de recalcitrância⁵³², assim como, numa primeira

Possibilidades e Limites” in Edis Milaré [coordenador]. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 484-485).

⁵²⁹ Segundo esclarece Germana de Oliveira Moraes, Hartmut Maurer entende que “a possibilidade de escolha se elimina quando não há entre as opções senão uma única decisão que não apresenta qualquer vício de discricionariedade, enquanto todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas” (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004, p. 169). Ressalte-se que, entre os vícios de discricionariedade apontados pelo autor, está a “violação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de Direito” (*Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p. 166).

⁵³⁰ Como esclarece Gustavo Binenbojm, constatado que o ato administrativo padece de algum vício de discricionariedade, caberá ao juiz invalidá-lo e, na hipótese de sua discricionariedade ter se reduzido a zero, substituí-lo, exercendo um controle simultaneamente ablativo e mandamental. (*Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 229-230).

⁵³¹ No ponto, discorre Alceu Maurício Júnior: “Quando se tratar de benefício complexo, que envolva a análise de questões técnicas ou a adoção de um processo continuado, como aconteceu no caso *Grootboom*, o Judiciário deve permitir, pelo menos preliminarmente, que a própria Administração especifique a implementação da prestação estatal, determinando a alocação razoável de recursos no orçamento. Isto certamente minimiza o impacto sobre o princípio da divisão dos poderes e o princípio democrático, resguardando as margens de cognição da Administração. A decisão nestes moldes também atende ao minimalismo judicial, evitando decidir prematuramente questões que poderão ter melhor solução no desenvolvimento regular do processo.” (MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Centralidade do Orçamento na Efetivação de Direitos a Prestações Estatais e a Fixação de Parâmetros para a Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2005, p. 206-207).

⁵³² Confira-se a lição de Lúcia Valle Figueiredo: “[...] Tenho para mim que, mesmo no caso de proibições peremptórias como as que temos em matéria de recursos hídricos e saneamento básico, o cumprimento do judicialmente determinado atrela-se ao princípio da razoabilidade, sob pena de se ter imposições de execução impossível, com o que não compactua o direito. Parece ser tecnicamente impossível a uma municipalidade ou órgão público, por mais poderoso que seja, estancar, de imediato, o lançamento de esgoto não tratado, construindo, em passe de mágica, rede coletora e estações de tratamento. Não é recomendável, pois, que sejam

etapa da execução do julgado, a submissão do programa formulado pelo administrador – a compreender tanto as medidas eleitas quanto o cronograma de sua implementação – ao contraditório e ao escrutínio de razoabilidade do julgador. Ora, em tempos de descumprimento reiterado de ordens judiciais, em que sequer precatórios são adimplidos, impossível creditar aos administradores brasileiros a mesma confiança demonstrada pela Corte Maior sul-africana em *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*. Nesse contexto, tampouco é de se descartar a possibilidade de, mesmo à vista da imposição de multa ao Estado e de penalidades pessoais ao administrador, a inércia persistir; nesse caso, viável se mostra a determinação pelo juiz das providências a serem tomadas e dos prazos para sua execução, seja à vista de proposta formulada pelo autor, seja a partir da opinião de *experts*.

Situações há, entretanto, em que nem mesmo a definição dos meios é suscetível de escolha pelo administrador. Também aqui sua discricionariedade pode ser reduzida a zero, desde que comprovado que apenas uma determinada medida é adequada à promoção do fim almejado, seja porque a seu respeito há consenso científico, seja por conta de critérios técnicos. No primeiro exemplo, se a enfermidade a combater for a dengue, é certo que qualquer estratégia de combate não poderá prescindir de campanhas educativas, para informar à população os métodos de eliminação dos focos domiciliares do mosquito transmissor, maiores responsáveis por sua proliferação⁵³³. No segundo, se demonstrado que a unidade básica de saúde mais próxima é extremamente distante da localidade desassistida, de difícil acesso e está já sobrecarregada por demanda superior à sua capacidade de atendimento, outra alternativa legítima não restará senão a instalação de nova unidade básica de saúde. Nesse particular, e até para afastar qualquer dúvida quanto à viabilidade de semelhante pedido, cabe realçar que tanto a infra-estrutura necessária quanto os parâmetros ideais entre o quantitativo populacional e o número de unidades básicas de saúde estão disciplinados por ato normativo da própria Administração⁵³⁴. Por óbvio, caberá ao autor comprovar que, excepcionalmente,

deduzidos pedidos de obediência imediata, mas, diversamente, que levem à fixação de cronograma, dividido em fases e metas trimestrais e anuais bem caracterizadas, permitindo-se, assim, sua fiscalização com imposição de *astreintes*, que devem ser usadas não só para o caso de descumprimento do objetivo maior, mas também para as metas intermediárias.” (“Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional e Legal”, p. 362).

⁵³³ Valemo-nos, também aqui, de exemplo idealizado por GOUVÊA, Marcos Maselli Gouvêa. “O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos” in GARCIA, Emerson. *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 207. O autor faz referência, ainda, ao combate à AIDS, seara em que a comunidade científica é unânime ao afirmar ser a utilização combinada de medicamentos anti-retrovirais o único tratamento eficaz conhecido.

⁵³⁴ Do item 3 do Anexo I da citada Portaria MS nº 648/GM consta esmiuçada descrição da infra-estrutura e dos recursos necessários ao funcionamento regular de uma unidade básica de saúde: “III – equipe multiprofissional composta por médico, enfermeiro, cirurgião dentista, auxiliar de consultório dentário ou técnico em higiene

tanto a discricionariedade de decisão (no que concerne às metas de saúde prioritárias) quanto a discricionariedade de escolha (quanto aos meios de execução) não existem, reduzidas que foram a zero pelas especificidades do caso concreto. Nessas hipóteses, lícito será ao juiz não só determinar providências como especificar a única medida razoável capaz dar cumprimento ao dever constitucional do Estado⁵³⁵.

Em resumo, está-se aqui a defender que, mesmo à falta de ato normativo ou decisão administrativa prévia a tornar específico o dever constitucional, sempre que o dano ou o risco de dano ao direito fundamental à saúde for grave o suficiente para ameaçar de forma séria e fundada a dignidade da coletividade atingida – e, evidentemente, a prestação estatal exigida for compatível com os critérios enunciados no capítulo anterior –, caberá ao Judiciário reconhecer a inconstitucionalidade da omissão do administrador e determinar-lhe que aja de modo e em prazo razoáveis, especificando ou não, conforme o caso, as medidas a serem tomadas. De certo o raciocínio não é novo. Como visto, há tempos doutrina e jurisprudência pátrias consolidaram-se a favor da possibilidade de se atribuir ao Estado obrigações positivas extraídas diretamente da Constituição, em especial em matéria de saúde e no que diga com a dignidade da pessoa humana. Entretanto, no mais das vezes, sua utilização tem se restringido às demandas individuais por prestações de saúde, já que o dever estatal é comumente compreendido como contrapartida ao direito subjetivo de que é titular o autor individual⁵³⁶. Está-se a propor, então, que também ofensas ao direito à saúde compreendido em sua

dental, auxiliar de enfermagem ou técnico de enfermagem e agente comunitário de saúde, entre outros; IV – consultório médico, consultório odontológico e consultório de enfermagem para os profissionais da Atenção Básica; V – área de recepção, local para arquivos e registros, uma sala de cuidados básicos de enfermagem, uma sala de vacina e sanitários, por unidade; VI – equipamentos e materiais adequados ao elenco de ações propostas, de forma a garantir a resolutividade da Atenção Básica; VII – garantia dos fluxos de referência e contra-referência aos serviços especializados, de apoio diagnóstico e terapêutico, ambulatorial e hospitalar; e VIII – existência e manutenção regular de estoque dos insumos necessários para o funcionamento das unidades básicas de saúde, incluindo dispensação de medicamentos pactuados nacionalmente.”. A parte final do mesmo item, por sua vez, estabelece os parâmetros ideais entre o quantitativo populacional e o número de unidades básicas: “Para Unidade Básica de Saúde (UBS) sem Saúde da Família em grandes centros urbanos, recomenda-se o parâmetro de uma UBS para até 30 mil habitantes, localizada dentro do território pelo qual tem responsabilidade sanitária, garantindo os princípios da Atenção Básica. Para UBS com Saúde da Família em grandes centros urbanos, recomenda-se o parâmetro de uma UBS para até 12 mil habitantes, localizada dentro do território pelo qual tem responsabilidade sanitária, garantindo os princípios da Atenção Básica.”.

⁵³⁵ Nessa linha, Víctor Abramovich e Christian Courtis afirmam que, se mais de uma medida razoável mostrar-se possível, o juiz deverá determinar o resultado a alcançar, ordenando que tome as providências necessárias a tanto; ao revés, se apenas um meio legítimo houver, a condenação deverá descrevê-lo com precisão: “[...] De modo que corresponde al órgano judicial el señalar a los poderes políticos del Estado el carácter de la conducta debida – sea a partir del resultado concreto requerido, como por ejemplo, el acceso de parte de la población a servicios médicos, o la relocalización de personas desalojadas forzosamente, o bien, en caso de existir una única medida posible para obtener el resultado requerido, describiendo con precisión la acción que debe adoptarse.” (*Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 135).

⁵³⁶ Cf. Capítulo IV.

dimensão coletiva mereçam idêntico tratamento, a despeito da menor carga dramática e das maiores implicações financeiras que suscitam.

A esse passo, há de se destacar a jurisprudência firmada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao apreciar demandas coletivas por prestações positivas em matéria de conservação de estradas de rodagem. Tome-se, por sua importância seminal, o acórdão unânime da Quarta Turma proferido no Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.056347-4/RS, relatado pelo Desembargador Federal Valdemar Capeletti e datado de 28/05/2003⁵³⁷. Não deixou a corte de reconhecer que, num primeiro momento, cabe ao administrador “a tarefa, por vezes árdua, de fazer o juízo (de mérito) da melhor aplicação dos recursos públicos, elegendo, por certo, pontos e atividades em que a atuação do Estado é preferível e mais oportuna”. Por tal razão, a “apreciação de oportunidade da restauração desta e não daquela rodovia só pode ser feita pela Administração, que tem uma visão holística da malha viária e dos recursos disponíveis para sua recuperação”, vedada a intromissão judicial.

Nada obstante, prosseguiu o tribunal, o Judiciário pode e deve intervir sempre que o ordenamento – composto por regras e princípios – assim o exigir. A falta de manutenção das estradas de rodagem, na medida em que submete seus usuários a risco, põe em questão a segurança e a saúde daqueles que por elas trafegam – valores encarecidos pelo ordenamento jurídico. Conseqüentemente, para além da hipótese de descumprimento pelo Estado de norma de conduta específica, “quando a exposição ou a fragilização da saúde e da segurança dos usuários de determinada rodovia é inequivocamente manifesta e atinge níveis intoleráveis, caberá, aí, manifestação e intervenção judicial”. Se, ao revés, o risco for tolerável, nada restará ao juiz senão renunciar ao “desejo da plenitude e da perfeição dos serviços públicos” e render-se “à realidade do Estado e das inúmeras dificuldades que a Administração encontra na consecução de seus fins”. Em outras palavras, no entender da corte, o juiz pode e deve determinar providências ao administrador se as más condições da estrada forem “de tal modo intensas e notórias” que ensejem risco grave e fundado à saúde e à segurança dos usuários ou,

⁵³⁷ A mesma linha de fundamentação foi adotada pelo tribunal nos seguintes feitos: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2004.04.01.014570-3/SC, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Edgard Lippmann Junior, j. 23/06/2004; Agravo de Instrumento nº 2003.04.01.003936-4/RS, Quarta Turma, Rel. Des. Fed. Edgard Lippmann Junior, j. 1º/12/2003; Decisão Monocrática no Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.000427-5/PR, Rel. Des. Fed. Marga Inge Barth Tessler, j. 11/09/06. Tese semelhante foi desenvolvida pela Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2005.02.01.013858-9/RJ, da relatoria do Desembargador Federal Reis Friede, ocorrido em 1º/11/2006.

ainda, ao patrimônio público, “que em condições extremas estaria também sendo vulnerado”⁵³⁸.

Como se vê, mesmo ao julgar demandas em que o liame com o direito à saúde é muitíssimo mais tênue, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região adotou posição similar àquela ora defendida: afirmou-lhe ser possível assinalar metas prioritárias e determinar providências à primeira vista discricionárias, desde que constatada omissão estatal capaz de acarretar risco manifesto e intolerável⁵³⁹ de dano grave a direito fundamental. Tais

⁵³⁸ Todos os excertos citados foram extraídos do seguinte trecho do voto condutor. “Tenho, sobre o tema, clara posição de que o Judiciário pode e deve intervir sempre que o ordenamento o exigir. Para identificar tal exigência, no entanto, o Juiz precisa se valer de instrumentos que transcendem à simples leitura de leis ou de uma legalidade estrita; faz-se necessária, nestes casos, uma compreensão e uma interpretação ampla das normas que compõem o ordenamento jurídico, sejam elas normas-regras ou normas-princípios. Só assim poderá o Juiz decidir com a autoridade e a legitimidade necessárias; do contrário, o mandamento seria inócuo e não-exeqüível. Nessas condições, assinalo que, ao se falar em rodovias, o principais valores jurídicos em questão são os da **segurança** e da **saúde** daqueles que a utilizam. Pois, sem quaisquer dúvidas, a má-conservação de uma rodovia submete os seus usuários a um risco, às vezes maior do que o suportável, às vezes não, mas que sempre representa uma exposição potencialmente lesiva ou fragilizadora. E, em sendo assim, necessária é a identificação do ponto em que poderá agir o Judiciário, já que aqui os limites entre o discricionário e o vinculado são muito tênues e voláteis, levando a que, muitas vezes, sejam confundidos.

A conclusão a que chego é a de que, quando a exposição ou a fragilização da saúde e da segurança dos usuários de determinada rodovia é inequivocamente manifesta e atinge níveis intoleráveis, caberá, aí, manifestação e intervenção judicial. Não caberá, doutra banda, quando o ‘risco’ estiver dentro de uma margem que possamos dizer ‘tolerável’. Aqui é preciso que consideremos as inúmeras insuficiências do Estado brasileiro e aceitemos que ainda estamos distantes do Estado Social preconizado pela Constituição da República. O desejo da plenitude e da perfeição dos serviços públicos tem de se render à realidade do Estado e das inúmeras dificuldades que a Administração encontra na consecução de seus fins. Em outras palavras, o próprio Direito se rende ao ‘mundo dos fatos’, utilizando a consagrada metáfora *ponteana*.

Em suma, os recursos são limitados e as necessidades, não. Ao Administrador cabe a tarefa, por vezes árdua, de fazer o juízo (de mérito) da melhor aplicação dos recursos públicos, elegendo, por certo, pontos e atividades em que a atuação do Estado é preferível e mais oportuna. Não há dúvidas. Por isso é que ao Judiciário é, em princípio, defeso determinar onde, quando e como restaurar ou promover a manutenção de rodovias, por exemplo. A apreciação de oportunidade da restauração desta e não daquela rodovia só pode ser feita pela Administração, que tem uma visão holística da malha viária e dos recursos disponíveis para sua recuperação; não pode, portanto, o Juiz determinar, impulsionado, com uma margem de consideração restrita ao objeto de uma ação e ignorando a situação das demais estradas, a restauração de uma determinada rodovia, justamente a requerida. Logo, descabe qualquer mandamento judicial no sentido de que a rodovia ‘x’ seja restaurada, ou que o buraco no quilômetro ‘y’ seja o tapado. Tal juízo não cabe ao Judiciário, mas à Administração.

Entretanto, outra é a situação quando o ordenamento jurídico prevê uma série de medidas e de condutas para a Administração, medidas essas tendentes a assegurar a saúde e a segurança dos administrados. Assim acontece com as rodovias quando a legislação extravagante e o Código de Trânsito Brasileiro exigem e discorrem extensamente sobre a sinalização, vertical e horizontal, a ser providenciada e mantida pela Administração. Aqui, indubitavelmente, o Legislador busca tutelar os valores já referidos, vinculando a Administração a uma determinada conduta, que dela não pode se eximir. E é esse, justamente, o provimento jurisdicional possível.

Também o seria, creio eu, quando as más-condições de uma rodovia sejam de tal modo intensas e notórias que, posto que visualizada e considerada a rodovia como objeto isolado de um processo, permite-se ao Juiz que dite determinada conduta à Administração. Assim faria por respeito à saúde e à segurança dos administrados, ou ainda para tutelar o próprio patrimônio público, que em condições extremas estaria também sendo vulnerado.”

⁵³⁹ Talvez pudesse ter aplicação, aqui, a proposta de Paulo Gustavo Guedes Fontes: “[...] Interessam à nossa temática os parâmetros que [Celso Antônio Bandeira de Mello] indica para se aferir eventual responsabilidade por omissão, que poderiam ser utilizados quando se cogitasse da imposição de obrigações de fazer, no âmbito da ação civil pública. ‘É necessário que o Estado haja incorrido em ilicitude, por não ter ocorrido para impedir o dano ou por haver sido insuficiente nesse mister, em razão de comportamento inferior ao padrão legal exigível. Não há resposta *a priori* quanto ao que seria o padrão *normal*, tipificador da obrigação a que estaria legalmente

precedentes, contudo, não representam o entendimento majoritário nas cortes do país, conforme já se teve a oportunidade de demonstrar⁵⁴⁰. A maioria das causas em que pleiteada a implantação de serviço público ou melhorias em serviços já existentes – hipóteses, a rigor, distintas, como se verá – não encontrou guarida no Superior Tribunal de Justiça. Preferiram os julgadores afirmar tratar-se de matéria inserida na esfera de discricionariedade do administrador *tout court*, sem maior análise das circunstâncias concretas ou qualquer consideração à gravidade dos possíveis danos aos direitos fundamentais⁵⁴¹. Mesmo nos Recursos Especiais nº 429.570 e 493.811, julgados pela Segunda Turma em 11/11/2003, relatados pela Ministra Eliana Calmon e multiplamente citados pela doutrina, apesar de reconhecer a possibilidade de controle judicial da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, a corte não adotou linha de argumentação semelhante àquela que se vem de expor. No primeiro caso, o tribunal determinou a realização de obras de recuperação em área degradada por erosões, mas – em decisão interessante, não há dúvida – fundou seu raciocínio na teoria da responsabilidade civil do Estado; no segundo, em que ordenada a implantação de programa de atendimento a crianças e adolescentes alcoólatras e toxicômanos, havia uma resolução do Conselho dos Direitos da Criança e do Adolescente do Município de Santos que impunha tal obrigação, tornando desnecessário recurso mais extenso a argumentos de tectura jusfundamental.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, dignos de nota os termos em que vazada a decisão do Ministro Celso de Mello por ocasião do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, datada de 29/04/2004. A despeito da temática original e do deslinde que o pleito mereceu, o relator fez consignar seu posicionamento quanto à intervenção judicial na formulação e execução de políticas sociais: excepcional, mas perfeitamente possível, desde que verificada conduta estatal comissiva ou

adstrito. Cabe indicar, no entanto, que a normalidade da eficiência há de ser apurada em função do meio social, do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico e da conjuntura da época, isto é, das possibilidades *reais* médias dentro do ambiente em que se produziu o fato danoso. Como indício destas possibilidades há que levar em conta o procedimento do Estado em casos e situações análogas e o nível de expectativa comum da sociedade (não o nível de aspirações) [...]” (*Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 586-587, grifos do autor).” (“A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites” in Edis Milaré [coordenador]. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*, p. 485, nota 49).

⁵⁴⁰ Cf. Capítulo IV.

⁵⁴¹ Vide, exemplificativamente, os seguintes arestos: Recurso Especial nº 63.128, Sexta Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 11/03/96 (construção de centro de recuperação e triagem de menores); Recurso Especial nº 169.876, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, j. 16/06/98 (realização de obras em conjunto habitacional); Agravo Regimental no Recurso Especial nº 252.083, Segunda Turma, Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 27/06/2000 (reformas em hospital público e aquisição de ambulâncias); Recurso Especial nº 208.893, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, j. 19/12/2003 (construção de abrigo para menores carentes).

omissiva atentatória aos direitos fundamentais e mesmo que tomados em sua repercussão coletiva^{542 543}.

Pode ocorrer, ainda, que o constituinte ou o legislador especifiquem de antemão metas sanitárias prioritárias, mas deixem a cargo do administrador a escolha dos meios através dos quais serão atingidas. É o caso da assistência materno-infantil, alçada à condição de prioridade absoluta pelo artigo 227, § 1º, I, da Constituição, contexto em que, à vista do artigo 12, 2, *a*, do PIDESC⁵⁴⁴, se faz primordial a redução da mortalidade infantil. Digamos que estatísticas oficiais demonstrem que – ao invés de decrescer, como faria pressupor o dever de promoção progressiva da saúde – a mortalidade infantil aumentou significativamente em algumas regiões do país, não por coincidência aquelas mais carentes. Num tal cenário, como afirmam Víctor Abramovich e Christian Courtis, é de se presumir que o Estado descumpriu seu dever constitucional e deixou de adotar medidas suficientes à consecução da meta que lhe deveria ser prioritária⁵⁴⁵, de modo que cabível se mostra a propositura de ação coletiva, para, nos moldes preconizados, compeli-lo a formular e executar política de saúde capaz de reverter tal situação.

Nada obstante, a omissão estatal quanto à formulação de políticas sanitárias pode ser parcial, fenômeno que ocorre quando a política existe, mas é insuficiente à consecução da finalidade a que se propõe, mormente porque exclui injustificadamente pessoas ou grupos determinados. Nesses casos, eventuais demandas por prestações de saúde, para além de

⁵⁴² Para a transcrição dos trechos mais importantes da decisão, vide o item 3 do Capítulo IV.

⁵⁴³ Na esteira do referido julgamento – reproduzido, aliás, em sua integralidade à guisa de fundamentação –, a Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos da Apelação Cível nº 2003.001.34812, relatada pelo Desembargador José Carlos Varanda e julgada em 24/08/2004, determinou a contratação de profissionais de saúde e a aquisição de equipamentos para o Hospital Estadual Carlos Chagas, à vista de suas precárias condições de funcionamento. Tal julgamento foi revertido em sede do Recurso Especial nº 783.185, relatado pelo Ministro Luiz Fux e decidido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 24/04/2007 (acórdão ainda não divulgado no endereço eletrônico da corte nem publicado na Imprensa Oficial). Reportagem assinada por Dimmi Amora, publicada na página 18 do Jornal O Globo de 12/07/2007, dá conta de que recente vistoria do CREMERJ no referido hospital constatou persistirem a superlotação e a falta de pessoal, aparelhos e remédios.

⁵⁴⁴ “Artículo 12.2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.”

⁵⁴⁵ “En el caso de las obligaciones de protección y satisfacción, las violaciones provienen en su mayor parte de omisiones del Estado, que vulnera el derecho al no adoptar las medidas a las que se obligó al suscribir el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o bien al establecer cláusulas que reconocen derechos económicos, sociales y culturales en su constitución. Por ejemplo, pueden mencionarse los casos de omisión del Estado en adoptar medidas destinadas a la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil – que puede presumirse del aumento de estos índices.” (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 134)

buscarem fundamento no direito à saúde de que é titular a coletividade e no dever estatal que lhe é correlato, lastrear-se-iam também no princípio da igualdade⁵⁴⁶.

A proibição à dispensação de tratamento discriminatório pode constituir importante estratégia na determinação judicial de prestações sociais positivas, capaz de vencer muitas das resistências opostas à sindicabilidade dos direitos de segunda geração. Tanto é assim que vem sendo utilizada com proveito em países tradicionalmente refratários ao reconhecimento de direitos sociais justiciáveis – como é prova eloqüente o caso *Oliver Brown et al. v. Board of Education of Topeka*, julgado pela Suprema Corte norte-americana⁵⁴⁷. No dizer de Víctor Abramovich e Christian Courtis:

“Como quedó dicho, uno de los mayores problemas que deben superarse para alcanzar una mayor protección judicial de los derechos económicos, sociales y culturales es saber en relación a cada derecho particular cuál es la extensión de la obligación del Estado de proveer o satisfacer ese derecho: hasta qué grado, o en qué medida deben ser satisfechos la necesidad o el interés social o económico tutelados por el derecho. Sin embargo, cuando un determinado derecho social ha sido reconocido a determinadas personas o grupos en una determinada medida, sí es factible realizar juicios de comparación entre la situación de los beneficiarios y la de quienes aún no lo son, controlando la legalidad y razonabilidad del

⁵⁴⁶ “Interessante observar que, da atuação parcial do Estado, há para o indivíduo um novo direito fundamental constitucional a amparar sua pretensão, que é exatamente o princípio da igualdade. Efetivamente, além do fundamento originário (por exemplo, direito à educação ou à saúde), há outro fundamento, também de estatura constitucional, que é o direito à igualdade de prestações. Se existem vagas na escola de 1º grau para Tício, há de existir vagas para Mélvio.” (FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 83)

⁵⁴⁷ A íntegra do voto conductor, proferido pelo Chief Justice Earl Warren, está disponível para consulta no endereço eletrônico http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0347_0483_ZO.html, conforme acesso em 13/07/2007. Assim David M. Beatty retrata a jurisprudência norte-americana sobre o assunto: “Na realidade, as decisões que os ativistas de direitos humanos apontam em suporte ao seu ponto de vista não implicam que Judiciário invoque poder sobre o Erário. De fato, elas são de um tipo muito diverso. Em grande parte, elas decorrem logicamente de uma aplicação direta do princípio da igualdade formal. Em vez de discordar do nível de assistência que um programa possa garantir, as cortes simplesmente determinaram às legislaturas e aos governos que os serviços disponibilizados a todos fossem prestados de forma não-discriminatória. Não há qualquer tentativa de determinar aos representantes eleitos do povo quão ricos tais programas devem ser. Em vez de questionar as metas práticas e os objetivos (os níveis de assistência) que o povo e seus representantes decidiram para si próprios, nesses casos o foco das cortes é estritamente nos meios – os critérios de distribuição – que são escolhidos para identificar quem serão os beneficiários desses programas.” No original: “*The decisions to which human rights activists point in support of their case do not really involve the judiciary laying claim to the power of the purse. In fact, they are of a quite different kind. For the most part they follow logically from a straightforward application of the principle of formal equality. Rather than take issue with the level of assistance a programme may guarantee, the courts have simply required the legislatures and Governments to make whatever services they do provide available to everyone in a non-discriminatory way. There is no attempt to tell the elected representatives of the people how rich such programmes have to be. Rather than question the practical goals and objectives (the levels of assistance) the people and their representatives set for themselves, in these cases the focus of the courts is strictly on the means – the criteria of distribution – that are chosen to identify who the beneficiaries of these programmes will be.*” (BEATTY, David M.. “The Last Generation: When Rights Lose their Meaning” in BEATTY, David M. [editor]. *Human Rights and Judicial Review: A Comparative Perspective*. Boston: Martinus Nijhoff, 1994 *apud* JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999, p. 1450).

factor de diferenciación utilizado por el Estado al proveer, garantizar o promover selectivamente los intereses tutelados por el derecho.”⁵⁴⁸

É possível formular exemplos ilustrativos. Como visto, por força do que disciplinam a Constituição da República e a Lei nº 8.080/90, é dever do Estado promover, proteger e recuperar a saúde, cabendo-lhe fazê-lo por intermédio de um sistema único de ações e serviços, organizado para prestar, em qualquer de seus níveis de complexidade, assistência terapêutica integral – inclusive farmacêutica. Se, em cumprimento de dito dever estatal, é instituída política nacional de distribuição geral e gratuita de medicamentos que deixa de prever qualquer tratamento a uma determinada enfermidade, evidente que, mesmo à míngua de regulamentação específica, cabível se mostrará a propositura de ação coletiva a favor de seus portadores, para que o fornecimento das drogas adequadas à sua terapêutica lhes seja oportunizado. Contra uma tal demanda, conforme esclarece Appio, não teriam lugar argumentos concernentes à falta de legitimidade do Judiciário para formular políticas públicas e alterar o orçamento, uma vez que é vedado ao administrador elaborar programas discriminatórios e prever recursos insuficientes à sua implementação abrangente⁵⁴⁹.

Também o pleito coletivo por assistência à saúde básica em prol de determinada comunidade distante e desassistida – objeto de cogitações anteriores – poderia utilizar o princípio da isonomia como fundamento colateral, se demonstrado que outras comunidades mereceram tratamento distinto sem que para tanto exista justificativa razoável⁵⁵⁰. Nessa linha, como reportam Víctor Abramovich e Christian Courtis, a organização árabe Adalah ajuizou demanda coletiva junto a Suprema Corte de Israel em favor de mulheres e crianças

⁵⁴⁸ ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 169.

⁵⁴⁹ Vide APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 174: “Nos casos em que já exista um programa social implementado pelo governo, a partir da interpretação que confere a um dever genérico previsto no texto constitucional ou, ainda, que já exista um programa social previsto de forma específica em lei aprovada pelo Congresso Nacional, o Poder Judiciário deverá interferir de forma positiva, de molde a assegurar a proteção da isonomia constitucional. Ocorre que o princípio da isonomia impõe um tratamento idêntico, por parte do Estado, em favor de todos os cidadãos que se encontrem em uma mesma situação de necessidade, não se podendo limitar a assistência social aos valores previstos na lei orçamentária anual, sob pena de tratamento desigual.”. Ressalte-se que o vetusto Entendimento nº 339 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (“Não cabe ao Poder Judiciário que não tem função legislativa aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia”), firmado ainda sob a égide da Constituição de 1946, vem sendo posto de lado reiteradamente pela jurisprudência pátria, ao argumento de que há de prevalecer o princípio sobranceiro da igualdade. De mais a mais, se o juiz pode o mais – é dizer, declarar a inconstitucionalidade de um ato normativo e deixar de aplicá-lo –, pode também o menos – considerar a norma válida e estendê-la àqueles ilegitimamente excluídos, de modo que se reveste de pouca valia a tradicional distinção entre a atuação judicial como legislador negativo e legislador positivo.

⁵⁵⁰ “Esta estrategia de comparación de las condiciones de prestación de un servicio de satisfacción de derechos sociales es replicable en otros supuestos de exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales en los cuales un grupo o sector social, o la población de un área geográfica determinada sufre una diferencia de trato ilegal o irrazonable.” (ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 172)

pertencentes a comunidades beduínas da região do Negev desprovidas de centros de atenção médica materno-infantil. Em razão da falta de transporte público, tais mulheres, acompanhadas de seus filhos, viam-se forçadas a empreender longas caminhadas pelo deserto em busca de atendimento médico; seu acesso ao serviço público de saúde resultava ainda mais difícil à vista da tradição local que lhes proibia deixar o lar senão quando acompanhadas de um familiar de seus maridos. Tal quadro, além de perpetuar a condição de subordinação e vulnerabilidade daquelas mulheres, refletia-se nas estatísticas governamentais: as comunidades árabes da região apresentavam a mais alta taxa de mortalidade infantil de todo o país e mais da metade de suas crianças sofria de anemia e desnutrição. Pois bem. À vista da constatação de que as localidades vizinhas de população judia dispunham de centros de atendimento especializado, caracterizada a violação ao princípio da isonomia, a Suprema Corte determinou ao Estado que garantisse serviço de atenção médica materno-infantil às comunidades árabes, observadas as mesmas condições ofertadas aos colonos judeus⁵⁵¹.

Por outro lado, a igualdade material deve orientar a atuação estatal em saúde também sob o aspecto da proteção compulsória e preferencial daqueles grupos alijados em maior grau do poder político e econômico. Ora, se a redução da marginalização – incluído aí o respeito à diferença, seu corolário – é objetivo constitucional fundamental, patente a ilegitimidade da conduta do Estado se deixar de formular políticas voltadas ao atendimento das necessidades de saúde dessas minorias ou estamentos sociais mais fracos. Outra não pode ser a conclusão, aliás, se interpretados sistematicamente os diversos outros dispositivos protetivos inseridos pelo constituinte, a impor de forma expressa a concessão de atenção especial a crianças, adolescentes, portadores de deficiência física, mental ou sensorial, mulheres, idosos e indígenas⁵⁵².

6.3.1.2. Quanto à Implementação de Políticas Públicas de Saúde

Pode ser que lei infraconstitucional especifique uma forma determinada de cumprimento ao dever estatal genérico de promoção, proteção e recuperação da saúde, estabelecendo tanto a meta a priorizar quanto os meios necessários à sua consecução. É o caso, por exemplo, da Lei nº 9.313/96, que definiu ser o combate à AIDS prioridade

⁵⁵¹ Cf. ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 172-173.

⁵⁵² Vide, especialmente, os artigos 227, § 1º, I e II, 230 e 231. No ponto, cf. o item 3.3 deste Capítulo.

governamental e adotou a distribuição gratuita de medicamentos a todos os portadores do vírus HIV como estratégia⁵⁵³. Como se vê, tirantes as questões atinentes à operacionalização “burocrática” da política – *e.g.*, a definição das drogas a oferecer, da rede de distribuição e da forma de cadastramento dos doentes –, nenhuma margem de discricionariedade terá restado ao administrador. Adstrito às decisões legislativas e ao princípio da legalidade, é seu dever praticar os atos concretos necessários à sua execução, inclusive fazer constar do orçamento crédito correspondente, dotá-lo de recursos bastantes e liberá-los oportunamente. No ponto, confira-se o entendimento de Eduardo Appio:

“[...] Nesta seara, caso a Administração Pública se negue ao cumprimento da lei estará praticando um ato ilegal, com o que se revela possível a revisão judicial da omissão, através de ação civil pública, podendo o juiz determinar o cumprimento específico do programa previsto. Interfere, portanto, na prática de atos administrativos, uma vez que a lei vincula a atividade do administrador. Não se trata de controle de uma decisão política de governo, mas sim de mero controle de um ato administrativo, jungido que está ao princípio da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*).”⁵⁵⁴

Em outras palavras, caso o Estado prefira a inércia e deixe de praticar quaisquer das providências indispensáveis à implementação da política legal, evidente está a possibilidade de decisão judicial em demanda coletiva determinar-lhe a prática do ato administrativo pressuposto pela lei. Para ficarmos com o exemplo do programa de combate à AIDS, é possível que o administrador negligencie a aquisição dos medicamentos padronizados, deixando de promover licitações com a regularidade necessária; pode-se, ainda, aventar de falhas na distribuição das drogas, se, apesar de adquiri-las, o administrador não as fizer chegar a todos os postos da rede. A rigor, trata-se de condutas passíveis de correção judicial não só por sua flagrante ilegalidade, como também porque ofendem frontalmente o princípio da eficiência, ensejando, inclusive, a punição do responsável. Sobremais, se o administrador não fizer constar do orçamento o crédito correspondente, não o dotar de verbas suficientes ou não autorizar sua liberação efetiva, caberá ao juiz determinar, respectivamente, a abertura do crédito, sua suplementação ou o bloqueio dos recursos no caixa do Estado, com sua imediata transferência à conta do programa.

⁵⁵³ “Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.”

⁵⁵⁴ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 171-172.

Nessa linha, porque diante de obrigação imposta por lei, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ordenou ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes (DNIT) que regularizasse a sinalização de diversas rodovias federais no Rio Grande do Sul, afastando o argumento de que se tratava de conduta administrativa discricionária:

“Entretanto, outra é a situação quando o ordenamento jurídico prevê uma série de medidas e de condutas para a Administração, medidas essas tendentes a assegurar a saúde e a segurança dos administrados. Assim acontece com as rodovias quando a legislação extravagante e o Código de Trânsito Brasileiro exigem e discorrem extensamente sobre a sinalização, vertical e horizontal, a ser providenciada e mantida pela Administração. Aqui, indubitavelmente, o Legislador busca tutelar os valores já referidos, vinculando a Administração a uma determinada conduta, que dela não pode se eximir. E é esse, justamente, o provimento jurisdicional possível.”⁵⁵⁵

Idêntico raciocínio há de ser aplicado na hipótese da política sanitária ter sido instituída por meio de resolução emanada dos Conselhos de Saúde. Na forma do § 2º do artigo 1º da Lei nº 8.142/90⁵⁵⁶, tais órgãos colegiados de composição paritária – como instâncias da democracia participativa que são – dispõem de competência deliberativa para formular estratégias de saúde, de modo que, à semelhança das leis e uma vez homologadas, suas decisões vinculam o administrador. No ponto, novamente nos socorremos das lições de Appio:

“No tocante à recusa das diretrizes e metas fixadas pelos conselhos, em sua atividade deliberativa, cumpre assinalar que as suas decisões vinculam o Poder Executivo, pois consistem em instrumentos de exercício descentralizado do poder político, com a participação direta das comunidades atingidas. [...] As deliberações do conselho vinculam o Poder Executivo de tal forma que resta obrigado a fazer inserir na lei orçamentária anual as verbas necessárias ao atendimento do programa proposto, com a indicação das fontes de receita.”⁵⁵⁷

Outro não foi o entendimento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do já mencionado Recurso Especial nº 493.811, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, ocorrido em 11/11/2003. Na hipótese, a corte reconheceu eficácia

⁵⁵⁵ Trecho do voto condutor proferido pelo Desembargador Federal Valdemar Capeletti no já citado Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.056347-4/RS, julgado pela Quarta Turma em 28/05/2003.

⁵⁵⁶ “Art. 1º, § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua 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.”

⁵⁵⁷ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 165.

vinculante à resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e, com tal fundamento, determinou ao Município de Santos que implementasse programa de atendimento a menores adictos, fazendo constar do orçamento para o exercício seguinte verba própria e suficiente para tanto. Do voto condutor, cabe realçar o excerto seguinte:

“A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?”

Tal advertência tem lugar, também, nas hipóteses em que o Executivo, à míngua de lei ou resolução dos Conselhos de Saúde, tenha elaborado e implementado política sanitária específica. Isso porque, ainda que a decisão por sua consecução tenha sido discricionária, uma vez que o programa esteja em execução, cabe ao Judiciário controlá-lo. Por conseguinte, se o administrador deixar de praticar os atos necessários à garantia de abrangência, eficiência e continuidade da ação de saúde por que optou, haverá o juiz de corrigir tal omissão ofensiva ao direito à proteção à saúde, com fundamento subsidiário, conforme o caso, nos princípios da isonomia, da eficiência e da vedação de retrocesso social. Se, digamos, o Estado tiver idealizado e implementado um programa de remoção e atendimento móvel de urgência que, sem qualquer motivo razoável, não assista a determinados bairros, evidente estará a infringência ao princípio da igualdade. Por outro lado, na hipótese das ambulâncias e equipamentos utilizados apresentarem problemas por falta de manutenção, patente a ineficiência administrativa; se deixarem de funcionar, obrigando à redução da abrangência do programa, ou se decidir o administrador revogá-lo sem mais, desrespeitado estará o princípio da vedação de retrocesso social. Como se vê, mesmo que a instituição da política se tenha dado por iniciativa exclusiva do Executivo, à medida que é executada, não pode o administrador dela dispor como bem lhe aprouver, adstrito que está ao cumprimento de seu dever constitucional e aos princípios gerais do Direito:

“No tocante a estes programas [implementados pelo governo em atendimento a dever genérico constante da Constituição Federal], o Poder Executivo terá de previamente analisar sua própria capacidade de financiamento de um programa social, antes de implementá-lo, pois estará sujeito à fiscalização do Poder Judiciário caso o implemente sem os recursos suficientes. A implementação das políticas públicas de natureza social é, portanto, um ato de grande responsabilidade política, razão pela qual não admite a outorga ilusória de direitos sociais, condicionados à disponibilidade do orçamento público. A prática recorrente no Brasil tem sido a da ampla utilização das políticas públicas como verdadeiras peças de propaganda dos

governos eleitos, mas que na prática resultam em ampla frustração popular, por conta da chamada ‘reserva do possível’. Acena-se com uma promessa que se sabe, de antemão, que não será cumprida, com o fito exclusivo de se obter benefícios eleitorais, naquilo que se convencionou chamar de ‘populismo’. Como lembram Sunstein e Holmes, políticos, vendedores de carros usados e publicitários tendem a exagerar sobre o conteúdo de suas promessas, muito embora saibam que possam ser cobradas em algum momento no futuro.”⁵⁵⁸

Situação curiosa pode ocorrer quando o administrador formula a política pública, mas não a executa, deixando de tomar quaisquer das providências concretas a tanto necessárias. A questão foi enfrentada recentemente pela Segunda Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por ocasião do julgamento dos Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 1999.01.01.014944-9/RS, ocorrido em 08/11/2004. Cuidava-se de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal em face da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA), com o objetivo de compeli-las à implementação das ações de assistência à saúde do índio previstas pelo Decreto nº 1.141/94, em especial a construção de postos de saúde no interior de determinadas áreas indígenas⁵⁵⁹. A sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, fundada na impossibilidade jurídica do pedido, foi confirmada pela Quarta Turma do tribunal, ao argumento de que, por faltar caráter normativo ao Decreto nº 1.141/94, só quando o programa ali previsto deixasse de ser “puramente ideal” e passasse a contar com “uma estrutura material, inclusive com previsão orçamentária,” poder-se-ia entender “caracterizada omissão jurídica relevante”, passível de suprimimento judicial⁵⁶⁰. Em sede infringente, entretanto, o julgamento foi revertido: prevaleceu o entendimento do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon que, sem discutir se o administrador estaria ou não vinculado à implementação da política de saúde veiculada pelo

⁵⁵⁸ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 175-176.

⁵⁵⁹ O artigo 13 do Decreto nº 1.141/94, posteriormente revogado, previa que “São assegurados os serviços de atenção primária à saúde no interior das terras indígenas.”

⁵⁶⁰ Os excertos foram extraídos do seguinte trecho do voto do relator dos Embargos Infringentes, Desembargador Valdemar Capeletti: “O Decreto 1141/94, por sua vez, não teria vindo implementar a norma constitucional, pois é limitado a enunciar um programa de saúde da população indígena, **sem nenhum conteúdo normativo**, não possuindo regra cuja aplicação poderia ser exigida judicialmente. **Daí porque não geraria nenhum direito a que corresponda uma ação, incluindo-se, aí, a ação civil**. Outrossim, o Poder Judiciário não pode se arrojar à função de administrador e passar a executar programas de governo, destituídos de meios materiais de execução. Ou seja, não pode extrapolar sua função jurisdicional, invadindo área executiva reservada a outro Poder. Desta forma, só restará caracterizada omissão jurídica relevante na implementação de um programa de saúde aos índios, quando o plano deixar de ser puramente ideal e passar a contar com uma **estrutura material**, inclusive com previsão orçamentária, hábil a torná-lo efetivo. Só neste caso, a omissão do Executivo poderá ser suprida pelo Judiciário. Por outro lado, a omissão que teria relevância jurídica seria aquela que importa recusa ao cumprimento de uma regra jurídica vinculante, razão pela qual o não cumprimento de uma promessa de Governo ou de um programa sem conteúdo normativo, importaria em **omissão quanto a uma decisão de ordem estritamente política, que só politicamente poderá ser resolvida.**” (grifos no original).

Decreto nº 1.141/94, determinava o prosseguimento da demanda, ao argumento de que o direito à saúde é fundamental, possui eficácia imediata e sua sindicância pode prescindir da interposição legislativa, desde que a pretensão se cinja ao mínimo existencial.

Como já explicitado, se for possível concluir, à vista do caso concreto, que as medidas pleiteadas são as únicas capazes de dar cumprimento ao dever estatal de proteção à saúde, reduzida a zero a discricionariedade de decisão e de escolha do administrador, impositiva se fará a procedência do pedido, independentemente do entendimento que tenha o julgador quanto à força vinculante do programa idealizado e não implementado. Mas não é essa a hipótese de que aqui se está a tratar: há que se definir se o administrador está obrigado à execução de uma política pelo simples fato de a ter formulado. E a resposta, cremos, é negativa. Não parece viável impor ao administrador a execução compulsória do programa que idealizou senão quando demonstrado, à luz do caso concreto, não lhe restar qualquer discricionariedade de decisão (quanto ao agir ou deixar de fazê-lo), ainda que, em princípio, persista sua discricionariedade de escolha (quanto aos meios). Explica-se.

Comprovado que a inércia estatal é capaz de colocar em sério risco o direito à saúde da coletividade, caberá ao juiz reconhecer a ilegitimidade da omissão do administrador e, se várias forem as providências igualmente razoáveis passíveis de adoção, ordenar-lhe que proceda à escolha e a execute. No entanto, se o administrador já tiver realizado sua opção em momento anterior, não há motivo para deixá-la, bastando ao julgador determinar a implementação da política elaborada previamente, incluindo a abertura de crédito orçamentário dotado de verbas suficientes.

Ao revés, se da inação estatal não advier risco intolerável de dano grave à saúde, não há como obrigar o administrador à execução do programa que idealizara, preservada que remanesce sua discricionariedade quanto à definição das metas prioritárias a alcançar. Contudo, nada obsta a propositura de ação coletiva, não com vistas à implementação da política propriamente, mas para que o administrador traga a público o cronograma de sua execução, ou apresente os motivos pelos quais desistiu de colocá-la em prática. Na linha do que preconiza Ana Paula de Barcellos, quando nada, demandas judiciais com tal viés poderiam tornar a atividade administrativa mais transparente e permeável ao controle social⁵⁶¹.

⁵⁶¹ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos*

Por outro lado, a implementação das políticas sanitárias – como quaisquer outros atos administrativos – deve obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos expressamente no *caput* do artigo 37 da Constituição da República⁵⁶². Interessa-nos mais de perto o princípio da eficiência, pelo papel de grande importância que pode desempenhar no controle de políticas que impliquem a prestação continuada de serviços de saúde.

A inclusão da eficiência entre os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa reflete o desejo do constituinte “de maximizar-se sempre os resultados em toda e qualquer atuação da ação e do serviço públicos, impondo-se uma atuação dentro de padrões aceitáveis de presteza, perfeição e rendimento”⁵⁶³. É dever do administrador, pois, zelar para que a prestação dos serviços públicos se mantenha dentro de níveis razoáveis de qualidade, possibilitando a real satisfação das necessidades básicas da população – afinal, seu desiderato último⁵⁶⁴.

Nesse diapasão, se a qualidade de determinado serviço sanitário, mormente por conta da inércia do administrador, cair a níveis inferiores ao padrão razoável – aferível em conformidade com o estágio de desenvolvimento social, cultural e tecnológico e a conjuntura econômica existentes –, evidente a possibilidade de intervenção judicial corretiva⁵⁶⁵. Ora, se o Estado decidiu colocar em funcionamento determinado serviço de saúde, comprometeu-se logicamente a prestá-lo de forma eficiente, até porque, adstrito que está pela Constituição, não

Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 624: “[...] Caso não se tenha informação acerca do cumprimento ou não da meta previamente estabelecida, será o caso de solicitar a prestação de contas por parte do Poder Público. Na hipótese de as informações sobre esse ponto existirem, mas não existir qualquer dado sobre as razões que justificaram o abandono pelo Poder Público daquela meta (e não sejam elas notórias), é possível cogitar de pedido nesse sentido, a fim de que tais razões sejam divulgadas publicamente. 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 o controle sociais.”

⁵⁶² “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

⁵⁶³ LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade. Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 134.

⁵⁶⁴ “O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público é ser pressuposto da coesão social e geográfica de determinado país e da dignidade dos seus cidadãos. Os serviços públicos constituem prestações sem as quais, em determinada cultura, as pessoas se vêem desvestidas daquele mínimo que se requer para a viabilização adequada de suas vidas.” (ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Serviços Públicos e Direitos Fundamentais” in SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio [organizadores]. *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006)

⁵⁶⁵ “Pode-se dizer porquanto que, em caso de ineficiência, há fundamento constitucional para que os destinatários das atividades administrativas, através do ente legitimado, possam acionar o Estado e exigir o melhor desempenho no exercício da função pública, obrigando-o a implementar a prestação estatal omitida.” (GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, p. 105)

lhe é dado agir diferentemente: nesse particular, não há discricionariedade possível. Tal raciocínio se vê em muito reforçado se considerado que, dados os atuais estágio de desenvolvimento e conjuntura econômica brasileiros, o padrão razoável de eficiência vigente equivale ao mínimo capaz de garantir que o serviço público cumpra sua missão constitucional de assegurar dignidade aos mais necessitados. Deixar de respeitá-lo, por óbvio, não configura opção legítima à escolha do administrador.

Ainda assim, não raro inspeções realizadas em unidades de saúde por órgãos de vigilância sanitária e conselhos profissionais constatam que o serviço à população é prestado em condições de precariedade extrema: instalações físicas em ruínas, equipamentos sem manutenção, insuficiência de pessoal, falta de higiene e de insumos básicos, filas de espera intermináveis – a enumeração poderia ainda prosseguir. A toda evidência, uma vez comprovado que a qualidade dos serviços de saúde prestados em determinado hospital público sequer atinge o padrão mínimo de eficiência, colocando em risco manifesto a saúde e a dignidade de seus usuários, caberá ao juiz corrigir a omissão inconstitucional e determinar as providências que no curso do processo se tenham provado necessárias à elevação do nível de atendimento a patamares aceitáveis. Ressalte-se que, se várias forem as medidas passíveis de adoção, a escolha recairá sobre o administrador, submetida ao contraditório e à aferição judicial de sua razoabilidade.

Tampouco aqui merece qualquer guarida o argumento de que, ao ordenar a realização de melhorias no hospital público objeto da demanda, o juiz estaria a substituir o critério de prioridade do administrador pelo seu próprio, preterindo outras unidades de saúde em igual ou pior situação. Como visto, somente em sede de atuação administrativa discricionária tal linha de raciocínio mostra-se pertinente; jamais quando, à vista do caso concreto, a discricionariedade simplesmente não existe. Questionamentos do tipo “por que reformar este e não aquele hospital” só teriam lugar se o administrador pudesse legitimamente escolher entre reformar um ou outro: na verdade, se o nível de qualidade dos serviços prestados pelos dois estiver abaixo do padrão mínimo aceitável e acarretar grave risco de dano à saúde de seus usuários, é obrigação do Estado reformá-los ambos. Por outro lado, a ineficiência generalizada dos serviços públicos de saúde não pode servir como escudo ao mau administrador, que, do contrário, seria beneficiado pelo próprio descumprimento de seu dever constitucional.

Cabe, ainda, uma palavra sobre a prática do contingenciamento dos recursos previstos na lei orçamentária e destinados à implementação de políticas sanitárias. Na hipótese, há

crédito orçamentário e dinheiro em caixa, mas o administrador simplesmente protela ou não autoriza a liberação da dotação respectiva. Ainda que a Emenda Constitucional nº 29 não vedasse a contenção dos percentuais mínimos de investimento⁵⁶⁶, verbas necessárias à execução de programas de saúde previstos em lei não são passíveis de contingenciamento, sob pena de burla evidente ao princípio da legalidade. Também não pode haver dúvida de que o custeio de ações não discricionárias – ainda que não veiculadas em lei –, à medida que essenciais à higidez do direito à saúde em grave risco, não pode ser postergado ou obstado. A rigor, como esclarece Fábio Konder Comparato, despesas destinadas à satisfação de direitos fundamentais não podem ser legitimamente contingenciadas, cabendo o bloqueio das verbas respectivas no caixa do Estado e sua transferência à conta do programa prejudicado:

“Da mesma forma, a liberação das verbas orçamentárias vinculadas às políticas de realização de direitos fundamentais não é matéria que entre na esfera de discricionariedade administrativa. Ela não se submete a juízo algum de conveniência ou oportunidade. Trata-se, inquestionavelmente, de atos de administração vinculada. Deve-se assinalar que o Poder Executivo não está autorizado a suspender a liberação de tais verbas no curso do exercício financeiro, nem mesmo sob o argumento de que as despesas correspondentes ultrapassam os limites impostos pela chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4.5.2000). Ainda que esta lei assim o estabelecesse, seu mandamento não deveria ser observado, porque seria frontalmente contrário à Constituição. Mas, na realidade, a Lei Complementar 101 contém disposição que ressalva casos como esse, excluindo-os da regra geral limitadora de despesas. ‘Não serão objeto de limitação – lê-se no art. 8º, § 2º, primeira parte, da citada lei – as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente’. Escusa lembrar que as despesas vinculadas à satisfação de direitos fundamentais da pessoa humana constituem deveres constitucionais impostergáveis do Poder Público.”⁵⁶⁷

6.3.2. Controle da Razoabilidade/Proporcionalidade

Como visto, a Constituição da República atribuiu ao Estado o dever de proteção à saúde, erigindo-o à condição de objetivo fundamental. Entretanto, no mais das vezes, não definiu de antemão os meios pelos quais haveriam legislador e administrador de concretizar

⁵⁶⁶ Vide o item 3.4 deste Capítulo.

⁵⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (coordenadores). *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, p. 256-257. No ponto, vide também MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias*, p. 202.

tal desiderato, conferindo-lhes, nesse particular, ampla e necessária margem de conformação. Discricionariedade, contudo, não significa poder irrestrito⁵⁶⁸. Ao contrário, a atuação dos poderes constituídos está de adrede limitada pelos muitos princípios constitucionais, entre os quais, por sua importância à temática em estudo, merecem destaque a razoabilidade e a proporcionalidade.

Passar-se-á ao largo da grande controvérsia doutrinária acerca das semelhanças e diferenças por ventura existentes entre os dois princípios⁵⁶⁹, para entender como razoabilidade o dever de congruência entre os motivos ou critérios considerados quando da decisão estatal e a medida efetivamente adotada. Nesse sentido, a razoabilidade é o oposto da arbitrariedade, do capricho e da falta de bom senso⁵⁷⁰, implica a observância ao padrão de normalidade aceito tradicionalmente⁵⁷¹ e torna imperativo que as decisões governamentais possam suportar uma explicação objetiva, capaz de dotar-lhes de legitimidade. Assim o entende Tomás Ramón Fernández, como dá conta Eduardo García de Enterría:

“En su último trabajo en la polémica indicada al principio, Tomás R. Fernández ha observado certeramente que la exigencia de razonabilidad en la actuación de la Administración, que está en el fondo del principio de interdicción de la arbitrariedad, la necesidad de que las decisiones administrativas puedan soportar una explicación objetiva, no es una invención del estamento de los juristas para su propio recreo o para autoafirmar su hipotética preeminencia estamental en el sistema político; es, más bien, una forma imprescindible de búsqueda del consenso democrático en la sociedad actual. Se trata de un ‘esfuerzo permanente de justificación de las decisiones que muestre su carácter razonable y plausible cuando menos y pueda acreditar por ello la imprescindible legitimidad de ejercicio

⁵⁶⁸ No ponto, vide Capítulo III, item 3.

⁵⁶⁹ Para um inventário da doutrina nacional a respeito, cf. OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 91-98.

⁵⁷⁰ “O razoável é conforme a razão, racional. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, como senso comum, com valores superiores propugnados em dada comunidade.” (OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios*, p. 101)

⁵⁷¹ “[...] A razoabilidade, por sua vez, é um complexo de argumentos [...] destacando-se a aferição da consonância do ato com o padrão de normalidade aceito tradicionalmente. A *proporção razoável* não é uma proporção qualquer, mas aquela autorizada pelas regras de experiência que o magistrado assimila de sua vivência profissional e do conhecimento acerca dos padrões socialmente consagrados.” (GOUVÊA, Marcos Maselli. “Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GARCIA, Emerson [coordenador]. *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 355)

*de sus actores, que la comunidad, que no acepta ya la mera imposición de las mismas por vía coactiva, inexcusablemente reclama’.*⁵⁷²

Bem se vê que, tanto quando da formulação de determinada política sanitária quanto de sua implementação, as escolhas do administrador devem lastrear-se em suporte fático existente e em critérios de diferenciação congruentes, sob pena de, à falta de legitimidade, lhes ser reconhecida a invalidade. Foi justamente o que ocorreu no caso *Minister of Health and others v. Treatment Action Campaign and others*: a Corte Constitucional sul-africana analisou os argumentos fornecidos pelo Estado para fundamentar a restrição do fornecimento do anti-retroviral a certos centros de pesquisa e treinamento e, por entendê-los desprovidos de lastro científico e ensejarem injustificada distinção entre gestantes igualmente necessitadas do sistema público de saúde, declarou-os não razoáveis e considerou descumprido o dever constitucional de agir em prol da proteção à saúde.

A proporcionalidade, por sua vez, implica uma relação entre meio e fim, a implicar que as escolhas estatais recaiam obrigatoriamente sobre as medidas mais adequadas, necessárias e compensadoras em função da finalidade almejada. No dizer de Humberto Ávila:

“O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma *medida concreta* destinada a realizar uma *finalidade*. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame da adequação), de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade (exame da necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).”⁵⁷³

Como bem esclarece o autor, a adequação do meio à promoção da finalidade pode ser analisada sob três aspectos distintos: quantitativo (“um meio pode promover menos, igualmente ou mais o fim do que outro meio”), qualitativo (“um meio pode promover pior, igualmente ou melhor o fim do que outro meio”) e probabilístico (“um meio pode promover com menos, igual ou maior certeza o fim do que outro meio”)⁵⁷⁴. Uma vez que raramente uma medida será simultaneamente superior em termos quantitativos, qualitativos e probabilísticos, a escolha do administrador pode implicar juízos de extrema complexidade.

⁵⁷² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. España: Thomson Civitas, 2005, p. 165.

⁵⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 150.

⁵⁷⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 153.

Por conseguinte, e até por conta do princípio da separação de poderes, haverá de ser prestigiada, salvo se manifesta a inadequação do meio eleito ao fim proposto⁵⁷⁵.

Para o exame de necessidade, é preciso verificar se meios alternativos àquele preferido pelo administrador seriam capazes de promover igualmente o fim à custa de menor restrição aos direitos fundamentais afetados. Considerados os diferentes aspectos da adequação e a conseqüente multiplicidade de análises comparativas possíveis entre os diversos meios disponíveis, bem se vê ser difícil discernir se havia outras medidas igualmente adequadas à consecução da finalidade. Ainda mais árdua será a tarefa se os meios apresentarem distinções de grau não só no que concerne à promoção do fim, mas também quanto à restrição que acarretam aos direitos fundamentais⁵⁷⁶. Também aqui a escolha do administrador deverá ser respeitada, senão quando evidente a existência de meio alternativo mais adequado e menos restritivo.

Por fim, a aferição da proporcionalidade em sentido estrito implica a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais – é dizer, saber se o custo aos direitos colateralmente afetados é suficientemente compensado pelo benefício advindo da consecução da finalidade perseguida. Tampouco esse exame afigura-se isento de dificuldade, “pois o julgamento daquilo que será contado como vantagem e daquilo que será contado como desvantagem depende de uma avaliação fortemente subjetiva”⁵⁷⁷, restando ao juiz adotar postura de autocontenção.

Bem se vê que, se é verdade que o administrador tem o dever de escolher o meio mais adequado, necessário e compensador, nem sempre será possível aquilatar – dada a complexidade inerente ao processo, a eventual falta de informações suficientes e a incerteza com relação ao futuro – que meio é esse. Por isso, quando *a posteriori* vier a analisar a legitimidade da decisão estatal, o juiz deverá verificar se, tomadas as circunstâncias existentes à época em que feita a escolha, existia outro meio manifestamente mais adequado, necessário

⁵⁷⁵ “Em primeiro lugar, o princípio da separação dos Poderes exige um mínimo de autonomia e independência no exercício das funções legislativa, administrativa e judicial. Assegurado um mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador, não é dado ao julgador escolher o melhor meio sem um motivo manifesto de inadequação do meio eleito pela Administração para escolher o fim. O exame do entrecruzamento entre o dever de preservar a liberdade do legislador e o dever de proteger os direitos fundamentais do administrado revela abstratamente uma encruzilhada em que se resguarda um âmbito mínimo de liberdade para o legislador e para o administrador. Somente uma comprovação cabal da inadequação permite a invalidação da escolha do legislador ou administrador.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 157)

⁵⁷⁶ “[...] Como escolher entre um meio que restringe pouco um direito fundamental mas, em contrapartida, promove pouco o fim, e um meio que promove bastante o fim mas, em compensação, causa muita restrição a um direito fundamental? A ponderação entre o grau de restrição e o grau de promoção é inafastável.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 160)

⁵⁷⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 160.

e compensador, declarando-a nula se concluir em sentido afirmativo. Em caso negativo, desde que a providência eleita pudesse ser considerada capaz de promover suficientemente a finalidade almejada, nada lhe restará senão prestigiá-la.

Assim procederam os julgadores sul-africanos no julgamento mencionado. Concluíram que a restrição à distribuição do anti-retroviral somente num primeiro momento poderia ser considerada adequada e necessária à consecução do controle de eficácia do medicamento, já que outros meios mais adequados e menos restritivos encontravam-se à disposição do governo. Por outro lado, o prejuízo à saúde e à vida das mães e recém-nascidos excluídos do programa era manifestamente superior aos supostos benefícios advindos da medida. Por conseguinte, entenderam que a política governamental de prevenção da transmissão do HIV no parto não atendia suficientemente ao dever constitucional de tomar providências razoáveis à garantia da saúde, determinando sua correção.

Em *Government of the Republic of South Africa and Others v. Grootboom and Others*, por sua vez, o tribunal entendeu que a política habitacional empreendida pelo Estado não promovia suficientemente o direito ao acesso à moradia, declarando-a, por tal motivo, inconstitucional. Bem se vê que, apesar de a tanto não fazerem menção expressa, as decisões sul-africanas analisadas não empregaram o princípio da proporcionalidade sob a ótica tradicional da proibição de excesso, fazendo-o incidir, na realidade, como proibição de insuficiência⁵⁷⁸. Segundo dão conta a jurisprudência do Tribunal de Karlsruhe e parcela considerável da doutrina germânica, tal vertente da proporcionalidade afigura-se pertinente quando, em lugar de analisar se a ação do Estado atingiu o direito fundamental em demasia, faz-se necessário averiguar se sua conduta, especialmente quando omissiva, deixou de assegurar ao direito um nível de proteção mínimo. Em outras palavras, sempre que um direito

⁵⁷⁸ Para um maior aprofundamento, vejam-se: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003, *passim*; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 76-82; OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, 2006, p. 79. Disponível, conforme acesso em 05/10/2006 em <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/1884/3084/1/Disserta%E7%E3o+-+Ana+Carolina+Lopes+Olsen.pdf>; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência*. Disponível, conforme acesso em 30/07/2007, no endereço eletrônico <http://www.mundojuridico.adv.br>, p. 24-29; GRIMM, Dieter. “A Função Protetiva do Estado” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito*, p. 160-164; PULIDO, Carlos Bernal. “O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito*, p. 826-830; FELDENS, Luciano. “A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e Perspectivas” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito*, p. 849-855. Como contraponto ao entusiasmo pela proibição de insuficiência, veja-se a opinião de DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 129-131.

fundamental fizer surgir para o Estado um dever de agir, caberá ao juiz aquilatar se o legislador e o administrador terão atuado de forma a assegurar-lhe um padrão de proteção minimamente adequado e eficaz⁵⁷⁹.

Foi essa, precisamente, a linha de raciocínio empreendida pela Corte sul-africana: ao ver de seus juízes, o Estado deixou de implementar suficientemente os direitos à moradia e à saúde, já que suas políticas de habitação e de prevenção à transmissão do vírus HIV no parto abandonavam à própria sorte os desabrigados em situação de necessidade desesperadora e as mães e recém-nascidos não atendidos nos centros de pesquisa e treinamentos designados. Aplicada a proporcionalidade como proibição de deficiência⁵⁸⁰, a inconstitucionalidade do comportamento estatal se fez patente.

Por outro lado, se o legislador decide privilegiar a terapêutica de portadores do vírus HIV, através da instituição de política de distribuição gratuita de medicamentos a todos aqueles que assim desejarem, deve estar preparado para oferecer motivação alicerçada em suporte fático consistente, como também para justificar a dispensação de tratamento diferenciado ao grupo beneficiado – por exemplo, a velocidade de expansão da doença e os conseqüentes prejuízos à economia do país, o grande sofrimento dos doentes e sua alta taxa de

⁵⁷⁹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência*, p. 25. Sobre a distinção entre proibição de excesso e proibição de insuficiência, vide GRIMM, Dieter. “A Função Protetiva do Estado” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito*, p. 162: “[...] Com exceção da dignidade humana (Art. 1 da Grundgesetz [Lei Fundamental]), que é considerada uma fonte para todas as garantias que se seguem na Declaração de Direitos, a Corte Constitucional alemã não reconhece uma hierarquia de direitos fundamentais. Na ausência de tal hierarquia é difícil imaginar outro meio de resolver conflitos entre direitos diferentes senão com recurso à proporcionalidade e à ponderação. Se isso é verdade, a proibição de ir longe demais (*Übermaßverbot*) e a proibição de fazer muito pouco (*Untermaßverbot*) são o mesmo mecanismo, visto por diferentes ângulos. Quando um direito fundamental é invocado como direito negativo a questão é saber se o legislador foi longe demais. Quando é invocado como direito positivo ou dever de proteção, a questão é saber se ele fez muito pouco para proteger o direito ameaçado. Isso não significa, todavia, que os limites à atividade legislativa sejam os mesmos. Uma vez que o legislador goza de ampla discricionariedade no cumprimento de um dever protetivo e considerando que o *Untermaßverbot* [vedação de medidas insuficientes] é apenas a garantia de um padrão mínimo, a opção por conferir maior proteção não é necessariamente uma violação ao princípio da proporcionalidade.”

⁵⁸⁰ Para Carlos Bernal Pulido, mesmo sob a ótica da proibição de insuficiência, a proporcionalidade implica o exame da adequação (“Uma omissão legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da adequação quando não favorece a realização de um fim legislativo que seja constitucionalmente legítimo. Noutros termos, é preciso que a carência de proteção ótima do direito fundamental gere uma maior realização do fim constitucionalmente legítimo do Congresso.”), da necessidade (“Uma omissão legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da necessidade quando existe outra abstenção ou outra medida alternativa que favoreça a realização do fim do Congresso pelo menos com a mesma intensidade, e por sua vez favoreça mais a realização do direito fundamental de proteção.”) e da proporcionalidade em sentido estrito (“Uma omissão legislativa ou uma norma legal que não proteja um direito fundamental de maneira ótima vulnera as exigências do princípio da proporcionalidade em sentido estrito quando o grau de favorecimento do fim legislativo (a não intervenção na liberdade) é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.”). Cf. “O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito*, p. 827-828.

mortalidade, o elevado custo dos tratamentos às reiteradas enfermidades oportunistas etc. Por outro lado, deve demonstrar que o fornecimento de remédios é medida suficientemente adequada, necessária e proporcional, se tomado como fim o combate à AIDS – através, por exemplo, de evidências científicas da eficiência da terapia disponibilizada. Se lograr bom êxito, uma tal lei certamente terá passado pelos crivos de razoabilidade e proporcionalidade⁵⁸¹.

Se o administrador, por sua vez, opta por fazer melhorias e obras de embelezamento em determinado hospital situado em bairro nobre da cidade, considerando o péssimo nível de qualidade apresentado pelas demais unidades públicas de saúde, dificilmente conseguiria provar ser sua decisão razoável e proporcional. Parece evidente que nenhuma razão – pública, ao menos – justificaria semelhante escolha, até porque diversas outras providências seriam capazes de melhor promover a finalidade maior de proteção e recuperação da saúde. Nesse caso, reprovada a escolha estatal, impositiva sua nulificação⁵⁸².

Ao cabo, fica a advertência de que as escolhas legislativas e administrativas em sede da elaboração e implementação de políticas de saúde – vale dizer, a eleição das metas sanitárias a priorizar e dos meios para fazê-lo –, mesmo quando discricionárias, não são infensas ao controle judicial. Caberá ao juiz perscrutar a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas adotadas, reconhecendo-as inconstitucionais sempre que – e somente quando – manifestamente injustificadas, desproporcionais ou insuficientes. Essa fórmula compatibiliza a necessidade de preservar a liberdade de conformação do administrador, de um lado, e de garantir efetividade aos direitos fundamentais à saúde e à vida, de outro, jogando por terra, de uma vez por todas, a idéia falaciosa de que opções discricionárias são insindicáveis⁵⁸³. Na

⁵⁸¹ “O primeiro intérprete da Constituição é o legislador, ao qual a mesma confere uma margem substancial de autonomia na definição da forma e medida em que o direito social deve ser assegurado. Em princípio, o Poder Judiciário não deve interferir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.” (KRELL, Andreas Joachim. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais” in SARLET, Ingo Wolfgang [organizador]. *A Constituição Concretizada*, p. 29)

⁵⁸² “Por outro lado, a discricionariedade limitada da Administração Pública em relação à concretização dos direitos sociais e econômicos implica a possibilidade de controle judicial das políticas públicas, que devem sempre estar em consonância com as normas-programa e normas-objetivo estabelecidas na Constituição Federal. Tal controle dar-se-á nos limites do princípio da proporcionalidade, diretriz mestra que servirá de critério de aferição da compatibilidade material da política pública adotada em face da necessidade de realização e de otimização dos valores constitucionais.” (PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*, p. 200)

⁵⁸³ “É importante realçar que por detrás das letras da *insindicabilidade da discricionariedade* ainda se escondem aqueles que, filiados a um positivismo *redivivo*, postulam o óbice intransponível a todo controle jurisdicional. Muitas vezes, interesses antidemocráticos e relativistas movem estas posições radicais e anacrônicas. Outros, inadvertidamente, talvez sem as derradeiras atualizações produtivas do Direito Público (principalmente do

realidade, como esclarece García de Enterría, é justamente no campo da discricionariedade que os atos estatais precisam ser mais cuidadosamente justificados e o controle judicial mais atento:

“Que la compleja Administración actual tenga autoridad ante los ciudadanos, a quienes debe servir, está, pues, ligada a su capacidad de explicar en términos de razonabilidad todos sus actos, incluidos sus actos discrecionales, y quizás especialmente, para no presentarlos como fruto de la simple y desnuda voluntad. El juez del contencioso-administrativo es un instrumento especialmente adecuado para esta exigencia, que es un valor básico y central, como vemos, de la sociedad democrática.”⁵⁸⁴

Cumprе realçar, outrossim, o esforço empreendido pela doutrina para racionalizar o controle judicial da discricionariedade e trazer à luz parâmetros objetivos de aferição da legitimidade – compreendidas a razoabilidade e a proporcionalidade – das escolhas estatais⁵⁸⁵. Para Humberto Ávila, dito controle deverá ser tão mais severo quanto maior for: i) a possibilidade de vir o julgador a formular um juízo seguro sobre a matéria objeto do ato sob sua análise; ii) a certeza de que a justificativa utilizada pelo Poder Público para restringir o direito fundamental é manifestamente equivocada; iii) a restrição ao bem jurídico protegido constitucionalmente; iv) a importância do bem jurídico protegido constitucionalmente. Ao revés, caberá ao juiz ser tão menos rígido quanto maior for: i) a dúvida quanto às conseqüências futuras do ato; ii) a dificuldade e a tecnicidade exigidas pela análise da matéria; iii) a margem de ponderação deixada aos poderes eleitos pela Constituição⁵⁸⁶.

Na mesma linha, Gustavo Binembom preconiza que o grau de controle judicial deve ser tão mais intenso quanto maior for: i) a restrição a direitos fundamentais e sua proximidade com o princípio democrático e o sistema de direitos fundamentais; ii) o nível de objetividade

Direito Constitucional), aderem sem maiores indagações a estas posturas.” (OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios*, p. 133)

⁵⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, p. 170.

⁵⁸⁵ Com razão Ana Carolina Lopes Olsen quando critica a prática judicial de tão-somente afirmar presentes ou ausentes a razoabilidade e a proporcionalidade, sem explicitar os motivos de tal conclusão: “Além disso, mesmo que esteja envolvido um certo grau de subjetivismo do intérprete e aplicador das normas jurídicas em questão, a decisão a ser proferida deverá guardar o máximo de racionalidade, de modo a permitir que seus destinatários compreendam claramente o raciocínio adotado pelo julgador, quais os passos por ele trilhados para chegar à decisão final. Nestas condições, é forçoso abrir um parêntese para criticar decisões judiciais que tão somente afirmam aplicar o preceito da proporcionalidade, mas não permitem identificar a aplicação de seus aspectos (adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito), ou quais os bens jurídicos confrontados e por qual razão um deles deverá prevalecer sobre os demais naquele caso específico. Nestas condições, não basta afirmar que determinada prestação estatal é proporcional, ou atende à proporcionalidade no sentido da proibição da insuficiência. É preciso demonstrar exaustivamente por que razão isso se verifica.” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*, p. 328).

⁵⁸⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*, p. 161-162.

extraível da norma. Por outro lado, o grau de controle haverá de ser tão menos intenso quanto maior for: i) a tecnicidade da matéria envolvida; ii) o caráter político da questão; iii) a participação social no processo deliberativo de que resultou a decisão⁵⁸⁷.

6.3.3. Controle das Prioridades Constitucionais no Orçamento

Claro já está que a Constituição deu à promoção, à proteção e à recuperação da saúde o *status* de prioridades máximas, sobretudo se comparadas a outras metas não reconduzíveis aos objetivos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Nada obstante, não raro os orçamentos burlam a ordem de preferência constitucional, destinando verbas substanciais a programas de pouca ou nenhuma relevância na ótica do constituinte originário. Entrementes, quando instado a implementar o direito à saúde, o Estado invariavelmente alardeia ser absoluta a falta de recursos disponíveis, comprometidos que estariam com outras finalidades. Considerando ser a alocação de recursos suficientes condição indispensável à implementação das políticas necessárias à concretização do direito à saúde⁵⁸⁸, pergunta-se: numa tal situação, que papel poderá e deverá o Judiciário desempenhar?

Ora, se as leis orçamentárias traduzem em números as opções governamentais, devem, obrigatoriamente, espelhar os critérios de preeminência estabelecidos na Carta Maior. Como bem observa Luís Roberto Gomes, “a destinação de verba vem a reboque da escolha da prioridade de investimento”, que “pode ser extraída da vontade do ordenamento constitucional e infraconstitucional”, de modo que eventual decisão judicial que determinasse a realização de atividade administrativa prioritária, ainda que à custa de alterações orçamentárias, “nada mais seria que a materialização da vontade normativa”⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*, p. 235-237.

⁵⁸⁸ “A alocação dos recursos econômicos indispensáveis à implementação dessas políticas públicas surge então como condição *sine qua non* para a efetividade dos direitos sociais e econômicos, cuja impositividade é determinada pela Constituição Federal de 1988, de caráter fundamentalmente dirigente, que moldou um novo Estado Social de Direito.” (PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*, p. 187)

⁵⁸⁹ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, p. 129. No ponto, confira-se a lição de Ana Paula de Barcellos: “Dito de outro modo, a definição do conjunto de gastos do Estado é exatamente o momento no qual a realização dos fins constitucionais poderá e deverá ocorrer. Dependendo das escolhas formuladas em concreto pelo Poder Público, a cada ano, esses fins poderão ser mais ou menos atingidos, de forma mais ou menos eficiente e poderão mesmo não chegar sequer a avançar minimamente. Ou seja: a relação lógica entre os axiomas da moderna teoria constitucional – enunciados acima – e a noção de controle *jurídico* e *jurisdicional* das políticas públicas parece bastante simples. Basta notar que a impossibilidade de controle em tais hipóteses acabaria por esvaziar a normatividade de boa parte dos comandos

Adverta-se, porém, que a prioridade de que gozam as políticas sanitárias não é absoluta. Primeiramente, e mesmo que a eventual comparação entre medidas concretas possa provar o contrário, é possível afirmar que, *a priori*, a consecução do direito à saúde concorre em pé de igualdade com a efetivação de outros direitos consectários do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Em segundo lugar, ainda que não se consiga reconduzir a meta cotejada de forma direta e imediata a outro direito fundamental, sua implementação pode afigurar-se perfeitamente razoável, quanto mais se tomados em conta os demais objetivos essenciais encarecidos pela Constituição⁵⁹⁰. Não caberia ao juiz, a pretexto de tornar efetivo o direito à saúde, inquirir metas e medidas razoáveis, tais como o aumento das exportações, através da melhoria das condições portuárias; a auto-suficiência em combustíveis, por meio do custeio de pesquisas científicas; ou a defesa dos interesses nacionais no exterior, por intermédio da manutenção de representações diplomáticas. Para além do fato de que tais objetivos e providências poderiam, em última análise, atender à necessidade de gerar recursos e viabilizar investimentos em áreas fundamentais, se ao Judiciário fosse dado substituir decisões estatais razoáveis, estaria ele próprio a governar, em detrimento dos princípios democrático e da separação de poderes. Dessarte, apenas quando a ordem de preferência constitucional for desconsiderada de forma manifesta, com a destinação de recursos à consecução de metas de patente irrelevância, terá lugar o controle jurisdicional.

Ainda que esse julgamento de razoabilidade e proporcionalidade dependa necessariamente das circunstâncias do caso concreto, costumam ser reputadas suspeitas rubricas orçamentárias vultosas destinadas a custear despesas com propaganda governamental e eventos recreativos e comemorativos em geral⁵⁹¹. Outros exemplos formulados pela

constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e promoção dependem, em larga escala, das políticas públicas.” (“Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [coordenadores]. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 605-606).

⁵⁹⁰ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁵⁹¹ “É possível, todavia, cogitar da construção teórica de outros parâmetros nessa matéria, além dos objetivamente já fixados pela Constituição. Com efeito, é plausível imaginar relações de prioridade exigíveis entre diferentes tipos de gastos do Poder Público e em função dessas relações desenvolver controles. Pode ser juridicamente consistente, por exemplo, sustentar que os gastos com publicidade governamental não poderão ser superiores aos investimentos com saúde ou educação, uma vez que necessidades importantes de tais áreas sofram com carência de recursos, ou que os gastos públicos com eventos culturais (*e.g., shows*) não possam ultrapassar ou representar mais do que determinada fração daqueles com educação fundamental e média, etc.” (BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [coordenadores]. *A Constitucionalização do Direito*, p. 620)

doutrina e dignos de nota são a construção de campo de futebol⁵⁹², a criação de salões de beleza subsidiados⁵⁹³ e a construção de praça pública em bairro abastado⁵⁹⁴, todas medidas não razoáveis se constatadas omissões e deficiências no cumprimento pelo Estado de seus deveres constitucionais fundamentais.

Nesse contexto, e retomando o questionamento inicial, se em demanda por prestações de saúde ficar demonstrado que o orçamento prevê despesas manifestamente irrelevantes, caberá ao juiz considerar não comprovada a veracidade da afirmação estatal de insuficiência de recursos, rechaçando-a de pronto⁵⁹⁵. Nesse caso, a alegação de que existem dotações orçamentárias destinadas ao custeio de medidas não razoáveis é utilizada tão-só como contra-argumento à reserva do possível, razão pela qual não suscita nenhuma grande disputa.

A controvérsia surge quando em discussão a possibilidade de remanejamento das verbas alocadas ilegitimamente, em favor do custeio de prestações positivas fundamentais. A intervenção judicial é, aqui, muitíssimo maior: além de afastar a alegação de inexistência de recursos disponíveis e impor a adoção de providências efetivas – deixando a cargo do administrador, se preciso for⁵⁹⁶, realocar como melhor lhe aprouver as verbas necessárias ao cumprimento da decisão –, o juiz terá determinado a rubrica orçamentária de onde serão retirados os recursos faltantes. Eduardo Appio põe-se contrário, ao argumento de que o Judiciário se transformaria num “superpoder”, por concentrar em si funções executivas, legislativas e judiciais⁵⁹⁷. Em contrapartida, outros pensadores de escol mostram-se

⁵⁹² FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 68.

⁵⁹³ REIS, Carlos Bernardo Aarão. “Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionabilidade Administrativa” in GARCIA, Emerson (coordenador). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 373.

⁵⁹⁴ GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, p. 104.

⁵⁹⁵ Nesse sentido, cf. FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 74: “Será que é possível falar em falta de recursos para a saúde quando existem, no mesmo orçamento, recursos com propaganda do governo? Antes de os finitos recursos do Estado se esgotarem para os direitos fundamentais, precisam estar esgotados em áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional e não do detentor do poder.”

⁵⁹⁶ Como visto, a realocação de verbas orçamentárias somente se fará necessária quando não houver qualquer rubrica em que o custeio da medida ordenada possa se enquadrar, ou quando toda as verbas previstas para tal fim, mais aquelas que compõem a reserva de contingência, já estiverem empenhadas e liquidadas. Cf. Capítulo III, item 5.2.

⁵⁹⁷ Cf. APPIO, Eduardo. *O Controle Judicial das Políticas Públicas*, p. 156: “A determinação de retirada da receita de uma determinada rubrica aprovada em lei ou a redesignação de verbas para obras e serviços sociais que o juiz reputa prioritários, culminaria por concentrar nas mãos do Judiciário as funções legislativa, executiva e judicial, convertendo-se num ‘superpoder’”. Ao ver do autor, “É possível, contudo, que a decisão judicial na ação civil pública possa determinar ao Poder Executivo que remeta projeto de abertura de suplementação orçamentária ao Congresso Nacional, sob pena de multa diária em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei Federal 7.347/85. O que se busca é assegurar que a decisão seja cumprida sem comprometer a independência entre os Poderes da República e utilizando créditos já abertos em favor do Poder Executivo na lei orçamentária anual.” (*Op. cit.*, p. 181). Essa parece ser também a opinião de Alceu Maurício Júnior, como é possível depreender do seguinte excerto: “De qualquer modo, a intervenção judicial deve ser realizada através do

favoráveis à prática, como forma de assegurar o respeito à ordem de preferência constitucional. Seguem essa linha Ana Paula de Barcellos⁵⁹⁸, Luis Roberto Gomes⁵⁹⁹, Dirley da Cunha Júnior⁶⁰⁰ e Américo Bedê Freire Júnior⁶⁰¹.

A nosso ver, o controle judicial das escolhas alocativas é possível e necessário. Desde que demonstrada a burla à vontade da Constituição, com a previsão de despesas manifestamente irrelevantes, deve o juiz, se provocado por demanda coletiva com tal finalidade, declarar faltar razoabilidade à opção governamental, acarretando, como consequência inevitável, o remanejamento das verbas correspondentes⁶⁰². Entretanto,

orçamento, permitindo-se que o Executivo faça a realocação dos recursos. O Judiciário deve determinar a implantação do programa no orçamento, deixando a própria Administração decidir sobre a utilização da reserva de contingência de que trata o art. 5º, III, da Lei de Responsabilidade Fiscal, ou se aplica o contingenciamento sobre outras alocações, na forma do art. 9º da mesma lei. Desta forma, não haverá aumento de despesa global, o que minimiza o impacto sobre o princípio da legalidade orçamentária, e, por outro lado, preserva a margem de ação do Executivo e afasta o problema da inadequação do Judiciário para a realocação dos recursos orçamentários.” (*A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias*, p. 205).

⁵⁹⁸ “[...] Há outros pedidos viáveis, como, *e.g.*, que se determine o investimento obrigatório dos recursos inicialmente alocados em outras rubricas em políticas vinculadas aos direitos fundamentais, se isso ainda for factível do ponto de vista do estágio da execução orçamentária. Também não seria implausível o pedido de inclusão, no orçamento do ano seguinte, da diferença de recursos que deveria ter sido gasta em direitos fundamentais e não o foi.” (BARCELLOS, Ana Paula de. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” *in* SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel [coordenadores]. *A Constitucionalização do Direito*, p. 621)

⁵⁹⁹ “Nada razoável, *in exemplis*, e sujeita a controle jurisdicional, a omissão de construir escolas públicas municipais em bairros de periferia extremamente carentes, por força de remanejamento da verba disponível para a construção de praça pública sofisticada em local nobre da cidade. Neste caso, inexistindo justificativa racional aceitável pelo mais comezinho bom senso, resta desatendido o cumprimento da função pública outorgada e possível o controle.” (GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa*, p. 104)

⁶⁰⁰ “[...] Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o de condições mínimas de existência.” (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309-310)

⁶⁰¹ “Ora, um Município, por exemplo, onde não exista qualquer escola, se o prefeito opta por construir um campo de futebol em detrimento da construção da escola necessária ao atendimento do art. 208, I, da CF, não se pode vislumbrar outra solução constitucional que não seja permitir que o juiz possa impedir a construção do estádio e determine, com base diretamente na Constituição, que o Município deve, primeiramente, construir a escola.” (*O Controle Judicial de Políticas Públicas*, p. 68)

⁶⁰² Carlos Bernardo Aarão Reis preconiza que o controle das prioridades constitucionais, através da impugnação de políticas governamentais irrelevantes, pode ser estratégia importante a contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais sociais: “Em relação à primeira ‘estratégia’, esta consiste justamente em, ao se identificar políticas públicas dissociadas das prioridades constitucionais, políticas estas, em sua esmagadora maioria, com fins nitidamente demagógicos e eleitoreiros, e não havendo outras voltadas à efetivação social dos direitos fundamentais, ou, ainda, quando existentes, flagrantemente deficitárias, impugnar tais atos administrativos ‘discricionários’ pela via jurisdicional, tudo, como já destacado, sem prejuízo à adoção de medidas judiciais, ou até mesmo extrajudiciais, visando a compelir o Estado a cumprir com seus deveres fundamentais.” (REIS, Carlos

semelhante decisão terá pouca valia se não determinar que os recursos poupados sejam investidos de forma necessária no custeio de prestações fundamentais, já que, do contrário, o Estado poderia redirecioná-los em favor de outras providências igualmente pouco importantes. Dessarte, parece necessário que o juiz restrinja a aplicação das verbas que sobejarão, condicionando-a ao custeio de medidas e programas tendentes à concretização de direitos fundamentais sociais.

Apesar de mais problemática – por configurar maior intromissão em seara tradicionalmente considerada alheia –, entendemos possível que, em demanda por prestação sanitária, venham a ser revertidos em favor de seu custeio os recursos resultantes da nulificação de opção administrativa atentatória à ordem de prioridade constitucional. Na realidade, desde que aja com prudência, é dizer, tão-só à vista de burla manifesta à vontade da Constituição, o juiz não fará mais do que corrigir as prioridades de investimento governamental e restabelecer a ordem constitucional⁶⁰³. Entretanto, há que se reconhecer que semelhante pedido traz em si mais um complicador à procedência da ação, além dos muitos obstáculos doutrinários que demandas por prestações de saúde são normalmente obrigadas a transpor⁶⁰⁴. Ressalte-se ser necessário cuidado ao pleitear-se o remanejamento da totalidade das verbas destinadas à publicidade, em especial, por dar ensejo à argumentação de que restará inviabilizada não só eventual propaganda dos feitos do governo, mas também campanhas publicitárias de interesse da comunidade⁶⁰⁵.

Em suma, e em linhas gerais, concorda-se com o posicionamento esposado por Marcos Maselli Gouvêa aqui compendiado:

“Afigura-se assim ilegítima a conduta administrativa que, deixando de ter em conta a prioridade dos direitos fundamentais, prefira prover projetos sujeitos a exame de conveniência e oportunidade. A alocação de reservas nestes projetos, inclusive, serve de evidência para que

Bernardo Aarão. “Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa” in GARCIA, Emerson (coordenador). *A Efetividade dos Direitos Sociais*, p. 372-373)

⁶⁰³ São exemplos de ações civis públicas em que pretendida a utilização de verbas publicitárias em prol de prestações sanitárias aquelas de números 2003.82.00.008490-5 e 2004.82.00.003315-0, em tramitação, respectivamente, junto às 2ª e 3ª Varas Federais da Seção Judiciária da Paraíba, ambas ajuizadas pelo Ministério Público Federal. Na primeira delas, registre-se, foi recentemente decretado em sede liminar o bloqueio de parte dos recursos destinados à publicidade e seu depósito na conta do Centro de Dispensação de Medicamentos Excepcionais.

⁶⁰⁴ Vide Capítulo III.

⁶⁰⁵ Com essa fundamentação, o Presidente do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, Juiz Frederico Gueiros, por ocasião do julgamento da Suspensão de Liminar nº 2007.02.01.000519-7, ocorrido em 18/01/2007, decidiu suspender o bloqueio das verbas de publicidade do Estado do Rio de Janeiro, determinado pela julgadora de primeiro grau em ação civil pública visante à regularização do programa de dispensação de medicamentos excepcionais.

o magistrado possa refutar exceção, fundada no argumento da reserva do possível, que viesse a ser suscitada pelo Estado em ação envolvendo direito prestacional. Não seria absurdo, outrossim, que o magistrado, com prudência, declarasse a nulidade dos atos administrativos que não houvessem observado a necessária prevalência dos direitos fundamentais, de modo a que os recursos recuperados pelo Erário, em virtude da nulificação do ato administrativo ilegítimo, pudessem reverter para a produção da prestação amparada em imperativo jusfundamental, inicialmente negligenciada.”⁶⁰⁶

Explicitada que está a possibilidade de, em caso de desrespeito manifesto, ser restabelecida por via judicial a prioridade constitucional de que desfruta o direito à saúde, importante lembrar que a Constituição também estabelece critérios de preferência entre metas sanitárias possíveis, vinculando as opções de investimento estatal na área⁶⁰⁷. Em primeiro lugar, o artigo 227 prevê ser a assistência integral a crianças e adolescentes prioridade absoluta, garantindo no inciso I de seu parágrafo 1º a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil, enquanto no inciso II obriga à elaboração de programas de prevenção e atendimento especializado aos portadores de deficiência física, sensorial ou mental⁶⁰⁸. Portanto, a prevalência conferida pelo constituinte à assistência a gestantes, crianças e adolescentes – com especial ênfase aos menores portadores de necessidades especiais – deve estar refletida no orçamento, sob pena, também aqui, de intervenção judicial.

Em segundo lugar, não bastasse a norma ínsita ao inciso III do artigo 3º, deflui do princípio da igualdade material a obrigação estatal de privilegiar medidas sanitárias que venham a atender às demandas dos mais necessitados. Como visto alhures, para além de vedar qualquer tratamento discriminatório não razoável, o postulado da isonomia deve orientar as decisões governamentais, determinando sejam os investimentos em saúde preferencialmente direcionados às populações mais carentes e excluídas. Retomando o exemplo de Marlon Alberto Weichert mencionado anteriormente:

⁶⁰⁶ GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, p. 398.

⁶⁰⁷ Cf. Capítulo III, item 3.

⁶⁰⁸ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. § 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos: I – aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil; II – criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.”

“O princípio da igualdade nas ações e serviços de saúde orienta a promoção prioritária de ações estatais nas regiões com maior carência deles. O Poder Público deve observância à igualdade material na escolha das prioridades. Dessa forma, não faz nenhum sentido – e é inconstitucional – a instalação de hospital público em região habitada por grupo social patrimonialmente abastado de determinada cidade, servida por serviços privados, quando a periferia pobre carece de atendimento.”⁶⁰⁹

Por outro lado, na medida em que o inciso III do artigo 198 estabelece ser a participação da comunidade diretriz essencial ao sistema público de saúde, é dever do administrador assegurar o funcionamento regular da Conferência e dos Conselhos de Saúde, previstos pelo artigo 1º da Lei nº 8.142/90⁶¹⁰. Na realidade, ditos órgãos deliberativos constituem importantes garantias institucionais do direito à saúde, condição que deve encontrar indispensável ressonância no orçamento, com a destinação de recursos bastantes à continuidade de seus trabalhos. Por conseguinte, se descumprida tal obrigação, também aqui haverá de ter lugar a intervenção judicial corretiva, de molde a garantir os meios financeiros necessários à participação comunitária.

6.3.4. Controle da Emenda Constitucional nº 29

Com a intenção de assegurar recursos mínimos à implementação de ações e serviços públicos de saúde, a Emenda Constitucional nº 29 determinou que todos os entes federativos, compulsória e anualmente, apliquem parcela de suas receitas em tal finalidade⁶¹¹. Sabedor de

⁶⁰⁹ Marlon Alberto Weichert. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 160-161.

⁶¹⁰ “Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde. § 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á 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, por esta ou pelo Conselho de Saúde. § 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua 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.”

⁶¹¹ “Artigo 198, § 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.”

que a previsão de futura lei complementar regulamentadora certamente impingiria aos novos dispositivos longo período de ineficácia⁶¹², o constituinte derivado inseriu disposições transitórias gerais ainda hoje empregadas, nas quais estabeleceu o montante a ser aplicado pela União e os percentuais a serem adotados por Estados, Distrito Federal e Municípios, o percentual dos recursos federais a serem transferidos aos Municípios e os critérios a serem adotados para tanto, bem assim a competência fiscalizatória dos Conselhos de Saúde⁶¹³.

Evidente que está a possibilidade de se vir a controlar por via judicial o cumprimento estrito dos novos ditames constitucionais, tem-se que a primeira etapa de fiscalização há de ocorrer quando da elaboração das leis orçamentárias. Seja para verificar se a destinação mínima de recursos, resultado da aplicação dos percentuais constitucionais, foi respeitada, seja para analisar se todas as rubricas computadas para tal efeito realmente referem-se a ações e serviços públicos de saúde, o controle orçamentário afigura-se indispensável, pois não raras são as tentativas de burla.

Na proposta de lei orçamentária para o exercício de 2004, por exemplo, o Executivo federal computou despesas custeadas por verbas recolhidas ao Fundo de Combate e Erradicação à Pobreza para atingir o patamar mínimo de aplicação em saúde pública. Ora, se tal qual estatuído pela Emenda Constitucional nº 31 dito fundo tem caráter **suplementar**⁶¹⁴, exsurge evidente a impossibilidade de vir a ser utilizado na composição do montante mínimo que de todo modo seria investido em saúde, nítida que está ser a intenção do constituinte derivado criar receitas **adicionais** e **incrementar** o financiamento a programas sociais reputados relevantes. Com esta perspectiva, entre outras linhas de argumentação, o Ministério Público Federal, no exercício de sua atribuição fiscalizatória, expediu a Recomendação nº 002/03-AM-PRDF, no intuito – bem sucedido – de fazer ver à Presidência da República a inconstitucionalidade da referida proposta orçamentária neste particular⁶¹⁵.

⁶¹² O Projeto de Lei Complementar nº 01/2003, que pretende regulamentar o parágrafo 3º do artigo 198 da Constituição da República, aguarda votação na Câmara dos Deputados. Dois novos projetos com o mesmo fim, apresentados em março de 2007 pelos Senadores Tião Vianna e Marconi Perillo, encontram-se presentemente em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

⁶¹³ Cf. artigo 77 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁶¹⁴ Este o teor do artigo 79 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “É instituído, para vigorar até o ano de 2010, no âmbito do Poder Executivo Federal, o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, a ser regulado por lei complementar com o objetivo de viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência, cujos recursos serão aplicados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço de renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para melhoria da qualidade de vida.”

⁶¹⁵ A recomendação pretendia, ainda, a majoração dos valores destinados à saúde, ao argumento de que desde 2001 vinham sendo calculados erroneamente. Para sua íntegra, vide o endereço eletrônico

Ressalte-se que, já por ocasião da elaboração da lei de diretrizes orçamentárias para aquele mesmo ano, a Administração federal dava mostras de sua intenção, ao vetar o dispositivo que excluía do cálculo dos recursos mínimos destinados à saúde os encargos previdenciários, o serviço da dívida e – não por acaso – as despesas custeadas pelo Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. À época, dito ato presidencial foi inquinado de inconstitucional por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, ajuizada pelo Partido da Social Democracia Brasileira, cuja questão de fundo não chegou a ser analisada por ter o Executivo federal decidido retratar-se. Entretanto, a despeito da superveniente perda de objeto, fez o Ministro Relator questão de asseverar a idoneidade do instrumento processual manejado e a possibilidade de políticas públicas com assento constitucional virem a ser concretizadas por via judicial, tornando-se, bem se vê, precedente importantíssimo⁶¹⁶. De todo modo, tanto a propositura da arguição por ocasião do veto à lei de diretrizes orçamentárias, quanto a expedição da recomendação ministerial quando da elaboração do orçamento anual, demonstram a pertinência de ser o cumprimento da Emenda Constitucional nº 29 controlado já nestas etapas iniciais.

Outrossim, despesas que não podem ser consideradas verdadeiras ações e serviços sanitários, mormente porque atuam sobre determinantes sociais e econômicos apenas mediatamente relacionados à promoção, proteção e recuperação da saúde, são usualmente incluídas no cálculo da parcela mínima. À falta da regulamentação complementar prevista no parágrafo 3º do artigo 198, diversos administradores – com o beneplácito dos órgãos de contas locais – desviam parte das verbas reservadas, empregando-as no pagamento de benefícios previdenciários a aposentados e pensionistas, na manutenção de serviços de saúde destinados ao atendimento exclusivo de servidores públicos e no custeio de programas assistenciais e de saneamento básico.

Tal situação persiste mesmo após a edição da Portaria MS nº 2.047/GM, de 05/11/2002, e, mais recentemente, da Resolução CNS nº 322, de 08/05/2003, que explicitaram como proceder ao cálculo do mínimo a investir, distinguiram por meio de critérios objetivos

<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/grupos-de-trabalho/grupos-de-trabalho/saude/gtsaude-atuacao>, acessado em 06/06/2007.

⁶¹⁶ Cf. o trecho da decisão a que se fez referência: “[...] Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República [...]”.

as prestações redutíveis ao conceito de ações e serviços de saúde⁶¹⁷ e exemplificaram atividades que não podem ser consideradas como tal⁶¹⁸. A Nota Técnica nº 02-A/2007, elaborada pelo Departamento de Economia da Saúde, órgão da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde, dá conta de que a grande maioria dos Estados não aplicou os preceitos constantes das referidas normas infralegais no exercício de 2005, deixando de cumprir – por vezes gritantemente⁶¹⁹ – a Emenda Constitucional nº 29. É lógico que, também aqui, perfeitamente cabível se faz o controle orçamentário por via judicial, seja na etapa da previsão das receitas a utilizar e das despesas a computar, seja na etapa posterior à sua execução, caso em que há de constar do pedido formulado ao juiz a necessária recomposição do patamar mínimo de investimento, através do acréscimo da quantia desviada ao orçamento seguinte, e – mais importante – do seu efetivo dispêndio em ações e serviços de saúde. Ora, não basta simplesmente que o cálculo do montante mínimo e a previsão das despesas a executar estejam corretos: é obrigatório o efetivo dispêndio dos recursos reservados, sob pena, inclusive, de intervenção federal⁶²⁰ ou estadual⁶²¹. À vista da

⁶¹⁷ Cf. a Quinta Diretriz da Resolução CNS nº 332, que reproduz quase literalmente o artigo 6º da Portaria MS nº 2.047/GM: “Para efeito da aplicação da Emenda Constitucional nº 29, consideram-se despesas com ações e serviços públicos de saúde aquelas com pessoal ativo e outras despesas de custeio e de capital, financiadas pelas três esferas de governo, conforme o disposto nos artigos 196 e 198, § 2º, da Constituição Federal e na Lei nº 8080/90, relacionadas a programas finalísticos e de apoio, inclusive administrativos, que atendam, simultaneamente, aos seguintes critérios: I – sejam destinadas às ações e serviços de acesso universal, igualitário e gratuito; II – estejam em conformidade com objetivos e metas explicitados nos Planos de Saúde de cada ente federativo; III – sejam de responsabilidade específica do setor de saúde, não se confundindo com despesas relacionadas a outras políticas públicas que atuam sobre determinantes sociais e econômicos, ainda que com reflexos sobre as condições de saúde.”

⁶¹⁸ Vide a Sétima Diretriz da Resolução CNS nº 332: “Em conformidade com o disposto na Lei 8.080/90, com os critérios da Quinta Diretriz e para efeito da aplicação da EC nº 29, não são consideradas como despesas com ações e serviços públicos de saúde as relativas a: I – pagamento de aposentadorias e pensões; II - assistência à saúde que não atenda ao princípio da universalidade (clientela fechada); III - merenda escolar; IV - saneamento básico, mesmo o previsto no inciso XII da Sexta Diretriz, realizado com recursos provenientes de taxas ou tarifas e do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, ainda que excepcionalmente executado pelo Ministério da Saúde, pela Secretaria de Saúde ou por entes a ela vinculados; V - limpeza urbana e remoção de resíduos sólidos (lixo); VI - preservação e correção do meio ambiente, realizadas pelos órgãos de meio ambiente dos entes federativos e por entidades não governamentais; VII – ações de assistência social não vinculadas diretamente a execução das ações e serviços referidos na Sexta Diretriz e não promovidas pelos órgãos de Saúde do SUS; VIII – ações e serviços públicos de saúde custeadas com recursos que não os especificados na base de cálculo definida na primeira diretriz.”. Normatização praticamente idêntica consta do artigo 8º da Portaria MS nº 2.047/GM.

⁶¹⁹ Segundo a análise procedida pela equipe responsável pelo Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde – SIOPS a partir dos balanços estaduais de 2005, os Estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais aplicaram, respectivamente, 4,99% e 6,87% da receita vinculada pela Emenda Constitucional nº 29. O Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, investiu apenas 8,90%, significando dizer que deixou de despender R\$ 430.901.728,00 que obrigatoriamente haveriam de custear ações e serviços de saúde. A nota técnica e os quadros anexos que a compõem estão disponíveis, conforme acesso em 13/06/2007, no endereço eletrônico <http://siops.datasus.gov.br/documentacao/NT02A-2007.pdf>.

⁶²⁰ “Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de

utilização pelo constituinte derivado do verbo “aplicar” no parágrafo 2º do artigo 198, bem como da elevação de tal comando ao *status* de princípio sensível, bem se vê que, ao menos no que concerne às despesas com saúde, as leis orçamentárias não constituem meras autorizações de gastos, mas sim verdadeiras imposições.

Isto quer dizer que, em primeiro lugar, as verbas reservadas não podem ser remanejadas para finalidades outras que não o custeio de ações e serviços de saúde, cabendo a propositura de ação para declarar a nulidade da transferência. No caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.320/MS⁶²², por exemplo, pretende o Ministério Público Federal a nulificação da Lei Estadual nº 2.261/2001, que conferiu poderes ilimitados ao Executivo sul-mato-grossense para realocar recursos – inclusive aqueles destinados à saúde – em favor da manutenção de serviços de arrecadação, suporte técnico administrativo e gestão do aparelho do Estado⁶²³. Se de todo questionável a constitucionalidade de autorização tão ampla frente ao inciso VI do artigo 167, evidente sua impropriedade ao permitir o remanejamento de verbas reservadas, tanto mais para custear atividades que jamais se poderiam reduzir ao conceito de ações e serviços de saúde.

Por identidade de motivos, tampouco se afigura admissível o contingenciamento dos recursos reservados, de modo que viável o ajuizamento de ação visando à sua liberação. Ora, pudesse o administrador simplesmente deixar de despender-los, frustrar-se-ia por completo a garantia de um patamar mínimo de investimento sanitário instrumentalizada pela Emenda Constitucional nº 29. Tanto que o parágrafo 2º do artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal reconheceu ser impossível a limitação de empenho – rotineiramente chamada de contingenciamento – quanto às “despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente”⁶²⁴. Confira-se, em idêntico sentido, a lição de Eduardo Appio:

impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

⁶²¹ “Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.”

⁶²² O feito está em tramitação, sendo certo que, até a presente data, o pleito cautelar não foi apreciado.

⁶²³ Este o teor do artigo 1º da Lei Estadual nº 2.261/2001: “O Poder Executivo adotará, a partir do exercício de 2001, sistema de rateio de despesas e apropriação de custos entre órgãos da administração direta, autarquias e fundações, para fins de alocação das despesas de custeio realizadas com a manutenção de serviços de arrecadação, suporte técnico administrativo e gestão do aparelho do Estado, na proporção dos usos de recursos nas atividades-fins, podendo, para essa finalidade, utilizar-se dos mecanismos previstos no inciso VI, art. 167, da Constituição Federal.”

⁶²⁴ Assim disciplina a Lei Complementar nº 101/2000: “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo

“...Desta forma, as despesas obrigatórias nas áreas de educação e saúde não poderão ser afetadas pela adoção de medidas de ‘corte no orçamento’, nos termos do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, o qual autoriza o Poder Executivo a proceder ao contingenciamento dos recursos sempre que a estimativa da arrecadação se mostre incorreta. Emerge, portanto, a responsabilidade do Poder Executivo ao implementar um programa de proteção na área da saúde e assistência social, uma vez que estará vinculado juridicamente a este programa, renunciando, portanto, à importante parcela de sua discricionariedade política. A intervenção positiva do Poder Judiciário se assenta, desta forma, na legislação vigente sobre o tema, não havendo óbice legal à liberação de verbas constantes do orçamento, razão pela qual, em havendo aumento de despesas nos serviços de natureza continuada, caberá ao Poder Executivo apresentar emenda à lei orçamentária anual junto à Casa legislativa competente (CF/88, art. 165, § 3º).”⁶²⁵

Nada obstante, fato é que, conforme é possível depreender da Resolução CNS nº 369, de 08/03/2007, o Poder Executivo federal, por intermédio do Decreto nº 6.046, de 22/02/2007, contingenciou parcela significativa dos recursos originariamente destinados ao Sistema Único de Saúde. Calcada nas razões aqui expostas, a referida resolução do Conselho Nacional de Saúde exortou a Administração a disponibilizar a totalidade das verbas restringidas – ou, ao menos, a parcela necessária ao cumprimento da Emenda Constitucional nº 29, equivalente a 3,5 bilhões de reais⁶²⁶. Caso desatendida, como já adiantado, cabível a

os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. § 2º Não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente, inclusive aquelas destinadas ao pagamento do serviço da dívida, e as ressalvadas pela lei de diretrizes orçamentárias.”

⁶²⁵ APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*, p. 178. Na verdade, como realça Fábio Konder Comparato, despesas destinadas à satisfação de direitos fundamentais não podem ser legitimamente contingenciadas: “Da mesma forma, a liberação das verbas orçamentárias vinculadas às políticas de realização de direitos fundamentais não é matéria que entre na esfera de discricionariedade administrativa. Ela não se submete a juízo algum de conveniência ou oportunidade. Trata-se, inquestionavelmente, de atos de administração vinculada. Deve-se assinalar que o Poder Executivo não está autorizado a suspender a liberação de tais verbas no curso do exercício financeiro, nem mesmo sob o argumento de que as despesas correspondentes ultrapassam os limites impostos pela chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101, de 4.5.2000). Ainda que esta lei assim o estabelecesse, seu mandamento não deveria ser observado, porque seria frontalmente contrário à Constituição. Mas, na realidade, a Lei Complementar 101 contém disposição que ressalva casos como esse, excluindo-os da regra geral limitadora de despesas. ‘Não serão objeto de limitação – lê-se no art. 8º, § 2º, primeira parte, da citada lei – as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente’. Escusa lembrar que as despesas vinculadas à satisfação de direitos fundamentais da pessoa humana constituem deveres constitucionais impostergáveis do Poder Público.” (COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, p. 256-257). No ponto, vide também MAURICIO JUNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias*, p. 202.

⁶²⁶ Este o teor da Resolução CNS nº 369: “O Plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua Centésima Septuagésima Primeira Reunião Ordinária [...] RESOLVE: 1- Solicitar ao Governo Federal a imediata disponibilidade de parcela dos recursos orçamentários contingenciados pelo Decreto nº 6.046/2007, no valor de R\$ 3,5 bilhões, para a realização de empenhos relativos às despesas com ações e serviços públicos de saúde – outros custeios e capital, garantindo-se assim o cumprimento do valor mínimo de aplicação nos termos da Emenda Constitucional nº 29, estimado em R\$ 43,4 bilhões, e o que disciplina o parágrafo 2º do artigo 9º da Lei

propositura de ação para forçar a liberação dos recursos retidos, sem prejuízo da eventual responsabilização da autoridade ordenadora de despesas.

6.3.5. Controle do Retrocesso Social

Costuma-se definir o princípio da vedação de retrocesso social como a proibição de redução injustificada do nível de concretização alcançado por um direito fundamental social. Não fosse a pretensão de ampliação progressiva característica inerente aos direitos sociais e verdadeiro princípio constitucional implícito⁶²⁷, fato é que os países signatários do PIDESC comprometeram-se a assegurar gradualmente seu pleno exercício, restando-lhes vedada qualquer conduta capaz de fazer retroceder sua implementação⁶²⁸. Mais comumente associado à atividade legislativa, acarreta a “invalidade da revogação das normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais [por ele veiculados], sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente”⁶²⁹.

de Responsabilidade Fiscal. 2- Solicitar ao Governo Federal que o total dos recursos orçamentários de saúde – autorizados pela Lei nº 11.451, de 07 de fevereiro de 2007 (Lei Orçamentária), sejam disponibilizados de forma a garantir que o valor constitucional de aplicação mínima não seja transformado em valor máximo.”

⁶²⁷ Nesse sentido, vide a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] Assim, a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.” (*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 462).

⁶²⁸ Víctor Abramovich e Christian Courtis esclarecem que, nos moldes do item 2.1 do PIDESC, os direitos fundamentais sociais trazem em si uma pretensão de ampliação progressiva: “*De esta obligación estatal de implementación progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales, pueden extraerse algunas obligaciones concretas, pasibles de ser sometidas a revisión judicial en caso de incumplimiento. La obligación mínima asumida por el Estado a respecto es la obligación de no regresividad, es decir, la prohibición de adoptar políticas y medidas, y por ende, de sancionar normas jurídicas, que empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptado el tratado internacional respectivo, o bien en cada mejora ‘progresiva’. Dado que el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogarlos derechos ya existentes. La obligación asumida por el Estado es ampliatoria, de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido.*” (*Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 93-94).

⁶²⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 69. Cf., também, DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 243: “Em outras palavras, veda-se ao legislador a possibilidade de, injustificadamente, aniquilar ou reduzir o nível de concretização legislativa já alcançado por um determinado direito fundamental social, facultando-se ao indivíduo recorrer à proteção, em esfera judicial, contra a atuação retrocedente do Legislativo, que se pode consubstanciar

É lógico que tal proibição não pode ser absoluta, dada a permanente mutabilidade da realidade socioeconômica, a demandar ajustes periódicos. Por conseguinte, “é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido”⁶³⁰. Para além desse núcleo – que, no que concerne ao direito à saúde, por sua imbricação com a dignidade da pessoa humana, costuma confundir-se com o mínimo existencial –, caberá ao poder público o ônus de justificar a retrocessão, demonstrando ter a medida concretizadora se tornado despicienda ou não prioritária.

Como já se deixou entrever, para além de sua relevantíssima função de contenção da atuação legislativa retrocedente, acreditamos possa ter importante aplicação também na seara administrativa⁶³¹. Ora, à semelhança do que ocorre quando uma lei que dá concretude ao direito à saúde é revogada, também quando a Administração extingue ou reduz significativamente a abrangência de uma política sanitária que tenha formulado e executado, sem que qualquer outra seja instituída em substituição ou complementação, ter-se-á injustificada retrocessão no patamar de implementação daquele direito fundamental. Como bem esclarece Joaquim José Gomes Canotilho, o “problema não está apenas na forma do acto. O essencial é saber se o acto estadual esvazia de conteúdo essencial a realização jurídica de um direito social”⁶³².

Idêntico raciocínio é possível desenvolver no que concerne à necessidade de preservação do nível de organização fática do serviço de saúde⁶³³, já que também aqui o comportamento retrocedente do administrador pode afetar o núcleo do direito à saúde. Por conseguinte, não é dado ao administrador fechar determinado posto de saúde se demonstrado que, à falta daquela unidade básica, a saúde de seus usuários correrá grave risco de dano –

numa revogação pura e simples da legislação concretizadora ou mesmo na edição de ato normativo que venha a comprometer a concretização já alcançada.”

⁶³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 464.

⁶³¹ Na mesma linha, vide REIS, Carlos Bernardo Aarão. “Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa” in Emerson Garcia (coordenador). *A Efetividade dos Direitos Sociais*, p. 373-374.

⁶³² O trecho citado foi extraído do seguinte excerto: “Paulo Otero, *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*, vol. II, cit., p. 620, tentou recentemente demonstrar que se o ‘princípio do não retrocesso social’ vincula o legislador já o mesmo não se pode dizer quando estão em causa medidas sociais criadas por decretos regulamentares. Quer dizer: o ‘governo regulamentar’ pode ser reaccionário mesmo que não o possa ser o ‘governo legislador’! O problema não está apenas na forma do acto. O essencial é saber se o acto estadual esvazia de conteúdo essencial a realização jurídica de um direito social.” (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 321-322)

⁶³³ Expressão coletada em KRELL, Andreas Joachim. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *A Constituição Concretizada*, p. 35-36.

caso, por exemplo, fosse ela a única a servir determinada comunidade isolada. Se, analisado o caso concreto, tal medida retrocedente não atingir a essência do direito, ainda assim caberá ao administrador justificar sua decisão e prová-la proporcional, sob pena de invalidação.

Por fim, mesmo que a Emenda Constitucional nº 29 não tivesse estipulado um patamar mínimo de investimentos em saúde, poder-se-ia vislumbrar a aplicação do princípio da vedação de retrocesso ao montante de recursos destinado à área, à moda do que preconiza Fábio Konder Comparato⁶³⁴.

6.4. Síntese Conclusiva

Há, ainda, um longo caminho a percorrer na seara da sindicalização coletiva do direito prestacional à saúde. O primeiro passo está em reconhecer que a promoção, a proteção e a recuperação da saúde são consectários da dignidade da pessoa humana e objetivos constitucionais fundamentais, de modo que não é dado aos poderes constituídos decidir se devem ou não concretizá-los ou quando deverão fazê-lo. Por força constitucional, o “se” e o “quando” atuar são questões infensas à discricionariedade do legislador e do administrador, cabendo-lhes a formulação – aí incluída a eleição das metas e dos meios para atingi-las – e a execução de políticas sanitárias eficientes.

É certo que, em caso de inércia do administrador, faltam ao juiz competência, aptidão, informação e legitimação democrática suficientes para elaborar ele próprio a política faltante. No entanto, nada obsta que, provada a necessidade de atuação estatal frente a uma dada situação concreta – é dizer, demonstrado o risco de dano grave à saúde da coletividade –, venha a ser declarada a inconstitucionalidade da omissão administrativa e determinada ao Executivo a efetiva formulação do programa, impondo-se-lhe prazos para as suas apresentação e execução, bem como penalidades para a hipótese de inadimplemento.

Dá-se o fenômeno da redução da discricionariedade a zero: sempre que a inação estatal desprezitar de forma manifesta o direito fundamental à saúde, fazendo periclitare seriamente a dignidade humana, outra alternativa não restará senão implementar a prioridade sanitária que

⁶³⁴ “Assinale-se que o Poder Executivo não é livre de fazer a previsão das despesas sociais em qualquer montante, de um ano para o outro, ou de um plano plurianual para outro. Toda redução de gastos nas áreas ligadas a direitos fundamentais há de ser cumpridamente justificada.” (COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da [organizadores]. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*, 2003, p. 257)

se faz obrigatória. Por outro lado, tampouco será possível ao administrador a escolha dos meios a empregar se apenas uma medida revelar-se adequada à promoção do fim almejado, seja porque a seu respeito há consenso científico, seja por conta de critérios técnicos.

Nada obstante, se uma política sanitária tiver sido objeto de lei ou de resolução emanada dos Conselhos de Saúde, bem como se tiver o próprio administrador a tiver elaborado e implementado, passa a ser dever praticar os atos concretos necessários à sua execução, inclusive fazer constar do orçamento crédito correspondente, dotá-lo de recursos bastantes e liberá-los oportunamente. Outrossim, caso o administrador tenha decidido colocar em funcionamento determinado serviço de saúde, terá se comprometido logicamente a prestá-lo com eficiência, até porque, adstrito que está pela Constituição, não lhe é dado agir diferentemente. Também aqui, por óbvio, não há discricionariedade possível.

Por fim, exsurge evidente a possibilidade de controle jurisdicional do cumprimento da Constituição quanto: i) à prioridade de que gozam a promoção, a proteção e a recuperação da saúde, sobretudo se comparadas a outras metas não reconduzíveis aos objetivos fundamentais e à dignidade da pessoa humana; ii) à previsão e efetiva aplicação dos percentuais mínimos de investimento compulsório em ações e serviços públicos de saúde; iii) à proibição de retrocesso social, seja a medida retrocedente legislativa ou administrativa.

CONCLUSÕES

Ainda que despidiendo resumir todas as idéias lançadas no decorrer da presente dissertação, parece interessante sumariar, na forma de tópicos breves, as principais conclusões que se logrou alcançar:

1. Se a definição de saúde constante do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) teve como méritos a inclusão da esfera psíquica e o abandono do modelo centrado exclusivamente na negação da doença, ainda assim não serve como parâmetro para fins de determinação e avaliação de políticas sanitárias, já que abstrata e pouco objetiva. Nesse particular, importante realçar que o estado de saúde depende não só do acesso universal a serviços médicos, mas também de fatores determinantes de ordem pessoal, socioeconômica e ambiental, tais como as circunstâncias familiares, as condições de moradia e trabalho, o grau de educação e o nível de renda de que desfrute o indivíduo.

2. Sob o aspecto formal, a saúde foi reconhecida direito de todo ser humano por diversos diplomas internacionais, dos quais se destacam por seu maior detalhamento e concretude o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e o Protocolo sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador). Ainda que o PIDESC preveja ser a implementação do direito à saúde forçosamente gradual e progressiva, cabe aos países signatários satisfazer certas obrigações essenciais mínimas e comprovar que todos os esforços foram envidados e os recursos disponíveis investidos na concretização de tal prioridade, sob pena de lhes ser imputada violação do compromisso.

4. Também a Constituição da República confere fundamentalidade ao direito à saúde, conforme é possível depreender do seu artigo 6º. Do artigo 196, por sua vez, consta o dever estatal correlato de garanti-lo a todos os cidadãos, por meio da adoção de políticas públicas de saúde preventivas e de ações e serviços tendentes a promovê-la, protegê-la e recuperá-la.

5. Exceção feita aos autores libertários, a maioria dos pensadores do nosso tempo creditam fundamentalidade material aos direitos sociais – entre os quais o direito à saúde – e os entendem sindicáveis em alguma medida: i) ao ver dos liberais, o direito será fundamental e justiciável na estrita medida em que indispensável ao gozo do direito à liberdade; ii) para os

defensores da democracia deliberativa, a fundamentalidade existe quando o direito assegura níveis razoáveis de igualdade material, garantindo que todos tenham capacidade de participar do processo deliberativo e de com ele colaborar; iii) outros conferem fundamentalidade material aos direitos sociais por considerá-los pressuposto e concretização da dignidade da pessoa humana, propiciando o desenvolvimento do indivíduo em todas as suas potencialidades; iv) à moda comunitarista, o direito será fundamental quando expressar um aspecto básico da plena realização humana em comunidade, caracterizando-se como verdadeira condição da vida boa; v) outros autores, por sua vez, creditam fundamentalidade ao direito à saúde por refletir uma necessidade essencial do ser humano.

7. A separação de poderes não pode servir como argumento de autoridade contrário à atuação jurisdicional na seara da saúde sem maior reflexão. O princípio surgiu como garantia institucional dos direitos fundamentais frente a eventuais abusos estatais; é vocação primeira do ramo judicial, por sua vez, guardar a efetividade de tais direitos quando violados concretamente; logo, não faz sentido erigir a separação de poderes à condição de obstáculo ao cumprimento pelo Judiciário de sua missão institucional, quanto mais quando se tem em conta tratar-se de princípio essencialmente instrumental.

8. No que concerne ao seu aspecto funcional, a separação de poderes interferirá apenas na intensidade do controle jurisdicional: se é certo que a maior *expertise* dos órgãos administrativos em temáticas de alta complexidade técnica e dinâmica específica recomenda a assunção pelo juiz de postura prudente e cautelosa, caso constatada a inconstitucionalidade do comportamento estatal sob escrutínio, o controle poderá e deverá ocorrer, ainda que em grau mais modesto.

9. Ainda que evidente a necessidade de reservar-se ao Executivo algum espaço de manobra, já que inviável prever antecipada e detalhadamente todas as hipóteses em que deva atuar, o administrador está vinculado por princípios, sejam eles constitucionais, legais ou regulamentares. Conseqüentemente, os atos discricionários – ou, melhor dizendo, vinculados diretamente por princípios – poderão ser sempre submetidos a controle judicial, ainda que em grau mais modesto. No caso de restar ao administrador uma única escolha legítima – é dizer, se a alternativa, seja ela deixar de agir ou agir diferentemente, contrariar direitos fundamentais ou princípios gerais –, dá-se a redução da discricionariedade a zero, que autoriza o juiz não só a declarar a invalidade do ato ou omissão administrativa, como também a determinar a adoção do comportamento correto.

10. Na medida em que a democracia colhe seu fundamento último no princípio da isonomia, evidente que a regra da maioria não pode ser absoluta: como todos são merecedores de igual respeito e consideração, são ilegítimas quaisquer decisões majoritárias que violem os direitos fundamentais da minoria ou dificultem a possibilidade de alternância no poder, colocando em risco a continuidade do próprio regime democrático. Outrossim, faz-se indispensável à sua preservação a existência de mecanismos de correção contramajoritários, a cargo de órgãos necessariamente independentes da opinião preponderante. Nesse contexto, lícito concluir que, para além de servir como instrumento de efetiva participação popular, o controle judicial de constitucionalidade dos atos ou omissões legislativos e administrativos é dotado de uma legitimidade democrática que lhe é própria.

11. Sempre que oposta a cláusula da reserva do possível fática, o debate centrar-se-á na aferição da legitimidade das escolhas governamentais, é dizer, se suas metas prioritárias coincidem com os mandamentos constitucionais e se a distribuição de bens relevantes atende à proporcionalidade e à razoabilidade. Por conseguinte, necessário diferenciar entre a escassez absoluta de recursos materiais – contra a qual pouco é possível argumentar – e sua insuficiência artificial, provocada pela decisão governamental de alocá-los em prol da consecução de finalidades distintas ou de contingenciá-los com vistas ao futuro.

12. Quando o juiz condena o Estado à entrega de prestação sanitária não especificada em lei nem concretizada pelo administrador, é sinal de que, à vista das circunstâncias do caso concreto, ponderados o risco de dano grave à saúde, de um lado, e os valores e princípios com ele por ventura colidentes, de outro, vislumbrou ser o autor titular de um direito originário definitivo àquela ação estatal. Nesse caso, a determinação judicial do dispêndio dos recursos necessários à efetivação prática desse direito nada mais será do que uma correção obrigatória à lei orçamentária, que deveria tê-lo antevisto, mas de forma ilegítima não o fez. Em suma, sempre que a saúde do indivíduo ou da comunidade estiver sob risco intolerável de dano grave – e desde que observados os critérios constitucionais específicos e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade –, tal direito haverá de prevalecer sobre a reserva de competência orçamentária.

13. Se notável o avanço na seara das pretensões individuais – a ponto de se prestarem a críticas por seu elastério e de se fazer necessária a imposição de limites objetivos –, a atuação judicial revela-se ainda hoje extremamente tímida no campo das ações coletivas – a demandar o estudo de suas possibilidades inexploradas.

14. A finitude dos recursos públicos e sua insuficiência para fazer frente a demandas sociais ilimitadas são fatos incontestáveis, sobretudo na seara da saúde, em que os contínuos avanços científicos e tecnológicos, combinados ao progressivo envelhecimento da população mundial, acarretaram sensível incremento de gastos. Se não há condições financeiras para prover todas as demandas em matéria de saúde – e se, mesmo que recursos suficientes existissem, não seria razoável esperar que a sociedade assim o fizesse –, indispensável estabelecer critérios públicos e objetivos, a fim de que a distribuição das prestações sanitárias se dê com justiça e equidade.

15. Nada obstante, o princípio do resgate é diuturnamente empregado por julgadores que, sem atentar para as especificidades do caso concreto e para o fato de que a saúde do restante da comunidade pode estar em risco, reconduzem de forma automática o direito à saúde do postulante individual ao direito à vida e, por consequência, o fazem prevalecer necessariamente quando da ponderação. Não se discute, por óbvio, que os direitos à vida e à dignidade são sobranceiros; entretanto, sua proteção não pode se dar ao custo da continuidade do Estado Social e dos princípios da igualdade e da solidariedade que animam.

16. Observada a abordagem do seguro prudente, pode-se afirmar que a maioria dos membros prudentes de uma comunidade razoavelmente igualitária e bem informada, por conta da necessidade de investir em áreas outras relevantes, não contrataria às suas próprias expensas um seguro de saúde de tal modo abrangente que cobrisse quaisquer tratamentos ou procedimentos médicos, ainda que custosos ao extremo e de eficácia duvidosa. Não parece justo, pois, pretender que o Estado – e, a rigor, toda a sociedade que o financia – pague por prestações de saúde que o indivíduo, mesmo que contasse com recursos e conhecimentos bastantes, decidiria por não custear.

17. Ainda que o Estado brasileiro esteja longe de fazer tudo aquilo que se encontra ao seu alcance quanto à prevenção, promoção e recuperação da saúde – diversamente do que ocorria na Alemanha na seara do ensino superior quando do julgamento dos casos *numerus clausus* –, não é possível deferir pretensões sanitárias sem proceder ao exame de sua razoabilidade, bem assim à sua ponderação com os demais objetivos comunitários.

18. Se, por uma questão de justiça, as prestações de saúde devem ser conferidas àqueles que delas necessitam e na exata medida de sua necessidade, parece evidente que aqueles que as pleiteiem em juízo deveriam comprovar sua carência, tanto sob o aspecto econômico – demonstrando que não reúnem condições financeiras de adquiri-las às suas expensas sem com isso comprometer sua subsistência e de sua família – quanto sob a ótica

médica – provando que o tratamento ou medicamento desejado é realmente essencial ao restabelecimento de sua saúde. Por outro lado, como a distribuição das prestações de saúde deve ser igualitária e garantir que todos que apresentem necessidades similares sejam atendidos isonomicamente, faz-se indispensável ao deferimento da pretensão a possibilidade de sua universalização, rechaçadas aquelas que impliquem de forma imediata negar a prestação postulada a outros indivíduos tão ou mais necessitados.

19. Se do processo decisório tiverem participado ativamente representantes dos interessados e a decisão final fundar-se em razões públicas, compreensíveis e respeitáveis, maior haveria de ser a cautela do juiz ao desconsiderá-la quando do julgamento de demandas individuais. Por outro lado, se da escolha alocativa tiverem sido alijados os interessados ou se o responsável pela decisão se eximir de expor de forma acessível sua motivação, preferindo utilizar-se de fórmulas gerais pouco elucidativas, justificada estaria a adoção de postura judicial oposta.

20. No caso de prestação de saúde abrangida pelo SUS, qualquer pessoa, se não atendida administrativamente, pode pretender a satisfação judicial de seu direito. A Lei nº 8.080/90, além de garantir o acesso universal às ações e serviços públicos de saúde, tornou-o gratuito, de modo que impossível fazer qualquer distinção entre seus usuários ou deles exigir o preenchimento de qualquer condição subjetiva. Entretanto, se pleiteada prestação não inserida no campo de atuação do sistema público de saúde, fundada diretamente nos artigos 6º e 196 da Constituição, os critérios da universalidade, da igualdade e da subsidiariedade tornam indispensável a comprovação de que o demandante é carente de recursos financeiros a ponto de impossibilitar a satisfação de sua necessidade por meios próprios. A ausência de recursos financeiros próprios bastantes é, portanto, fato constitutivo do direito do autor: é seu o ônus de demonstrá-la, sob pena de sequer restar caracterizado seu direito *prima facie*.

21. O deferimento de prestações de saúde não abarcadas pelo SUS – e, por conseguinte, não conferidas indiscriminadamente a toda a população por lei ou regulamento – depende da possibilidade de igual providência vir a ser determinada nos demais casos semelhantes. Aplicado o princípio da igualdade da assistência, afasta-se a possibilidade de concessão de prestações de saúde cuja extensão a todos os indivíduos em situação equivalente seja manifestamente inviável, seja porque extremamente custosa, seja por implicar prejuízo imediato a direito alheio. Na hipótese, o ônus de demonstrar tal impossibilidade é do réu, já que se cuida de fato impeditivo do direito de que *prima facie* dispõe o autor.

22. Assistência integral não é sinônimo de assistência irrestrita ou ilimitada. Impossível o deferimento de prestações de saúde experimentais: se a eficácia do tratamento pretendido – seja ele clínico ou cirúrgico – não está cientificamente comprovada, nem há consenso mínimo na comunidade médica quanto aos benefícios de seu emprego, evidente que o Poder Público não pode ser compelido a custeá-lo.

23. Vedado, ainda, determinar o fornecimento de medicamento não aprovado pela autoridade sanitária nacional. Constituiria rematado contra-senso entender ter o Poder Público obrigação de adquirir e distribuir remédio após ter-lhe negado registro e autorização para comercialização; tampouco faria sentido condená-lo quando ainda pendentes de análise a eficácia, indicações e efeitos colaterais do fármaco. Ora, a vigilância sanitária é ela própria política pública essencial à proteção e à promoção da saúde, de modo que, ao ignorar sua importância, faz o juiz tábula rasa dos mesmos dispositivos constitucionais que tencionava prestigiar.

24. Não é dado ao paciente perquirir prestação de saúde alheia ao SUS ao argumento de que melhor ou mais eficiente do que aquela ofertada gratuitamente: salvo naquelas hipóteses em que a escolha estatal se prove desarrazoada, impossível ao juiz imiscuir-se e considerar inválido o ato administrativo. É atribuição do administrador sopesar custos e benefícios, restringindo-se o seu dever à escolha de meio suficientemente eficaz, a ser definido conforme critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Respeitados esses, mormente se garantida a participação dos interessados no processo de deliberação, ao juiz não restará outra alternativa senão prestigiar a opção inquinada.

25. Nesse contexto, constitui limite natural ao dever constitucional de prestar saúde o estágio evolutivo da medicina no país: a obrigação estatal cinge-se às terapias disponíveis, ao padrão de atendimento possível e aos recursos materiais e humanos existentes no território nacional. Assim, ainda que não fosse o princípio da igualdade impeditivo, razoável que se mostra a opção estatal de não custear tratamentos clínicos ou cirúrgicos no exterior, impossível perquirir judicialmente seu custeio.

26. Impositivo ao sucesso da demanda por prestações de saúde não afetas ao SUS que o autor demonstre que, no seu caso específico, falharam ou já se sabia inócuos os tratamentos previstos nos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas estabelecidos para sua enfermidade. Do contrário, é dizer, se não comprovada a necessidade médica do paciente, impossível considerar ter ele direito – ainda que *prima facie* – a qualquer providência distinta daquelas já ofertadas pelo sistema público de saúde.

27. É indispensável que a prestação de saúde postulada em juízo tenha sido prescrita por profissional afiliado ao SUS, como forma de evitar que o sistema público transforme-se em mero complemento do sistema privado e que seus mecanismos de acesso sejam burlados com o beneplácito judicial.

28. A promoção, a proteção e a recuperação da saúde são consectários da dignidade da pessoa humana e objetivos constitucionais fundamentais, de modo que não é dado aos poderes constituídos decidir se devem ou não concretizá-los ou quando deverão fazê-lo. Por força constitucional, o “se” e o “quando” atuar são questões infensas à discricionariedade do legislador e do administrador, cabendo-lhes a formulação e a execução de políticas sanitárias eficientes. No mais das vezes, restar-lhes-á definir “como” agir, vale dizer, determinar que metas de saúde priorizar e quais os meios a empregar para sua consecução – respeitados, ainda assim e por óbvio, os parâmetros constitucionais.

29. Trata-se de políticas públicas constitucionais vinculantes, obrigatórias porquanto condizentes a direito fundamental indisponível da mais alta importância e emergência comunitárias. Apesar da progressividade de sua execução, dependente do grau de desenvolvimento do país e dos recursos disponíveis, constitui omissão estatal ilícita sequer dar início à concretização do desiderato constitucional, bem como deixar de nele investir o máximo possível, de modo a garantir que todos desfrutem, sempre e pelo menos, de um patamar mínimo de assistência à saúde.

30. Não resta dúvida de que a elaboração das políticas públicas de saúde – é dizer, a definição das metas sanitárias prioritárias e dos meios para atingi-las –, ainda que sujeita a controle posterior, incumbe, em primeiro lugar, ao administrador. Tampouco é possível deixar de reconhecer que, no mais das vezes, o juiz não reúne aptidão, informação e legitimidade democrática suficientes para formular ele próprio a política faltante e, assim, colmatar a lacuna oriunda de eventual inércia. Nada obstante, sempre que a omissão do administrador acarretar risco de dano grave à saúde da coletividade, fazendo periclitare a dignidade da pessoa humana – e desde que, por óbvio, a atuação estatal exigida seja compatível com os critérios já explicitados –, lícita se mostrará a utilização da via judicial, com vistas a obrigá-lo a cumprir com o seu dever de elaborar e implementar alguma política sanitária eficiente.

31. Nessas hipóteses, a discricionariedade de decisão do administrador quanto à prioridade sanitária a atingir se terá reduzido a zero, restando-lhe, no mais das vezes, apenas a eleição dos meios a serem utilizados. Caberá ao juiz, portanto, declarar a inconstitucionalidade da

omissão administrativa e determinar ao Executivo a efetiva formulação do programa necessário, impondo-se-lhe prazos para as suas apresentação e execução, bem como penalidades para a hipótese de inadimplemento. Entretanto, se comprovado que apenas uma medida determinada é adequada à promoção do fim almejado, seja porque a seu respeito há consenso científico, seja por conta de critérios técnicos, também a discricionariedade de escolha dos meios reduzir-se-á a zero, de modo que autorizado estará o julgador a ordená-la de forma específica.

32. De certo o raciocínio não é novo, já que há tempos doutrina e jurisprudência pátrias consolidaram-se a favor da possibilidade de se atribuir ao Estado obrigações positivas extraídas diretamente da Constituição, em especial em matéria de saúde e no que diga com a dignidade da pessoa humana. No mais das vezes, contudo, sua utilização tem se restringido às demandas individuais por prestações de saúde, já que o dever estatal é comumente compreendido como contrapartida ao direito subjetivo de que é titular o autor individual. Está-se a propor, então, que também ofensas ao direito à saúde compreendido em sua dimensão coletiva mereçam idêntico tratamento, a despeito da menor carga dramática e das maiores implicações financeiras que suscitam.

33. Se uma política sanitária tiver sido objeto de lei ou de resolução emanada dos Conselhos de Saúde, bem como se tiver o próprio administrador a tiver elaborado e implementado, passa a ser dever praticar os atos concretos necessários à sua execução, inclusive fazer constar do orçamento crédito correspondente, dotá-lo de recursos bastantes e liberá-los oportunamente. Outrossim, caso o administrador tenha decidido colocar em funcionamento determinado serviço de saúde, terá se comprometido logicamente a prestá-lo com eficiência, até porque, adstrito que está pela Constituição, não lhe é dado agir diferentemente.

34. Por outro lado, evidente está a possibilidade de controle jurisdicional do respeito à prioridade conferida pelo constituinte à promoção, proteção e recuperação da saúde, sobretudo quando comparadas a outras metas não reconduzíveis aos objetivos fundamentais e à dignidade da pessoa humana. Viável, ainda, o controle do descumprimento dos percentuais mínimos de investimento compulsório em saúde, assim como do eventual retrocesso social legislativo ou administrativo nessa seara.

35. As escolhas legislativas e administrativas em sede da elaboração e implementação de políticas de saúde – vale dizer, a eleição das metas sanitárias a priorizar e dos meios para fazê-lo –, mesmo quando discricionárias, não são infensas ao controle judicial. Caberá ao juiz

perscrutar a razoabilidade e a proporcionalidade das medidas adotadas, reconhecendo-as inconstitucionais sempre que – e somente quando – manifestamente injustificadas, desproporcionais ou insuficientes. Essa fórmula compatibiliza a necessidade de preservar a liberdade de conformação do administrador, de um lado, e de garantir efetividade aos direitos fundamentais à saúde e à vida, de outro, jogando por terra, de uma vez por todas, a idéia falaciosa de que opções discricionárias são insindicáveis.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- AMARAL, Roberto. “A Democracia Representativa Está Morta: Viva a Democracia Participativa!” in GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (organizadores). *Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 2001.
- APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2006.
- _____. *As políticas públicas de saúde no Brasil e o papel do Poder Judiciário*. Disponível em http://www.amb.com.br/portal/index.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=125, acessado em 21/05/2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. “Serviços Públicos e Direitos Fundamentais” in SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (organizadores). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis, 2005.
- ARENHART, Sergio Cruz. *As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19/08/2005. Disponível no endereço eletrônico <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>, conforme acesso em 16/02/2007.
- ARGUELLES, Diego Werneck. *Deuses Pragmáticos, Mortais Formalistas: A Justificação Conseqüencialista de Decisões Judiciais*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. “Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coordenadores). *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. “Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?)” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *O Direito Público em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. “O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro” in BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. “Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética” in MELO, Cláudio Ari (coordenador). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56, set/dez 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

BOK, Sissela. Rethinking the WHO Definition of Health. *Working Paper Series*, Volume 14, Número 7. Cambridge: Harvard Center for Population and Development Studies, 2004. Disponível no sítio <http://www.globalhealth.harvard.edu/hcpds/workingpapers.html#2004>, conforme acesso em 28/09/2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos Sociais. Eficácia e Acionabilidade à Luz da Constituição de 1988*. Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987. Disponível no endereço eletrônico http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf, acessado em 14/05/2007.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2003: Acesso e Utilização de Serviços de Saúde*. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2005. Disponível no endereço eletrônico <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2003/saude/saude2003.pdf>, consoante acesso em 15/05/2007.

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 no endereço http://www.tex.pro.br/wwwroot/05de2005/odireito_anacristinabrenner.htm, conforme acesso em 13/05/2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *A Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CHEMERINSKY, Erwin. *In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*. University of Illinois Law Review, Volume 2004, Number 3.

COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULES, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana. A teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIA, José Eduardo. “Transformações do Judiciário” in FARIA, José Eduardo (organizador). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. “A crise do Judiciário no Brasil: notas para discussão” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

FAVOREU, Louis. “La légitimité de la justice constitutionnelle” in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. *Judicial Policy Making and the Modern State. How the Courts Reformed America’s Prisons*. New York: Cambridge University Press, 2000.

FELDENS, Luciano. “A Conformação Constitucional do Direito Penal: Realidades e Perspectivas” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. “Ação Civil Pública – Gizamento Constitucional e Legal” in MILARÉ, Édís (coordenador). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O Controle Judicial de Políticas Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAFO, Javier. “Los principios de justicia y solidaridad en bioética” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Espanha: Thomson Civitas, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. “Das Origens ao Futuro da Lei de Ação Civil Pública: O Desafio de Garantir Acesso à Justiça com Efetividade” in MILARÉ, Edis (coordenador). *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o Controle da Omissão Administrativa. O Controle da Omissão Estatal no Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas. Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. “O Direito ao Fornecimento Estatal de Medicamentos” in *A Efetividade dos Direitos Sociais*. GARCIA, Emerson (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. “Balizamentos da Discricionariedade Administrativa na Implementação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in GARCIA, Emerson (coordenador). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRIMM, Dieter. “A Função Protetiva do Estado” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GUEDES FONTES, Paulo Gustavo. “A Ação Civil Pública e o Princípio da Separação dos Poderes: Estudo Analítico de suas Possibilidades e Limites” in Edis Milaré [coordenador]. *A Ação Civil Pública Após 20 Anos: Efetividade e Desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUTMANN, Amy e THOMPSON, Dennis. *Democracy and Disagreement*. Cambridge: The Belknap of Harvard University Press, 1996.

_____. *Why Deliberative Democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*, Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e Democracia Entre Facticidade e Validade*, Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAYEK, Friedrich August von. *Law, Legislation and Liberty. Volume 2: The Mirage of Social Justice*. Chicago: The University of Chicago Press, 1999.

HOLMES, Stephen. “El Precompromiso y la Paradoja de la Democracia” in ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y Democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 217-262.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JACKSON, Vicki C.; TUSHNET, Mark. *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979.

KRELL, Andreas Joachim. “Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *A Constituição Concretizada. Construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha. Os (Des)Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade. Novos Paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LOCKE, John. *Dois Tratados sobre o Governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LORA, Pablo de. “El derecho a la Protección de la Salud” in BETEGÓN, Jerónimo, PÁRAMO, Juan Ramón, LAPORTA, Francisco J.; SANCHÍS, Luis Prieto (coordenadores). *Constitución y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004.

MADISON, James. “The Federalist No. 47” in WOOTON, David (editor). *The Essential Federalist and Anti-Federalist Papers*. Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company, Inc, 2003.

MAURÍCIO JÚNIOR, Alceu. *A Revisão Judicial das Escolhas Orçamentárias: A Centralidade do Orçamento na Efetivação de Direitos a Prestações Estatais e a Fixação de Parâmetros para a Intervenção Judicial em Políticas Públicas*. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2005.

MELLO, Cláudio Ari. “Os direitos fundamentais sociais e o conceito de direito subjetivo” in MELLO, Cláudio Ari (organizador). *Os Desafios dos Direitos Sociais*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul nº 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MICHELMAN, Frank I. “Constitutional Welfare Rights and ‘A Theory of Justice’” in DANIELS, Norman (editor). *Reading Rawls. Critical Studies on Rawls’ ‘A Theory of Justice’*, 1989.

_____. “A Constituição, os direitos sociais e a justificativa política liberal”, in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: Anuário 2004/2005 Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS*. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

MIRANDA, Jorge de. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTEBELLO, Mariana. “O Princípio da Subsidiariedade e a Constituição da República de 1988”, in PEIXINHO, Manoel Messias, GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (organizadores). *Os Princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*, Bauru: EDIPRO, 2004.

MORÁN, Luis González. “Introducción al derecho a la asistencia sanitaria” in GAFO, Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1999.

NASCIMENTO, Rogério Soares do. “A Ética do Discurso como Justificação dos Direitos Fundamentais na Obra de Jürgen Habermas” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NINO, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Madrid: Gedisa, 1997.

NOZICK, Robert. *Anarchy, State, and Utopia*. New York: Basic Books, 1977.

OLALLA, José Félix. “La gestión de medicamentos. Los límites de la expansión” in GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1999.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA, Fábio de. *Por uma Teoria dos Princípios. O Princípio Constitucional da Razoabilidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais Frente à Reserva do Possível*. Curitiba, 2006.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos Sociales y Positivismo Jurídico*. Madrid: Editorial Dykinson, 1999.

PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o Processo Legislativo nas Constituições Brasileiras. Teoria e Prática in VIANNA, Luiz Werneck (organizador). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIOVESAN, Flávia. “Proteção Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” in SARLET, Ingo Wolfgang (organizador). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PORT, Otávio Henrique Martins. *Os Direitos Sociais e Econômicos e a Discricionariedade da Administração Pública*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos Fundamentais Sociais. Considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PULIDO, Carlos Bernal. “O Princípio da Proporcionalidade da Legislação Penal” in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito. Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REIS, Carlos Bernardo Aarão. “Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa” in GARCIA, Emerson (coordenador). *A Efetividade dos Direitos Sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

REIS, José Carlos Vasconcellos dos. *As Normas Constitucionais Programáticas e o Controle do Estado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SABBAG, César de Moraes. *Orçamento e Desenvolvimento. Recurso público e dignidade humana: o desafio das políticas desenvolvimentistas*. Campinas: Millennium, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coordenador). *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTOS, Lenir. *SUS: contornos jurídicos da integralidade da atenção à saúde*. Radis nº 49, setembro de 2006. Disponível, conforme acesso em 15/10/2006, no endereço eletrônico <http://www.ensp.fiocruz.br/radis/49/web-02.html>.

_____. *Saúde: conceitos e atribuições do Sistema Único de Saúde*. Disponível, no endereço www.idisa.org.br/site/download/SAUDE_CONCEITO_E_ATRIBUICOES_DO_SUS.doc, acessado em 15/10/2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988”, in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 10, p. 13. Disponível, conforme acesso em 14/10/2006, em http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf.

_____. *Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência*. Disponível, conforme acesso em 30/07/2007, no endereço eletrônico <http://www.mundojuridico.adv.br>.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Anabelle Macedo. *Concretizando a Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, Ricardo Almeida Ribeiro da. “A Crítica Comunitarista ao Liberalismo” in TORRES, Ricardo Lobo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade” in *Teoria da Constituição. Estudos sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *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, 2006.

SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy. What Constitutions Do*. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

_____. *The Second Bill Of Rights: FDR’s Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. New York: Basic Books, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. Volume III: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, Volume V: O Orçamento na Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. “A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos” in TORRES, Ricardo (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “A Jusfundamentalidade dos Direitos Sociais”, in MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (diretores). *Arquivos de Direitos Humanos*, Volume 5. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Silva Faber. *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

TUGENDHAT, Ernst. *Lições sobre Ética*. Petrópolis: Editora Vozes, 2003.

_____. *Justicia y Derechos Humanos*. Barcelona: Universitat de Barcelona Publicacions, 1993.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Azucena Couceiro. “El problema ético de la asignación de recursos sanitarios” *in* GAFO Javier (editor). *El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1999.

VILE, M. J. C. *Constitutionalism and the Separation of Powers*. Second Edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VILLALÓN, Pedro Cruz. “Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria” *in* *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

WALZER, Michael. *Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WEICHERT, Marlon Alberto. *Saúde e Federação na Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

WILKINSON R.; MARMOT M. (editores). *The solid facts: social determinants of health*. Copenhagen: WHO Regional Office for Europe, 2003. Disponível, conforme acesso em 02/10/2006, em <http://www.who.dk/document/E81384.pdf>.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta, 1995.