



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

**JOÃO VITOR DE SOUZA ALVES**

**EFETIVIDADE, DIREITO À SAÚDE E DECISÃO:**  
**UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA ENTRE A ATUAÇÃO JUDICIAL E A BUSCA**  
**DE ALTERNATIVAS**

Salvador  
2014

**JOÃO VITOR DE SOUZA ALVES**

**EFETIVIDADE, DIREITO À SAÚDE E DECISÃO:  
UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA ENTRE A ATUAÇÃO JUDICIAL E A BUSCA  
DE ALTERNATIVAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Nelson Cerqueira

Salvador  
2014

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**JOÃO VITOR DE SOUZA ALVES**

**EFETIVIDADE, DIREITO À SAÚDE E DECISÃO:  
UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA ENTRE A ATUAÇÃO JUDICIAL E A BUSCA  
DE ALTERNATIVAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito,  
Faculdade de Direito, da Universidade Federal da Bahia.

Banca examinadora:

Têmis Limberger \_\_\_\_\_

Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Sevilha, Espanha

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Wilson Alves de Souza \_\_\_\_\_

Pós-doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Universidade Federal da Bahia

Nelson Cerqueira – Orientador \_\_\_\_\_

Doutor em Literatura Comparada pela Indiana University, IU Bloomington, Estados Unidos

Universidade Federal da Bahia

Salvador, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

Aos meus pais, João Elísio e Mercês, pelo amor incondicional, apoio e exemplo de dedicação.

## AGRADECIMENTOS

O presente trabalho marca o encerramento de mais um ciclo (Mestrado em Direito) e, por via de consequência, a abertura de novos ciclos profissionais e acadêmicos. Tais ciclos da vida representam um processo de amadurecimento pessoal/intelectual, sobretudo em face do apoio proporcionado pelos familiares, amigos, colegas de trabalho e pelos grandes mestres que praticam a arte de ensinar.

Assim sendo, essa obra sinaliza a continuidade de uma pesquisa que conta com a participação de muitas pessoas e, portanto, passo a agradecê-las, sem, contudo, olvidar das diversas pessoas que, de alguma forma, colaboraram com a minha trajetória acadêmica.

Ao meu orientador, professor. Dr. Nelson Cerqueira, por todos os diálogos interdisciplinares e orientações que foram fundamentais para a elaboração dessa dissertação, bem como pela atenção, disponibilidade e humildade intelectual que o caracterizam.

A todos os professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (PPGD/UFBA), em especial àqueles com os quais tive o privilégio de conviver e aprender: Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho, Saulo José Casali Bahia, Maria Auxiliadora de Almeida Minahim, Marília Muricy Machado Pinto, Paulo César Santos Bezerra e Wilson Alves de Souza.

Ao professor Wálber Araújo Carneiro, por todas as orientações ao longo da graduação (monitoria, iniciação científica e monografia final) e do mestrado (tirocínio docente), pelo constante incentivo a pesquisa e pela amizade.

Ao professor Adroaldo Leão, por despertar a minha paixão pelo Direito Constitucional e, principalmente, pelo auxílio primordial na escolha desse tema.

Aos professores Marcos Sampaio e Miguel Calmon Dantas, pelas significativas contribuições e indicações bibliográficas.

A Vanessa Pessanha, Ana Thereza Meirelles e Geovane Peixoto, pela amizade, compreensão e pelo estímulo para a carreira acadêmica.

A CAPES e ao CNPq, pelo apoio à pesquisa que vem sendo desenvolvida desde a Iniciação Científica até o presente Mestrado em Direito, o que representa verdadeira condição de possibilidade para a elaboração desse trabalho.

Aos colegas e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, em especial à turma de Metodologia da Pesquisa em Direito, semestre 2012.2, por todas as discussões edificantes e pelos momentos memoráveis.

Aos meus pais, João Elísio Andrade Alves e Maria das Mercês de Souza, pelo amor incondicional, apoio, confiança e exemplo de dedicação.

A toda minha família, por proporcionar os verdadeiros alicerces para o alcance de qualquer conquista acadêmica/profissional.

“Saúde não é algo que se apresenta como tal num exame, mas algo que existe justamente por se subtrair a um exame. Saúde não nos é, então, algo permanentemente consciente e ela não nos acompanha de forma preocupante como a doença. Não é algo que nos advirta ou convide ao contínuo autotratamento. Ela pertence ao milagre do auto-esquecimento”.

GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Traduzido por Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 103.

ALVES, João Vitor de Souza Alves. *Efetividade, Direito à saúde e Decisão*: uma análise hermenêutica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. 230 fl. 2014. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

## RESUMO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou um modelo de Constituição social, dirigente e compromissária com o fito de resgatar as promessas incumpridas da modernidade, mormente no que tange aos direitos sociais, econômicos e culturais. Assim, o art. 5º, §1º, da Magna Carta, prevê que as normas definidoras de direitos fundamentais devem ser aplicadas e ter efetividade. Ocorre, todavia, que a realidade brasileira tem refletido um panorama de inefetividade do direito à saúde em meio ao fenômeno da sua judicialização. Diante desse quadro, a presente pesquisa teve como escopo precípua: a) avaliar como o direito à saúde é concretizado no Brasil; b) investigar como o referido direito pode vir a ser concretizado. Nesse particular, em atenção ao sentido (amplo) de acesso à justiça, o trabalho realiza uma análise hermenêutica entre a busca por respostas constitucionalmente adequadas (atuação judicial) e o estudo de alternativas para a efetivação do supracitado direito. Por fim, a partir de uma perspectiva interdisciplinar, a investigação apresenta um questionário aplicado a uma profissional da área de saúde, Ceuci de Lima Xavier Nunes (Infectologista, Diretora do Hospital Couto Maia e Doutora em Medicina Interna pela Universidade Federal da Bahia), contendo alguns dos principais temas debatidos ao longo dessa abordagem.

**Palavras-chave:** Efetividade. Direito à Saúde. Decisão. Acesso à Justiça. Judicialização da Saúde. Atuação Judicial. Hermenêutica Filosófica. Resposta Correta. Alternativas.



ALVES, João Vitor de Souza Alves. *Effectiveness, Right to Health and Decision: a hermeneutic analysis amid legal action and alternatives searching*. 230 fl. 2014. Dissertation (Master's degree) – Law School, Federal University of Bahia, Salvador, 2014.

## ABSTRACT

With the advent of 1988 Federal Constitution, Brazil has adopted a model of social, leading and promisee Constitution, with the aim of rescuing the unfulfilled modernity promises, particularly with respect to social, economic and cultural rights. So the art. V, paragraph 1, of the Constitution, provides that the fundamental rights defining standards must be applied and be effective. What happens, however, is that Brazilian reality has evinced an overview of health right ineffectiveness amid its legalization phenomenon. Given this situation, the present research had as main scope: a) to evaluate how the right to health is realized in Brazil; b) to investigate how that right might be realized. In this regard, attentive to the (wide) sense of access to justice, this research presents a hermeneutic analysis amid the search for constitutionally appropriate responses (legal action) and the study of alternatives for the forementioned law effectuation. At last, from an interdisciplinary perspective, the research presents a questionnaire applied to a healthcare professional, Ceuci Xavier Nunes de Lima (Infectologist, Couto Maia Hospital Director and PhD in Internal Medicine at Federal University of Bahia), which contains some of the main issues discussed throughout was approached in this study.

**Keywords:** Effectiveness. Right to Health. Decision. Access to Justice. Legalization of Health. Judicial Performance. Philosophical Hermeneutics. Correct response. Alternatives.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

EC – Emenda Constitucional

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONGs – Organizações Não-Governamentais

OPAS – Organização Pan-Americana de Saúde

RIPSA – Rede Intergeracional de Informações para a Saúde

SIOPS – Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

## SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO À SAÚDE.....	18
2.1	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS .....	18
2.1.1	<b>A questão terminológica .....</b>	<b>19</b>
2.1.2	<b>Direitos fundamentais, Estado e sociedade: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.....</b>	<b>21</b>
2.1.3	<b>As dimensões dos direitos fundamentais.....</b>	<b>31</b>
2.1.4	<b>O regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais.....</b>	<b>37</b>
2.1.4.1	<i>A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais .....</i>	<i>37</i>
2.1.4.2	<i>A concepção materialmente aberta – artigo 5º, §2º, da Constituição Federal .....</i>	<i>39</i>
2.1.4.3	<i>A aplicabilidade imediata – artigo 5º, §1º, da Constituição Federal .....</i>	<i>43</i>
2.2	A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE.....	47
2.2.1	<b>O(s) sentindo(s) constitucionalmente adequado(s) de saúde.....</b>	<b>47</b>
2.2.2	<b>O caráter oculto da saúde.....</b>	<b>51</b>
2.2.3	<b>O sistema organizacional de saúde no Brasil: a Constituição Federal de 1988 e o Sistema Único de Saúde (SUS) .....</b>	<b>54</b>
2.2.3.1	<i>A saúde na Constituição Federal de 1988.....</i>	<i>54</i>
2.2.3.2	<i>O Sistema Único de Saúde (SUS).....</i>	<i>58</i>
2.2.4	<b>O caráter fundamental do direito à saúde .....</b>	<b>63</b>
3	COMO O DIREITO À SAÚDE É CONCRETIZADO NO BRASIL?.....	65
3.1	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA .....	67
3.1.1	<b>Constitucionalização simbólica em sentido negativo.....</b>	<b>68</b>

<b>3.1.2</b>	<b>Constitucionalização simbólica em sentido positivo.....</b>	<b>70</b>
<b>3.1.3</b>	<b>Constitucionalização simbólica na Constituição Federal de 1988 .....</b>	<b>71</b>
3.2	DA COMPLEXIDADE DO TEMA: OS APORTES NECESSÁRIOS PARA O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA ACERCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL .....	74
<b>3.2.1</b>	<b>A falta de vontade política.....</b>	<b>81</b>
<b>3.2.2</b>	<b>Prioridades de governo em desconformidade com as prioridades constitucionais .....</b>	<b>85</b>
<b>3.2.3</b>	<b>A ineficiência da atuação administrativa: o gigantismo da estrutura burocrática do SUS e sua debilidade.....</b>	<b>88</b>
3.2.3.1	<i>Burocracia: sentido, disfunções e crise ideológica .....</i>	88
3.2.3.2	<i>O gigantismo da estrutura burocrática do SUS e sua debilidade .....</i>	93
<b>3.2.4</b>	<b>A escassez de recursos .....</b>	<b>95</b>
3.2.4.1	<i>Os direitos negativos e positivos: a insuficiência das distinções .....</i>	96
3.2.4.2	<i>O embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível .....</i>	97
3.2.4.3	<i>Escassez e saúde: uma análise do conflito entre microjustiça e macrojustiça .....</i>	103
<b>3.2.5</b>	<b>O ativismo judicial em meio a uma crise (paradigmática) do Poder Judiciário</b>	<b>108</b>
4	COMO O DIREITO À SAÚDE PODE VIR A SER CONCRETIZADO NO BRASIL? UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA ENTRE A ATUAÇÃO JUDICIAL E A BUSCA DE ALTERNATIVAS.....	116
4.1	O SENTIDO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	116
<b>4.1.1</b>	<b>Acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional .....</b>	<b>117</b>
<b>4.1.2</b>	<b>O sentido (amplo) de acesso à justiça.....</b>	<b>118</b>
4.2	EM BUSCA DA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL.....	121

<b>4.2.1</b>	<b>A hermenêutica jurídico-filosófica como alternativa para se (re)pensar o direito em face do pós-positivismo e do (neo)constitucionalismo .....</b>	<b>121</b>
<b>4.2.2</b>	<b>As possibilidades concretizadoras da hermenêutica de cariz filosófico .....</b>	<b>128</b>
<b>4.2.3</b>	<b>A busca e a necessidade de respostas corretas em direito .....</b>	<b>135</b>
<b>4.2.4</b>	<b>Em busca da resposta constitucionalmente adequada .....</b>	<b>138</b>
4.2.4.1	<i>O direito como integridade.....</i>	141
4.2.4.2	<i>A tese da resposta correta: tradição, integridade e coerência.....</i>	146
4.2.4.3	<i>A Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva .....</i>	151
<b>4.2.5</b>	<b>A busca da resposta correta e o direito à saúde: algumas possibilidades reflexivas .....</b>	<b>156</b>
4.2.5.1	<i>O panorama atual e algumas possibilidades doutrinário-jurisprudenciais.....</i>	156
4.2.5.2	<i>A resposta correta e o direito à saúde.....</i>	167
<b>4.3</b>	<b>ALTERNATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .....</b>	<b>180</b>
<b>4.3.1</b>	<b>O fortalecimento da via administrativa .....</b>	<b>182</b>
<b>4.3.2</b>	<b>O apoio técnico ao Poder Judiciário .....</b>	<b>185</b>
<b>4.3.3</b>	<b>O papel do Ministério Público.....</b>	<b>187</b>
<b>4.3.4</b>	<b>Participação popular e democracia na saúde .....</b>	<b>189</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>193</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>198</b>
	<b>APÊNDICE A – ROTEIRO PARA ENTREVISTA COM OS PROFISSIONAIS DA ÁREA DE SAÚDE.....</b>	<b>213</b>
	<b>APÊNDICE B – ENTREVISTA – DRA. CEUCI DE LIMA XAVIER NUNES .....</b>	<b>215</b>
	<b>ANEXO A – GASTO COM CONSUMO DE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE, COMO PERCENTUAL DO PIB, POR SETOR – BRASIL, 2000-2009 .....</b>	<b>221</b>

ANEXO B – GASTOS <i>PER CAPITA</i> COM SAÚDE NO BRASIL EM COMPARAÇÃO COM OUTROS PAÍSES COM SISTEMA UNIVERSAL DE SAÚDE.....	222
ANEXO C – NÚMERO DE LEITOS HOSPITALARES POR HABITANTE – AMS/IBGE.....	223
ANEXO D – NÚMERO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE POR HABITANTE...	224
ANEXO E – SISTEMA SOCIAL DE LA SALUD .....	225
ANEXO F – VALORES MÍNIMOS DEFINIDOS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 29.....	226
ANEXO G – HISTÓRICO DO PERCENTUAL MÍNIMO E APLICADO PELOS ESTADOS DE ACORDO COM A EC-29 (2000-2005).....	227
ANEXO H – HISTÓRICO DO PERCENTUAL MÍNIMO E APLICADO PELOS ESTADOS DE ACORDO COM A EC-29 (2006-2013).....	228
ANEXO I – EVOLUÇÃO DAS AÇÕES E GASTOS COM MEDICAMENTOS DETERMINADOS JUDICIALMENTE (PROCESSOS CONTRA A UNIÃO) .....	229
ANEXO J – QUANTIDADE DE DEMANDAS NOS TRIBUNAIS – CNJ .....	230

## 1 INTRODUÇÃO

O trabalho se concentra no exame da (in)efetividade do direito constitucional à saúde, bem como na realização de uma análise hermenêutica entre a busca por respostas constitucionalmente adequadas (atuação judicial) e o estudo de alternativas para a efetivação do supracitado direito. A partir de tal pesquisa, espera-se contribuir para o debate em torno da compreensão-interpretação-aplicação de tal direito fundamental no Brasil.

A fim de alcançar esses escopos, a análise que se segue buscará confirmar a hipótese de que o direito à saúde não vem sendo plenamente concretizado em meio ao (con)texto constitucional brasileiro. Para tanto, faz-se necessária a apreciação de indicadores socioeconômicos e de alguns fatores (e não os únicos) que levam a crises motivadas de inefetividade dos direitos fundamentais, tais como: “a) falta de vontade política; b) prioridades de governo desconformes com as prioridades constitucionais; c) ineficiência da atuação administrativa; d) impossibilidade resultante da escassez de recursos e da impossibilidade de estender a arrecadação”;<sup>1</sup> e) ativismo judicial em meio a uma crise (paradigmática) do Poder Judiciário.

De tal modo, nota-se que, por uma distorção sistêmico-funcional, a concretização das políticas públicas tem migrado dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da “judicialização da política que, por um lado, prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas, por outro, atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias”.<sup>2</sup> No âmbito da saúde, tal tema reveste-se de grande importância em face do alto número de demandas ajuizadas diariamente, a ponto de o STF ter realizado uma audiência pública para debater sobre o tema.<sup>3</sup>

Tal contexto enseja a busca pela resposta constitucionalmente adequada. Como ponto de partida para tal investigação, opta-se por seguir uma das alternativas teóricas que, de acordo com os desígnios desse trabalho, mais se adaptam às angústias constitucionais narradas acima. Trata-se da hermenêutica filosófica – derivada da fenomenologia

---

<sup>1</sup> DANTAS, Miguel Calmon. O Tempo da Expansão do Possível: Solidariedade dirigente sobre a Reserva Orçamentária. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Coord.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 177.

<sup>2</sup> LIEMBERGER, Tênis. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 6. p. 217.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 217.

hermenêutica – enquanto matriz antidiscricionária que aposta na existência de respostas corretas.<sup>4</sup>

Tal busca, nos casos que envolvem o direito à saúde, pode ser vislumbrada no interior de uma teoria para o Poder Judiciante (teoria da decisão) que está comprometida com a necessidade de proteção da Constituição. É nesse sentido que, sob o paradigma hermenêutico-filosófico, a decisão judicial não representa uma escolha<sup>5</sup> do intérprete-aplicador, e sim um “processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”.<sup>6</sup>

Em síntese, objetiva-se realizar uma análise hermenêutico-filosófica que enfrente os principais dilemas da judicialização da saúde e aproxime essa matriz teórica das decisões judiciais que versam sobre a disciplina sanitária no Brasil. Nesse trabalho, a mencionada aproximação será feita a partir das obras de autores como Hans-Georg Gadamer<sup>7</sup>, Martin Heidegger<sup>8</sup>, Lenio Luiz Streck<sup>9</sup>, Jean Grondin<sup>10</sup>, Luiz Rohden<sup>11</sup>, Wálber Carneiro<sup>12</sup>, Nelson Cerqueira<sup>13</sup>, Ernildo Stein<sup>14</sup>, dentre outros.

Ademais, tendo em vista o sentido (amplo) de acesso à justiça<sup>15</sup>, o presente estudo busca algumas alternativas de cunho prático que podem contribuir para a efetivação do direito

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a. p. 503.

<sup>5</sup> Adota-se, aqui, uma distinção entre os termos decisão e escolha, de modo que “decidir não é sinônimo de escolher”. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 105. Essa diferença terminológica será examinada ao longo desse estudo.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>7</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 1; GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Petrópolis: Vozes, 2006.

<sup>8</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica da faticidade*. Traduzido por Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012; HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. In: *Ensaio e conferências*. 5. ed. Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008a. p. 11-38; HEIDEGGER, Martin. A superação da Metafísica. In: *Ensaio e conferências*. 5. ed. Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008b. p. 61-86.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a; STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

<sup>10</sup> GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

<sup>11</sup> ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

<sup>12</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

<sup>13</sup> CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura*. Traduzido por Yvenio Azevedo. Salvador: Cara, 2003.

<sup>14</sup> STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

<sup>15</sup> O sentido (amplo) de acesso à justiça envolve a salvaguarda do direito de ação e do direito a uma decisão equitativa (justa), proferida em tempo razoável e eficaz. Além disso, tanto o direito como a justiça assume uma dimensão mais ampla, visto que o acesso à justiça não se limita ao acesso ao Poder Judiciário. Tal sentido de acesso à justiça será desenvolvido no capítulo 4 dessa obra. Cf. SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 22; BEZERRA, Paulo Cesar Santos. O acesso aos direitos e à justiça: Um direito fundamental. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*,



à saúde. Dentre tais alternativas, destacam-se o fortalecimento da via administrativa, o apoio técnico ao Poder Judiciário, o papel do Ministério Público, a participação popular e a democracia na saúde.

A metodologia a ser desenvolvida possui um caráter multidisciplinar e, portanto, demanda uma minuciosa revisão bibliográfica.

Assim sendo, a presente pesquisa adota como dados secundários os diversos textos e obras, nacionais e internacionais, que versam sobre o tema posto em questão, sobretudo na seara do Direito Constitucional, Direitos Fundamentais, Direito à Saúde, Hermenêutica Jurídica, Filosofia e Teoria Geral do Direito, sem prejuízo de outros que se apresentaram úteis ao desenvolvimento da obra, bem como a apreciação de alguns casos concretos oriundos da jurisprudência.

A fim de atribuir à pesquisa uma condição de autonomia e de novidade, adotam-se como dados primários: a) coleta de dados estatísticos a respeito da situação sanitária no Brasil e da sua respectiva judicialização; b) realização de entrevista com autoridade da área de saúde. Nesse ínterim, a pesquisa conta com um questionário aplicado à Dra. Ceuci de Lima Xavier Nunes; c) análise jurisprudencial, especialmente no que se refere à audiência pública de saúde do STF.

Portanto, objetiva-se com essa obra: a) compreender, a partir de uma abordagem multidisciplinar, como o direito à saúde é concretizado no Brasil; b) propor, com base na hermenêutica de cariz filosófico, os alicerces para a busca pela resposta constitucionalmente adequada; c) analisar, em atenção ao sentido amplo de acesso à justiça, algumas possibilidades práticas para a efetivação do mencionado direito.

Sob os intuitos anteriormente delineados, o desenvolvimento do presente trabalho encontra-se organizado da seguinte forma.

O capítulo 2, intitulado *o caráter fundamental do direito à saúde*, ocupar-se-á de ratificar a fundamentalidade (formal e material) do direito à saúde. Parte-se, inicialmente, de algumas considerações em torno dos direitos fundamentais, tais como a questão terminológica<sup>16</sup>, a correlação histórica entre as diferentes concepções dos referidos direitos e os distintos modelos de Estado e sociedade, as suas dimensões e, por fim, o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais. Em um segundo momento, o foco passa a ser

---

Salvador: PPGD/UFBA, n. 14, p. 49-50, 2007; ALVES, João Vitor de Souza. Efetividade, direito à saúde e acesso à justiça: uma análise crítica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. In: SOUZA, Wilson Alves de (Org.). *Estudos de Direito Processual: um enfoque sob a ótica do acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2014. p. 147-186.

<sup>16</sup> A questão terminológica e a opção pela expressão direitos fundamentais constituem temas a serem abordados no início do capítulo 2.

a compreensão da saúde enquanto direito fundamental, o que demanda a busca pelo(s) sentido(s) conferido(s) ao termo saúde, bem como pelo seu caráter oculto e a análise do sistema organizacional de saúde brasileiro.

Ratificado o caráter fundamental do direito à saúde, o trabalho se projeta para o enfrentamento de um dos seus principais problemas, qual seja: *como o direito à saúde é concretizado no Brasil?* Tal questionamento ilustra o título do capítulo 3, que visa traçar um panorama a partir de alguns fatores (e não os únicos) que levam a crises motivadas de inefetividade do direito à saúde no cenário nacional. Abordam-se, aqui, temas como a falta de vontade política, prioridades de governo em contradição com as prioridades constitucionais, a estrutura burocrática do Sistema Único de Saúde (SUS) e sua debilidade, a escassez de recursos e o ativismo judicial.

No capítulo 4, intitulado *como o direito à saúde pode vir a ser concretizado no Brasil*, realiza-se uma análise hermenêutica entre a atuação judicial e a busca de alternativas que indicam soluções viáveis no que se refere à judicialização da saúde e às demais formas de concretização do aludido direito. Inicialmente, o estudo recai sob o sentido (amplo) de acesso à justiça. Em seguida, tendo em vista a busca da resposta constitucionalmente adequada, apresenta-se um exame hermenêutico-filosófico das decisões judiciais que versam sobre a disciplina sanitária no Brasil. Por fim, apontam-se algumas alternativas de cunho prático que, se forem observadas, podem contribuir para a efetivação do direito à saúde.

Na conclusão, capítulo 5, expõe-se uma síntese das conclusões já desveladas ao longo do trabalho, ainda que elas apontem reflexões sujeitas a desenvolvimentos posteriores.

## 2 O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO À SAÚDE

O presente capítulo se concentra no estudo do direito constitucional à saúde enquanto direito fundamental. Para tanto, examina-se a disciplina dos direitos fundamentais e, em seguida, a fundamentalidade do direito à saúde.

No plano dos direitos fundamentais, destaca-se inicialmente o esclarecimento da questão terminológica. Após essa etapa, passa-se a examinar os caminhos de tais direitos à luz da trajetória trilhada entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito. Há, ainda, de se observar as dimensões dos referidos direitos. Em arremate, analisa-se o regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais.

No que se refere à fundamentalidade do direito à saúde, o ponto de partida para a discussão reside na investigação do(s) sentido(s) constitucionalmente adequado(s) de saúde, o que também pode ser observado sob a lente teórica de Hans-Georg Gadamer em obra específica sobre o caráter oculto da saúde. Feita essa investigação, apresenta-se o sistema organizacional de saúde consagrado no Brasil, tendo como ênfase a disciplina da saúde na Constituição Federal de 1988 e a sistemática do Sistema Único de Saúde (SUS). Por fim, nota-se o caráter fundamental do direito ora em epígrafe.

Espera-se, em síntese, ratificar a fundamentalidade (formal e material) do direito à saúde. Esse é um aspecto essencial para que se possa compreender como o aludido direito é concretizado no Brasil e, um passo adiante, como o mesmo pode vir a ser concretizado.

### 2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O presente trabalho utilizar-se-á da expressão direitos fundamentais, embora se reconheça a existência (nos planos da doutrina e do direito positivo) de outras expressões, tais como direitos humanos, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, liberdades individuais, liberdades fundamentais, direitos individuais, direitos humanos fundamentais, direitos constitucionais, direitos da pessoa humana, direitos naturais, dentre tantas.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 27; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 52; MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 17; SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 7 et seq.; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus

Posto isso, faz-se importante abordar a questão terminológica e apontar quais são as razões que justificam a preferência pelo termo direitos fundamentais.

### 2.1.1 A questão terminológica

Tal como ocorre em outros textos constitucionais, há de se reconhecer que a Constituição Federal de 1988 é caracterizada por uma diversidade semântica, utilizando diversos termos para referir-se aos direitos fundamentais. A título ilustrativo, o atual texto constitucional emprega expressões como: a) direitos sociais e individuais (preâmbulo); b) direitos humanos (art. 4º, inc. II; art. 5º, §3º; art. 7º do ADCT); c) direitos e garantias fundamentais (epígrafe do Título II, e art. 5º, §1º); d) direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, inc. XLI); e) direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, inc. LXXI); f) direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, inc. IV).<sup>18</sup>

O problema da utilização indiscriminada da terminologia reside na abertura que se confere às equivocadas tentativas de se estabelecer um regime jurídico diverso para cada um dos termos, como se cada um deles remetesse a um sentido distinto, o que não parece correto.<sup>19</sup> É nesse sentido que, como bem alertam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, o emprego de certo termo pela Constituição pode oferecer argumentos a favor ou contra a tutela de determinados direitos, por exemplo, “sugerindo a exclusão dos direitos sociais quando há referência a ‘direitos individuais’ ou a ‘liberdades fundamentais’”.<sup>20</sup>

Nesse particular, tendo em vista que as várias expressões não indicam regimes jurídicos distintos, a busca pela terminologia mais adequada deve levar em consideração que, conforme assevera José Joaquim Gomes Canotilho, “não se trata de fazer uma tipologia dos direitos fundamentais, mas de registrar classificações (algumas com valor meramente histórico) sobre os direitos fundamentais”.<sup>21</sup>

---

Podivm, 2008. p. 516; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011a. p. 44-45.

<sup>18</sup> SARLET, op. cit., p. 27; DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 52-53.

<sup>19</sup> Isso porque as terminologias adquiriram significados distintos ao longo da história constitucional mundial, o que permitiu a associação dos múltiplos termos às classificações teóricas apoiadas nas dimensões históricas dos direitos fundamentais, como será demonstrado adiante. É nesse sentido que comumente se relaciona as expressões individuais às dimensões históricas da luta pela liberdade, e as demais às dimensões de igualdade ou de fraternidade, sem atentar para o fato de que todos os direitos fundamentais possuem tanto dimensões positivas quanto negativas. SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30-31.

<sup>20</sup> DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 52.

<sup>21</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 369.

Na tentativa de sistematização do tema, alguns autores<sup>22</sup> traçam distinções<sup>23</sup>, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões direitos do homem (no sentido de direitos naturais ainda não positivados), direitos humanos (positivados no plano do direito internacional) e direitos fundamentais (reconhecidos ou outorgados e tutelados pelo direito constitucional interno de cada Estado).

Dessa forma, cumpre destacar que os direitos fundamentais seriam aqueles que nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram salvaguardados, ao passo que o termo direitos humanos<sup>24</sup> guardaria relação com os documentos de direito internacional, por se referir às disposições jurídicas que se voltam para o reconhecimento do ser humano como tal, independentemente de sua relação com determinada ordem constitucional.<sup>25</sup> Os direitos do homem, por sua vez, revelariam uma relação de precedência ao reconhecimento pelo direito positivo interno e internacional, o que caracterizaria uma espécie de “pré-história” dos direitos fundamentais.<sup>26</sup>

Ora, sem avançar no mérito das referidas distinções terminológicas<sup>27</sup> e tendo em vista o escopo precípuo desse estudo (a análise da concretização do direito constitucional à saúde à luz do ordenamento jurídico brasileiro), entende-se que os termos direitos do homem e direitos humanos não são os mais adequados para os propósitos dessa pesquisa, visto que os mesmos não indicam os direitos tutelados pela Constituição, “mas sim os direitos pré-positivos (direitos naturais) ou supra-positivos (direitos humanos)”.<sup>28</sup> De tal modo, por se

<sup>22</sup> SARLET, 2012, p. 30; MARMELESTEIN, 2011, p. 25-27.

<sup>23</sup> De modo similar, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins optam por distinguir as expressões direitos naturais, direitos humanos e direitos fundamentais. DIMOULIS, MARTINS, 2007, p. 53.

<sup>24</sup> Flávia Piovesan, em obra sobre o assunto, adota uma compreensão contemporânea de direitos humanos, “pela qual eles são concebidos como uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”. PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

<sup>25</sup> Percebe-se, de tal modo, o caráter universalista dos direitos humanos, visto que tais direitos se voltam para a proteção de “todas las personas, en correspondencia con su característica de proteger los bienes más básicos y esenciales de cualquier ser humano”. CARBONELL, Miguel. Derechos humanos: apuntes para la construcción de um concepto. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 432. Nesse mesmo sentido, Fábio Konder Comparato aduz que “todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza. É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais”. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 1.

<sup>26</sup> SARLET, op. cit., p. 29-35.

<sup>27</sup> José Adércio Leite Sampaio, ao tratar do tema, assevera que não há muita utilidade em adotar um preciosismo linguístico que vise à pureza das definições. De tal modo, o autor utiliza as expressões direitos humanos e direitos fundamentais indistintamente, ainda que, em função do consenso tendencial do léxico, revele relativa preferência à terminologia “direitos fundamentais”. SAMPAIO, 2004, p. 21-22.

<sup>28</sup> DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 53.

referir aos direitos assegurados constitucionalmente, adota-se a expressão direitos fundamentais.<sup>29</sup>

Ademais, a preferência<sup>30</sup> pela expressão supracitada se justifica pelas seguintes razões: a) a sintonia dessa opção com a terminologia adotada pela nossa Constituição que, na epígrafe do Título II, faz menção aos Direitos e Garantias Fundamentais, mesmo que essa alternativa não tenha sido seguida em todo o seu texto; b) o fato de que o termo – dotado de generalidade – consegue abranger todas as espécies ou categorias de direitos fundamentais; c) porque o epíteto fundamentais delimita o alcance para salvaguardar os direitos que gozam de proteção constitucional; d) porque se trata de terminologia já consagrada em algumas Constituições que serviram como fonte de inspiração para o nosso Constituinte, tais como a Lei Fundamental da Alemanha (1949) e a Constituição portuguesa (1976), além de seguir os passos das Constituições da Espanha (1978), da Turquia (1982) e da Holanda (1983), rompendo, de tal modo, com toda uma tradição do nosso direito constitucional positivo.<sup>31</sup>

### **2.1.2 Direitos fundamentais, Estado e sociedade: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito**

Os direitos fundamentais, ao lado da democracia, constituem a base do constitucionalismo contemporâneo.<sup>32</sup> Ocorre que os sentidos atribuíveis a tais direitos não ilustram uma realidade dada ou estática, e sim realidades historicamente construídas<sup>33</sup>. De tal modo, tendo em vista que o ser é tempo<sup>34</sup>, propõe-se uma breve apreciação histórico-

---

<sup>29</sup> Alerta-se, contudo, que, como será visto adiante, não se pretende defender uma noção meramente formal de direitos fundamentais, afinal, “não se deve confundir norma positivada com norma escrita, já que existem diversos direitos fundamentais positivados de forma implícita (não escrita), que decorrem do sistema constitucional como um todo”, por força do art. 5º, § 2º, da Constituição. MARMELSTEIN, 2011, p. 25.

<sup>30</sup> A mesma preferência pode ser observada em autores como: MARMELSTEIN, 2011, p. 16-27; SAMPAIO, 2004, p. 21-22; SARLET, 2012, p. 27-35; DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 53; CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 517; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Tomo IV. Coimbra: Coimbra editora, 2000. p. 51-52.

<sup>31</sup> SARLET, op. cit., p. 28; DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 53.

<sup>32</sup> SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375.

<sup>33</sup> De acordo com Norberto Bobbio, “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 5.

<sup>34</sup> De acordo com Martin Heidegger, “a análise da historicidade da presença busca mostrar que esse ente não é ‘temporal’ porque ‘se encontra na história’ mas, ao contrário, que ele só existe e só pode existir historicamente porque, no fundo de seu ser, é temporal”. HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. 13. ed. Traduzido por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. p. 181. Parte 2. Na mesma linha de pensamento, Cf. SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um filósofo da Alemanha entre o bem e o mal*. Traduzido por Lya Lett Luft.

contextual à luz da evolução evidenciada entre o Estado Liberal e o Estado Democrático de Direito.

Cuida-se, nesta etapa, de analisar tão somente a evolução dos direitos fundamentais a partir do seu reconhecimento pelas primeiras constituições, sem olvidar, contudo, que tais direitos possuem raízes históricas antecedentes a esse período.<sup>35</sup> Importa, nesse contexto, ressaltar a relação entre o desenvolvimento das formas de Estado de Direito<sup>36</sup> e o gradativo processo de constitucionalização de um dos seus elementos delimitadores básicos: os direitos fundamentais.<sup>37</sup> Assim sendo, “o Estado de Direito irá se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático”.<sup>38</sup>

O Estado Moderno<sup>39</sup>, enquanto Estado constitucional, só pode ser percebido a partir da transição do Estado absoluto para o Estado Liberal. É preciso advertir que, na sua primeira versão (absolutista), o Estado Moderno é marcado pela concentração de todos os poderes na figura dos monarcas. Foi a época em que se elaborou a teoria da monarquia absoluta, com Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que o Estado encontrava-se praticamente personificado na figura do rei (recorde-se da frase de Luis XIV: *L'État C'est moi* – O Estado sou eu).<sup>40</sup>

Norberto Bobbio, ao analisar o aspecto jurídico-institucional do termo absolutismo, assevera que “o absolutismo do poder monárquico é alcançado, ao menos em teoria, na medida em que o príncipe não encontra mais limites para o exercício de seu poder nem dentro nem fora do Estado nascente”.<sup>41</sup> Vale dizer, o príncipe “não é mais súdito de ninguém e reduziu a súdito todos aqueles que estão debaixo de suas ordens”.<sup>42</sup>

São Paulo: Geração Editorial, 2005. p. 206; STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. p. 48.

<sup>35</sup> Exemplos disso são a denominada fase “pré-histórica” dos direitos fundamentais e a influência das doutrinas jusnaturalistas. Cf. SARLET, 2012, p. 37-40.

<sup>36</sup> Segundo Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes, “o Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, submete-se a um *regime de direito*, quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos – cidadãos – têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguarda-lhes de uma ação abusiva do Estado. A ideia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a autoridade pública”. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014. p. 91-92.

<sup>37</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Traduzido por Jose Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 9.

<sup>38</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 94.

<sup>39</sup> Sobre alguns dos fatores que contribuíram para a constituição e o desenvolvimento do Estado Moderno, Cf. *Ibid.*, p. 44-45.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 45-46; COMPARATO, 2005, p. 47.

<sup>41</sup> BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 12. ed. Traduzido por Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 3.

<sup>42</sup> BOBBIO, loc. cit.

Diante disso, o Estado absolutista acabou convertendo-se em um instrumento legítimo para a prática de arbitrariedades e opressões ilimitadas, o que contribuiu para o surgimento de um ambiente propício ao fortalecimento das noções acerca dos direitos do Homem. Nesse contexto, conforme assevera Daniel Sarmiento, “era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável”.<sup>43</sup>

É em meio ao referido conflito histórico entre a liberdade e o absolutismo que surgiram as noções iniciais acerca do primeiro Estado Constitucional (Estado Liberal). Em suma, nessa etapa embrionária, o Estado jurídico adquire uma característica de “guardião das liberdades individuais”<sup>44</sup> em face do exercício arbitrário do poder. Nesse contexto, segundo George Marmelstein, “a noção dos direitos fundamentais como normas jurídicas limitadoras do poder estatal surge justamente como reação ao Estado absoluto”.<sup>45</sup>

Nesse ínterim, deve-se atentar que alguns fatos históricos contribuíram significativamente para o surgimento e a estruturação do Estado Liberal. Exemplos de tais fatos são a ascensão da burguesia enquanto classe política e as duas grandes revoluções ocorridas na segunda metade do século XVIII: A Revolução Francesa e a Revolução da Independência Americana.<sup>46</sup> Ademais, o primeiro modelo de Estado constitucional contou com o alicerce teórico de diversos filósofos contratualistas<sup>47</sup>, tais como Montesquieu, Rousseau e Locke.<sup>48</sup>

Essas são as bases para o surgimento do constitucionalismo moderno<sup>49</sup>, que, em princípio, alcança o seu apogeu com as Constituições escritas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791. A tônica desse incipiente constitucionalismo liberal encontra-se insculpida no art. 16<sup>50</sup> da célebre Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, uma vez que a garantia dos direitos e a separação de poderes figuram como verdadeiras condições de possibilidade para se falar em um regime político legítimo.

<sup>43</sup> SARMENTO, 2004, p. 378.

<sup>44</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a. p. 42.

<sup>45</sup> MARMELSTEIN, 2011, p. 37.

<sup>46</sup> COMPARATO, 2005, p. 49-52; STRECK, MORAIS, 2014, p. 51-55; MARMELSTEIN, 2011, p. 43-46.

<sup>47</sup> Sobre as principais teorias do contratualismo social, Cf. BOBBIO, Norberto. Contrato e Contratualismo no Debate atual. In: *O Futuro da democracia*. 11. ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 143-164.

<sup>48</sup> É interessante notar, no entanto, que o ideário liberal não possui a sua origem relacionada estritamente à formulação teórica de John Locke ou ao acontecimento da Revolução Francesa, por exemplo. Em verdade, essa vertente do pensamento é mais antiga, isto é, pode ser identificada a partir da tentativa de controlar o poder político. STRECK; MORAIS, op. cit., p. 55.

<sup>49</sup> Conforme leciona J. J. Gomes Canotilho, “fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”. CANOTILHO, 1999, p. 48.

<sup>50</sup> Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.



Posto isso, conforme já antecipado, o Estado Liberal assume o compromisso precípua de salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo e, de igual modo, a responsabilidade de estabelecer limites ao exercício arbitrário do poder político. É nesse aspecto que o princípio da separação de poderes se encaixa no constitucionalismo liberal como uma forma de evitar a concentração e o exercício arbitrário do poder.<sup>51</sup>

Nesse sentido, ao discorrer sobre o sobre o Estado Liberal, Dirley da Cunha Júnior aduz que “alheio e indiferente à vida econômica e social, o Estado, na sua versão mínima, preocupava-se apenas com a vida política, dispensando ao seu elemento humano, tão-só, um tratamento de proteção das liberdades individuais”.<sup>52</sup> Dessa forma, o Estado Liberal acaba refletindo uma maior preocupação em torno da liberdade<sup>53</sup>, pois era esse o valor que, em um primeiro momento, demandava o reconhecimento e a positivação nos ordenamentos constitucionais.<sup>54</sup>

Note-se, por outro lado, que essa supervalorização da liberdade e a atuação em caráter mínimo do Estado acabaram contribuindo para a postergação do ideário em torno da igualdade e da fraternidade. Um exemplo disso é que o Estado Liberal ficou adstrito ao mero reconhecimento da igualdade no plano formal, uma vez que os direitos políticos só foram confiados à burguesia, mediante a instituição do voto censitário.<sup>55</sup>

Em apertada síntese, Paulo Bonavides<sup>56</sup> aponta como o centro de gravidade do Estado Liberal:

[...] positivamente a lei, o código, a segurança jurídica, a autonomia da vontade, a organização jurídica dos ramos da soberania, a separação de Poderes, a harmonia e equilíbrio funcional, do Legislativo, Executivo e Judiciário, a distribuição de competências, a fixação de limites à autoridade governante; mas fora por igual, abstratamente, o dogma constitucional, a declaração de direitos, a promessa programática, a conjugação do verbo “emancipar” sempre no futuro, o lema liberdade, igualdade e fraternidade – enfim, aqueles valores superiores do bem

<sup>51</sup> Nas palavras de Montesquieu, que, sob a inspiração de Locke, figurou como um dos grandes responsáveis por divulgar e sistematizar o princípio da separação de poderes, “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.” MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 168.

<sup>52</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 567.

<sup>53</sup> Cf. MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Traduzido por Alberto Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

<sup>54</sup> J. J. Gomes Canotilho, ao tratar do paradigma liberal, assevera que ele representa “um grito de modernidade a favor das energias individuais que apenas pedem aos poderes públicos a criação e a garantia do mínimo de ordem necessária ao máximo de liberdade”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 30.

<sup>55</sup> Sobre o mero reconhecimento estatal da igualdade no plano formal, Cf. COMPARATO, 2005, p. 52.

<sup>56</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b. p. 44.

comum e da coisa pública, a *res pública*, que impetrariam debalde durante toda a vigência das primeiras Cartas Constitucionais a sua concretização, invariavelmente negligenciada ou procrastinada em se tratando de favorecer e proteger as camadas mais humildes da sociedade.

Em face do exposto, o projeto liberal consolidou-se e obteve uma grande expansão ao longo do século XIX. Em termos globais, tal concepção proporcionou alterações substanciais (positivas e negativas) nos campos da vida econômica, social e política.

Com relação aos avanços, pode-se citar o reconhecimento dos direitos civis, direitos políticos e liberdades econômicas. A doutrina liberal também contribuiu para a elaboração de Constituições escritas, garantia do livre comércio, inauguração da liberdade de imprensa, discurso e associação, bem como colaborou para o término da escravidão, por exemplo. Além disso, outros aspectos positivos foram o fortalecimento das economias e o notável processo de evolução tecnológica e produtiva experimentado no bojo da Revolução Industrial.<sup>57</sup>

Ocorre que, nesse mesmo período, houve um grande crescimento da população mundial e a formação dos grandes centros urbanos em virtude do intenso deslocamento da população das áreas rurais para as cidades. De tal modo, as ideias do Estado Mínimo e da liberdade em uma acepção individualista passam a ser observadas ante a necessidade de intervenção estatal e de uma liberdade que considere os interesses da coletividade. Esses foram os primeiros sinais de uma mudança que estava por ocorrer.<sup>58</sup>

Em verdade, há um conjunto de fatos interligados que apontam para a necessidade interventiva do Estado e, por conseguinte, para a instauração de um segundo modelo de Estado constitucional, denominado de Estado Social. Desse modo, podem-se elencar, com base na doutrina de Dallari<sup>59</sup> e na sistematização proposta por Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de morais<sup>60</sup>, os principais acontecimentos históricos que ensejaram a transformação do Estado Liberal para o Estado Social:

- a) a Revolução Industrial e as suas consequências, tais como as novas demandas por urbanização (transporte, moradia, saúde e outros) em face do alto índice de

<sup>57</sup> Nesse sentido, Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280.

<sup>58</sup> Nessa linha de pensamento, Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Morais apontam algumas consequências do projeto liberal: “o progresso econômico; a valorização do indivíduo, como centro e ator fundamental do jogo político e econômico; técnicas de poder como poder legal, baseado no direito estatal, como já explicitado acima. Todavia, estas circunstâncias geraram, por outro lado, uma postura ultra-individualista, assentada em um comportamento egoísta; uma concepção individualista e formal da liberdade no qual há o direito, e não o poder de ser livre; e a formação do proletariado em consequência da Revolução Industrial e seus consectários, tais como a urbanização, condições de trabalho, segurança pública, saúde etc.”. STRECK; MORAIS, 2014, p. 69-70.

<sup>59</sup> DALLARI, op. cit., p. 280-285.

<sup>60</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 70-71.

crescimento populacional e do êxodo rural, bem como o surgimento de um proletariado em meio ao conflito entre o capital e o trabalho;

- b) a Primeira Guerra Mundial, uma vez que fica evidente a necessidade de controle estatal no plano econômico diante de uma economia voltada para a guerra. Nesse contexto, já surgem os primeiros marcos do constitucionalismo social, quais sejam, a Constituição mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919;
- c) a crise econômica de 1929 e a Depressão que, igualmente, apontam para a necessidade de uma intervenção estatal no plano econômico ante a permissividade do liberalismo econômico. Como resposta à crise, surge a política social do *New Deal* com o objetivo de recuperar a economia norte-americana e prestar assistência às pessoas prejudicadas;
- d) a Segunda Guerra Mundial, com a necessidade de um Estado controlador dos recursos sociais e atuante no sentido de manter o controle da economia;
- e) as crises cíclicas que, ao longo do século XIX, foram demonstrando as brechas do liberalismo na sua acepção econômica. Nesse limiar da história, houve uma forte atuação dos monopólios e o aumento das desigualdades sociais;
- f) os diversos movimentos sociais que passam a combater os dogmas em torno da liberdade plena de mercado (a exemplo da mão invisível, de Adam Smith). Nessa seara, destaca-se o movimento socialista descrito por Karl Marx e Friedrich Engels através do Manifesto Comunista de 1848;
- g) a demanda por uma mudança de sentido da liberdade liberal-individualista para a liberdade social (ou liberdade positiva).

Diante de tais fatos, houve a necessidade de revisão das bases político-ideológicas consagradas no contexto da Revolução Francesa. Vale dizer, os modelos de Estado e de constitucionalismo que refletiam o pensamento liberal clássico já não podiam mais ficar indiferentes às alterações sociais ocorridas. Nesse momento, surgem o Estado Social (Estado de bem-estar social ou *Welfare State*, na nomenclatura americana) e o constitucionalismo social como resultados desse processo histórico.

Esse novo arquétipo estatal tem como nota distintiva a tentativa de corrigir os desvios evidenciados pelo ideário liberal-individualista a partir da inserção de um novo conteúdo axiológico e político pertinente às questões sociais. Nesse sentido, Streck e Bolzan

de Moraes<sup>61</sup> caracterizam esse novo modelo de Estado como “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político”.

Paulo Bonavides<sup>62</sup>, ao discorrer sobre o conteúdo do Estado Social, assevera que:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

Portanto, com esses novos delineamentos, o Estado social passa a ter um aspecto interventivo (sobretudo no plano econômico)<sup>63</sup> e promocional enquanto ente responsável por implementar políticas públicas que atendam às demandas sociais emergentes.<sup>64</sup>

Ademais, pode-se falar na ocorrência de uma verdadeira “revolução copernicana nos quadros da normatividade”<sup>65</sup>, haja vista que as Constituições passam a possuir supremacia sobre os Códigos, a hermenêutica perante a dogmática, bem como os valores e princípios começam a figurar como a cerne da Constituição em detrimento de uma concepção adstrita à mera observância das leis e das regras.<sup>66</sup>

O principal desafio do Estado Social de Direito é, de alguma maneira, assegurar justiça social efetiva aos seus cidadãos, no sentido de desenvolvimento do ser humano de forma digna, sem deixar de observar ao mesmo tempo o ordenamento jurídico.<sup>67</sup> É em meio a essa conjuntura que, em um processo de complementaridade<sup>68</sup>, os direitos sociais, os direitos

<sup>61</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 79.

<sup>62</sup> BONAVIDES, Paulo, 2007a, p. 186.

<sup>63</sup> Sobre as formas de intervenção do Estado no e sobre o domínio econômico, vide a interessante classificação apresentada por Eros Roberto Grau. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 146-147.

<sup>64</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 73.

<sup>65</sup> BONAVIDES, 2007b, p. 49.

<sup>66</sup> Ibid., p. 49.

<sup>67</sup> LEAL, op. cit., p. 73.

<sup>68</sup> Cf. o tópico 2.1.3 As dimensões dos direitos fundamentais.

econômicos e os direitos culturais<sup>69</sup> surgem como uma forma de reduzir as desigualdades socioeconômicas que aviltavam a ideia de dignidade da pessoa humana.

Vale dizer, os supracitados direitos nascem com o fito de concretizar o valor da igualdade que outrora tinha sido relegado ao mero reconhecimento formal e, por conseguinte, demandam uma atuação estatal positiva (e não uma intervenção mínima<sup>70</sup>, tal como no Estado Liberal) em face das crescentes demandas sociais. Busca-se, com isso, que haja a igualdade de direitos e de tratamento de todos os membros da sociedade, sem ignorar o fato de que “a igualdade absoluta é inatingível”.<sup>71</sup>

Incontestável, apesar disso, é que a consolidação da igualdade social contribui para a mudança de sentido da liberdade (de cunho liberal-individualista para a liberdade social) entre os cidadãos. É nesse ponto que, como afirma José Felipe Ledur, “o Estado Liberal se coloca em xeque, uma vez que prometeu liberdade sem considerar a concreta situação de populações inteiras. Sem educação, postos de trabalho e sistema de seguridade social não se assegura, de maneira alguma, a possibilidade de fazer uso da liberdade”.<sup>72</sup>

Atento a esses aspectos, o Estado Social intenta corrigir e superar o individualismo característico da civilização burguesa, tendo em vista as ideias de igualdade e de solidariedade.<sup>73</sup>

Contudo, como bem advertem Streck e Bolzan de Moraes, “precisa ser referido que, mesmo sob o Estado Social de Direito, a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material”.<sup>74</sup> Em outras palavras, mesmo após a implementação do Estado social, a igualdade não ostentou uma

---

<sup>69</sup> De acordo com Antonio Enrique Pérez Luño, os direitos econômicos, sociais e culturais “alcançam sua paulatina consagração jurídica e política na substituição do Estado liberal de Direito pelo Estado social de Direito”. LUÑO, 2012, p. 56.

<sup>70</sup> Como bem alertam Lenio Luiz Streck e Jose Luiz Bolzan de Moraes, “o Estado negativo – com um intervencionismo zero – nunca foi experimentado, pois, desde a sua criação, a atividade estatal sempre se deu, em maior ou menor escala, voltada para fins distintos, porém, algum grau de intervencionismo sempre foi experimentado, até mesmo porque, em caso contrário, estaríamos diante da própria supressão do Estado como ente artificial que deve responder às características postas pelo Contrato Social”. STRECK; MORAIS, 2014, p. 68.

<sup>71</sup> Segundo José Felipe Ledur, a postulação em torno da igualdade de direitos e de tratamento de todos os membros da Sociedade não representa “uma meta absoluta, até porque o absoluto é inalcançável. Tanto é que aos próprios direitos de liberdade podem ser traçados limites, ou seja, também inexistem direitos de liberdade absolutos. A confirmação de que a igualdade absoluta é inatingível revela-se em que intervenções, efetuadas com o propósito de eliminar desigualdades sociais, muitas vezes levaram a novas desigualdades”. LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 111.

<sup>72</sup> LEDUR, loc. cit.

<sup>73</sup> A noção de solidariedade pode ser entendida a partir da compreensão de que todos são responsáveis “pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”. COMPARATO, 2005, p. 64.

<sup>74</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 98.

concretude substancial no plano fático, não obstante tal valor tenha sido objeto de maior ênfase no plano do reconhecimento formal.

Esse distanciamento entre o plano normativo (formal) e o plano fático, mormente no que se refere à igualdade e à concretização da justiça social, acaba sendo um dos principais fatores que ensejam a transição do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito. Nesse particular, “a insuficiência maior do Estado Social de Direito residiria em não ter conseguido realizar a desejada e sempre prometida *democratização econômica e social*”.<sup>75</sup> Sobre o Estado de Direito e a democracia, Jürgen Habermas propugna que, “numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de Direito sem democracia radical”.<sup>76</sup>

O Estado Democrático de Direito, em apertada síntese, reflete uma tentativa de conciliar as conquistas liberais com as questões sociais sob o manto de um ideário democrático cuja principal preocupação é transformar a realidade. Dessa forma, o seu conteúdo acaba refletindo uma projeção de futuro em que o projeto da sociedade é (re)construído à luz de uma democracia que apresenta soluções para os problemas materiais inerentes à existência humana.<sup>77</sup>

Trata-se, destarte, de um modelo de Estado Constitucional que promove um aprofundamento/transformação das concepções em torno do Estado de Direito e do *Welfare State*. Em resumo, pode-se afirmar que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência do núcleo liberal agregado à questão social, há a sua qualificação pelo caráter *transformador* que agora se assume, especialmente no que tange à concretização plena da igualdade em face da tutela jurídica das condições básicas de vida do cidadão e da comunidade.<sup>78</sup>

Nesse sentido, Streck e Bolzan de Moraes<sup>79</sup> consideram que:

À diferença dos modelos anteriores, o Estado Democrático de Direito, mais do que uma continuidade, representa uma ruptura, porque traz à tona, formal e materialmente, a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia, como o Brasil.

<sup>75</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 47.

<sup>76</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 13.

<sup>77</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 98.

<sup>78</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 41; STRECK; MORAIS, 2014, p. 104.

<sup>79</sup> STRECK; MORAIS, op. cit., p. 105.

Dessa forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou, no seu art. 1º<sup>80</sup>, a fórmula do Estado Democrático de Direito, bem como explicitou, no seu preâmbulo<sup>81</sup>, os diversos valores a serem conciliados e fins a serem perseguidos pelo Estado Democrático.

Visto o processo de consolidação do Estado de Direito<sup>82</sup>, as suas mudanças ao longo do tempo e a opção adotada pela CF/88, cabe salientar que, de acordo com Alfonso de Julios-Campuzano, as alterações do Estado de Direito não parecem ter sido concluídas. Vale dizer, “o paradigma constitucional não constitui uma fórmula acabada”,<sup>83</sup> mas sim um marco explicativo da teoria jurídica que deve ser visto à luz das novas realidades e transformações que estão sendo operadas no âmbito estatal e em sua ordem jurídica.<sup>84</sup>

É nesse sentido que, para alguns, o Estado passa atualmente por uma desconstrução/exaustão e, para outros, por uma necessária reformulação, diante das várias crises<sup>85</sup> a que se vê submetido, o que pode significar seu fim, sua modificação, seu recomeço ou sua continuidade.<sup>86</sup> Falou-se, aqui, do constitucionalismo clássico (liberal), do constitucionalismo social – para uns, neoconstitucionalismo(s)<sup>87</sup> – e, atualmente, já se fala em um constitucionalismo supranacional, mundial, “que congregue a comunidade internacional em uma única ordem legal sustentada em um projeto humanitário”.<sup>88</sup>

Nesse ínterim, faz-se imprescindível registrar a existência de leituras que indicam os novos modelos de relacionamento entre as ordens constitucionais, tais como as redes de interconstitucionalidade<sup>89</sup> e o transconstitucionalismo<sup>90</sup>, por exemplo.<sup>91</sup> Fala-se, ainda, em um

<sup>80</sup> 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: [...].

<sup>81</sup> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléa Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

<sup>82</sup> De acordo com Jürgen Habermas, “o aperfeiçoamento do Estado de Direito pode ser entendido como uma seqüência, aberta em princípio, de medidas cautelares, conduzidas pela experiência, contra a subjugação do sistema jurídico através do poder – ilegítimo – das circunstâncias”. HABERMAS, Jürgen, 1997, p. 61.

<sup>83</sup> JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Traduzido por Jose Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 54.

<sup>84</sup> JULIOS-CAMPUZANO, loc. cit..

<sup>85</sup> Sobre as crises do Estado, Cf. MORAIS, 2011; STRECK; MORAIS, 2014, p. 140-166.

<sup>86</sup> MORAIS, op. cit., p. 18.

<sup>87</sup> CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

<sup>88</sup> MORAIS, op. cit., p. 124-125.

<sup>89</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>90</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>91</sup> MORAIS, op. cit., p. 125.

direito constitucional altruísta<sup>92</sup>, um direito dúctil<sup>93</sup> e no constitucionalismo cosmopolita<sup>94</sup> enquanto análises que estão atentas às novas circunstâncias jurídico-econômico-políticas. Tais leituras são imprescindíveis, visto que a dinâmica da globalização tem influenciado cada vez mais o agir estatal, especialmente no que se refere aos direitos econômicos e sociais.<sup>95</sup>

Feitas essas considerações, não se pode olvidar que a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do *Welfare State* tem consequências diversas da minimização do Estado em países de modernidade tardia como o Brasil, onde praticamente não houve o Estado Social.<sup>96</sup>

Nesse particular, entende-se que, em países como o Brasil, onde as promessas da modernidade não foram plenamente realizadas, o Estado ainda exerce um papel de relevo enquanto agente principal de toda política social. Não se trata de defender uma atuação centralizadora/monopolizadora do Estado<sup>97</sup>, mas sim a reassunção da sua capacidade de transformação da sociedade atual, questão para a qual aponta o art. 3º<sup>98</sup> da CF/88, ao estabelecer a construção de um Estado Social, sob os influxos da intenção concretizadora do projeto Estado Democrático de Direito.<sup>99</sup>

É, portanto, com base no ideal concretizador do Estado Democrático de Direito que, conforme se verificará adiante, pretende-se analisar a (in)efetividade do direito à saúde em meio ao (con)texto constitucional brasileiro. Antes, contudo, faz-se importante observar as diversas dimensões assumidas pelos direitos fundamentais.

### 2.1.3 As dimensões dos direitos fundamentais

Desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, os direitos fundamentais passaram por um processo histórico/cumulativo de transformações, “tanto no que diz com o

<sup>92</sup> CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Traduzido por Sandra Regina Martini Vial; Patrick Lucca da Ros; Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

<sup>93</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10. ed. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

<sup>94</sup> JULIOS-CAMPUZANO, 2009.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 94.

<sup>96</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 83.

<sup>97</sup> Nesse trabalho, a efetivação do direito à saúde pode ser vista a partir de duas perspectivas distintas, sem que as mesmas sejam excludentes entre si, quais sejam: a) a concretização pelo Estado; b) a concretização pela sociedade. MORAIS, 2011, p. 99-104.

<sup>98</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>99</sup> STRECK; MORAIS, *op. cit.*, p. 83-84; MORAIS, *op. cit.*, p. 21.



seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação”.<sup>100</sup> Assim sendo, impõe-se a necessidade de realizar uma breve digressão sobre as dimensões dos direitos fundamentais, a fim de que seja possível compreender os aludidos direitos em meio a sua realidade multifacetada.

Em princípio, cabe advertir que parte da doutrina nacional e estrangeira tem feito sérias críticas quanto ao uso da expressão gerações para fazer alusão aos direitos fundamentais. Isso se explica, pois o uso do termo gerações pode dar azo à falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra<sup>101</sup>, o que contraria a ideia de que os direitos fundamentais se inserem em “um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância”.<sup>102</sup> Antonio Enrique Pérez Luño<sup>103</sup>, ao abordar o tema, esclarece que:

Las generaciones de derechos humanos no entrañan un proceso meramente cronológico y lineal. En el curso de su trayectoria se producen constantes avances, retrocesos y contradicciones por lo que su despliegue responde a un proceso dialéctico. De otro lado, las generaciones de derechos humanos no implican la sustitución global de un catálogo de derechos por otro, sino que, en ocasiones, se traduce en la aparición de nuevos derechos como respuesta a nuevas necesidades históricas, mientras que, otras veces, supone la redimensión o redefinición de derechos anteriores para adaptarlos a los nuevos contextos en que deben ser aplicados.

Em face do exposto, entende-se que o termo mais adequado para a análise da evolução dos direitos fundamentais é o que se refere a tais direitos a partir das suas diversas dimensões.<sup>104</sup> Dessa forma, pode-se afirmar que a perspectiva dimensional<sup>105</sup> explicita o aspecto cumulativo/complementar do processo evolutivo de todos os direitos fundamentais e, além disso, consegue ratificar o caráter uno e indivisível dos direitos fundamentais.<sup>106</sup>

Em que pese a discussão terminológica, verifica-se certo consenso doutrinário quanto ao conteúdo de algumas dimensões dos direitos fundamentais. Em apertada síntese, nota-se uma aproximação entre a evolução histórica dos Estados de Direito e as dimensões

---

<sup>100</sup> SARLET, 2012, p. 45.

<sup>101</sup> MARMELESTEIN, 2011, p. 59; SARLET, loc. cit.

<sup>102</sup> SARLET, loc. cit.

<sup>103</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. Concepto y concepción de los derechos humanos: acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. *Doxa*, Universidad de Alicante, N° 4, p. 47-66, 1987, p. 56. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10898/1/Doxa4\\_02.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10898/1/Doxa4_02.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>104</sup> Esse também é o entendimento de SARLET, op. cit., p. 45; SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 61-62.

<sup>105</sup> Importa referir que a expressão dimensões não representa uma unanimidade no plano doutrinário, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que optam pelos termos categorias ou espécies para fazer alusão à evolução dos direitos fundamentais. DIMOULIS; MARTINS, 2007. p. 36.

<sup>106</sup> SARLET, op. cit., p. 46.

dos direitos fundamentais. É nesse sentido que os direitos de primeira dimensão são comumente associados ao surgimento do Estado liberal, por exemplo.<sup>107</sup>

Os direitos fundamentais de primeira dimensão (também denominados de direitos civis e políticos) foram os primeiros direitos reconhecidos formalmente por intermédio das Declarações do século XVIII e das primeiras constituições oriundas do constitucionalismo liberal-burguês.<sup>108</sup> São direitos de cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, isto é, como direitos de defesa.<sup>109</sup>

Tais direitos são geralmente apresentados como direitos de cunho negativo, ou seja, como direitos que almejam uma abstenção, e não uma conduta positiva por parte do ente estatal. Dentre os direitos de primeira dimensão, destacam-se os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei, às denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e os direitos de participação política.<sup>110</sup>

Os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos econômicos, sociais e culturais), por sua vez, surgem como uma decorrência histórica dos diversos fatos evidenciados entre os séculos XIX e XX<sup>111</sup> que, também, marcaram a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. Nesse contexto, apareceram movimentos reivindicatórios e houve o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado uma postura ativa na concretização da justiça social.<sup>112</sup>

A nota característica dos direitos econômicos, sociais e culturais é comumente relacionada à sua dimensão positiva.<sup>113</sup> Vale dizer, tais direitos impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem cumpridas pelo Estado, no intuito de proporcionar o desenvolvimento do ser humano de forma digna.<sup>114</sup> Fala-se, aqui, “en derechos de participación (*Teilhaberechte*), que requieren una política activa de los poderes públicos”.<sup>115</sup> Não se trata “mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.<sup>116</sup>

Dentre os direitos fundamentais de segunda dimensão, destacam-se os direitos que se voltam para a materialização das prestações sociais estatais, como assistência social, saúde,

---

<sup>107</sup> LUÑO, 2012, p. 9-10.

<sup>108</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 566.

<sup>109</sup> SARLET, 2012, p. 46.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>111</sup> Cf. o tópico 2.1.2 Direitos fundamentais, Estado e sociedade: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.

<sup>112</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 47.

<sup>113</sup> SARLET, *loc. cit.*

<sup>114</sup> MARMELSTEIN, 2011, p. 53.

<sup>115</sup> LUÑO, 1987, p. 56.

<sup>116</sup> SARLET, *op. cit.*, p. 47.

educação, trabalho, dentre outros. Cabe salientar que, além dos direitos de cunho positivo, tal dimensão também abarca as chamadas liberdades sociais (o direito de greve, por exemplo) e o reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores. Nota-se, destarte, que a segunda dimensão não abrange somente os direitos de caráter prestacional, inobstante o cunho positivo ainda seja considerado como o marco distintivo dessa etapa.<sup>117</sup>

Os direitos fundamentais de terceira dimensão (direitos de solidariedade e fraternidade) surgem ante a (r)evolução da tecnologia, o estado de beligerância e o processo de descolonização do segundo pós-guerra, que causam significativos impactos no âmbito dos direitos fundamentais. A nota característica desses direitos reside na sua titularidade coletiva, isto é, no fato “de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação)”.<sup>118</sup>

Tal dimensão reflete um movimento mundial em favor da internacionalização dos valores ligados à dignidade da pessoa humana. Fala-se, por conseguinte, no direito ao desenvolvimento, no direito à paz, em uma projeção internacional do direito à segurança, no direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no direito de comunicação e no direito à autodeterminação dos povos.<sup>119</sup>

A titularidade difusa dos referidos direitos conduz a uma realidade que reclama novos meios de garantia e proteção. Nesse sentido, pode-se afirmar que a efetividade de tais direitos depende dos esforços comuns no plano da coletividade em nível global. Tal fato pode ser ilustrado a partir do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visto que a efetivação de tal direito requer a atuação conjunta de todos os países e a conscientização dos indivíduos que os integram.<sup>120</sup>

No que se refere à sua positivação, cumpre salientar que, embora presente em alguns documentos internacionais<sup>121</sup>, a maior parte dos direitos fundamentais de terceira dimensão ainda (inobstante os avanços) não obteve o seu pleno reconhecimento no plano jurídico-constitucional.<sup>122</sup> Na Constituição Federal de 1988, os avanços podem ser

---

<sup>117</sup> SARLET, 2012, p. 47-48.

<sup>118</sup> Ibid., p. 48.

<sup>119</sup> SAMPAIO, 2004, p. 293; MARMELSTEIN, 2011, p. 54.

<sup>120</sup> Segundo Antonio Enrique Pérez Luño, “la ecología representa, en suma, el marco global para un renovado enfoque de las relaciones entre el hombre y su entorno, que redunde en una utilización racional de los recursos energéticos y sustituya el crecimiento desenfrenado en términos puramente cuantitativos por un uso equilibrado de la naturaleza que haga posible la calidad de la vida”. LUÑO, 1987, p. 58.

<sup>121</sup> Citem-se, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 27) e a Declaração Universal dos Direitos dos Povos de 1976. SAMPAIO, op. cit., p. 297.

<sup>122</sup> Ibid., p. 49.

evidenciados diante do reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), o direito à paz mundial (art. 4, VI), o direito à autodeterminação dos povos (art. 4, III) e o direito ao desenvolvimento (art. 3, II).<sup>123</sup>

Ainda no que tange às diversas dimensões dos direitos fundamentais, cabe mencionar a tendência doutrinária ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão que, entretanto, ainda se encontra em fase de definição e expectativa quanto a sua consagração no plano das ordens constitucionais internas e na esfera do direito internacional.<sup>124</sup>

Na doutrina nacional, cumpre destacar o posicionamento de Paulo Bonavides sobre o tema. O referido autor explicita uma posição favorável ao reconhecimento de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais como resultado da globalização dos mesmos. Nesse sentido, a quarta dimensão corresponderia a uma “fase de institucionalização do Estado social”,<sup>125</sup> destacando-se o “direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”.<sup>126</sup>

Assim, de acordo com o referido autor, o sentido de democracia contemplado pelos direitos fundamentais de quarta dimensão há de ser, necessariamente, o de uma democracia direta<sup>127</sup> e isenta<sup>128</sup>, na medida em que a fiscalização de constitucionalidade das demais dimensões dos direitos fundamentais “será obra do cidadão legitimado”.<sup>129</sup>

Ocorre que, conforme esclarece Ingo Wolfgang Sarlet<sup>130</sup>, a quarta dimensão dos direitos fundamentais (como formulada pelo prof. Bonavides) ainda está longe de obter o devido reconhecimento no direito positivo interno e internacional.<sup>131</sup> Trata-se, até o presente momento, “de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade, revelando, de tal sorte, sua dimensão (ainda) eminentemente profética, embora não necessariamente utópica”.<sup>132</sup>

---

<sup>123</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 576.

<sup>124</sup> SARLET, 2012, p. 50; SAMPAIO, 2004, p. 298.

<sup>125</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 571.

<sup>126</sup> BONAVIDES, loc. cit.

<sup>127</sup> Segundo Paulo Bonavides, a democracia direta “é materialmente possível graças aos avanços da tecnologia de comunicação, e legitimamente sustentável graças à informação correta e às aberturas pluralistas do sistema”. BONAVIDES, loc. cit.

<sup>128</sup> O termo isenta refere-se a uma democracia que esteja a salvo das contaminações da mídia manipuladora e do hermetismo de exclusão, familiar aos monopólios do poder. BONAVIDES, loc. cit.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 572.

<sup>130</sup> SARLET, 2012, p. 51.

<sup>131</sup> No plano do direito positivo interno, as ressalvas ficam por conta de algumas iniciativas (ainda isoladas) de participação popular direta no processo decisório, tais como os Conselhos Tutelares (no que se refere à proteção da infância e da juventude) e as experiências no âmbito do orçamento participativo, por exemplo. SARLET, loc. cit.

<sup>132</sup> SARLET, loc. cit.

De tal modo, deve-se atentar que a luta em prol da dignidade humana representa uma das marcas na história da humanidade e, assim sendo, as normas jurídicas devem constantemente se adaptar aos novos anseios sociais e culturais que vão surgindo. É natural, por conseguinte, que outros valores sejam acrescentados às declarações de direitos, o que alicerça o surgimento de discursos jurídicos em torno da existência de direitos de quinta, sexta e até sétima dimensões.<sup>133</sup> Aqui, há de se ressaltar que, em face dos desígnios do presente trabalho, a análise se limitará às quatro primeiras dimensões dos direitos fundamentais.

Inobstante isso, deve-se ressaltar que o processo evolutivo dos direitos fundamentais é infindo, isto é, não encontra limites diante das constantes alterações das necessidades humanas. Isso se justifica porque o Estado, ente apto à realização de tais demandas, está submetido a modificações em decorrência do fato de que o seu criador (ser humano) consiste em um ser que se encontra em constante transformação.<sup>134</sup>

Conclui-se, com base no pensamento de George Marmelstein<sup>135</sup>, que os direitos fundamentais podem ser compreendidos/interpretados/aplicados em face das suas múltiplas dimensões. Vale dizer, não há qualquer hierarquia entre tais dimensões e, em verdade, elas integram uma mesma realidade dinâmica. Tal análise se aplica ao direito à saúde, uma vez que tal direito pode ser observado de forma multidimensional. É o que se verifica abaixo:

Em um primeiro momento, a saúde tem uma conotação essencialmente individualista: o papel do Estado será proteger a vida do indivíduo contra as adversidades existentes (epidemias, ataques externos etc.) ou simplesmente não violar a integridade física dos indivíduos (vedação de tortura e de violência física, por exemplo), devendo reparar o dano no caso de violação desse direito (responsabilidade civil). Na segunda dimensão, passa a saúde a ter uma conotação social: cumpre ao Estado, na busca da igualização social, prestar os serviços de saúde pública, construir hospitais, fornecer medicamentos, em especial para as pessoas carentes. Em seguida, numa terceira dimensão, a saúde alcança alto teor de humanismo e solidariedade, em que os (Estados) mais ricos devem ajudar os (Estados) mais pobres a melhorar a qualidade de vida de toda população mundial, a ponto de se permitir, por exemplo, que países mais pobres, para proteger a saúde de seu povo, quebrem a patente de medicamentos no intuito de baratear os custos de determinado tratamento, conforme reconheceu a própria Organização Mundial do Comércio, apreciando um pedido feito pelo Brasil no campo da AIDS. E se formos mais além, ainda conseguimos dimensionar a saúde na sua quarta dimensão (democracia), exigindo a participação de todos na gestão do sistema único de saúde, conforme determina a Constituição Federal de 1988 (art. 198, inc. III).<sup>136</sup>

<sup>133</sup> MARMELSTEIN, 2011, p. 56-57.

<sup>134</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 638.

<sup>135</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 60.

<sup>136</sup> *Ibid.*, p. 61.

Nota-se, portanto, que, inobstante seja comumente classificado como um direito adstrito à segunda dimensão, o direito à saúde pode ser analisado a partir das múltiplas dimensões dos direitos fundamentais. É nesse sentido que o presente trabalho direciona as suas investigações, isto é, avalia-se a efetividade do direito à saúde, levando-se em consideração as várias dimensões que o mencionado direito assume e, especialmente, a ideia de que o direito à saúde (enquanto direito social) requer obrigações positivas e negativas.<sup>137</sup>

## 2.1.4 O regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais

O regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais sociais apresenta três pontos basilares a serem analisados. Em primeiro lugar, cabe observar as noções que permeiam a fundamentalidade (formal e material) de tais direitos. Em segundo lugar, tendo em vista o estudo do alcance das normas constitucionais que dispõem sobre os referidos direitos, aborda-se a concepção materialmente aberta adotada pelo constituinte pátrio (art. 5º, §2º, da CF/88). Por fim, a análise se volta para a interpretação da cláusula que contempla a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF/88).<sup>138</sup>

### 2.1.4.1 A fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais

Em princípio, a fundamentalidade dos direitos fundamentais pode ser desvelada a partir das lições de J. J. Gomes Canotilho acerca das diferenças entre os significados de constitucionalização e de fundamentalização.

Com efeito, o ilustre constitucionalista lusitano assevera que a constitucionalização consiste na “incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas”, ou seja, na inclusão dos aludidos direitos em meio às constituições formais. A fundamentalização, por sua vez, baseia-se nas noções de fundamentalidade

<sup>137</sup> Nesse sentido, Victor Abramovich e Christian Courtis afirmam que: “los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridad social – el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. El Estado afectará el derecho a la salud, o a la vivienda, o a la educación, cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien del que ya disponían, sea dañando su salud, excluyéndolos de los beneficios de la seguridad social o de la educación, del mismo modo en que afecta el derecho a la vida, o la libertad de expresión, o la libertad ambulatoria, cuando interfiere ilegítimamente en el disfrute de esos bienes”. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. p. 2. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2014.

<sup>138</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 63.

propugnadas por Robert Alexy e “aponta para a especial dignidade de protecção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.<sup>139</sup>

De acordo com Robert Alexy, o sentido das normas de direitos fundamentais para o sistema jurídico pode ser mensurado a partir da conjugação de dois fatores: da sua fundamentalidade formal e da sua fundamentalidade substancial (material).<sup>140</sup> Nesse ínterim, o autor registra que a Constituição alemã não possui um aspecto puramente material ou procedimental, mas uma característica mista (material e procedimental).<sup>141</sup>

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais encontra-se relacionada à ideia de constitucionalização propugnada por J. J. Gomes Canotilho e, portanto, envolve a inserção dos supracitados direitos no plano do direito constitucional positivo. Tal fundamentalidade decorre da posição que as normas de direitos fundamentais assumem no ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>142</sup>

Nesse sentido, conforme Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade formal resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao contexto constitucional brasileiro: a) enquanto parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais encontram-se no topo de todo o ordenamento jurídico; b) na condição de normas constitucionais, submetem-se aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60, da CF/88); c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e vinculativas com relação às entidades públicas e privadas (art. 5º, §1, da CF/88).<sup>143</sup>

A fundamentalidade material, por outro lado, pode viabilizar a “abertura da constituição a outros direitos”<sup>144</sup>, uma vez que tal tipo de fundamentalidade prescinde da necessária vinculação à constituição escrita. Em verdade, trata-se de uma análise do teor dos direitos fundamentais como um componente constitutivo “das estruturas básicas do Estado e da sociedade”.<sup>145</sup>

Vale dizer, os direitos fundamentais e as suas respectivas normas “são fundamentalmente substanciais porque, com eles, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade”.<sup>146</sup> Dessa forma, de acordo com o sentido

---

<sup>139</sup> CANOTILHO, 1999, p. 354.

<sup>140</sup> Nesse mesmo sentido, Jorge Miranda também analisa o sentido das normas de direitos fundamentais sob o aspecto formal e material. Cf. MIRANDA, 2000, p. 7-12.

<sup>141</sup> ALEXY, 2011a, p. 520-522.

<sup>142</sup> Ibid., p. 520.

<sup>143</sup> SARLET, 2012, p. 74-75.

<sup>144</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 355.

<sup>145</sup> CANOTILHO, loc. cit..

<sup>146</sup> ALEXY, op. cit., p. 522.

material dos direitos fundamentais, existem direitos (igualmente fundamentais) que, por seu conteúdo substancial, integram o plano jurídico-constitucional de um Estado, inobstante não estarem previstos formalmente.

Logo, pode-se afirmar a existência dos direitos fundamentais em sentido formal e dos direitos fundamentais em sentido material. Do mesmo modo, é possível cogitar a existência de duas espécies de direitos fundamentais, quais sejam: a) os direitos formal e materialmente fundamentais (com assento na Constituição escrita); b) os direitos apenas materialmente fundamentais (sem o reconhecimento positivo-constitucional).<sup>147</sup> Ademais, quanto ao critério classificatório, não se pode olvidar a existência de doutrina respeitável que aponta a existência de uma terceira espécie de direitos fundamentais sob a fórmula dos “direitos só formalmente constitucionais”.<sup>148</sup>

Posto isso, os direitos fundamentais serão formal e materialmente fundamentais se, diante da sua importância para o Estado e para a sociedade, eles se encontram salvaguardados por uma Constituição escrita. Serão materialmente fundamentais se, não obstante a precuciente contribuição para os desígnios do Estado e da sociedade, não estiverem constitucionalizados.<sup>149</sup> E, por fim, serão direitos só formalmente constitucionais nas hipóteses dos direitos consagrados por meio de uma Constituição que, no que se refere ao conteúdo, não podem ser considerados materialmente fundamentais.<sup>150</sup>

Em arremate, Robert Alexy assevera que “com a tese das fundamentalidades formal e substancial afirma-se que as normas de direitos fundamentais desempenham um papel central no sistema jurídico”.<sup>151</sup>

#### *2.1.4.2 A concepção materialmente aberta – artigo 5º, §2º, da Constituição Federal*

A partir da dupla nota de fundamentalidade (formal e substancial) inerente aos direitos fundamentais, pode-se observar que o ordenamento jurídico pátrio explicita uma abertura material em face dos direitos fundamentais não previstos no catálogo da Constituição. Essas são as premissas para que se compreenda o (real) alcance do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que dispõe:

---

<sup>147</sup> SARLET, 2012, p. 80.

<sup>148</sup> Cf. CANOTILHO, 1999, p. 382.

<sup>149</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 618.

<sup>150</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 382.

<sup>151</sup> ALEXY, 2011a, p. 523.



Art. 5º 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A regra disposta no art. 5º, §2º, da Carta Magna reflete a tradição do direito constitucional brasileiro, desde a Constituição de 1891, com algumas alterações, mais no que tange à literalidade do texto do que à própria finalidade da norma. Trata-se de dispositivo inspirado na IX Emenda da Constituição dos EUA, que, por sua vez, acabou influenciando outras ordens constitucionais, especialmente a Constituição portuguesa de 1911.<sup>152</sup>

Traduz-se, a partir de tal regra, o entendimento de que, além do sentido formal de Constituição e de direitos fundamentais, há um sentido material, na medida em que existem direitos que, por seu conteúdo, integram o corpo da Constituição e de um Estado, independente da previsão expressa no catálogo. Nesse sentido, o direito passa a se movimentar em meio a uma ordem de valores e de princípios que, vale ressaltar, não se encontra necessariamente vinculada ao reconhecimento pelo constituinte originário, mas que também possui respaldo constitucional.<sup>153</sup>

Posto isso, há de se registrar que a doutrina não se encontra pacificada com relação à possibilidade de equiparação (no que tange ao regime jurídico) entre os direitos materialmente fundamentais e os direitos previstos no catálogo constitucional. Além disso, outras questões polêmicas cercam o tema, tais como: a) a dificuldade em identificar, no texto constitucional (ou fora dele), quais os direitos que, na prática, reúnem as condições para poder ser considerados substancialmente fundamentais; b) o tema relacionado às fontes dos direitos fundamentais fora do catálogo; c) a problemática da abrangência da regra.<sup>154</sup>

Importa, nessa etapa, analisar o sentido e a abrangência da supramencionada norma, sem, contudo, pretender esgotar o tema, o que demandaria um aprofundamento que ultrapassa os limites propostos para essa pesquisa.

No âmbito da doutrina brasileira, poucos se prontificaram a enfrentar o controverso debate em torno do significado e do alcance atribuídos ao art. 5º, §2º, da CF/88. Para a maioria da doutrina<sup>155</sup> que enfrenta a questão, predomina o entendimento segundo o

<sup>152</sup> SARLET, 2012, p. 78.

<sup>153</sup> Ibid., p. 78-80.

<sup>154</sup> Ibid., p. 81.

<sup>155</sup> Nesse sentido, por exemplo, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem que “a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal, indicando que um direito é

qual os direitos fundamentais guardam correspondência com o reconhecimento nas Constituições formais, isto é, não caberia a defesa dos direitos fundamentais em sentido material.<sup>156</sup>

Em sentido oposto, Ingo Wolfgang Sarlet defende que a concepção materialmente aberta do sistema de direitos fundamentais requer a identificação de um sentido material de tais direitos e, ademais, “um regime jurídico-constitucional privilegiado e em princípio equivalente ao regime dos direitos fundamentais expressamente consagrados como tais pelo Constituinte”.<sup>157</sup> Da mesma forma, George Marmelstein entende que, “por força do art. 1º, inc. III, somado com o art. 5º, §2º, da Constituição de 88, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II e até mesmo fora da Constituição”.<sup>158</sup>

Nesse sentido, segundo as lições de J. J. Gomes Canotilho, uma compreensão aberta em torno das normas concretamente consagradoras de direitos fundamentais representaria o meio para a materialização e desenvolvimento plural de todo o sistema jurídico-constitucional.<sup>159</sup>

Reconhece-se, em face do exposto, que a previsão da cláusula de abertura material indica um avanço considerável na tutela institucional dos direitos fundamentais. Por outro lado, nota-se o aumento da dificuldade em torno da definição sobre o que pode ser entendido (ou não) como direito fundamental em sentido material.<sup>160</sup>

Ora, tendo em vista a amplitude do dispositivo examinado, a possibilidade de identificação e construção de direitos materialmente fundamentais (direitos fundamentais não expressamente positivados, bem como os direitos reconhecidos em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais<sup>161</sup>)<sup>162</sup> dependerá necessariamente da atividade de interpretação/aplicação do direito, sobretudo no que se refere à atividade de justificação da fundamentalidade das posições jurídicas pretendidas pelas partes.<sup>163</sup>

---

fundamental se e somente (condição necessária) for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. [...]. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positivação, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos”. DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 54-55.

<sup>156</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 616.

<sup>157</sup> SARLET, 2012, p. 81.

<sup>158</sup> MARMELSTEIN, 2011, p. 24.

<sup>159</sup> CANOTILHO, 1999, p. 355-356.

<sup>160</sup> MARMELSTEIN, op. cit., p. 24.

<sup>161</sup> Flávia Piovesan, ao abordar o tema com ênfase no Direito Constitucional Internacional, reconhece que a Lei Fundamental confere abertura para a incorporação, no catálogo de direitos reconhecidos formalmente, dos “direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. PIOVESAN, 2010, p. 52.

<sup>162</sup> SARLET, op. cit., p. 86.

<sup>163</sup> Cf. PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. 2005. 327 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. p. 15-17.

Nesse ínterim, não resta dúvida de que os direitos materialmente fundamentais “somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo”.<sup>164</sup> Alguns exemplos já são citados nos planos da doutrina e da jurisprudência, tais como “o direito à identidade genética da pessoa humana, o direito à identidade pessoal, as garantias do sigilo fiscal e bancário”,<sup>165</sup> entre outros.

Quanto à abrangência do art. 5º, §2º, da CF, insta esclarecer se a abertura material igualmente abrange os direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez que não remanesçam maiores questionamentos no que se refere à abrangência de tal concepção em face dos direitos individuais.

Com base nessa discussão, Sarlet apresenta alguns argumentos que apontam para a inclusão dos direitos sociais no seio da abertura material dos direitos fundamentais, tais como: a) a expressão literal do art. 5º, §2º, que se vale da fórmula geral *direitos e garantias expressos nesta Constituição*; b) o reconhecimento formal dos direitos sociais na Constituição de 1988, no título relacionado aos direitos fundamentais, ainda que regrados em outro capítulo; c) a norma do art. 6º da Constituição (que enuncia os direitos sociais básicos, tal como o direito à saúde) encerra com a expressão *na forma desta Constituição*, permitindo, por conseguinte, a possibilidade de inclusão de alguns outros dispositivos dispersos no texto constitucional; d) o fato de que a existência de novos direitos fundamentais sociais não pode ser sumariamente desconsiderada, haja vista o Brasil adotar a fórmula do Estado social e democrático de Direito.<sup>166</sup>

Por todo o exposto, a fim de que não remanesçam maiores dúvidas quanto ao posicionamento adotado nesse trabalho, entende-se que, ao consagrar a fórmula do art. 5º, §2º, a atual Lei Fundamental adotou uma concepção materialmente aberta dos direitos fundamentais, viabilizando, por conseguinte, o reconhecimento da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais sociais. Nota-se, portanto, que os direitos fundamentais encontram-se submetidos a um recorrente processo de ressignificação consoante o teor do dispositivo analisado.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> SARLET, 2012, p. 91.

<sup>165</sup> Ibid., p. 90.

<sup>166</sup> Ibid., p. 82-83.

<sup>167</sup> CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 156.

### 2.1.4.3 A aplicabilidade imediata – artigo 5º, §1º, da Constituição Federal

Os sistemas jurídicos democráticos têm explicitado certo zelo no que tange à efetivação dos direitos e garantias considerados como essenciais para a pessoa humana. Vale dizer, tais sistemas têm demonstrado uma preocupação no sentido de superar, em definitivo, a concepção formalista do Estado de direito, segundo a qual os direitos fundamentais teriam a sua eficácia condicionada à atuação do legislador.<sup>168</sup>

Toda essa preocupação justifica-se em face do risco a que se expõem os direitos fundamentais a um possível esvaziamento do seu conteúdo diante da atuação (inadequada) ou da inação do legislador. Os efeitos dessa neutralização dos direitos estabelecidos na Lei Fundamental foram claramente notados na Alemanha, no contexto do nazismo.<sup>169</sup>

Na Alemanha nazista, a concepção de que os direitos albergados na Constituição não possuíam aplicabilidade imediata e que, em verdade, eles dependiam da atuação do legislador, bem como a falta de tutela judicial direta de tais direitos representaram fatores que contribuíram para a derrocada do ideal democrático da Constituição de Weimer. Assim, o caminho estava livre para a instauração de um regime totalitário, o que ocorreu a partir de 1933. Após esse período totalitário, a Lei Fundamental de 1949 demonstrou uma reação às falhas cometidas no passado a partir da adoção de alguns princípios, tais como “o da proteção judicial dos direitos fundamentais, o da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e o da aplicação direta e imediata destes, independentemente de tradução jurídica pelo legislador”.<sup>170</sup>

Dessa forma, fala-se no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em face dos fatos e da concepção jurídica formalista que (pre)dominava no “senso comum teórico dos juristas”<sup>171</sup> em meio a uma realidade de menoscabo dos direitos fundamentais.

A Constituição brasileira de 1988 incorporou o princípio ora em esboço a partir do seu art. 5º, §1º<sup>172</sup>, em que se assevera que todas as normas de direitos fundamentais devem

<sup>168</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 251.

<sup>169</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, loc. cit.

<sup>170</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, loc. cit.

<sup>171</sup> Luís Alberto Warat, metaforicamente, caracteriza o senso comum teórico “como a voz ‘off’ do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam”. WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982. p. 54.

<sup>172</sup> Art. 5º 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

ser aplicadas e ter efetividade. Além da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, o supramencionado dispositivo estabelece aos poderes públicos “o dever de extrair das normas que os consagram (os direitos fundamentais) a maior eficácia possível, outorgando-lhes, neste sentido, efeitos reforçados relativamente às demais normas constitucionais”.<sup>173</sup>

Quanto à abrangência da norma, ou seja, se a norma é aplicável a todos os direitos fundamentais ou se está restrita aos direitos (individuais e coletivos) do art. 5º, da CF/88, Sarlet sustenta a aplicabilidade imediata para todos os direitos fundamentais em uma acepção ampla. Vale dizer, a aplicabilidade imediata abrange todos os direitos fundamentais previstos nos arts. 5º a 17º, os direitos fundamentais previstos em outras partes da Constituição e nos tratados internacionais.<sup>174</sup>

Nesse sentido, Miguel Carbonell assevera que os direitos sociais (incluindo o direito à saúde) devem ser compreendidos “como derechos plenamente exigibles ante todas las autoridades del Estado, en todos sus niveles de gobierno”.<sup>175</sup> Prestigia-se, de tal modo, a força normativa da Constituição<sup>176</sup>, visto que os direitos fundamentais sociais devem orientar-se rumo “a maior eficácia possível, propiciando, assim, o desenvolvimento da dogmática e da interpretação constitucional”.<sup>177</sup>

No que se refere ao significado e alcance do art. 5º, §1º, da CF, a doutrina jurídico-constitucional vem apresentando dissenso sobre a matéria. De um lado, parte da doutrina entende que a norma *sub examine* não pode ir contrariar a natureza das coisas, uma vez que a maioria dos direitos somente alcançaria a sua eficácia nos termos da lei. A outra parte da doutrina, por sua vez, entende que todas as normas (até as de cunho programático) podem ensejar, em face da sua aplicabilidade imediata, o pleno gozo de direito subjetivo individual, independentemente de prévia materialização legislativa.<sup>178</sup>

Em síntese, pode-se afirmar que, em regra, as normas que salvaguardam “os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade

---

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

<sup>173</sup> SARLET, 2012, p. 272.

<sup>174</sup> Ibid., p. 261-263.

<sup>175</sup> CARBONELL, Miguel. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: elementos para una teoría compleja. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 261.

<sup>176</sup> Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>177</sup> Ibid., p. 27.

<sup>178</sup> SARLET, op. cit., p. 263-264.

imediate”.<sup>179</sup> Por outro lado, as normas que definem os direitos sociais tendem a possuir igualmente a aplicabilidade imediata, contudo, algumas normas, notadamente as que fazem menção à necessidade de lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.<sup>180</sup>

Esse é um tema assaz polêmico e, destarte, passa-se a abordar alguns aspectos gerais do mesmo, notadamente no que tange aos direitos sociais. Para que se compreenda o alcance do art. 5º, §1º, da Constituição Federal, há de se fazer menção a duas das principais funções dos direitos fundamentais, quais sejam, a função de defesa ou de liberdade e a função de prestação social.

J.J. Gomes Canotilho, ao discorrer sobre as funções dos direitos fundamentais, afirma que estes direitos fundamentais atendem a função de direitos de defesa dos cidadãos a partir de dois aspectos: 1) instituem, no plano jurídico-objetivo, normas proibindo (de competência negativa) as ingerências do poder público na esfera jurídica individual; 2) acarretam, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer direitos fundamentais (liberdade positiva), bem como o de exigir omissões dos poderes públicos (liberdade negativa).<sup>181</sup>

Com efeito, a aplicabilidade imediata dos direitos de defesa não costuma ser questionada, diferentemente do que ocorre com os direitos sociais (na sua dimensão prestacional). Vale dizer, os direitos de defesa geralmente se voltam para um comportamento de abstenção do Estado e, portanto, não se observa, em regra, o condicionamento da concretização dos aludidos direitos a uma atuação do Estado e/ou dos destinatários da norma. Ademais, a plena eficácia desses direitos encontra respaldo nas próprias normas constitucionais que, em regra, já preveem a suficiente normatividade e a independência de intermediação do Poder Legislativo.<sup>182</sup> Em outras palavras, no âmbito da função dos direitos de defesa, “a norma contida no art. 5º, §1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo”.<sup>183</sup>

Por outro lado, a função de prestação social dos direitos fundamentais está ligada, em sentido estrito, ao “direito do particular a obter algo através do Estado (saúde, educação, segurança social)”.<sup>184</sup> Trata-se de direitos instituídos com o fito de amenizar as desigualdades

---

<sup>179</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 165.

<sup>180</sup> SILVA, 2007, p. 165.

<sup>181</sup> CANOTILHO, 1999, p. 383.

<sup>182</sup> SARLET, 2012, p. 275.

<sup>183</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>184</sup> CANOTILHO, *op. cit.*, p. 384.

fáticas da sociedade, como uma decorrência lógica do sentido social do Estado. Assim, “o seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço)”.<sup>185</sup>

Ocorre, todavia, que a maioria dos direitos de cunho prestacional, seja pelas suas peculiaridades, seja pela forma como são mencionados na Constituição, acaba dependendo da intermediação do legislador para serem concretizados de forma plena. Ou seja, os direitos à prestação material têm a sua efetivação sujeita a certos limites condicionantes, tais como a riqueza nacional.<sup>186</sup> Dessa forma, “a efetivação desses direitos implica favorecer segmentos da população, por meio de decisões que cobram procedimento democrático para serem legitimamente formadas”<sup>187</sup>, sendo que tudo aponta para “o Parlamento como a sede precípua dessas deliberações e, em segundo lugar, a Administração”.<sup>188</sup>

J. J. Gomes Canotilho, ao ponderar sobre a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, afirma que tais direitos são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes, por meio da Constituição, e “não através da *auctoritas interpositio* do legislador”.<sup>189</sup> O autor alerta que a aplicabilidade imediata proporciona uma normatividade qualificada e, portanto, nem sempre os direitos e garantias dispensam a concretização a partir das entidades do Poder Legislativo. Assim sendo, “a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *derechos subjectivos, concretos e definitivos*”.<sup>190</sup>

Com isso, pode-se concluir que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais abrange os direitos fundamentais sociais, no entanto, em alguns casos específicos, tal aplicabilidade direta não proporcionará direitos subjetivos aferíveis concretamente pelos indivíduos. Por outro lado, nos casos em que a violação à obrigação estatal seja clara, “las acciones judiciales deben estar dirigidas a obtener del Estado la realización de la conducta debida para reparar la violación del derecho, del mismo modo que frente a la violación de cualquier derecho civil o político”.<sup>191</sup>

Feitas essas considerações, pode-se constatar algumas das principais preocupações presentes nesse trabalho, quais sejam: a) verificar a atual situação de (in)efetividade do direito à saúde no Brasil; b) analisar, ante a judicialização da saúde, quais

<sup>185</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 259.

<sup>186</sup> Ibid., p. 260.

<sup>187</sup> Ibid., p. 261.

<sup>188</sup> MENDES; COELHO; BRANCO, loc. cit.

<sup>189</sup> CANOTILHO, 1999, p. 412, (grifo do autor).

<sup>190</sup> CANOTILHO, loc. cit, (grifo do autor).

<sup>191</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 133.

são os limites e possibilidades para falar-se em um direito à saúde enquanto direito fundamental e autoaplicável.

Uma vez que restou examinado alguns dos principais aspectos que cercam os direitos fundamentais, pode-se passar à apreciação das particularidades atinentes ao direito à saúde. No próximo tópico, busca-se trilhar um caminho que conecte a disciplina dos direitos fundamentais à fundamentalidade do direito à saúde.

## 2.2 A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Nessa etapa, o trabalho objetiva ratificar o caráter fundamental do direito à saúde. Para alcançar esse objetivo, propõe-se inicialmente uma abordagem em torno do(s) sentido(s) constitucionalmente adequado(s) de saúde, do seu caráter oculto e, um passo adiante, do sistema organizacional de saúde no Brasil. Por fim, conclui-se pela fundamentalidade (formal e material) do direito à saúde.

### 2.2.1 O(s) sentido(s) constitucionalmente adequado(s) de saúde

A discussão sobre o(s) (diversos) sentido(s) adequado(s) para o termo saúde remonta à antiguidade. Ao se debruçar sobre o tema, Julio Cesar de Sá da Rocha aduz que “dos pensadores da Grécia antiga aos dias atuais, a imprecisão do termo saúde revela pensamentos distintos sobre o tema”.<sup>192</sup> Em verdade, pode-se assegurar que a ideia do que se entende por saúde atualmente reflete uma verdadeira evolução histórica que retrata o movimento da busca pela saúde.

Nesse sentido, Germano Schwartz elucida que “a busca pela saúde é uma realidade presente desde os primórdios da humanidade”.<sup>193</sup> Em geral, as pessoas buscavam alcançar um objetivo: a cura dos males que afligiam os seres humanos. Com isso, evidencia-se uma aceção curativa da saúde.<sup>194</sup>

Era natural que os seres humanos se preocupassem, em princípio, com a busca da cura das enfermidades que lhes atingiam, afinal, em diversos momentos da história, os homens foram acometidos por doenças que colocaram em risco a sua própria sobrevivência. Nos tempos bíblicos, os surtos de lepra, peste e cólera representaram algumas das principais

---

<sup>192</sup> ROCHA, Julio Cesar de Sá. *Direito da saúde*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 16.

<sup>193</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 28.

<sup>194</sup> SCHWARTZ, loc. cit.



preocupações da civilização. Na Idade Média, igualmente, a peste negra foi responsável por causar a morte de milhões de pessoas. Atualmente, pode-se afirmar que, inobstante os avanços nos tratamentos médicos, a AIDS e o câncer ainda representam doenças com potencial efeito destrutivo para os seres humanos.<sup>195</sup>

O primeiro sentido de saúde pode ser conferido aos gregos a partir do brocardo *Mens Sana In Corpore Sano*. De acordo com o pensamento grego, a saúde significava o equilíbrio entre o corpo e a mente e, além disso, a beleza se afigurava como um marco importante para o ser saudável.<sup>196</sup>

A Idade Média, por outro lado, representou um retrocesso no âmbito da saúde. Com a queda do Império Romano e o advento do feudalismo, as crenças na divindade dos monarcas e nas influências da Igreja criaram um ambiente propício para a disseminação de ideias segundo as quais as doenças representavam um castigo divino. Com isso, os cuidados sanitários resumiam-se à preocupação de retirar os doentes da interação social, para evitar a disseminação da própria doença. O único contraponto relatado neste período foi o fortalecimento da caridade e o surgimento (ainda rudimentar) dos primeiros hospitais.<sup>197</sup>

Nos séculos XII e XVIII, já se nota as condições mínimas necessárias para o surgimento e crescimento da moderna saúde pública; no entanto, em tais séculos, a saúde ainda é tida como a ausência de doenças.<sup>198</sup>

No bojo da sociedade industrial do século XIX, a saúde reflete uma acepção liberal notoriamente preocupada com a reposição do indivíduo ao mercado de trabalho. Tratava-se, ainda, de uma saúde curativa em meio ao aspecto negativo da saúde, qual seja, a ausência de enfermidades.<sup>199</sup>

As transformações sociais características do século XX e as grandes guerras promoveram um (re)pensar da saúde restrita ao aspecto curativo. A acepção preventiva da saúde começa a ganhar força, mormente a partir do *Welfare State*. Vale dizer, com o advento de um Estado intervencionista, a saúde deveria passar a ser encarada como um direito dos cidadãos e, por conseguinte, caberia ao Estado proporcioná-la.<sup>200</sup>

Acerca da evolução do significado atribuído à saúde, Germano Schwartz esclarece que o sentido desse vocábulo perpassou por várias teses, “basicamente a tese ‘curativa’ (cura

---

<sup>195</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 28.

<sup>196</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>197</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 78.

<sup>198</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 32.

<sup>199</sup> Ibid., p. 33.

<sup>200</sup> Ibid., p. 34.

das doenças) e a tese ‘preventiva’ (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses têm como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista)”.<sup>201</sup>

Somente após a reorganização política internacional ocorrida no século XX e a criação da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1946, é que surge o marco teórico do sentido usualmente atribuído à saúde. O preâmbulo da Constituição da OMS estatui que *a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças*.

O conceito proposto pela OMS, portanto, amplia a noção de saúde, uma vez que o aspecto estritamente negativo inerente à ausência de doenças passa a coexistir com o aspecto positivo que se volta para a promoção do direito à saúde por intermédio do “completo bem-estar físico, mental e social”.<sup>202</sup>

Muito embora a noção da OMS tenha aceitação de boa parte dos profissionais que atuam no âmbito da saúde, não se pode olvidar que tal definição sofre várias censuras. Uma das principais críticas seria a falta de operacionalidade da definição propugnada pela OMS em face do amplo grau de subjetividade consagrado na expressão bem-estar, por exemplo. Nesse sentido, Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz afirmam que:

Essa definição, até avançada para a época em que foi realizada, é, no momento, *irreal, ultrapassada e unilateral*. [...] Trata-se de definição irreal por que, aludindo ao “perfeito bem-estar”, coloca uma utopia. O que é “perfeito bem-estar?” É por acaso possível caracterizar-se a “perfeição?”<sup>203</sup>

Ora, o que é bem-estar para um indivíduo pode ter um sentido completamente distinto para outro sujeito. Hans-Georg Gadamer, ao analisar o termo bem-estar, propõe alguns questionamentos que remetem à subjetividade e a imprecisão do termo: “‘bem-estar’ é realmente alguma coisa ou, no final, nada mais do que um não sentir mais dor, uma retirada de dor e mal-estar? Pode-se, de fato, imaginar um estado permanente de bem-estar?”<sup>204</sup>

Além disso, a não operacionalidade desse sentido de saúde também deriva do alto grau de dependência das diversas escalas decisórias que podem não efetivar as suas diretrizes. Vale dizer, a partir do momento em que as diversas escolhas políticas a serem realizadas recaem sobre o Estado, a vontade política passa a figurar como um importante “instrumento

<sup>201</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 35.

<sup>202</sup> Ibid., p. 35.

<sup>203</sup> SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997. p. 539.

<sup>204</sup> GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Petrópolis: Vozes, 2006. p. 136.

de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido bem-estar físico, social e mental”.<sup>205</sup>

Diante das críticas apresentadas ao conceito de saúde propugnado pela OMS, questiona-se: quais seriam o(s) sentido(s) constitucionalmente adequado(s) para o termo saúde? Diversos autores tentam responder esse questionamento e, por via de consequência, estabelecer algumas noções em torno do direito à saúde.

De acordo com Julio Cesar de Sá da Rocha, a conceituação da saúde deve ser feita continuamente à luz da “afirmação da cidadania plena”<sup>206</sup> e da “aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal”.<sup>207</sup> Nesse particular, a saúde deveria ser compreendida a partir de uma apreciação sistemática, em que a ideia de bem-estar seria acompanhada das noções trazidas pela OMS.<sup>208</sup>

Sérgio Resende Carvalho, em obra sobre a saúde coletiva, conceitua a saúde como “um processo/estado em que indivíduos e coletivos têm o máximo de capacidade para viver a vida de maneira autônoma, reflexiva e socialmente solidária”.<sup>209</sup> Assim, a produção da saúde perpassa pela salvaguarda de ações integrais que venham a prevenir, curar, reabilitar e promover a saúde nos planos individual e coletivo.

Mauricio Caldas Lopes, em livro sobre a judicialização da saúde, busca identificar, a partir do próprio texto constitucional, o conteúdo essencial do direito à saúde, isto é, o núcleo duro do aludido direito. Em verdade, tal conteúdo essencial acaba por coincidir tão somente em parte com o conteúdo do mínimo existencial exigido pela dignidade da pessoa humana, para alcançar sentidos constitucionais mais amplos, tais como o direito à educação, moradia, trabalho e subsistência.<sup>210</sup>

Germano Schwartz<sup>211</sup>, ao analisar a efetivação da saúde sob uma perspectiva sistêmica, entende que a saúde reflete um sistema inserido em um sistema mais amplo (a vida), e com tal sistema interage. A partir dessa leitura, a saúde comunica-se com os demais sistemas sociais e, por via de consequência, tal comunicação seria o alicerce da sua estabilidade. Diante disso, a saúde representaria um processo sistêmico que evolui (e varia) de acordo com a sua própria evolução e com o avanço (ou não) dos demais sistemas sociais com os quais se relaciona. Nesse sentido, o autor esclarece que “a verdade é que jamais se poderá

---

<sup>205</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 36.

<sup>206</sup> ROCHA, 2011, p. 17.

<sup>207</sup> ROCHA, loc. cit.

<sup>208</sup> Ibid., p. 18.

<sup>209</sup> CARVALHO, Sérgio Resende. *Saúde coletiva e promoção da saúde: sujeito e mudança*. São Paulo: Hucitec, 2010. p. 157.

<sup>210</sup> LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 75.

<sup>211</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 37-39.

conhecer a totalidade do sistema-saúde, uma vez que tal sistema está sempre aberto ao mundo, ao próprio homem e de suas decisões a respeito”.<sup>212</sup> Em arremate, a saúde poderia ser entendida como:

[...] um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.<sup>213</sup>

Marco Segre e Flávio Carvalho Ferraz, ao avaliarem criticamente o conceito proposto pela OMS, propõem uma reflexão interessante: “não se poderá dizer que *saúde é um estado de razoável harmonia entre o sujeito e a sua própria realidade?*”<sup>214</sup>

Nesse trabalho, diante das críticas apresentadas ao conceito de saúde propugnado pela OMS, entende-se que o sentido de saúde deve ser compreendido-interpretado-aplicado continuamente à luz da afirmação da cidadania plena e da “aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal”,<sup>215</sup> sem deixar de observar alguns limites impostos ao intérprete/aplicador do direito, tais como a coerência, integridade e tradição do direito. Vale dizer, o direito à saúde não pode ser aprisionado no interior de conceitos e/ou aplicado estritamente conforme a consciência<sup>216</sup> do intérprete/aplicador do direito. Portanto, o sentido adequado de saúde deve ser analisado à luz das demais normas constitucionais (sobretudo no que tange aos diversos direitos afins ao direito à saúde)<sup>217</sup> e do caso concreto, afinal este “representa a síntese do fenômeno hermenêutico-interpretativo”.<sup>218</sup>

### 2.2.2 O caráter oculto da saúde<sup>219</sup>

Ao analisar a saúde, a partir da hermenêutica de cariz filosófico, reveste-se de grande importância a obra específica de Hans-Georg Gadamer sobre o tema, qual seja, o caráter oculto da saúde.

<sup>212</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 38.

<sup>213</sup> Ibid., p. 43.

<sup>214</sup> SEGRE; FERRAZ, 1997, p. 542, (grifo do autor).

<sup>215</sup> ROCHA, 2011, p. 17.

<sup>216</sup> Cf. STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

<sup>217</sup> Cf. 2.2.3.1 A saúde na Constituição Federal de 1988

<sup>218</sup> STRECK, 2011a, p. 407.

<sup>219</sup> O presente tópico teve como base GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Petrópolis: Vozes, 2006.

Nessa obra, Gadamer desvela a face oculta da saúde em meio ao contexto do “avanço técnico, do qual todos nós usufruímos”<sup>220</sup>, bem como em face do custo que, “aumentando cada vez mais, impõe, com extrema urgência, que o cuidado com a saúde seja novamente reconhecido e percebido como uma tarefa geral da própria população”.<sup>221</sup>

De logo, insta esclarecer que Gadamer não explora a fundo a temática dos altos custos que envolvem a saúde, no entanto chama a atenção sobre o tema como um fator que enseja o (re)pensar da saúde em meio ao seu contexto atual, marcado pelo avanço da ciência e da tecnologia.

Com efeito, a ciência moderna “ascendeu ao plano de uma contra-realidade artificial”<sup>222</sup> e, portanto, passou a viabilizar o surgimento da técnica enquanto “um saber direcionado a uma capacidade de fazer, um domínio sabedor da natureza”.<sup>223</sup>

Um exemplo esclarecedor é que, no passado, as alterações relacionadas ao meio ambiente remontavam, em termos gerais, a causas naturais, tratando-se, ocasionalmente, de atitudes humanas, a exemplo do desmatamento de florestas.<sup>224</sup> Atualmente, “a exploração técnica das riquezas naturais e a remodelação artificial do nosso meio ambiente tornaram-se tão planejadas e amplas, que suas consequências ameaçam o ciclo natural das coisas e desencadeiam processos irreversíveis em grande escala”.<sup>225</sup>

Assim, aproveitando o exemplo acima, pode-se afirmar que não há saúde sem um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, “a ciência tem de realizar algo como uma desmitologização dela mesma”<sup>226</sup>, sob pena de termos uma “crença supersticiosa na ciência, que fortalece a irresponsabilidade tecnocrata, com a qual o poder técnico se dissemina desenfreadamente”.<sup>227</sup>

Posto isso, Gadamer passa a analisar o tema da saúde em meio à sociedade oriunda da ciência moderna e, ademais, busca desvelar o caráter oculto da saúde em face da nossa práxis de vida.

Nesse ponto, relembra-se que, no tópico anterior, buscou-se analisar um sentido constitucionalmente adequado para o termo saúde. Naquela oportunidade, restou consignado que o direito à saúde não pode ser aprisionado em conceitos e, em verdade, o sentido de saúde

---

<sup>220</sup> GADAMER, 2006, p. 8.

<sup>221</sup> GADAMER, loc. cit.

<sup>222</sup> Ibid., p. 14.

<sup>223</sup> GADAMER, loc. cit.

<sup>224</sup> Ibid., p. 14-15.

<sup>225</sup> Ibid., p. 15.

<sup>226</sup> GADAMER, loc. cit.

<sup>227</sup> GADAMER, loc. cit.

deve ser compreendido em meio às demais normas constitucionais e às peculiaridades de cada caso concreto, seja no aspecto jurídico ou médico.

Nesse particular, Gadamer esclarece que “habita, pois, na essência da saúde manter-se dentro de suas próprias medidas. A saúde não permite que valores padrões, transferidos ao caso singular com base em experiências médias, se imponham, pois isto seria algo inadequado”.<sup>228</sup> Em outras palavras, seria possível estabelecer valores e regras padronizadas para a saúde, no entanto os mesmos só poderiam ser aplicados adequadamente à luz de cada caso singular, sob pena de incorrer na inadequação alertada pelo ilustre filósofo.

E, afinal, o que seria o caráter oculto da saúde que intitula a obra de Gadamer? A face oculta da saúde reside no fato de que é inerente à consciência do ser humano o autoesquecimento. Ou seja, em termos gerais, os seres humanos não param para lembrar que se encontram saudáveis, salvo quando uma dor ou uma doença aponta para a alteração do equilíbrio que reflete a saúde enquanto elemento essencial para a manutenção da vida. Nas palavras de Gadamer:

Quais possibilidades nós temos, então, de fato, quando se trata de saúde? Reside, sem dúvida, na vitalidade de nossa natureza o fato de a consciência se conter de si mesma de tal forma que a saúde passa a se ocultar. Apesar de toda a ocultação, ela se revela num tipo de bem-estar e, ainda mais, quando nos mostramos dispostos a empreendimentos, abertos ao conhecimento e podemos nos auto-esquecer, bem como quando quase não sentimos mesmo fadigas e esforços – isso é saúde. Ela não se constitui numa preocupação cada vez maior consigo mesmo, dada a situação oscilante do nosso bem-estar, ou muito menos em engolir pílulas repugnantes.<sup>229</sup>

Dessa forma, segundo Gadamer, “a melhor maneira para entender o que seja saúde é imaginá-la como um estado de equilíbrio”,<sup>230</sup> enquanto “um processo contínuo, no qual o equilíbrio sempre volta a se estabilizar”.<sup>231</sup>

Por tudo isso é que há sentido quando se pergunta para outra pessoa se ela se sente doente e, por outro lado, fugiria da normalidade alguém perguntar para outra pessoa se ela se sente com saúde. “É que saúde não é, de maneira alguma, um sentir-se, mas é estar-aí, estar-no-mundo, estar-com-pessoas, sentir-se ativa e prazerosamente satisfeito com as próprias tarefas da vida”.<sup>232</sup>

---

<sup>228</sup> GADAMER, 2006, p. 113.

<sup>229</sup> Ibid., p. 118.

<sup>230</sup> Ibid., p. 119.

<sup>231</sup> GADAMER, loc. cit.

<sup>232</sup> Ibid., p. 118.

Assim sendo, diante das peculiaridades e complexidades que cercam o termo saúde e o estar-no-mundo com saúde, passa-se a analisar o sistema organizacional de saúde no Brasil à luz da Constituição Federal e do SUS.

### **2.2.3 O sistema organizacional de saúde no Brasil: a Constituição Federal de 1988 e o Sistema Único de Saúde (SUS)**

O sistema organizacional de saúde no Brasil encontra-se disposto em diversos diplomas normativos. Em primeiro lugar, o direito à saúde encontra guarida na Constituição Federal e, portanto, todas as normas oriundas da legislação infraconstitucional devem estar em conformidade com o quanto disposto na Magna Carta.

Na legislação infraconstitucional, destacam-se a Lei nº 8.080/90 e a Lei nº 8.142/90. A primeira, por regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, instituindo o Sistema Único de Saúde (SUS). A última, por dispor sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde.

Além disso, merecem menção os Códigos estaduais e municipais de saúde, bem como a existência de uma série de instrumentos normativos federais que versam sobre a saúde.<sup>233</sup> Por fim, insta esclarecer que vigora uma espécie de “pluritutela normativa do direito à saúde”<sup>234</sup> em face da proteção a esse direito nos mais diversos microssistemas jurídicos. Alguns exemplos podem ser constatados a partir da análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), vez que ambos tratam da saúde enquanto direito essencial em diversos dispositivos.<sup>235</sup>

#### *2.2.3.1 A saúde na Constituição Federal de 1988*

O alicerce do sistema organizacional de saúde do Brasil possui sede constitucional. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 consagra, inicialmente, o direito à saúde no seu artigo 6º<sup>236</sup>, ao tratá-lo como um dos direitos sociais. Além disso, a Lei

---

<sup>233</sup> Para maiores detalhes, Cf. ROCHA, 2011, p. 37-41.

<sup>234</sup> Ibid., p. 24.

<sup>235</sup> Ibid., p. 24-25.

<sup>236</sup> Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Fundamental reserva uma seção exclusiva para a saúde, compreendida entre os artigos 196º a 200º.

A Carta Política também consagra um rol (não taxativo) de “direitos afins ao direito à saúde”<sup>237</sup>, ou seja, direitos que influem sobre o sentido de saúde em meio à sua complexidade. Germano Schwartz, com base na doutrina e na legislação atual, aponta alguns dos direitos afins ao direito à saúde:

Direito à proteção do meio ambiente, direito à educação, direito à moradia, direito ao saneamento, direito ao bem-estar social, direito ao trabalho e à saúde no trabalho, direito à proteção da família, direito da seguridade social, direito à saúde física e psíquica, direito a morrer dignamente, direito de informação sobre o estado de saúde e nutrição, direito a não ter fome, direito à assistência social e direito de acesso aos serviços médicos.<sup>238</sup>

Ao reconhecer tais direitos, a Constituição Federal elenca-os nos “seus arts. 5º, 6º, 7º, 21º, 22º, 23º, 24º, 30º, 127º, 129º, 133º, 134º, 170º, 182º, 184º, 194º, 195º, 197º, 198º, 199º, 200º, 216º, 218º, 220º, 225º, 227º e 230º”.<sup>239</sup>

Nesse mesmo sentido, o artigo 3º da Lei nº 8.080/90 também consagra uma série de fatores que influenciam na plena efetivação do direito à saúde:

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.  
Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Desde já, pode-se observar que a concretização do direito à saúde não deve ser analisada de forma isolada. Em outras palavras, não cabe falar em uma saúde efetiva se grande parte da população (sobre)vive sem uma moradia digna, sem saneamento básico e/ou sem acesso aos serviços médicos mais basilares, por exemplo. Ou seja, a saúde há de ser encarada em meio à sua realidade plural e complexa, e não a partir de uma ótica assistencialista e maquiadora da realidade.

Neste trabalho, não há a pretensão de esgotar a multiplicidade dos dispositivos constitucionais que, de alguma forma, estão correlacionados ao direito à saúde. Em verdade, a análise restará delimitada pela seção específica relativa ao tema, sem, contudo, olvidar a

---

<sup>237</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 41.

<sup>238</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>239</sup> SCHWARTZ, loc. cit.



importância que os supramencionados direitos exercem para uma efetivação ampla e concreta do direito à saúde.

Inicialmente, o artigo 196<sup>240</sup> da Constituição Federal consigna que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, consagrando, assim, a proteção constitucional do direito à saúde. Tal proteção restaria tutelada por meio de políticas sociais e econômicas baseadas nos ideais de promoção, proteção e recuperação da saúde, visando: 1) à redução do risco de doenças e de outros agravos; 2) o acesso universal igualitário às ações e serviços.

Quanto ao primeiro objetivo consagrado pelo art. 196 da Lei Magna, a expressão risco de doenças reflete a ideia de uma saúde preventiva e, além disso, a expressão outros agravos explicita a “impossibilidade de tudo se prevenir em relação à saúde”.<sup>241</sup> Com base na matriz pragmático-sistêmica de direito, essa impossibilidade de previsão das situações atinentes à saúde refletiria a ideia da “excessiva contingência sanitária”.<sup>242</sup>

No que tange ao segundo objetivo estipulado pelo dispositivo mencionado acima, o acesso universal significa a acessibilidade às ações ou serviços de saúde para qualquer cidadão brasileiro, sem quaisquer óbices, seja legal, social, econômico ou físico. Da mesma forma, o acesso igualitário denota igual acesso para todos, independentemente de preconceitos de origem, raça, sexo e quaisquer outras formas de discriminação. Nesse aspecto, contempla-se uma igualdade material, sobretudo no que se refere à distribuição de recursos. Com isso, seria possível atender desigualmente os desiguais, priorizando os mais necessitados, a fim de que se concretize a igualdade.<sup>243</sup>

Por fim, o art. 196 da Constituição menciona as ações e serviços de saúde para *promoção, proteção e recuperação* da saúde. A *promoção* da saúde reflete uma vinculação entre a saúde e a qualidade de vida, uma vez que promover a saúde significa fomentá-la por intermédio de medidas gerais e inespecíficas, com o fito de se alcançar a qualidade de vida das pessoas e das comunidades. A *proteção*, por sua vez, expressa uma atuação sanitária que antecede as doenças. Trata-se de ações específicas que visam reduzir ou suprimir riscos, a exemplo das vacinações e do controle da qualidade da água e dos medicamentos. A *recuperação* explicita uma prática sanitária posterior à doença, em meio a um processo

---

<sup>240</sup> 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

<sup>241</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 98.

<sup>242</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>243</sup> PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009. p. 45.

curativo.<sup>244</sup> Nessa seara, as principais medidas são a “atenção à saúde na comunidade e a assistência médico ambulatorial, hospitalar e domiciliar”.<sup>245</sup>

O artigo 197<sup>246</sup> da Constituição Federal consigna que as ações e serviços de saúde são de relevância pública, cabendo ao Poder Público, nos termos da lei, o papel de controle, fiscalização e regulamentação de tais ações.

Ao tratar da saúde como um bem de relevância pública, pode-se afirmar que a Constituição confere à saúde um caráter fundamental e prioritário em relação aos demais direitos. Trata-se de “uma premissa decisória básica do sistema organizacional brasileiro de saúde”<sup>247</sup> e, desse modo, “esta relevância pública atinge seu escopo ao vincular o Poder Público”<sup>248</sup> aos deveres de controle, fiscalização e regulamentação das ações e serviços de saúde.

Nesse particular, deve-se atentar que há uma dupla competência, isto é, uma competência de cunho legislativo e outra de caráter executivo.

No âmbito legislativo, ressalvadas as hipóteses de competência exclusiva da União (arts. 21, XXIV, e 22, XXIII, da CF/88), tem-se uma competência concorrente em que a União legisla sobre a defesa da saúde e de sua proteção (art. 24, VI, VIII e XII, CF/88) mediante a elaboração de normas gerais que devem ser implementadas em todo território nacional. Por outro lado, os Estados têm competência suplementar à legislação federal (art. 24, §§ 1º e 2º, e 30, II, da CF/88). Por fim, os Municípios legislam (inclusive, de forma suplementar à legislação federal e estadual) de acordo com o interesse local (art. 30, I, CF/88).<sup>249</sup>

No que se refere à responsabilidade para a implementação do direito à saúde, a Constituição consigna uma competência comum, isto é, trata-se de uma responsabilidade comum a todos os membros da federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).<sup>250</sup> Em arremate, deve-se ressaltar que o artigo 197 da Constituição Federal permite a execução dos serviços e das ações de saúde pelas pessoas jurídicas de direito privado.

---

<sup>244</sup> PAIM, 2009, p. 45-46.

<sup>245</sup> Ibid., p. 46.

<sup>246</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>247</sup> SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 102.

<sup>248</sup> SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 56.

<sup>249</sup> SCHWARTZ, Germano, 2004, p. 103.

<sup>250</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

O artigo 198<sup>251</sup> da Constituição Federal institui o Sistema Único de Saúde (SUS) em meio a uma rede regionalizada e hierarquizada. Diante da importância do SUS para o sistema organizacional de saúde do Brasil, opta-se por reservar um tópico específico para tratar deste tema.

O artigo 199<sup>252</sup> permite, em consonância com o disposto no art. 197, que a iniciativa privada atue na área de assistência à saúde. Por fim, o art. 200<sup>253</sup> dispõe da competência do SUS, tema que também será objeto de cotejo no próximo tópico.

### 2.2.3.2 O Sistema Único de Saúde (SUS)

Para que se tenha uma melhor compreensão do SUS, faz-se importante observar o que existia antes do mesmo. Isso porque a evolução do sistema organizacional de saúde brasileiro representa um aspecto importante para uma melhor avaliação e análise crítica do atual sistema de saúde.

A descentralização da saúde brasileira somente surge após a proclamação da República, afinal, com a instauração da federação, a responsabilidade pelas ações na área de saúde passou a ser de incumbência dos Estados. Antes desse período, no contexto imperial, a

---

<sup>251</sup> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: [...]

<sup>252</sup> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

<sup>253</sup> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;

II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico;

VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;

VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

situação da saúde era rudimentar e centralizada, sendo “incapaz de responder às epidemias e de assegurar a assistência aos doentes, sem discriminação”.<sup>254</sup>

Na República Velha (1889-1930), “havia uma espécie de *não-sistema de saúde*, com certa omissão do poder público”.<sup>255</sup> Trata-se de um período em que ainda predominava uma concepção liberal de Estado, segundo a qual só cabia ao ente estatal intervir em casos extremos, tais como as situações em que o próprio indivíduo ou a iniciativa privada não fossem capazes de responder pelos problemas de saúde. Naquela época ainda não havia um Ministério da Saúde e, além disso, “a saúde era tratada mais como caso de polícia do que como questão social”.<sup>256</sup>

Dessa forma, o sistema público de saúde surge em meio ao evoluir da história por três vias (subsistemas): saúde pública, medicina previdenciária e medicina do trabalho. Tais subsistemas percorreram caminhos paralelos, de forma relativamente autônoma e respondendo a demandas diferenciadas.<sup>257</sup>

A saúde pública, por exemplo, caracteriza-se pela ênfase nas campanhas sanitárias (que passam da coerção à persuasão) e por separar, artificialmente, “a prevenção e a cura (tratamento), a assistência individual e a atenção coletiva, a promoção e a proteção em relação à recuperação e à reabilitação da saúde”.<sup>258</sup> A medicina previdenciária, por sua vez, propiciava um quadro em que “somente os brasileiros que estivessem vinculados ao mercado formal de trabalho e com carteira assinada tinham acesso à assistência médica da previdência social”.<sup>259</sup> Com relação às pessoas que não possuíam um vínculo formal de trabalho, remanesciam poucas opções: pagar pelos serviços de saúde ou tentar ser atendido em postos e hospitais municipais ou estaduais.<sup>260</sup>

Com isso, a organização da saúde brasileira foi se formando em meio a uma miscelânea de subsistemas, como pode se inferir das palavras de Jairnilson Silva Paim:

Assim, a organização dos serviços de saúde no Brasil *antes do SUS* vivia em mundos separados: de um lado, as ações voltadas para a prevenção, o ambiente e a coletividade, conhecidas como saúde pública; de outro, a saúde do trabalhador, inserida no Ministério do Trabalho; e, ainda, as ações curativas e individuais, integrando a medicina previdenciária e as modalidades de assistência médica liberal, filantrópica e, progressivamente, empresarial.<sup>261</sup>

<sup>254</sup> PAIM, 2009, p. 27.

<sup>255</sup> PAIM, loc. cit., (grifo do autor).

<sup>256</sup> Ibid., p. 29.

<sup>257</sup> Ibid., p. 29-30.

<sup>258</sup> Ibid., p. 31.

<sup>259</sup> Ibid., p. 33.

<sup>260</sup> PAIM, loc. cit.

<sup>261</sup> Ibid., p. 31, (grifo nosso).

Nesse contexto, havia uma série de instituições (públicas e privadas) que prestavam serviços na área da saúde, muitas vezes direcionadas para um mesmo público, deixando milhões de pessoas desatendidas, ou recebendo serviços com baixo padrão de qualidade. Além disso, um dado curioso é que, em 1975, um estudo elaborado pelo então Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS) foi censurado pelo governo militar durante a V Conferência Nacional de Saúde. O supracitado estudo “descrevia o sistema de saúde brasileiro daquela época com seis características: insuficiente; mal distribuído; descoordenado; inadequado; ineficiente; ineficaz”.<sup>262</sup>

Em face desse panorama de crise no sistema de saúde, surge um movimento social composto por diversos segmentos da sociedade – tais como as entidades comunitárias, profissionais e sindicais, os estudantes e profissionais da área de saúde – que propôs a democratização da saúde, a reforma sanitária e a implantação do SUS. Nesse sentido, a reforma sanitária brasileira foi debatida por quase cinco mil participantes durante a VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. O relatório final do aludido evento ensejou a elaboração do capítulo específico para a saúde na Constituição e, posteriormente, a edição das leis orgânicas da saúde que permitiram a edificação do SUS.<sup>263</sup>

Feitas essas considerações, pode-se concluir que, em face do histórico de (des)organização da saúde brasileira, os desafios impostos ao SUS foram imensos. Assim sendo, não obstante a existência de falhas (que existem, e não são poucas), não se pode deixar de reconhecer que o SUS representou uma conquista do povo brasileiro em prol de uma saúde mais efetiva e democrática.

Diante desse panorama, conforme comentado anteriormente, o art. 198 da Constituição Federal estabelece o Sistema Único de Saúde (SUS) em meio a uma rede regionalizada e hierarquizada que respeite os princípios da igualdade, integralidade e participação da comunidade. É o que se vê da leitura do artigo, *in verbis*:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

- I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
  - II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
  - III - participação da comunidade.
- [...]

---

<sup>262</sup> PAIM, 2009, p. 38.

<sup>263</sup> Ibid., p. 39-40.

Nesse ínterim, vale ilustrar os comentários de Germano Schwartz<sup>264</sup> que, sob a lente da Teoria dos Sistemas, se refere ao SUS da seguinte forma:

Nota-se que essa organização sanitária está ligada a uma ideia sistêmica de saúde (até semanticamente), por entender que a organização deve ser feita de forma regionalizada, pretendendo-se reduzir a complexidade do tema, tratando-o a partir das peculiaridades de cada região.

Ademais, como se pode inferir da leitura do art. 198 da Carta Magna, as ações e serviços públicos integram uma rede regionalizada e hierarquizada. No âmbito da saúde, a polissemia do termo rede conduz a uma coexistência integrada das ações e serviços de saúde, evitando, assim, que os serviços sejam prestados de forma isolada e sem o mínimo de comunicação.<sup>265</sup>

Jairnilson Silva Paim, em esclarecedora obra sobre o SUS, aduz que a opção pela forma de rede regionalizada acaba possibilitando uma melhor distribuição dos diversos estabelecimentos de saúde (tais como os centros de saúde, ambulatorios e hospitais) em um determinado território, “de modo que os serviços básicos estejam mais disseminados e descentralizados enquanto os serviços especializados se apresentam mais concentrados e centralizados”.<sup>266</sup> Dessa forma, a regionalização dos serviços de saúde implica uma gestão administrativa articulada em todas as esferas da Federação com a finalidade de que a população tenha acesso a todos os tipos de atendimento de acordo com as peculiaridades da sua região.

Ainda na seara do quanto disposto na Constituição, o SUS seria organizado a partir de três diretrizes, quais sejam: a descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Em meio a uma atuação regionalizada, impõe-se a necessidade da descentralização e, por via de consequência, da municipalização do sistema sanitário como forma ideal para se organizar o sistema de saúde brasileiro. Um dos principais argumentos que sustentam a tese da descentralização consiste no fato de que os principais problemas no âmbito da saúde são identificados em cada Município e, portanto, seria mais eficaz um sistema que se volte para as particularidades de cada local.<sup>267</sup> Assim sendo, de acordo com Mariana Filchtiner Figueiredo, caberia ao Município “a definição de saúde, do conteúdo do

---

<sup>264</sup> SCHWARTZ, 2004, p. 104.

<sup>265</sup> PAIM, 2009, p. 48.

<sup>266</sup> PAIM, loc. cit.

<sup>267</sup> Ibid., p. 49.

direito à saúde e da correspondente responsabilidade por assegurar as ações correspondentes”.<sup>268</sup>

O atendimento integral, por sua vez, contempla a ideia de que todos os serviços e ações de saúde perfazem uma realidade única e, portanto, constitui um todo que deve se desenvolver de forma contínua e harmoniosa.<sup>269</sup> Nesse sentido, o atendimento integral envolve a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Mas, além da integralidade, o atendimento do SUS deve voltar-se prioritariamente para as ações preventivas, com o fito de evitar que as pessoas sejam acometidas por doenças e/ou outras enfermidades.<sup>270</sup>

Em arremate, a participação da comunidade figura como um dos principais aspectos democráticos na gestão do SUS. Assim, a comunidade pode participar das principais decisões em relação à saúde por meio da identificação de problemas e no encaminhamento de soluções, bem como por meio da fiscalização e avaliação das ações e serviços públicos de saúde.<sup>271</sup>

No plano infraconstitucional, além da Lei nº 8.142/90, destaca-se a Lei nº 8.080/90 por regular, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, instituindo o Sistema Único de Saúde.

Sem entrar nos pormenores do conteúdo da Lei nº 8.080/90, sob pena de estarmos incidindo em uma mera reprodução do texto legal, convém ressaltar que a supramencionada lei acaba refletindo uma espécie de municipalização das ações e dos serviços de saúde em correlação com a ideia da descentralização assegurada pelo art. 198, I, da Constituição Federal.<sup>272</sup> Além disso, o art. 6º<sup>273</sup> da Lei nº 8.080/90, com base no art. 200 da CF/88, define

<sup>268</sup> FIGUEIREDO, 2007, p. 98.

<sup>269</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 108.

<sup>270</sup> PAIM, 2009, p. 50.

<sup>271</sup> Ibid., p. 51.

<sup>272</sup> Cf. artigos 15 a 18 da Lei 8.080/90.

<sup>273</sup> Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

as competências materiais do SUS. Nesse particular, destaca-se a assistência farmacêutica que, atualmente, “concentra o maior número de ações judiciais envolvendo o fornecimento de prestações materiais (isto é, os próprios medicamentos) pelo SUS”.<sup>274</sup>

Insta salientar, ainda, que o §1º do artigo 198 da CF/88<sup>275</sup>, o título V da lei nº 8.080/90 e a Lei nº 8.142/90<sup>276</sup> demonstram a disciplina legal em torno do financiamento do SUS, isto é, trata-se dos recursos orçamentários que irão financiar o SUS, o que só ratifica algumas das ideias que serão apresentadas no bojo desse trabalho, no sentido de que os direitos têm custos e, portanto, uma (correta) entrada no círculo perpassa necessariamente pela superação da ideia da escassez de recursos na sua acepção dogmático-conceitual, por exemplo.

#### 2.2.4 O caráter fundamental do direito à saúde

Diante da análise realizada nesse capítulo, resta possível afirmar que o direito à saúde se insere nas ideias de constitucionalização e de fundamentalidade formal. Da mesma forma, pode-se afirmar a fundamentalidade material do direito à saúde, uma vez que a concretização de tal direito é essencial para a sociedade e para a materialização dos próprios objetivos fundamentais traçados na Constituição.

Viu-se, portanto, que o direito à saúde integra o direito constitucional positivo brasileiro (artigos 6º, 196º a 200º e os demais dispositivos que salvaguardam os direitos afins ao direito à saúde) e, de tal modo, se insere nas ideias de fundamentalidade formal e de constitucionalização, conforme analisadas acima. No plano infraconstitucional, destacam-se a Lei nº 8.080/90 e a Lei nº 8.142/90. Por via de consequência, entende-se que as normas consagradoras do direito à saúde submetem-se ao disposto no art. 5º, §1, da CF, ou seja, devem ter aplicabilidade imediata e serem efetivas.

Ademais, cabe advertir que tal direito, assim como os demais direitos sociais, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e, portanto, se volta para a garantia da existência digna de todos os seres humanos. Trata-se de direito que, por

---

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

[...]

<sup>274</sup> FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito à saúde: Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 41.

<sup>275</sup> § 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

<sup>276</sup> A Lei nº 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.



estar relacionado com o direito à vida, possui uma importância substancial para o Estado e para a sociedade.

Nota-se, em síntese, que o direito à saúde pode ser entendido como um direito formal e materialmente fundamental, afinal envolve um direito consagrado por uma Constituição escrita e de grande interesse para o Estado e toda a coletividade. Ocorre, todavia, que o mero reconhecimento formal da fundamentalidade do direito à saúde não resolve boa parte dos problemas vivenciados diariamente pela sociedade. Vive-se, atualmente, sob o manto de uma “constitucionalização simbólica”<sup>277</sup> e, por conseguinte, torna-se imprescindível (re)pensar a Constituição e, especificamente, o direito à saúde, com o intuito de torná-lo efetivo.

Esse é o desafio assumido nesse trabalho. Ou seja, ratificado o caráter fundamental do direito à saúde, busca-se diagnosticar os óbices para a evidente inefetividade do supracitado direito e, a partir disso, apontar possíveis soluções a fim de que o direito à saúde possa se tornar sinônimo de algo concreto e efetivo.

---

<sup>277</sup> Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

### 3 COMO O DIREITO À SAÚDE É CONCRETIZADO NO BRASIL?

A Carta Magna de 1988 inaugurou uma nova era, marcada pelo anseio dos brasileiros ante um novo país e uma nova sociedade, plural e aberta, na qual todos pudessem (con)viver democraticamente, com liberdade e igualdade em dignidade e direitos.<sup>278</sup> Trata-se, por conseguinte, de uma Constituição social, dirigente e voltada para a transformação da realidade com base nas metas estabelecidas, nos valores, deveres e direitos pronunciados.<sup>279</sup>

Assim sendo, é possível afirmar que, pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro, a disciplina dos direitos fundamentais foi tratada com a merecida importância, porquanto tais direitos passaram a gozar do *status* jurídico (que não fora reconhecido ao longo da evolução constitucional).<sup>280</sup>

Ocorre, todavia, que a previsão de um amplo catálogo de direitos fundamentais e a instituição do Estado Democrático de Direito com base na solidariedade social “dirigida e dirigente para a dignidade da pessoa humana”<sup>281</sup> não refletem necessariamente os meios aptos a sanar todos os males que afligem a sociedade.<sup>282</sup>

Logo, com relação aos direitos fundamentais sociais, pode-se constatar que o grande problema que cerca tais direitos não reside na sua declaração e/ou no reconhecimento formal das suas garantias, mas sim na sua efetividade.<sup>283</sup> Vale dizer, “não basta mais, agora, apenas reconhecer legislativamente os direitos humanos, é preciso assegurar a usufruição dos *novos* direitos – sociais, econômicos e culturais – constitucionalizados”.<sup>284</sup>

Nesse ínterim, o art. 5º, §1º<sup>285</sup>, da Constituição Federal previu que todas as normas de direitos fundamentais devem ser aplicadas e ter efetividade. Esse dispositivo consagra a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais. Com isso, cabe aos poderes públicos o dever de outorgar às normas que consagram direitos

<sup>278</sup> CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 484-485.

<sup>279</sup> OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; DE OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 248.

<sup>280</sup> SARLET, 2012, p. 63.

<sup>281</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009a. p. 252.

<sup>282</sup> Nesse mesmo sentido, Saulo José Casali Bahia aponta que “o capítulo dos direitos sociais passou a integrar textos constitucionais, embora isto por si só não dê conta de sua efetividade”. BAHIA, Saulo José Casali. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Coords.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 300.

<sup>283</sup> CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 574.

<sup>284</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 6. p. 107.

<sup>285</sup> Cf. 2.1.4.3 A aplicabilidade imediata – artigo 5º, §1º, da Constituição Federal.

fundamentais efeitos reforçados (a maior eficácia possível) em face das demais normas constitucionais.<sup>286</sup>

Esse é o ponto nodal sob o qual se inicia toda uma análise crítica-reflexiva em torno da (in)efetividade dos direitos fundamentais. Nesse particular, o cenário brasileiro tem refletido uma verdadeira crise de efetividade constitucional, até por que, como ilustra Lenio Luiz Streck<sup>287</sup>:

Não há dúvida de que no Brasil, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito – em que o Direito deve ser visto como um instrumento de transformação social –, ocorre uma desfuncionalidade do Direito e das Instituições encarregadas de aplicar a lei. O direito brasileiro e a dogmática jurídica que o instrumentaliza está assentado em um paradigma (ou modelo de Direito) liberal-individualista que sustenta essa desfuncionalidade [...]. Ou seja, não houve ainda, no plano hermenêutico, a devida filtragem – em face da emergência de um novo modelo de Direito representado pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, diante do quadro de inefetividade e de desfuncionalidade do direito no (con)texto constitucional brasileiro, o Brasil acaba figurando como um país em que “a modernidade é tardia e arcaica”.<sup>288</sup> Isso significa que, em nosso país, as promessas da modernidade ainda carecem de realização.<sup>289</sup> Nesse contexto, evidencia-se “um crescente processo de judicialização do cotidiano”,<sup>290</sup> haja vista que a concretização das políticas públicas tem migrado dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. No âmbito do direito à saúde, tal tema (judicialização da saúde) assume uma posição de destaque em face do alto número de demandas ajuizadas.<sup>291</sup>

Portanto, em face do grande interesse social que reveste o direito à saúde, o presente capítulo visa compreender como o direito à saúde é concretizado no Brasil, ou seja, identificar e analisar alguns dos principais fatores inerentes à (in)efetividade do aludido direito. Abordam-se, aqui, aspectos como a falta de vontade política, prioridades de governo em contradição com as prioridades constitucionais, a estrutura burocrática do Sistema Único de Saúde (SUS) e sua debilidade, a escassez de recursos e o ativismo judicial.

Antes, todavia, faz-se importante avaliar os sentidos e os efeitos da constitucionalização simbólica na Constituição Federal de 1988.

<sup>286</sup> SARLET, 2012, p. 272.

<sup>287</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 16.

<sup>288</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 84.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 84.

<sup>290</sup> *Ibid.*, p. 85.

<sup>291</sup> De acordo com Têmis Liemberger, “o direito social à saúde é o que adquiriu maior debate acadêmico e número de ações na esfera judicial, em prol da efetividade”. LIEMBERGER, 2010, p. 217.

### 3.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA<sup>292</sup>

Em princípio, urge salientar o que se entende por constitucionalização simbólica. Em seguida, avaliam-se os efeitos de tal fenômeno no seio da Constituição Federal de 1988.

A constitucionalização simbólica, expressão originalmente cunhada por Marcelo Neves, se verifica quando há uma contraposição entre o texto constitucional simbolicamente incluyente e a realidade constitucional excludente. Dessa forma, os direitos fundamentais, a separação de poderes e outros institutos previstos na linguagem constitucional, são deturpados na prática do processo concretizador, especialmente no que se refere à generalização, uma vez que se submetem a uma filtragem por fatores de cunho político, econômico etc.<sup>293</sup>

Nesse sentido, o supracitado autor afirma que a constitucionalização simbólica pode ser observada quando:

[...] o problema do funcionamento hipertroficamente político-ideológico da atividade e texto constitucionais afeta os alicerces do sistema jurídico constitucional. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a “separação” de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na práxis dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população.<sup>294</sup>

Assim sendo, a noção de constitucionalização simbólica deve ser diferenciada da ideia de legislação simbólica<sup>295</sup>. Nessa última, o problema fica restrito a relações jurídicas de áreas específicas, não abrangendo o sistema jurídico como um todo. Na primeira, o sistema é atingido em sua totalidade, comprometendo-se todo o seu modelo operacional. É que a Constituição, enquanto elemento imprescindível para a reflexividade do sistema jurídico, figura como processo mais abrangente de normatização em relação a todas as demais normas infraconstitucionais.<sup>296</sup>

Atento a essas nuances, Marcelo Neves alerta para a existência de três variáveis que norteiam o tema, quais sejam: instrumentais, expressivas e simbólicas. As funções

<sup>292</sup> O presente tópico baseia-se na obra de Marcelo Neves sobre o tema. Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>294</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>295</sup> Entende-se por legislação simbólica a “produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve, primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico. [...]. O conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político-valorativa ou ‘político-ideológica’”. NEVES, op. cit., p. 30-31.

<sup>296</sup> *Ibid.*, p. 99.

instrumentais proporcionam uma relação de meio-fim, isto é, uma atitude consciente de alcançar resultados objetivos mediante a prática de determinadas ações. A função expressiva, por sua vez, pressupõe uma confusão entre o agir e a realização do resultado esperado. Em contraposição à atitude expressiva e em uma relação de proximidade com a ação instrumental, a função simbólica não é marcada pela imediaticidade no atendimento das respectivas necessidades e se relaciona com a solução de conflito de interesses. Dito de outro modo, o agir simbólico é conotativo, pois adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta e prevalece em relação ao seu significado imediato e manifesto.<sup>297</sup>

Na prática dos sistemas sociais, essas três variáveis estão sempre presentes. Porém, ao se afirmar que uma determinada ação tem função instrumental, expressiva ou simbólica, isso significa dizer que há um predomínio de uma dessas variáveis, jamais a sua exclusividade.<sup>298</sup>

É essa terceira função, a simbólica, que interessa diretamente ao tópico ora em análise. Afinal, em casos de legislação ou constitucionalização simbólica, aponta-se para o predomínio, ou mesmo hipertrofia, no que tange ao sistema jurídico, da função simbólica em detrimento da função jurídico-instrumental.<sup>299</sup>

Posto isso, cabe ressaltar que o fenômeno da constitucionalização simbólica pode ser caracterizado a partir de dois sentidos: negativo e positivo. Do ponto de vista negativo, pela insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional; do positivo, pela função político-ideológica exercida pela atividade constituinte e pela linguagem da Constituição.

### **3.1.1 Constitucionalização simbólica em sentido negativo**

Em seu sentido negativo, a constitucionalização simbólica reflete o fato de que o texto constitucional não é plenamente “concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”.<sup>300</sup> Refere-se, aqui, a um problema situado no plano da vigência social das normas constitucionais, visto que ocorre “uma ausência generalizada de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição”.<sup>301</sup>

---

<sup>297</sup> NEVES, 2011, p. 22-23.

<sup>298</sup> Ibid., p. 23.

<sup>299</sup> Ibid., p. 23-96.

<sup>300</sup> Ibid., p. 91.

<sup>301</sup> Ibid., p. 92.

Vale dizer, o sentido negativo da constitucionalização simbólica exalta a falta de normatividade do texto constitucional. Em outras palavras, da Constituição não decorre, de modo generalizado, norma constitucional como variável influenciadora e, ao mesmo tempo, influenciada pela realidade a ela conectada.<sup>302</sup>

Tais considerações evidenciam a relação entre texto e realidade constitucional como concretização de normas constitucionais. Nessa perspectiva, a concretização de tais normas não se confunde com o texto constitucional. Isto é, “o texto e a realidade constitucionais encontram-se em permanente relação através da normatividade constitucional obtida no decurso do processo de concretização”.<sup>303</sup> Há, portanto, uma evidente diferença entre texto e norma, de modo que a norma jurídica é produzida em meio à concretização.<sup>304</sup>

Nesse ínterim, pode-se afirmar que o processo de interpretação/aplicação<sup>305</sup> da Constituição assume um papel de suma importância. Destaca-se, na obra ora em epígrafe, a questão dos participantes na hermenêutica constitucional e, com base nas lições de Peter Häberle<sup>306</sup>, propõe-se uma concepção de interpretação pluralística, tendo em vista que “o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional”.<sup>307</sup>

Ocorre que, em meio ao sentido negativo da constitucionalização simbólica, observa-se o bloqueio da concretização dos programas jurídico-constitucionais pela imposição de outros códigos sistêmicos orientadores da ação e vivência sociais. Isso significa dizer que, nas situações de constitucionalismo simbólico, a prática dos órgãos estatais é orientada não

---

<sup>302</sup> NEVES, 2011, p. 92.

<sup>303</sup> Ibid., p. 84.

<sup>304</sup> Ibid., p. 85.

<sup>305</sup> A Constituição, ao consagrar um sistema aberto de regras e princípios, deve manter-se viva e compatível com o desenvolvimento da realidade que pretende normar. Assim, entende-se que “através de uma interpretação e de uma construção aberta e permanentemente crítica do ordenamento jurídico posto, para adaptá-lo à realidade social sempre mutante, é que se poderá permitir maior ajuste social da norma, permeando a possibilidade de que as normas saiam do papel, para se concretizarem no seio da sociedade permitindo-se, assim, um maior acesso à justiça (tomada essa em sentido lato de acesso à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, a um meio ambiente saudável, etc.)”. BEZERRA, Paulo César Santos; BEZERRA, Raquel Tiago. *Legislação simbólica: sobre os riscos de manipulação ideológica do Direito*. In: LEMOS, Geraldo Lavigne de. (Org.). *Legislação Simbólica: uma realidade constatada*. Salvador: Dois de Julho, 2012. p. 36.

<sup>306</sup> Peter Häberle, em livro sobre a hermenêutica constitucional, propõe a seguinte tese: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 13.

<sup>307</sup> NEVES, op. cit., p. 86.

apenas no sentido de desviar as finalidades constitucionais, mas também no sentido de violar a Constituição contínua e casuisticamente.<sup>308</sup>

Dessa forma, conclui-se que a constitucionalização simbólica contrapõe o texto constitucional includente a uma realidade constitucional excludente do público, não originando, por via de consequência, a normatividade constitucional esperada. Ou, no mínimo, fala-se em “uma normatividade constitucional restrita, não generalizada nas dimensões temporal, social e material”.<sup>309</sup>

### 3.1.2 Constitucionalização simbólica em sentido positivo

Inobstante do ponto de vista jurídico a constitucionalização simbólica seja marcada (em sentido negativo) pela ausência de concretização normativa do texto constitucional, ela também possui um sentido positivo, visto que a atividade constituinte e a linguagem constitucional exercem um significativo papel político-ideológico.<sup>310</sup>

O sentido positivo da constitucionalização simbólica encontra-se relacionado à sua característica negativa. É que a sua definição abarca esses dois momentos: “de um lado, sua função não é regular condutas e orientar expectativas conforme as determinações jurídicas das respectivas disposições constitucionais; mas, de outro lado, ela responde a exigências e objetivos políticos concretos”.<sup>311</sup> Visto sob esse ângulo, pode-se concluir que a constitucionalização simbólica desempenha uma ação ideológica.<sup>312</sup>

O grande problema ideológico reside no fato de que se difunde um modelo cuja realização só seria possível em condições sociais diversas. Assim, “perde-se transparência em relação ao fato de que a situação social correspondente ao modelo constitucional simbólico só poderia tornar-se realidade mediante uma profunda transformação da sociedade”.<sup>313</sup> Ou, ainda, o projeto constitucional atua como ideal a ser realizado, desenvolvendo-se, por conseguinte, a retórica da boa intenção do legislador constituinte e dos governantes em uma acepção mais geral.<sup>314</sup>

Sob tal constitucionalismo de aparências, explicita-se uma representação ilusória em relação à realidade constitucional, haja vista que não apenas podem permanecer

---

<sup>308</sup> NEVES, 2011, p. 93-94.

<sup>309</sup> Ibid., p. 94.

<sup>310</sup> Ibid., p. 95.

<sup>311</sup> Ibid., p. 96.

<sup>312</sup> Ibid., p. 97.

<sup>313</sup> Ibid., p. 98.

<sup>314</sup> NEVES, loc. cit.

estagnados os problemas que seriam normatizados à luz das disposições constitucionais, mas também ser obstado o caminho das mudanças sociais<sup>315</sup> em direção ao pretendido Estado Democrático de Direito<sup>316</sup>.

Deste modo, ao discurso do poder cabe a constante invocação do pacto constitucional como elemento normativo garantidor dos direitos fundamentais, da divisão de poderes e da eleição democrática, e o recurso retórico a tais aspectos servem como verdadeiros trunfos do Estado ou do governo e marcas da existência da democracia no cenário nacional.<sup>317</sup> Diante disso, nota-se um desvirtuamento da linguagem em sede constitucional, “que, se, por um lado, diminui a tensão social e obstrui os caminhos para a transformação da sociedade, imunizando o sistema contra outras alternativas, pode, por outro lado, conduzir, nos casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais”.<sup>318</sup>

Por fim, cabe destacar que não se confunde o simbólico com o ideológico. No caso da constitucionalização simbólica, especialmente enquanto constitucionalização-álibi<sup>319</sup>, o que ocorre é um encontro entre simbólico e ideológico, na medida em que se imuniza o sistema político contra outras alternativas e transfere-se a solução dos problemas imediatos para um futuro incerto e distante.<sup>320</sup>

### 3.1.3 Constitucionalização simbólica na Constituição Federal de 1988

Com o exaurimento do período de constitucionalismo instrumental autoritário originado em 1964, a constitucionalização simbólica de cunho social-democrático é evidenciada e fortificada com o advento da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, a identificação simbólica com os valores oriundos do constitucionalismo democrático passou a ter relevância política, de tal modo que a crença pré-constituente na restauração da

---

<sup>315</sup> NEVES, 2011, p. 98.

<sup>316</sup> Cf. 2.1.2 Direitos fundamentais, Estado e sociedade: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.

<sup>317</sup> NEVES, op. cit., p. 98-99.

<sup>318</sup> Ibid., p. 99.

<sup>319</sup> Marcelo Neves classifica a constitucionalização simbólica em três tipos básicos de manifestação: a) constitucionalização simbólica destinada à corroboração de determinados valores sociais; b) a Constituição como fórmula de compromisso dilatatório; c) a constitucionalização-álibi. A constitucionalização simbólica como álibi em favor dos agentes políticos dominantes e em detrimento da concretização constitucional envolve o “adiamento retórico da realização do modelo constitucional para um futuro remoto, como se esta fosse possível sem transformações radicais nas relações de poder e na estrutura social”. Ibid., p. 101-105. O mesmo fenômeno pode ser observado no plano da produção legislativa (legislação-álibi), em que o legislador muitas vezes elabora diplomas normativos a fim de satisfazer as expectativas dos cidadãos, mesmo que não haja o mínimo de condições para a concretização de tais normas. Ibid., p. 36.

<sup>320</sup> Ibid., p. 101.



legitimidade perpassava justamente por um nível de “idealismo constitucional”.<sup>321</sup> Vale dizer, “o contexto social da Constituição a ser promulgada já apontava para limites intransponíveis à sua concretização generalizada”.<sup>322</sup>

A função jurídica da Constituição abrange a institucionalização dos direitos fundamentais e do Estado de bem-estar. Nesse sentido, observa-se que as declarações de direitos (individuais, sociais e coletivos) são suficientemente abrangentes. O problema aparece no plano da concretização constitucional, uma vez que a prática política e a dimensão social contribuem para uma concretização restrita e excludente das disposições constitucionais.<sup>323</sup>

A questão não se limita à ação da população e dos agentes do Estado, mas também à vivência dos institutos constitucionais basilares. Falta, portanto, uma identificação de sentido das diretrizes constitucionais, ou seja, dos valores normativos estabelecidos pela Constituição. Dessa maneira, “não se constrói nem se amplia a cidadania (art. 1.º, inciso II) nos termos do princípio constitucional da igualdade (art. 5.º, *caput*), antes se desenvolvem relações concretas de ‘subcidadania’ e ‘sobrecidadania’ em face do texto constitucional”.<sup>324</sup>

No caso brasileiro, a falta de concretização normativo-jurídica da linguagem constitucional se encontra associada à sua função simbólica. As práticas retóricas do Estado e do governo se identificam com o modelo democrático ocidental e, em face da conjuntura social, o modelo constitucional é usualmente utilizado pelos governantes como álibi: transfere-se a culpa para a sociedade atrasada, desonerando-se de responsabilidade o Estado ou o governo. Nesses casos, como visto anteriormente, a realização da Constituição é postergada para um futuro remoto.<sup>325</sup>

Há, ainda, de se advertir que as propostas constantes de reformas constitucionais abrangentes também exercem uma função simbólica. No plano do reformismo constitucional,<sup>326</sup> a responsabilidade pelos graves problemas sociais e políticos do país passa a ser atribuída à Constituição, como se tais problemas pudessem ser resolvidos mediante a elaboração de emendas ou revisões constitucionais. Dessa forma, não apenas se desconhece que leis constitucionais não podem solucionar de forma imediata os problemas da sociedade,

---

<sup>321</sup> NEVES, 2011, p. 183.

<sup>322</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>323</sup> *Ibid.*, p. 183-184.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>325</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>326</sup> Segundo Marcelo Neves, “no âmbito da retórica do reformismo constitucional, os programas de governo ficam reduzidos a programas de reforma da Constituição; estes são freqüentemente executados (quer dizer, as emendas constitucionais são aprovadas e promulgadas), contudo as respectivas estruturas sociais e relações de poder permanecem intocáveis”. *Ibid.*, p. 187.

bem como se oculta o fato de que os principais problemas jurídicos e políticos “residem antes na falta das condições sociais para a realização de uma Constituição inerente à democracia e ao Estado de Direito do que nos próprios dispositivos constitucionais”.<sup>327</sup>

Nota-se, destarte, que a constitucionalização simbólica na Constituição Federal de 1988 é marcada pela deficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional já existente. Na medida em que se ampliam a falta de concretização normativa e, ao mesmo tempo, o discurso do poder, intensifica-se o nível de desconfiança em torno das autoridades públicas e do Estado.<sup>328</sup>

Tal situação pode conduzir a um quadro de estagnação política, mas é preciso atentar para o fato de que o contexto da constitucionalização simbólica também pode contribuir para o surgimento de movimentos e organizações sociais engajados criticamente na realização dos valores consagrados nas disposições constitucionais.<sup>329</sup> É nesse sentido que, segundo Marcelo Neves, seria possível “a construção de uma esfera pluralística que, apesar de sua limitação, seja capaz de articular-se com sucesso em torno dos procedimentos democráticos previstos no texto constitucional”.<sup>330</sup>

No âmbito do direito constitucional à saúde, a constitucionalização simbólica pode ser observada nos dois sentidos (negativo e positivo) analisados acima. O aspecto negativo fica evidente a partir do paradoxo existente entre a linguagem constitucional simbolicamente incluyente (art. 196, da CF/88<sup>331</sup>, por exemplo) e a realidade constitucional excluyente<sup>332</sup>, o que remete ao fato de que o texto constitucional não é plenamente “concretizado normativo-juridicamente de forma generalizada”.<sup>333</sup> De outro lado, o aspecto positivo se dá na medida em que a consagração formal do direito à saúde também atende às exigências e objetivos políticos traçados pela Lei Fundamental de 1988. Há uma função político-ideológica em que o referido direito situa-se enquanto ideal a ser realizado, sujeitando-se, por via de consequência, à retórica e à prática do legislador e dos governantes em geral.<sup>334</sup>

---

<sup>327</sup> NEVES, 2011, p. 187.

<sup>328</sup> Ibid., p. 187-188.

<sup>329</sup> Ibid., p. 188.

<sup>330</sup> Ibid., p. 189.

<sup>331</sup> Cf. 2.2.3.1 A saúde na Constituição Federal de 1988.

<sup>332</sup> Tal realidade é vivenciada por uma parcela considerável dos usuários SUS e é exposta quase que diariamente pelos principais veículos de comunicação a partir de notícias e denúncias que relatam a situação sanitária no Brasil. São casos que descrevem desde falecimentos em condições precárias por demora ou falta de atendimento médico à ausência de infraestrutura adequada para a realização satisfatória dos procedimentos médicos necessários.

<sup>333</sup> NEVES, op. cit., p. 91.

<sup>334</sup> NEVES, 2011, p. 96-98.

Vive-se, por conseguinte, sob o manto de uma constitucionalização simbólica e, dessa forma, torna-se imperioso identificar e analisar alguns dos principais fatores inerentes à (não) concretização do direito à saúde.

### 3.2 DA COMPLEXIDADE DO TEMA: OS APORTES NECESSÁRIOS PARA O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA ACERCA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Uma questão, que sempre ocupou as discussões jurídicas, diz respeito à relação entre o direito e a realidade social.<sup>335</sup> É que os fatos jurídicos são fatos sociais<sup>336</sup> e, destarte, “os ordenamentos jurídicos são fenômenos da realidade social”.<sup>337</sup> Nesse ínterim, por exemplo, Miguel Reale<sup>338</sup> sustenta a sua tese de que o Direito é composto por três dimensões (fato, valor e norma) e Carlos Cossio defende que “o direito é conduta”,<sup>339</sup> ou seja, o direito deve ser compreendido a partir dos sentidos atribuídos intersubjetivamente às condutas humanas.

O direito é um fenômeno social e, assim sendo, há de ser observado em dois sentidos: o normativo, relacionado ao que deve ser, e o sociológico, ligado ao que de fato ocorre.<sup>340</sup> Dessa forma, “os textos normativos, mormente os inseridos na Constituição, e a realidade social, devem caminhar o mais associados possível, para que haja uma verdadeira concretização das normas neles contidos”.<sup>341</sup>

Como vem sendo demonstrado ao longo do presente trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu formalmente o direito à saúde e, além disso, assegurou uma

---

<sup>335</sup> BEZERRA; BEZERRA, 2012, p. 18.

<sup>336</sup> CUVILLIER, Armand. Os fatos jurídicos são fatos sociais: seus caracteres próprios. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 43.

<sup>337</sup> PERASSI, Tomaso. As ciências do Direito. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 11.

<sup>338</sup> REALE, Miguel. Dos planos e âmbitos do conhecimento do direito. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 26.

<sup>339</sup> COSSIO, Carlos. Ciência do Direito e Sociologia Jurídica. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 38.

<sup>340</sup> De acordo com Carlos Cossio, “o sociólogo liga a palavra ‘homicídio’ ou ‘delito’, por exemplo, ao índice do salário familiar, aos antecedentes alcoólicos do protagonista, ao emprego de arma branca ou de veneno, à idade dos afetados, etc., enquanto que o jurista as liga às noções qualitativas de tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, etc. A diferença não pode ser mais clara e importante: veneno, arma branca, salário familiar, etc., são fenômenos tão concretos e reais como os próprios delitos; ao contrário, tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade, imputabilidade, etc., não são fenômenos, mas qualidades de um fenômeno. Uma coisa é conhecer um fenômeno por sua remissão a outro fenômeno com o qual se relaciona, e outra coisa é conhecê-lo pela qualidade intrínseca que no fenômeno descobrimos”. COSSIO, 1966, p. 33.

<sup>341</sup> BEZERRA; BEZERRA, 2012, p. 21.

série de garantias que viabilizam a existência (ao menos, no plano do dever ser) de um sistema organizacional de saúde ativo.

Logo, em face das inúmeras garantias relacionadas ao direito à saúde, poder-se-ia afirmar que, em tese, a sua proteção restaria perfeita. Nesse particular, a questão é investigar se, no mundo dos fatos, a saúde vem sendo efetivamente aplicada.<sup>342</sup> Em outras palavras, insta responder ao seguinte questionamento: como o direito à saúde é concretizado no Brasil?

Esse é um tema extremamente complexo e, portanto, demanda alguns aportes necessários para o enfrentamento do problema acerca da efetivação do direito à saúde em terras brasileiras.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil (re)insere-se no contexto do constitucionalismo social e, desse modo, passa a tratar a questão social como um “caso de políticas públicas (sociais), com o objetivo de enfrentamento dos dilemas da escassez, da falta, do desequilíbrio, traçando um novo e distinto perfil para o Estado.”<sup>343</sup> Trata-se, como se sabe, do Estado Social, que, somado à fórmula do Estado Democrático de Direito, projeta um quadro em que todas as funções do Estado devem se voltar para a realização, nunca concluída, do projeto de sociedade que se encontra inserido no seio do texto constitucional.<sup>344</sup>

Assim, o foco do supracitado projeto passa a figurar na ação estatal, seja por meio de normas integradoras do texto constitucional, seja por via das políticas públicas, ou, ainda, por meio da atuação jurisdicional.<sup>345</sup> É justamente nesse sentido que o artigo 196 da Constituição Federal prevê o direito à saúde enquanto um direito de todos e dever do Estado.

Ocorre que, como bem alerta Germano Schwartz, “há um flagrante desrespeito e uma facciosa não aplicação do art. 196 da CF/88”.<sup>346</sup> Segundo o aludido autor, “a saúde depende de ação positiva estatal, de um Estado Intervencionista em sua mínima complexidade – garantidor da vida –, esbarrando em sistemas sociais jurídicos, burocráticos, econômicos, políticos, entre outros, para sua efetivação”.<sup>347</sup>

Como é possível observar, a efetividade do direito à saúde depende de uma ampla intervenção estatal. No entanto, as ações estatais têm encontrado óbices das mais diversas naturezas, especialmente no atual contexto de globalização. Nesse sentido, segundo José Luis

---

<sup>342</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 147.

<sup>343</sup> MORAIS, 2010, p. 107.

<sup>344</sup> Ibid., p. 110.

<sup>345</sup> Ibid., p. 109-110.

<sup>346</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 147.

<sup>347</sup> Ibid., p. 147-148.

Bolzan de Moraes, em meio a uma economia globalizada e em tempos de neoliberalismo<sup>348</sup>, o Estado de Bem-Estar Social se vê “constrangido e deslegitimado diante das disputas que se estabelecem entre a busca de efetividade da Constituição e as pautas estabelecidas pela perseguição da eficácia econômica”.<sup>349</sup>

Feitas essas breves considerações, convém, nessa etapa, comprovar o afirmado linhas acima, isto é, “a não efetividade do direito à saúde em terras brasileiras”.<sup>350</sup> Para tanto, faz-se importante a análise de alguns indicadores socioeconômicos a fim de observar se os recursos destinados à saúde são (in)suficientes para atender à demanda da população.

Inicialmente, cabe esclarecer que, de acordo com a lista de países por PIB nominal divulgada pelo Banco Mundial<sup>351</sup> referente ao ano de 2012, o Brasil possui uma das maiores economias do Mundo. Vale dizer, o Brasil figura entre as dez maiores economias do Mundo, ficando atrás de grandes potências mundiais como os Estados Unidos, China e Alemanha, por exemplo.

Em contrapartida, os gastos públicos na área da saúde não demonstram a mesma pujança econômica evidenciada pela lista acima referida. É o que restará esclarecido nas linhas abaixo.

Segundo o *Relatório saúde nas Américas* (2007), promovido pela Organização Pan-Americana de Saúde, o financiamento do sistema de saúde brasileiro conta com três fontes principais: “a administração pública (por meio de impostos e contribuições sociais arrecadadas pelas três esferas de Governo), as empresas e as famílias”.<sup>352</sup> Assim, o gasto público em saúde é financiado por meio dos recursos públicos oriundos das três instâncias de governo e consiste no meio responsável pelo financiamento do SUS. Por outro lado, o gasto privado em saúde “é realizado por meio das famílias e das empresas, estas últimas mediante o fornecimento ou a contratação de seguros, ou mediante planos de saúde para seus empregados e dependentes, de forma voluntária”.<sup>353</sup>

---

<sup>348</sup> De acordo com Jose Luis Bolzan de Moraes, “nesta nova onda do capitalismo, confrontada nestes dias com o clima de recessão que se espalhou após o estouro da crise financeira de 2008, no que diz com os direitos sociais – a saúde aí incluída – o que se têm são as propostas inseridas no âmbito do que se convencionou reconhecer como neoliberalismo e que, para o enfrentamento da crise estrutural do EBE, antes referida, sugere uma reforma do Estado que vem marcada pela desregulação, flexibilização e privatização”. MORAIS, 2010, p. 112.

<sup>349</sup> Ibid., p. 117.

<sup>350</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 148.

<sup>351</sup> BANCO MUNDIAL. *GDP (current US\$)*. Disponível em: <[http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD/countries?order=wbapi\\_data\\_value\\_2010%20wbapi\\_data\\_value%20wbapi\\_data\\_value-last&sort=desc&display=default](http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD/countries?order=wbapi_data_value_2010%20wbapi_data_value%20wbapi_data_value-last&sort=desc&display=default)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

<sup>352</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Saúde nas Américas 2007*. Capítulo Brasil. p. 23. Disponível em: <<http://www.paho.org/hia/archivosvol2/paisespor/Brazil%20Portuguese.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>353</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2007, p. 23.

Posto isso, de acordo com os *Indicadores e Dados Básicos (IDB)*<sup>354</sup> fornecidos pela Rede Intergeracional de Informações para a Saúde (RIPSA), criada por iniciativa conjunta do Ministério da Saúde e da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), pode-se concluir que, entre os anos de 2000 a 2009, o gasto público em saúde tem oscilado entre 3,1% a 3,6% do PIB. Por outro lado, o gasto privado em saúde das famílias brasileiras tem alternado entre 4,7% a 5,1% no mesmo período.<sup>355</sup>

Anualmente, a Organização Mundial da Saúde (OMS) divulga um documento contendo as estatísticas sanitárias mundiais. Em tais documentos, a OMS destina um tópico específico para os gastos em saúde, de tal modo que alguns dados também são esclarecedores.

Em 2008, por exemplo, o governo brasileiro gastou cerca de US\$317 *per capita*<sup>356</sup> na saúde, o que lhe rendeu a 72ª posição no ranking da OMS de investimento em saúde, quando a lista se baseia na despesa estatal por habitante.<sup>357</sup> Com efeito, o desempenho brasileiro fica aquém da média internacional (US\$ 517) e está distante de países como Noruega e Mônaco, cujas despesas anuais (cerca de US\$6,2 mil por habitante) refletem um número muito superior às despesas brasileiras.

De acordo as estatísticas sanitárias mundiais divulgadas em 2013 pela OMS<sup>358</sup>, em um comparativo entre os anos 2000 e 2010, o Brasil gastou US\$107 *per capita* em 2000 e, em 2010, esse número evoluiu para US\$466. Ocorre, todavia, que o resultado ainda coloca o país em uma posição inferior à média global, que também variou entre US\$278 em 2000 e US\$571 em 2010.

No que se refere ao comparativo com outros países que adotam um sistema universal de saúde, nota-se que o Brasil é um dos países que possuem a menor participação estatal no custeio dos gastos totais em saúde.<sup>359</sup> Os recursos públicos destinados ao financiamento sanitário contemplam cerca de 44% dos gastos totais, sendo que tal percentual encontra-se bem distante dos percentuais investidos em outros países, tais como Austrália

---

<sup>354</sup> REDE INTERGERACIONAL DE INFORMAÇÕES PARA A SAÚDE. *Indicadores e Dados Básicos – Brasil – 2012*. Gasto com consumo de bens e serviços de saúde como percentual do Produto Interno Bruto (PIB). Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/e04.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

<sup>355</sup> Cf. Anexo A.

<sup>356</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Estadísticas sanitarias mundiales 2011*. Gasto en salud. p. 128-129. Disponível em: <[http://www.who.int/whosis/whostat/ES\\_WHS2011\\_Full.pdf](http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

<sup>357</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Áreas temáticas*. Saúde, p. 2. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%20C3%A1ticas%20-%20Sa%C3%BAde.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%20C3%A1ticas%20-%20Sa%C3%BAde.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

<sup>358</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Estadísticas sanitarias mundiales 2013*. Gasto en salud. p. 132-133. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

<sup>359</sup> Cf. Anexo B.

(68%), Canadá (71%), Espanha (74%), Alemanha (77%), França (78%), Suécia (81%) e Reino Unido (84%).<sup>360</sup>

Esses dados, desde já, conduzem a duas conclusões: 1) o Brasil investe pouco em saúde com relação ao seu poderio econômico; 2) por via de consequência, os gastos privados em saúde acabam superando os gastos públicos. Diante dessa conjuntura, pode-se concluir que “por motivos vários, os recursos destinados à saúde são insuficientes para atender à demanda da população”.<sup>361</sup>

Outro agravante para esse quadro narrado é o fato de que a grande maioria da população brasileira (cerca de 75%) ainda depende do Sistema Único de Saúde (SUS). O percentual remanescente da população resta atendido pelo sistema privado (de planos e seguros) de saúde. É o que se vê do *Relatório Saúde nas Américas* (2007):

O sistema privado de planos e seguros de saúde oferece cobertura a 24,5% da população, 44% dela como titulares de planos de saúde e 56% como dependentes. A maioria de sua clientela reside nas cidades das regiões Sudeste e Sul. A expansão deste subsistema foi muito acentuada durante a década de 1990, especialmente nos cinco anos finais.

Ao setor público de saúde, de acesso universal, compete a cobertura exclusiva com serviços assistências de 75% da população, além da oferta universal dos serviços coletivos (vigilância epidemiológica e sanitária, controle de doenças transmissíveis, etc.).<sup>362</sup>

Ademais, o número de leitos hospitalares por habitante tem sofrido uma diminuição significativa nos últimos anos.<sup>363</sup> No ano de 1990, por exemplo, o Brasil contava com 3,71 leitos para cada mil habitantes. Em 1999, esse número já havia sido reduzido para 2,96 leitos e, em 2009, o Brasil alcançou o número de 2,26 leitos para cada mil habitantes.<sup>364</sup> Isso só contribui para restringir o acesso à saúde para a maioria da população, bem como provoca “as filas de atendimento, pacientes internados em corredores, etc., fatos que se agravam de acordo com o tamanho da cidade”.<sup>365</sup>

No que tange ao número de profissionais de saúde por habitante, observa-se uma evidente desproporção regional. Nesse ínterim, entre 1990 e 2010, as regiões Norte e

<sup>360</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Áreas temáticas*. Saúde. p. 2. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%20-%20Sa%C3%BAde.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%20-%20Sa%C3%BAde.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

<sup>361</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 148.

<sup>362</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, 2007, p. 19.

<sup>363</sup> Cf. Anexo C.

<sup>364</sup> REDE INTERGERACIONAL DE INFORMAÇÕES PARA A SAÚDE. *Indicadores e Dados Básicos – Brasil – 2012*. Número de leitos hospitalares por habitante - AMS/IBGE. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/e02.def>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>365</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 150.

Nordeste evidenciaram um número de médicos inferior às demais áreas do país, especialmente as regiões Sul e Sudeste.<sup>366</sup> Em 2010, por exemplo, o Norte e o Nordeste contaram, respectivamente, com 0,90 e 1,09 médicos para cada mil habitantes. Por outro lado, o Sul contou com 2,06 e o Sudeste com 2,51 médicos para a mesma proporção populacional.<sup>367</sup>

Além da desproporção regional no número de profissionais de saúde, o Brasil possui uma média de 1,8 médicos por mil habitantes, o que revela um índice menor do que em outros países, tais como a Argentina (3,2), Itália (3,5), Alemanha (3,6), Uruguai (3,7), Portugal (3,9) e Espanha (4,0).<sup>368</sup> Em 2013, o governo brasileiro lançou o programa Mais Médicos<sup>369</sup> com o intuito de suprir a carência de tais profissionais nas periferias das grandes cidades e nos municípios do interior do país. Segundo a Organização Pan-Americana de Saúde<sup>370</sup>, essa é uma medida que guarda coerência com as resoluções e recomendações emitidas pela própria organização no que se refere à cobertura universal e ao fortalecimento da atenção básica da saúde. Ocorre, contudo, que tal programa tem sido alvo de questionamentos judiciais por algumas entidades médicas (Associação Médica Brasileira e Conselho Federal de Medicina) e de debates no âmbito do Supremo Tribunal Federal.<sup>371</sup>

Somem-se aos fatores analisados a contaminação do meio ambiente<sup>372</sup>, que afeta, direta e indiretamente, diversas regiões do país; as incorreções do sistema educacional, que

<sup>366</sup> Anexo D.

<sup>367</sup> REDE INTERGERACIONAL DE INFORMAÇÕES PARA A SAÚDE. *Indicadores e Dados Básicos – Brasil – 2012*. Número de leitos hospitalares por habitante - AMS/IBGE. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?ldb2012/e02.def>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>368</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. *Mais Médicos*. Diagnóstico da Saúde no Brasil. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos/mais-sobre-mais-medicos/5952-diagnostico-da-saude-no-brasil>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>369</sup> Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. *Mais Médicos*. Como funciona o programa. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos/mais-sobre-mais-medicos/5953-como-funciona-o-programa>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>370</sup> ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *A OPAS vê com entusiasmo o Programa “Mais Médicos”*. Disponível em: <[http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3255:a-opas-ve-entusiasmo-programa-mais-medicos-&Itemid=827](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3255:a-opas-ve-entusiasmo-programa-mais-medicos-&Itemid=827)>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>371</sup> Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Concluída audiência pública sobre Programa Mais Médicos - Atualizada*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254389>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>372</sup> De acordo com o *relatório Saúde nas Américas 2012*, “em 2008, a população que tinha acesso a água potável era 92,8% nas zonas urbanas e 31,5% na população rural; somente 24,2% desta última tinham acesso a esgoto ou fossas sépticas. As águas residuais que recebiam tratamento chegavam a 32%. Dentre os domicílios urbanos 90% dispunham de serviços de coleta de resíduos, porém isso acontecia em apenas 30% dos domicílios das zonas rurais. Em 51% dos municípios, os resíduos sólidos eram lançados em aterros irregulares. A Amazônia Legal experimentou mudanças significativas nos padrões de uso do solo devido ao processo de ocupação humana, estimando-se que perdeu 17% de matas nativas, em decorrência de desmatamento, queimadas e expansão da pecuária. Em 2002, mais de um quinto dos municípios (22%) informaram elevados índices de poluição do ar, cujas causas foram queimadas, atividades industriais e vias com intensa circulação de automóveis. Entre 2003 e 2007, as doenças respiratórias foram a segunda causa de internação e a quinta causa de morte”.



não permite a realização de uma prevenção sanitária adequada; a desigualdade socioeconômica entre as regiões e classes sociais brasileiras, situação essa que malfez a pretendida justiça social; a ausência de controle total das doenças e epidemias para as quais já existem vacinas e/ou outras formas de tratamento; a existência de doenças oriundas da incorreta nutrição, especialmente nos estados do Nordeste.<sup>373</sup>

Portanto, não é de se surpreender que o Brasil figure nas últimas colocações nos rankings sanitários. Além da 72ª posição no ranking da OMS de investimento em saúde, o Brasil já ocupou o posto de 125º lugar (em um total de 191 países) na classificação dos sistemas de saúde promovida pela OMS<sup>374</sup> em 2000<sup>375</sup> e, em 2013, o país figurou na última posição (48º em relação aos 48 países considerados) no levantamento realizado pela consultoria norte-americana Bloomberg<sup>376</sup> sobre a eficiência dos sistemas de saúde.

Com efeito, sem adentrar no mérito da metodologia utilizada pelas referidas classificações, há de se ressaltar que a conjunção de todo o exposto no presente tópico evidencia um breve dimensionamento da complexidade que envolve o tema e aponta para a existência de um problema que merece ser refletido, qual seja: a inefetividade do direito à saúde no Brasil.

Assim, com base nos dados analisados, pode-se afirmar que, inobstante a previsão constitucional e o amplo arcabouço de garantias, o direito à saúde não se encontra plenamente efetivado. Em verdade, não se pode ignorar que ainda há um longo caminho a percorrer em busca da realização do supracitado direito.

---

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Saúde nas Américas 2012*. Capítulo Brasil. p. 79. Disponível em: <<http://apsredes.org/site2012/wp-content/uploads/2012/09/Sa%C3%BAde-nas-Am%C3%A9ricas3.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>373</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 151-153.

<sup>374</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *The World Health Report*. Health Systems: Improving Performance. p. 152. Disponível em: <[http://www.who.int/whr/2000/en/whr00\\_en.pdf](http://www.who.int/whr/2000/en/whr00_en.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2014.

<sup>375</sup> Cabe ressaltar que a avaliação de desempenho promovida pela OMS em 2000 sofreu algumas críticas no que tange ao modelo teórico e aos aspectos metodológicos adotados. Para maiores detalhes, Cf. VIACAVA, Francisco; ALMEIDA, Célia; CAETANO, Rosângela; FAUSTO, Márcia; MACINKO, James; MARTINS, Mônica; NORONHA, José Carvalho de; NOVAES, Heligonda Maria Dutilh; OLIVEIRA, Eliane dos Santos; PORTO, Silvia Marta; SILVA, Ligia M Vieira da; SZWARCOWALD, Célia Landmann. Uma metodologia de avaliação do desempenho do sistema de saúde brasileiro. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 711-724, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n3/a16v09n3.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

<sup>376</sup> Tal classificação adotou três critérios: expectativa de vida, o custo de saúde em percentagem do PIB *per capita* e o custo *per capita* absoluto dos cuidados de saúde, que abrange serviços preventivos e curativos de saúde, planejamento familiar, atividades de nutrição e ajuda de emergência. Foram incluídos os países com populações superiores a cinco milhões de habitantes, com o PIB *per capita* de pelo menos US\$5.000 e expectativa de vida superior a 70 anos de vida. Cf. BLOOMBERG. *Most Efficient Health Care: Countries*. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/visual-data/best-and-worst/most-efficient-health-care-countries>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

Com efeito, esse caminho perpassa pela discussão de alguns aportes necessários para o enfrentamento do problema relacionado ao direito à saúde, isto é, de alguns fatores que representam limites à efetivação de tal direito no Brasil.

Antes, contudo, faz-se imprescindível alertar que, ao se tratar das causas da dissociação entre o direito à saúde e a realidade social, “não se pode falar em causa única”.<sup>377</sup> Vale dizer, “as causas são múltiplas e não se pode, a rigor, dizer sequer quais são as principais. Quando muito, podem-se apontar algumas causas que se avultam sem, contudo, desconsiderar as demais”.<sup>378</sup> Há de se ter uma visão interdisciplinar e atenta à complexidade que envolve o tema-problema da efetivação da saúde.

Nesse sentido, segundo Miguel Calmon Dantas, alguns fatores que levam a crises motivadas de inefetividade dos direitos fundamentais são: “a) falta de vontade política; b) prioridades de governo desconformes com as prioridades constitucionais; c) ineficiência da atuação administrativa; d) impossibilidade resultante da escassez de recursos e da impossibilidade de estender a arrecadação”.<sup>379</sup>

Tais fatores não abarcam toda a complexidade da malha social e, tendo em vista os desígnios do presente trabalho, a análise também se volta para o exame do ativismo judicial em meio a uma crise (paradigmática) do Poder Judiciário.

A saúde, enquanto direito fundamental, encaixa-se nesse panorama. Desse modo, passa-se a avaliar brevemente cada um dos aportes necessários a uma melhor compreensão do problema que cerca a efetivação do direito à saúde, para, no próximo capítulo, analisar como o direito à saúde pode vir a ser concretizado.

### **3.2.1 A falta de vontade política**

O artigo 196 da Magna Carta atribui ao Estado o dever de garantir a saúde para todos por intermédio de políticas sociais e econômicas. Assim, resta claro o alto grau de importância conferido às políticas econômicas e políticas sociais enquanto verdadeiras condições de possibilidade para que o direito à saúde seja aferível no plano real.

Na esteira do pensamento de Jairnilson Silva Paim<sup>380</sup>, as políticas econômicas e sociais são instrumentos imprescindíveis para a salvaguarda do direito à saúde. Segundo o

---

<sup>377</sup> BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do Direito no Brasil: A dissociação entre direito e realidade social e o direito de Acesso à Justiça*. 2. ed. Ilhéus: Editus: 2008. p. 160.

<sup>378</sup> BEZERRA, loc. cit.

<sup>379</sup> DANTAS, 2009b, p. 177.

<sup>380</sup> PAIM, 2009, p. 44.

aludido autor, “questões como a produção e a distribuição da riqueza e da renda, emprego, salário, acesso à terra para plantar e morar, ambiente, entre outras, influem sobre a saúde dos indivíduos e das comunidades, embora integrem as *políticas econômicas*”.<sup>381</sup> Em uma relação de complementaridade, as *políticas sociais* são implementadas por meio da educação, lazer, segurança pública, cultura e outros aspectos que possuem o condão de minorar os riscos de doenças e agravos.

Dessa maneira, um dos principais fatores que cercam a problemática de inefetividade do direito à saúde consiste no seu aspecto político, ou seja, no grau de vontade demonstrado pelo Poder Público (em meio às suas funções) para implantar políticas públicas compatíveis com os problemas sanitários. Com efeito, as políticas públicas de saúde representam o primeiro instrumento apto a realizar o disposto no art. 196 da Constituição Federal.<sup>382</sup>

Assim sendo, entende-se que a compreensão da dinâmica que permeia o sistema social de saúde<sup>383</sup> perpassa inicialmente pela observância do aspecto político. Vale dizer, a vontade política atua como meio de pressão nas entradas do sistema sanitário, bem como no processamento das demandas.<sup>384</sup>

Hernán Durán Morales<sup>385</sup>, ao tratar do tema, assevera que:

El sistema de salud sería incomprensible en su dinámica si no se entendiera que hay un contexto político que afecta sus componentes. El poder político real, con sus valores, ideologías e intereses va condicionando en la sociedad una actitud respecto a la salud de la población, sus riesgos y sus consecuencias. Esta valoración define la trascendencia social de la salud y proporciona a los agentes políticos (líderes, partidos, sindicatos, profesionales, y otros.) los argumentos que los llevan a actuar como órganos de presión a la entrada del sistema y también durante el procesamiento de las demandas.

Em face do exposto, as políticas de saúde surgem como um instrumento de governo, que devem ser aplicadas de acordo com as normas de gestão política, os valores, ideologias e interesses da população.<sup>386</sup> Se há um planejamento sanitário, “éste no es otra cosa que un modelo de aplicación de la política, que en última instancia está en manos de quienes

---

<sup>381</sup> PAIM, 2009, p. 44.

<sup>382</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 156-157.

<sup>383</sup> Cf. Anexo E

<sup>384</sup> MORALES, Hernán Durán. *Aspectos Conceptuales y Operativos del Proceso de Planificación de la Salud*. Santiago de Chile: Las Naciones Unidas, 1989. p. 44.

<sup>385</sup> MORALES, loc. cit.

<sup>386</sup> MORALES, 1989, p. 44.

ejercen el poder”.<sup>387</sup> Portanto, cabe ao Estado o dever de realizar as políticas públicas sanitárias e de criar condições que possibilitem o acesso efetivo aos serviços de saúde.

É o que se verifica abaixo:

O direito a saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. (AI 734.487-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 3-8-2010, Segunda Turma, DJE de 20-8-2010.)

As políticas públicas de saúde devem ser encaradas como verdadeiras imposições constitucionais a serem cumpridas pelos administradores, sujeitas, por conseguinte, ao controle judicial.<sup>388</sup> Nesse contexto, o sentido de política pública passível de controle jurisdicional abarca toda e qualquer atuação estatal (incluindo a não ação), por intermédio da Administração pública, que tenha como escopo a concretização de direitos fundamentais<sup>389</sup>, tais como o direito à saúde.

Ao Poder Judiciário cabe o papel de correção das eventuais distorções evidenciadas no plano sanitário, desde que provocado. A atuação judicial far-se-á em um momento posterior à verificação de que as ações estatais não foram suficientes para salvaguardar o direito à saúde. Trata-se, por conseguinte, de uma atuação secundária (mas não suplementar) em relação ao dever dos Poderes Legislativo e Executivo, pois não existiria a necessidade de uma decisão oriunda do sistema judicial caso tais Poderes cumprissem satisfatoriamente as suas respectivas funções.<sup>390</sup>

Ocorre que, de uma forma geral, os preceitos instituidores de direitos sociais (a serem executados pelo administrador) não têm sido cumpridos, configurando, portanto, uma situação de crise estatal. Além disso, segundo Têmis Liemberger, “atualmente, não se afigura um projeto político claro com realização às demandas prestacionais sociais. Como consequência, os serviços públicos não são prestados ou o são de forma deficiente”.<sup>391</sup>

Como bem adverte Schwartz<sup>392</sup>, pode-se afirmar que uma parte da culpa relacionada à inefetividade do art. 196 reside “na *falta de vontade política*, na ausência de

<sup>387</sup> MORALES, 1989, p. 44.

<sup>388</sup> LIEMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. v. 5. p. 54.

<sup>389</sup> JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizado a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podvim, 2009. p. 54.

<sup>390</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 162.

<sup>391</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 54-55.

<sup>392</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 159.

respeito à Constituição por parte dos Poderes Públicos e na ausência de compreensão do porquê de existirem Poderes Constituídos imbuídos da defesa do interesse público – e que no entanto não cumprem a sua função”.<sup>393</sup>

Trata-se, portanto, de uma questão que demanda uma conscientização ético-política em torno do respeito à Constituição e do papel que o administrador (enquanto agente público) deve exercer para a adequada concretização do conteúdo constitucional.

Além disso, não se pode olvidar que o comportamento omissivo da sociedade diante da falta de vontade política só contribui para a manutenção do *status quo*. Ora, como bem adverte Jose Luis Bolzan de Moraes, “o Estado somos todos nós”,<sup>394</sup> isto é, a sociedade também possui a sua carga de responsabilidade diante dos resultados alcançados, como resultado da arte política, tal como a tradição grega ensina.<sup>395</sup>

Nesse mesmo sentido, Sandra Regina Martini Vial<sup>396</sup> aduz que:

Para o direito à saúde ser plenamente realizado, não basta apenas a preocupação estatal; é preciso o engajamento de todos (indivíduos, famílias, organismos, empresas); é preciso uma construção coletiva da saúde com participação ativa do Estado, não no sentido de privatizar a saúde, mas de torná-la um *locus* público.

Nessa etapa, a participação não se restringe à ida periódica às urnas, a fim de atribuir representação a membros dos Poderes Legislativo e Executivo, mas exige cidadãos com uma postura ativa em torno da sua liberdade e dos seus direitos fundamentais, com o intuito de que a liberdade real possa alcançar a todos. É nesse sentido que a Sociedade deve participar da decisão dos temas que dizem respeito ao gozo dos direitos fundamentais por todos<sup>397</sup>, o que inclui o direito social à saúde.

Assim sendo, conclui-se que, caso houvesse uma real e efetiva vontade política, a Constituição seria devidamente concretizada e, conseqüentemente, a problemática sanitária brasileira estaria mais próxima da efetivação.<sup>398</sup>

<sup>393</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 159, (grifo nosso).

<sup>394</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Afinal: quem é o estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 171-172.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 172.

<sup>396</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito à saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. v. 6. p. 189.

<sup>397</sup> LEDUR, 2009, p. 210-211.

<sup>398</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 161.

### 3.2.2 Prioridades de governo em desconformidade com as prioridades constitucionais

Como uma decorrência da falta de vontade política e/ou da suposta defesa do interesse público, em muitos casos, os governos acabam elegendo prioridades que não se coadunam com as prioridades eleitas democraticamente pela Constituição Federal.

Como será abordado a seguir, os direitos têm custos e, além disso, os recursos financeiros à disposição do Estado são escassos. Diante disso, tendo em vista que “não é possível pretender fazer tudo a qualquer custo”,<sup>399</sup> cabe aos representantes eleitos mediante processo democrático a escolha de prioridades constitucionais em face da atual conjuntura. Dito de outro modo, o projeto constitucional que envolve a realização dos direitos fundamentais sociais demanda um planejamento prévio, isto é, a eleição de prioridades em meio a uma atuação planejada do Estado.

O planejamento da ação estatal envolve a atuação conjunta de diversas funções. Em um primeiro plano, a função legislativa destaca-se por conferir o reconhecimento formal e por eleger as prioridades (constitucionais) que devem nortear a atuação do Estado. Em uma relação de coordenação, a concretização dos dispositivos demanda, via de regra, a promoção de políticas públicas pela função executiva. Quando “há um descompasso entre as promessas normativas e as atuações públicas prestacionais, o que se tem é a entrada em cena da função jurisdicional”.<sup>400</sup>

Ocorre que, no âmbito da saúde, o estabelecimento das prioridades constitucionais tem ganhado contornos peculiares. Ora, a partir da análise dos indicadores socioeconômicos, restou esclarecido que o Brasil possui uma das maiores economias do Mundo, contudo os gastos públicos em saúde continuam aquém de tal potencial econômico. Como visto, essa forma de atuação rendeu ao Brasil a 72ª posição no ranking da OMS de investimento em saúde, quando a lista se baseia na despesa estatal por habitante.

Ademais, na comparação com outros países que adotam um sistema universal de saúde, observou-se que o Brasil é um dos países que possuem a menor participação estatal no custeio dos gastos totais em saúde. Assim, diante de tamanha desproporção entre o que se arrecada e o que se destina para o setor sanitário, pode-se afirmar que a saúde não tem sido alvo de um tratamento prioritário, enquanto bem essencial à manutenção da vida humana com

---

<sup>399</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 64.

<sup>400</sup> MORAIS, 2007, p. 155.

dignidade. Em síntese, “o problema é de escolha política das prioridades das matérias a serem regulamentadas, em que o descompromisso é flagrante”.<sup>401</sup>

Não obstante essas considerações críticas, o fato é que a Constituição estabelece prioridades constitucionais em face do seu projeto constitucional e, deste modo, cabe ao administrador, na execução das políticas públicas, o dever de observar os preceitos constitucionais. Nesse sentido, “o mandato político não deve ser desempenhado conforme critérios subjetivos do governante, mas representam políticas públicas a serem desenvolvidas em conformidade com os ditames constitucionais”.<sup>402</sup> Isso significa que enfrentar e cuidar da situação social não representa a expressão da virtude de um governante ou de um agente público, mas uma imposição<sup>403</sup> a ser cumprida de acordo com a Constituição.

Entretanto, a atuação de alguns governantes ilustra um cenário em que as prioridades de governo apontam para uma prática em desconformidade com as prioridades constitucionais. No que se refere à atuação dos governantes, Lenio Luiz Streck e Jose Luis Bolzan de Moraes propõem o seguinte questionamento:

A Prefeitura do Rio de Janeiro promoveu uma festa para comemorar a passagem do ano novo de 1996, contratando, para tal, vários artistas. Somando os gastos com cachê, fogos de artifício e demais encargos, os cofres públicos foram aliviados em cerca de US\$ 1 milhão. Na mesma noite, em vários hospitais da rede pública do Estado do Rio de Janeiro (e no resto do país também), várias pessoas morreram por falta de atendimento médico. Como consertar o quadro de insuficiência econômica se os governantes elegem prioridades dessa maneira?<sup>404</sup>

Esse panorama contribui para o distanciamento entre o SUS formal e o SUS real. Jairnilson Silva Paim, ao abordar as diversas visões sobre o sistema único de saúde<sup>405</sup>, assevera que o SUS formal corresponde ao modelo salvaguardado na Constituição Federal, leis orgânicas, decretos, portarias etc., embora distante da realidade dos serviços públicos sanitários, em que prevalece o SUS real. Esse, por sua vez, pode ser observado no reconhecimento do direito à saúde a partir dos discursos de muitos gestores. Todavia, “na medida em que são reféns dos ministros e secretários da área econômica dos governos e do clientelismo político que prevalece nas instituições públicas”,<sup>406</sup> tais administradores tendem a se resignar com a situação e favorecer o mercado do setor privado. Alguns chegam a propor

---

<sup>401</sup> BEZERRA, 2008, p. 148.

<sup>402</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 54.

<sup>403</sup> LEDUR, 2009, p. 115.

<sup>404</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 86-87.

<sup>405</sup> PAIM, 2009, p. 69-74.

<sup>406</sup> Ibid., p. 73.

uma nova reforma sanitária a fim de melhor adequar o sistema público aos interesses privados prevalecentes no jogo político.<sup>407</sup>

Ademais, nota-se que muitas vezes os governos deixam de investir os recursos suficientes para atender às demandas sanitárias da população, pois acabam optando “pelo ajuste das contas públicas em detrimento dos gastos sociais”.<sup>408</sup> Nesse ínterim, alguns avanços podem ser percebidos, sobretudo em face da Emenda Constitucional nº 29/2000 que estabelece percentuais mínimos a serem investidos em saúde pela União, Estados e Municípios, conforme será analisado posteriormente.

Assim, diante da ineficiência dos Poderes Legislativo e/ou Executivo, cabe ao Poder Judiciário atuar como forma de impulsionar a realização das políticas públicas, visando à salvaguarda da dignidade da pessoa humana.<sup>409</sup> Ou seja, quando o sistema da saúde não consegue atender satisfatoriamente as demandas da população, o sistema do direito é convocado para dar respostas.<sup>410</sup>

Logo, as prioridades constitucionais (enquanto políticas públicas) constituem tarefas previstas na Constituição a serem realizadas com a observância da capacidade orçamentária, “mas que não se constituem em discricionariedade administrativa, não, ficando, portanto, imunes a questionamento judicial”.<sup>411</sup>

Dessa forma, há de se ressaltar a importância de uma prática governamental que esteja em consonância com o projeto constitucional. Em caso de descompasso entre o desempenho dos agentes governamentais e as prioridades consagradas pela Constituição, nota-se a ocorrência de uma atuação estatal que contribui para a não efetivação do direito fundamental à saúde e que está passível de questionamentos no plano ético-político.

Nesse contexto, pode-se concluir que: 1) a saúde precisa passar a ser encarada como algo prioritário, ou melhor, o Estado deve conscientizar-se da importância de investir mais recursos públicos na área da saúde; 2) além disso, os administradores devem buscar atuar com base nas prioridades constitucionais, e não com base em aspectos subjetivos e/ou políticos. Isso porque a existência de prioridades de governo em desconformidade com as prioridades constitucionais acaba sendo mais um fator para a ocorrência de uma crise motivada de inefetividade do direito à saúde.

---

<sup>407</sup> PAIM, 2009, p. 73.

<sup>408</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 148.

<sup>409</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 59-60.

<sup>410</sup> VIAL, 2010, p. 191.

<sup>411</sup> LIEMBERGER, op. cit., p. 54.



### 3.2.3 A ineficiência da atuação administrativa: o gigantismo da estrutura burocrática do SUS e sua debilidade

Como observado, a realização dos direitos sociais envolve uma atuação conjunta das diversas funções estatais. Nesse sentido, cabe à função legislativa reconhecer os direitos e estabelecer as prioridades constitucionais. Em um segundo momento, cabe à função executiva concretizar os direitos sociais por meio da promoção de políticas públicas.

Ocorre, contudo, que nem sempre a atuação administrativa cumpre o seu dever de forma eficiente. Vale dizer, a ineficiência da atuação administrativa constitui mais um elemento a ser aferido em meio à análise da inefetividade dos direitos fundamentais.

No âmbito do direito à saúde, tal ineficiência ganha realce em face do gigantismo da estrutura burocrática do SUS e da sua debilidade. Assim, nessa etapa, cumpre esclarecer se “as estruturas burocráticas aperfeiçoam/democratizam as políticas públicas de saúde”,<sup>412</sup> isto é, se “a estrutura do SUS, criada pela Constituição Federal, consegue implementar o direito à saúde”.<sup>413</sup>

#### 3.2.3.1 Burocracia: sentido, disfunções e crise ideológica

De acordo com o conceito popular, a burocracia é comumente associada à ideia de uma organização cujos papéis se multiplicam, os funcionários se apegam aos regulamentos e rotinas, obstando o alcance de soluções rápidas ou eficientes. Isso significa dizer que “o leigo passou a dar o nome de burocracia aos defeitos do sistema (disfunções) e não ao sistema em si mesmo”.<sup>414</sup>

Nessa etapa, sem olvidar que as origens da burocracia remontam à antiguidade<sup>415</sup>, cabe analisar o sentido do termo em meio à sua acepção moderna, especialmente no que tange aos estudos desenvolvidos por Max Weber.

Weber<sup>416</sup>, ao analisar as bases de legitimidade nas relações entre dominantes e dominados, propõe três tipos de dominação, quais sejam: a) dominação legal; b) dominação tradicional; c) dominação carismática.

---

<sup>412</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 218.

<sup>413</sup> Ibid., p. 218.

<sup>414</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003. p. 262.

<sup>415</sup> Segundo Idalberto Chiavenato, “Karl Max estuda o surgimento da burocracia como forma de dominação estatal na antiga Mesopotâmia, China, Índia, Império Inca, antigo Egito e Rússia”. Ibid., p. 258.

Na dominação legal, o seu tipo mais puro é a dominação burocrática. A partir de tal modelo, “qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma”.<sup>417</sup> Assim, o governante é eleito ou nomeado e exerce o comando de autoridade sobre os seus comandados, em conformidade com as normas estabelecidas.<sup>418</sup> Obedece-se, portanto, não a uma pessoa em si mesma, “mas à *regra* estatuída, que estabelece ao mesmo tempo a quem e em que medida se deve obedecer”.<sup>419</sup> O arquétipo daquele que ordena é o superior, cujo direito de comando está legitimado por uma regra, na esfera de uma competência concreta, cujos limites e especialização se baseiam na utilidade e na qualificação profissional estipulada para a atividade do cargo.<sup>420</sup>

O mecanismo administrativo evidenciado na dominação legal é a burocracia. Tendo o seu fundamento de legitimidade na ordem legal, observa-se que as relações entre os funcionários (burocratas) e o governante, os governados e os colegas burocratas são marcadas pelo cumprimento de regras impessoais e escritas. Tal regramento contribui para o delineamento racional da hierarquia do aparato administrativo, dos direitos e deveres inerentes a cada posição etc.<sup>421</sup> Em suma, a partir do modelo de dominação legal, a burocracia é vista como “a organização típica da sociedade moderna democrática e das grandes empresas e existe na moderna estrutura do Estado, nas organizações não estatais e nas grandes empresas”.<sup>422</sup>

Na dominação tradicional, o seu tipo mais puro é o da dominação patriarcal. A associação dominante possui um caráter comunitário e o tipo daquele que ordena é o senhor, enquanto os sujeitos que obedecem são os súditos. O quadro administrativo é composto por servidores. Aqui, obedece-se à pessoa por uma fidelidade à tradição.<sup>423</sup> Isso significa dizer que, nesse modelo, os subordinados aceitam as ordens dos superiores porque esse sempre foi o modo pelo qual as coisas foram feitas. Desta maneira, o poder tradicional não é marcado pelo caráter racional, pode ser transmitido por herança e é conservador.<sup>424</sup>

Na dominação carismática, nota-se uma devoção afetiva à pessoa encarregada da liderança e, em especial, ao seu carisma. A associação dominante é de caráter comunitário e o

---

<sup>416</sup> WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 128-141.

<sup>417</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>418</sup> CHIAVENATO, 2003, p. 26.

<sup>419</sup> WEBER, op. cit., p. 129.

<sup>420</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>421</sup> CHIAVENATO, op. cit., p. 261.

<sup>422</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>423</sup> WEBER, op. cit., p. 131.

<sup>424</sup> CHIAVENATO, 2003, p. 260.

tipo que manda é o líder, enquanto os sujeitos que obedecem são os apóstolos.<sup>425</sup> Em tal modelo, “obedece-se exclusivamente à pessoa do líder por suas qualidades excepcionais e não em virtude de sua posição estatuída ou de sua dignidade tradicional”.<sup>426</sup> O quadro administrativo é escolhido a partir do carisma e das vocações pessoais, e não em função das qualificações profissionais. A administração, por conseguinte, carece de qualquer orientação oriunda das regras, sejam elas tradicionais ou estatuídas.<sup>427</sup>

Dessa forma, ao contrário do sentido usualmente atribuído à burocracia, Max Weber analisa o sistema burocrático como um mecanismo que possui o condão de viabilizar o alcance da eficiência organizacional. Segundo o autor:

Precisão, velocidade, certeza, conhecimento dos arquivos, continuidade, direção, subordinação estrita, redução de desacordos e de custos materiais e pessoais são qualidades que, na administração burocrática pura, e fundamentalmente na sua forma monocrática, atingem o seu nível ótimo. A burocracia planejada é, nos mencionados aspectos, comparativamente superior às restantes formas de administração, colegiada, honorífica e não profissional.<sup>428</sup>

Assim, para Weber, a burocracia reflete uma organização cujos resultados almejados estão relacionados à previsibilidade do seu funcionamento com o intuito de obter a maior eficiência organizacional. Contudo, ao analisar as consequências previstas pela burocracia na busca pela máxima eficiência, Robert K. Merton notou a existência de consequências não previstas que conduzem à ineficiência e às deficiências.<sup>429</sup>

Merton, ao tratar do tema, denomina tais anomalias como “disfunções da burocracia”.<sup>430</sup> Com efeito, o referido autor ressalta que qualquer ação pode ser analisada em relação ao que ela atinge e, de igual modo, ao que ela falha em atingir. Posto isso, tendo em vista que o estudo weberiano se concentra predominantemente em torno dos objetivos a serem alcançados pela burocracia (precisão, confiança e eficiência), Merton adverte que essa mesma estrutura pode ser estudada a partir de outra perspectiva.<sup>431</sup>

Nesse particular, um dos aspectos a serem observados é o fato de que, em geral, o indivíduo busca adotar medidas e agir de acordo com o treinamento recebido no passado.

<sup>425</sup> WEBER, 2003, p. 134-135.

<sup>426</sup> Ibid., p. 135.

<sup>427</sup> WEBER, loc. cit.

<sup>428</sup> WEBER, Max. *O que é a burocracia*. p. 37. Disponível em:

<[http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro\\_burocracia\\_diagramacao\\_final.pdf](http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf)>.

Acesso em: 21 jul. 2014.

<sup>429</sup> CHIAVENATO, 2003, p. 268.

<sup>430</sup> MERTON, Robert K. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. Traduzido por Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1970. p. 274-276.

<sup>431</sup> Ibid., p. 274-275.

Ocorre que, sob novas condições que não sejam reconhecidas explicitamente como diferentes, a própria solidez desse treinamento pretérito pode conduzir a uma prática repleta de procedimentos inadequados. Isto é, a “preparação pode tornar-se incapacidade”.<sup>432</sup>

É que a estrutura burocrática exerce uma pressão constante sobre o funcionário a fim de que ele seja metódico e disciplinado. Com isso, a obediência às regras (originalmente idealizadas como meios) transforma-se em um fim. Com o deslocamento dos objetivos originais, nota-se o desenvolvimento de uma rigidez e de uma inabilidade para a realização de ajustes.<sup>433</sup> Dessa forma, “segue-se o formalismo e mesmo o ritualismo, com uma insistência indiscutida sobre a rigorosa adesão aos procedimentos formalizados”.<sup>434</sup>

Esse processo pode ser levado a tal ponto que o interesse originário de conformação com as regras pode vir a interferir na efetivação dos objetivos da organização, caso em que se evidencia o fenômeno do tecnicismo.<sup>435</sup> Trata-se da crença em uma racionalidade científicista e em uma burocracia técnica apta a nos dar respostas suficientes diante das demandas políticas.<sup>436</sup>

Em síntese, o processo de disfunções da burocracia pode ser abreviado da seguinte forma:

(1) Uma burocracia eficiente exige confiança de reação e estrita devoção aos regulamentos. (2) Tal devoção às regras conduz à sua transformação em absolutas; já não são concebidas como relativas a um conjunto de propósitos. (3) Isto interfere com a adaptação rápida, sob condições especiais não claramente visualizadas por aqueles que lançaram as regras gerais. (4) Assim, os mesmos elementos que favorecem à eficiência em geral, produzem ineficiência em casos específicos. Os indivíduos do grupo que não se divorciaram do significado que as regras têm para eles, raramente chegam a perceber a inadequação. Essas regras, com o correr do tempo, assumem caráter simbólico, em vez de serem estritamente utilitárias.<sup>437</sup>

Ademais, além das disfunções da burocracia, há de se observar que o crescimento do aparato burocrático está relacionado ao aumento do processo de democratização nos Estados. Nesse ínterim, “todos os Estados que se tornaram mais democráticos tornaram-se ao mesmo tempo mais burocráticos, pois o processo de burocratização foi em boa parte uma consequência do processo de democratização”.<sup>438</sup>

Com a democratização da sociedade e o aumento das possibilidades de participação social, evidenciou-se o surgimento de novas demandas a serem propostas ao

<sup>432</sup> MERTON, 1970, p. 274.

<sup>433</sup> Ibid., p. 275-276.

<sup>434</sup> Ibid., p. 276.

<sup>435</sup> MERTON, loc. cit.

<sup>436</sup> MORAIS, 2010, p. 117.

<sup>437</sup> MERTON, op. cit., p. 277.

<sup>438</sup> BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. 11. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009. p. 47.

Estado. Diante dessa realidade, a organização estatal teve que passar por uma adequação estrutural a fim de atender o crescente número de demandas. A opção adotada consiste na instauração de um aparato burocrático e, destarte, as respostas às questões democráticas surgiram organizadas burocraticamente.<sup>439</sup>

Todavia, conforme salienta Norberto Bobbio, o aparato burocrático e o sistema democrático caminham em direções diametralmente opostas. Admitindo-se o pressuposto de que uma sociedade sempre apresenta diversos graus de poder e que o sistema político pode ser representado por uma pirâmide, observa-se que “na sociedade democrática o poder vai da base ao vértice e numa sociedade burocrática, ao contrário, vai do vértice à base”.<sup>440</sup> Isso significa dizer que enquanto a democracia apresenta um caminho ascendente, a burocracia faz o caminho descendente, como uma estratégia decisória de cunho técnico-burocrático.<sup>441</sup>

Jose Luis Bolzan de Moraes, ao abordar as crises do Estado, chama a atenção para a existência de uma crise ideológica, isto é, uma tensão que abrange o déficit de legitimação que afeta a conformação do Estado Social. O pano de fundo para tal crise envolve justamente o embate entre a democratização do acesso ao espaço público da política, oportunizando a ampliação de demandas e a complexificação das pretensões sociais, e a burocratização das fórmulas para responder a tais pretensões a partir da instauração de um aparato técnico e burocrático.<sup>442</sup>

Assim, a partir da lógica da decisão burocrática (do vértice à base), o modelo técnico-burocrático será o responsável por elaborar a estratégia para o atendimento de demandas, o que conflita com a lógica da política democrática (da base ao vértice). Vale dizer, “constantemente a demanda política se vê frustrada pela ‘resposta’ técnica”.<sup>443</sup> Esse dilema põe em confronto a democracia – enquanto forma política – e a burocracia – como arranjo funcional. E a resposta para tal questão parece ainda não ter sido alcançada: “ou se aumenta, expande e complexificam as fórmulas de tomada de decisão democrática, em particular pela incorporação de novos mecanismos de participação e de autonomização social; ou se repensa os modelos de gestão das estruturas e serviços sociais”.<sup>444</sup>

---

<sup>439</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 118-119.

<sup>440</sup> BOBBIO, op. cit, p. 47.

<sup>441</sup> MORAIS, 2011, p. 39.

<sup>442</sup> Ibid., p. 46.

<sup>443</sup> Ibid., p. 47.

<sup>444</sup> Ibid., p. 47.

### 3.2.3.2 O gigantismo da estrutura burocrática do SUS e sua debilidade

Os desafios inerentes ao gigantismo do SUS devem ser analisados à luz das peculiaridades que cercam o aparato burocrático brasileiro.

Assim, diante da realidade brasileira, pode-se constatar que a Constituição Federal ousou ao reconhecer a existência de um único sistema de saúde (macroestrutura) envolvendo todos os entes da federação diante de 180 milhões de possíveis demandantes.<sup>445</sup> Como se vê, o SUS reflete uma estrutura gigante que, por depender de uma gestão eficiente, pode sucumbir em meio às amarras burocráticas.

Por isso, não é incomum a frequente veiculação de notícias nos telejornais à imagem de um paciente que se queixa da demora ou do não recebimento de medicamentos, por exemplo. Nesses casos, a burocracia acaba proporcionando um óbice ao acesso à saúde sob a escusa de uma gestão eficiente e especializada.

Nesse sentido, Maurício Caldas Lopes traz uma interessante reportagem publicada no jornal O Globo, de circulação na cidade do Rio de Janeiro, do dia vinte e sete de julho de dois mil e oito, sobre as dificuldades que um cidadão (José Raimundo Santos e Silva) passou para obter os remédios necessários à manutenção da sua vida após a realização de um transplante de rim.

Por várias vezes o gesto de amor dos irmãos foi ameaçado, não pela medicina, mas pela *burocracia estatal*. Durante muitos anos, os medicamentos excepcionais – que são distribuídos pelo governo do Estado – chegavam atrasados ou não chegavam aos pacientes, colocando em risco o tratamento. Em 2006, por exemplo, apenas 30% dos pacientes receberam os remédios de forma adequada. [...]. Nesse período, conta José Raimundo, o estresse era constante no setor de dispensação de medicamentos da Secretaria Estadual de Saúde. Brigas, com a intervenção da polícia e até idas à delegacia, eram constantes.<sup>446</sup>

Dessa forma, o gigantismo do SUS pode acabar conduzindo a uma estrutura burocrática que torna a busca pelo medicamento e/ou o acesso à saúde algo distante e estressante. É o que se vê no pensamento de Têmis Limberguer<sup>447</sup>:

É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira “via crucis” fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário

<sup>445</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 218.

<sup>446</sup> LOPES, 2010, p. 138, (grifo nosso).

<sup>447</sup> LIEMBERGER, op. cit., p. 222.

também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos esses percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

Além dessas dificuldades impostas aos usuários dos serviços de saúde, a burocracia também pode surgir como um entrave para os gestores de saúde diante do repasse de recursos e das normas que regulamentam a aquisição de produtos e serviços.

Posto isso, na hipótese de se indagar a um prefeito e a um político o que significa o SUS, “certamente se queixariam da burocracia pra receber o dinheiro, que nem daria para pagar os medicamentos, os médicos, as ambulâncias e os hospitais”.<sup>448</sup> Diante disso, a burocracia no repasse dos recursos (escassos) já sinaliza a existência de dois fatores que limitam a efetivação do direito à saúde, quais sejam, a burocracia e a escassez de recursos.

A burocracia também surge quando se trata da aquisição de determinados produtos e serviços na área da saúde. Com efeito, a fim de que o estudo não ficasse restrito ao campo das discussões teóricas, a presente pesquisa conta com um questionário aplicado à Dra. Ceuci Nunes, diretora do Hospital Couto Maia, sendo que uma das questões versa exatamente sobre a influência da burocracia no acesso à saúde:

Pergunta: pode-se afirmar que o SUS explicita uma estrutura burocrática?

Resposta: quanto à questão da burocracia, eu entendo que nós temos uma burocracia imensa no serviço público. Os processos licitatórios são demorados. Existem restrições de compras, algumas são centralizadas, como os materiais permanentes. Na prática nós podemos comprar R\$200.000,00 (duzentos mil reais) de medicação, mas eu não posso comprar um foco cirúrgico, pois esse objeto é considerado como material permanente e, por outro lado, medicamento é material de consumo.<sup>449</sup>

Em verdade, não se pode ignorar que esses exemplos burocráticos que permeiam a saúde representam a “ponta do iceberg” dos problemas relacionados a uma gestão de saúde ineficiente. Isto é, a burocracia é o fator que ganha uma maior visibilidade, no entanto não é o único problema que cerca a má gestão da saúde.

Jairnilson Silva Paim, ao discorrer sobre o SUS, aduz que “o uso político-partidário dos serviços de saúde do SUS para a reprodução do clientelismo compromete a eficiência e a continuidade administrativa”.<sup>450</sup> Ou seja, o alto número de cargos de confiança, a falta de uma gestão profissional e a ausência de carreiras direcionadas para os servidores do SUS acabam dificultando a realização de uma gestão eficiente nas diversas esferas de governo. Assim, as constantes mudanças de governo, o persistente clientelismo político e o

<sup>448</sup> PAIM, 2009, p. 70.

<sup>449</sup> Cf. Apêndice B.

<sup>450</sup> PAIM, op. cit., p. 99.

engessamento burocrático exigem alternativas aptas a proteger o SUS das “manobras da política na saúde”.<sup>451</sup>

Em arremate, pode-se concluir que a ineficiência da atuação administrativa e o “conjunto de amarras burocráticas, que, sob o pretexto de combater a corrupção, engessa a administração”<sup>452</sup> representam verdadeiros óbices à plena efetividade do direito constitucional à saúde. Com efeito, a burocracia acaba prejudicando a circulação de insumos imprescindíveis à saúde da população e, além disso, não trata a saúde em meio à complexidade inerente ao seu sistema. Com isso, a burocracia é “um dos grandes responsáveis pela pouca resolutividade e baixa qualidade dos serviços do SUS”.<sup>453</sup>

### 3.2.4 A escassez de recursos

Um dos fatores a serem examinados no debate em torno da inefetividade do direito à saúde é a escassez de recursos, financeiros ou de outra natureza<sup>454</sup>, em comparação com a multiplicidade das necessidades humanas.

Esse fator assume papel de relevo, pois a problemática da crise de efetividade da Constituição abrange uma tensão percebida entre o direito e a economia. No plano do direito, as divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao efetivo alcance de proteção do art. 196, da Constituição Federal, derivam, notadamente, da natureza prestacional do direito à saúde em uma realidade de recursos escassos.

Esse é o dilema dos limites econômicos do Estado em face da implementação dos direitos fundamentais. A questão torna-se ainda mais complexa quando se observa que tais limites econômicos podem implicar o não atendimento a um direito fundamental, explicitando, por conseguinte, a inefetividade da Constituição.

Essa discussão insere-se na problemática debatida em obras como *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes* dos professores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein<sup>455</sup>, *Direito, Escassez & Escolha* de Gustavo Amaral<sup>456</sup> e *Introdução à Teoria dos*

---

<sup>451</sup> PAIM, 2009, p. 99.

<sup>452</sup> Ibid., p. 131.

<sup>453</sup> PAIM, loc. cit.

<sup>454</sup> Na área da saúde, além da questão financeira, a escassez diz respeito aos órgãos, profissionais especializados e equipamentos, por exemplo. AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 75.

<sup>455</sup> Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

<sup>456</sup> Cf. AMARAL, 2010.



*Custos dos Direitos* de Flávio Galdino<sup>457</sup>. A partir dessas obras, pode-se constatar que os “direitos não nascem em árvores”<sup>458</sup>, isto é, os direitos têm custos.<sup>459</sup>

Além disso, tais obras alertam para um equívoco que geralmente é cometido no plano da teoria geral dos direitos fundamentais.

### 3.2.4.1 *Os direitos negativos e positivos: a insuficiência das distinções*

Como restou analisado ao longo desse trabalho<sup>460</sup>, no plano doutrinário, os direitos fundamentais de primeira dimensão geralmente são relacionados aos direitos que ensejam uma atuação negativa do Estado. Por outro lado, os direitos fundamentais de segunda dimensão estariam ligados a atuações positivas por parte do Estado.

A partir dessa concepção, passou a vigorar entre os juristas a ideia de que os direitos fundamentais de primeira dimensão não exigem custos, vez que estão ligados a meras abstenções estatais. Em sentido oposto, os direitos fundamentais de segunda dimensão seriam direitos custosos, afinal tais direitos demandam uma atuação positiva do Estado.

Igualmente, nos Estados Unidos da América (EUA), a distinção entre direitos negativos e direitos positivos (ou entre liberdades e subsídios) é rotineiramente elaborada nas salas de aula, em pareceres judiciais e no Congresso.<sup>461</sup> Nesse sentido, os direitos negativos excluem a participação governamental e se voltam tipicamente para a proteção dos direitos de liberdade. Os direitos positivos, por sua vez, demandam uma atuação governamental em virtude de terem como escopo a promoção da igualdade.<sup>462</sup>

Gustavo Amaral<sup>463</sup> e Flávio Galdino<sup>464</sup>, ao discorrerem sobre a obra de Holmes e Sunstein, alertam que os autores americanos visam desmistificar a distinção habitualmente atribuída aos direitos negativos e aos direitos positivos.

O fato é que os direitos têm custos, pois a concretização dos direitos (positivos ou negativos) demanda a existência de um aparato estatal para implementá-los<sup>465</sup> Vale dizer, o

<sup>457</sup> Cf. GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>458</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>459</sup> De acordo com Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, “courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the way costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement”. HOLMES; SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 98.

<sup>460</sup> Cf. 2.1.3 As dimensões dos direitos fundamentais.

<sup>461</sup> HOLMES; SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 39.

<sup>462</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>463</sup> AMARAL, 2010, p. 38.

<sup>464</sup> GALDINO, 2005, p. 200.

<sup>465</sup> AMARAL, *op. cit.*, p. 39.

Estado (que depende de recursos econômico-financeiros para funcionar) é indispensável ao reconhecimento e à efetividade dos direitos.<sup>466</sup> Assim sendo, conclui-se que os direitos são custosos e, portanto, todos os direitos são necessariamente positivos.<sup>467</sup>

Segundo Holmes e Sunstein, a máxima segundo a qual “onde há um direito, há um remédio”<sup>468</sup> abre um longo caminho que revela a inadequação da distinção entre os direitos negativos e os direitos positivos. Desse modo, há de se atentar que os direitos custam, dentre outros fatores, porque os remédios (notadamente os judiciais) são caros.<sup>469</sup> Ou seja, “os direitos – todos eles – custam, no mínimo, os recursos necessários para manter essa complexa estrutura judiciária que disponibiliza aos indivíduos uma esfera própria para tutela de seus direitos”.<sup>470</sup>

Dessa forma, levar os direitos a sério significaria incluir a ideia dos custos dos direitos em meio às escolhas (trágicas) que são feitas todos os dias.<sup>471</sup> Dito de outro modo, “levar os direitos a sério significa também levar a escassez a sério”.<sup>472</sup>

### 3.2.4.2 *O embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível*

No âmbito jurídico, os limites econômicos são representados pela estrutura dogmático-conceitual da reserva do possível<sup>473</sup> e, em paralelo, tem-se outra estrutura que serve como uma forma de se impor um limite à escassez e fazer jus à dignidade da pessoa humana, que é o mínimo existencial. Além disso, tendo em vista que tal tensão envolve as possibilidades econômicas do Estado, deve-se observar também o problema do orçamento.

Dessa forma, o caminho (correto) para o ingresso em uma nova circularidade perpassa, inicialmente, “pela melhor identificação dos três elementos centrais à discussão (‘mínimo existencial’, ‘reserva do possível’ e ‘orçamento’) e pela constatação de que eles mascaram uma realidade complexa que não cabe na sua tradução doutrinária”.<sup>474</sup>

<sup>466</sup> GALDINO, 2005, p. 204.

<sup>467</sup> HOLMES; SUNSTEIN, 1999, p. 43.

<sup>468</sup> “‘Where there is a right, there is a remedy’ is a classical legal maxim. [...] This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly”. Ibid., p. 43.

<sup>469</sup> Ibid., p. 43.

<sup>470</sup> GALDINO, op. cit., p. 209.

<sup>471</sup> Ibid., p. 347.

<sup>472</sup> AMARAL, op. cit., p. 42.

<sup>473</sup> Canotilho chama esse limite de reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão) para significar que a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade dos recursos econômicos. CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 715.

<sup>474</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: A ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e compromisso irresponsável. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o*

A noção de um direito fundamental às condições materiais mínimas para assegurar uma vida com dignidade (mínimo existencial) teve os seus primeiros passos (dogmáticos e jurisprudenciais) na Alemanha. Com efeito, a discussão em torno da salvaguarda do mínimo necessário para uma existência digna passou a ocupar posição de relevo nos momentos que antecederam e sucederam a elaboração da Lei Fundamental de 1949. Assim, essa concepção foi sendo desenvolvida no plano doutrinário, mas também nos campos “da práxis legislativa, administrativa e jurisprudencial”.<sup>475</sup>

No caso do Brasil, em que pese não haver uma previsão expressa consagrando a garantia do mínimo existencial, tal tipo de proteção tem sido defendido em face de uma existência digna salvaguardada pelos princípios e objetivos da ordem constitucional econômica, bem como pelos próprios direitos sociais específicos que acabam por consagrar algumas das dimensões mínimas para que alguém possa viver com dignidade. Dessa forma, ressalta-se ainda que os direitos sociais não podem ser reduzidos, de forma simplista, a concretizações e garantias do mínimo existencial.<sup>476</sup>

Nesse particular, deve-se levar em consideração a dimensão fático-material do fenômeno, enquanto um conjunto de prestações relacionadas à tutela de direitos sociais e econômicos. Há, ainda, de se observar que o mínimo existencial “não representa uma prestação material ou uma política pública determinável *a priori*”.<sup>477</sup> Ou seja, a conjunção das prestações materiais basilares representa a condição de possibilidade para que se alcance um estado de coisas que reflete a condição humana.<sup>478</sup>

Assim, “verificar se um cidadão tem o seu ‘mínimo existencial’ atendido implica em verificar a sua ‘condição humana’ e não aquilo que ele está recebendo”.<sup>479</sup> Essa é uma observação percuciente, pois cada indivíduo tem necessidades diferenciadas, isto é, a condição humana de cada indivíduo pode ser atingida de diversas formas. Com relação ao direito à saúde, por exemplo, é possível garantir uma vida digna por intermédio de políticas preventivas (como a vacinação) ou práticas curativas, sendo que tais políticas podem ser efetivadas de diversas maneiras.<sup>480</sup>

---

*Congresso Nacional do CONPEDI*. Salvador: CONPEDI, 2008. p. 2462. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/walber\\_araujo\\_carneiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/walber_araujo_carneiro.pdf)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>475</sup> SARLET, Ingo Wolfgang.; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, Mínimo existencial e Direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais e justiça*. Nº 1. Porto Alegre: HS, 2007. p. 178.

<sup>476</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>477</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2462.

<sup>478</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>479</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>480</sup> *Ibid.*, p. 2462-2463.

Em face do exposto, sem ignorar os outros aspectos que cercam o tema, pode-se constatar a dificuldade de se prever, de forma taxativa ou apriorística, um elenco dos elementos basilares que integram o conteúdo do mínimo existencial. O cerne do mínimo existencial, portanto, reclama uma análise à luz das necessidades individuais de cada ser humano (e da sua família, quando for o caso), de modo que o *locus* principal dessa definição passa a ser o caso concreto.<sup>481</sup>

A reserva do possível<sup>482</sup>, por outro lado, é um conceito econômico que está relacionado à constatação da escassez de recursos, públicos ou privados, diante da multiplicidade das necessidades humanas e sociais, coletivas e/ou individuais. Dito de outro modo, o aludido conceito, comumente utilizado no âmbito do direito público, remete ao universo financeiro, sobretudo no que tange à relação entre a extensão das necessidades públicas e a escassez de recursos.<sup>483</sup>

Destarte, em um contexto de recursos escassos, as possibilidades econômicas e financeiras passam a ser consideradas como um limite à plena efetividade dos direitos fundamentais. Desse modo, “é comum dizer-se que a efetivação dos direitos econômicos e sociais – positivos por excelência – depende da ‘reserva do possível’ (Vorbehalt des Möglichen)”.<sup>484</sup> Nesse sentido, António José Avelãs Nunes, em interessante obra sobre os tribunais e o direito à saúde, afirma que a garantia dos direitos sociais “está sempre como que *naturalmente* (pela *natureza das coisas*) condicionada à *reserva do possível*”.<sup>485</sup>

Com relação a essa realidade de escassez e de limites, podem-se vislumbrar basicamente três situações. Em alguns casos, as demandas estão, notoriamente, abrangidas pelas possibilidades econômicas do Estado. Outras demandas, diante do seu elevado custo, encontram-se certamente fora das possibilidades de um determinado Estado. Em ambos os casos, não há um conflito evidente, vez que a demanda judicial é atendida ou rechaçada. Há, contudo, algumas prestações que se situam em uma zona nebulosa, na qual não é possível identificar com segurança se ela se encontra dentro ou alheia às possibilidades do Estado.<sup>486</sup>

---

<sup>481</sup> SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 185-186.

<sup>482</sup> Segundo Miguel Calmon Dantas, “afigura-se pertinente uma distinção entre reserva do possível e reserva orçamentária. Aquela seria referida às condições do contexto social e econômico presentemente existentes; essa teria relação com as limitações dos recursos públicos e as exigências de alocação orçamentária. A reserva do possível teria relação com a comunidade e a reserva orçamentária com o próprio Estado”. DANTAS, 2009b, p. 127.

<sup>483</sup> SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 97.

<sup>484</sup> GALDINO, 2005, p. 192.

<sup>485</sup> NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 52.

<sup>486</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2463.

Um exemplo disso são “os medicamentos de médio custo ou determinados exames e procedimentos médicos”,<sup>487</sup> que, caso ultrapassem as reais possibilidades do Estado, podem ensejar um tratamento desigual entre aqueles que acionaram o Poder Judiciário e os que não o fizeram.<sup>488</sup>

No âmbito dos tribunais brasileiros, em alguns casos submetidos à apreciação dos tribunais, nota-se que o Poder Executivo tem alegado a falta de recursos públicos para atender à pretensão concreta de quem acionou a máquina jurisdicional contra o ente estatal. Nesses casos, traz-se à baila a teoria da reserva do possível e o juízo de conveniência e oportunidade que incumbem ao Poder Executivo na concretização de determinadas políticas públicas. Com relação a esse último argumento, fica evidente a discussão de uma suposta ofensa à separação dos poderes.<sup>489</sup>

Nesse particular, com amparo na obra de Maurício Caldas Lopes, entende-se que a reserva do possível “não pode servir de pretexto ou de biombo para, assim protegido dos olhares da sociedade, o Poder Público, no uso de sua liberdade conformadora, optar por priorizar outros setores da cena política”<sup>490</sup> que não estejam voltados para o atendimento das condições necessárias a uma sobrevivência digna.<sup>491</sup>

Temis Liemberger, ao se questionar sobre a escassez de recursos na área da saúde, assevera que “por vezes não são investidos os percentuais previstos ou são equivocadamente gerenciados”.<sup>492</sup> Afigura-se patente, portanto, a necessidade de situar a responsabilidade dos gestores e o impacto do (sub)financiamento do SUS em um contexto de atuação por intermédio das políticas públicas.

Essa linha de raciocínio, notadamente, não exclui a ideia defendida por Flávio Galdino ao afirmar que a aferição dos custos não implica necessariamente “uma diminuição de direitos ou de suas garantias, mas sim em redimensionamento da extensão da proteção devotada aos direitos, tendo como parâmetro as condições econômicas da sociedade”.<sup>493</sup> Dessa forma, a análise dos custos assume importância ao viabilizar uma maior qualidade às (trágicas) escolhas públicas no campo da implementação dos direitos fundamentais.<sup>494</sup>

---

<sup>487</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2463.

<sup>488</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>489</sup> NUNES, 2011, p. 32-33.

<sup>490</sup> LOPES, 2010, p. 147.

<sup>491</sup> LOPES, loc. cit.

<sup>492</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 230.

<sup>493</sup> GALDINO, 2005, p. 205.

<sup>494</sup> Conforme afirma Alexandre Morais da Rosa, “a Análise Econômica do Direito pode vir a se tornar um importante instrumento para os juristas por duas razões. De um lado a avaliação econômica pode auxiliar na compreensão dos efeitos, especialmente os menos óbvios, produzidos pelas normas jurídicas e demais atos e fatos jurídicos relevantes e, por outro, ajudar a investigação das origens e motivos das normas jurídicas

O fato é que, em tempos de Estado Democrático de Direito<sup>495</sup>, o Brasil assumiu uma postura transformadora da realidade, ou seja, de compromisso com os objetivos constitucionais (art. 3º). Logo, entende-se que o Poder Judiciário também é responsável por concretizar os direitos fundamentais salvaguardados na Constituição Federal. Nesse ínterim, o próprio Supremo Tribunal Federal tem defendido a tese de que cabe ao Poder Judiciário a tarefa de salvaguardar a materialização das leis vigentes e a efetivação do direito à saúde dos cidadãos.<sup>496</sup>

Em face do exposto, percebe-se que, ao sustentar a possibilidade de o Estado se escusar de uma dada prestação material para um cidadão, em verdade, tal raciocínio é feito sem saber efetivamente quais são as reais possibilidades orçamentárias do Estado, razão pela qual o orçamento ganha papel de destaque enquanto um elemento capaz de calcular os limites econômicos.<sup>497</sup>

Com efeito, as escolhas políticas relativas à alocação orçamentária são representadas pelo orçamento, sendo que cabe ao Poder Legislativo realizar as escolhas em face da eleição das prioridades de gastos públicos, enquanto cabe ao Poder Executivo realizar esses gastos e implementar os objetivos estipulados a médio e longo prazo. Ademais, em caso de descumprimento do quanto pactuado no orçamento e/ou no desatendimento dos direitos fundamentais, caberia ao Poder Judiciário intervir para concretizar os direitos fundamentais consagrados na Constituição.

Dessa forma, o principal problema da escassez gira em torno das questões em que não é possível identificar se ela se encontra dentro ou fora das reais possibilidades do Estado. Nesses casos, têm-se as chamadas escolhas trágicas, pois, em algumas hipóteses, verifica-se a

---

existentes. Evidentemente que a análise estatística e de custos/benefícios é importante para a gerência do Sistema Judicial, não sendo, em si, prejudicial. A manipulação destes dados pela AED é que se constitui na crítica a se fazer, porque os mesmos dados podem ser lidos de diversas miradas”. ROSA, Alexandre Morais da. Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b. p. 77.

<sup>495</sup> Ao adotar a fórmula do Estado Democrático de Direito, o Brasil consagrou um modelo estatal voltado para a transformação da realidade em atenção ao projeto constitucional. Em contrapartida, como bem advertem Gilberto Bercovici e Luís Fernando Massonetto, as tendências neoliberais pugnam por uma redução do papel dos Estados, refletindo uma verdadeira “constituição dirigente invertida”, em que o que dirige é a política de ajustes fiscais, e não o compromisso com as políticas sociais. BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 133.

<sup>496</sup> NUNES, 2011, p. 33.

<sup>497</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2463.

negação de direitos que, na seara do direito à saúde, pode acarretar sofrimento ou até mesmo a morte de alguém.<sup>498</sup>

Ocorre que o imediatismo estabelecido entre o orçamento e as possibilidades econômicas do Estado acaba velando uma questão mais originária, qual seja, a de que o orçamento passa a ser considerado enquanto “um ponto de partida e não como um instrumento para a solução do problema”.<sup>499</sup>

O surgimento do orçamento público se dá em face da necessidade do controle das receitas e dos gastos estatais. Essa preocupação tem início desde a Magna Carta, que já previa, no seu art. 12, algumas restrições no que se refere à arrecadação de tributos. Com as revoluções burguesas e o princípio da separação de poderes, o orçamento passa a se destacar enquanto um instrumento de controle dos gastos públicos. Com o advento do Estado interventor, tal mecanismo passa a estar relacionado ao planejamento econômico.<sup>500</sup> Em síntese, o orçamento expressa, ao longo da história, “uma técnica de contabilidade pública e o seu uso como instrumento acaba ‘velando’ novas funções que a ele vem sendo imputadas. O que antes era apenas um controle, hoje assume a condição de instrumento apto ou não para materializar uma opção de justiça”.<sup>501</sup>

O fato é que esse novo papel imputado ao orçamento não vem sendo observado quando se discute, por exemplo, a posição de hierarquia exercida pelo orçamento face ao planejamento político-econômico. Diante disso, “seja qual for o papel a ser conferido ao orçamento, não poderá ser ele o orçamento que aí está, seja pela falta de legitimidade para assumir a condição de ‘opção de justiça’, seja pelo arcaísmo de sua técnica”.<sup>502</sup>

Por fim, percebe-se que, por trás de todas essas questões suscitadas, há uma circularidade viciada, ou seja, a correlação imediata entre a prestação que compõe o mínimo para uma vida digna (mínimo existencial) e a escusa econômica (reserva do possível) vinculada a uma técnica de contabilidade pública (orçamento) demonstra um embate entre a técnica (racionalidade cognitivo-instrumental) e a ética (racionalidade moral prática). Assim, faz-se necessária uma nova circularidade atenta aos problemas e perigos da técnica, conforme se tentará demonstrar no próximo capítulo.<sup>503</sup>

---

<sup>498</sup> AMARAL, 2010, p. 81.

<sup>499</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2463-2464.

<sup>500</sup> Ibid., p. 2464.

<sup>501</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>502</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2464.

<sup>503</sup> CARNEIRO, loc. cit.

### 3.2.4.3 Escassez e saúde: uma análise do conflito entre microjustiça e macrojustiça

Essa questão das limitações econômicas se coloca de uma forma peculiar na apreciação do direito à saúde. Com efeito, o avanço da medicina e da tecnologia acabou propiciando uma série de conquistas para a humanidade, tais como o aumento da expectativa de vida, o desenvolvimento de novos medicamentos e uma realidade em que os tratamentos explicitam um alto custo da saúde.<sup>504</sup> Nesse cenário, o enfrentamento da escassez “é inexorável, mesmo no que tange à saúde”.<sup>505</sup>

Além disso, a escassez na área da saúde abrange os recursos não financeiros, “como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades”.<sup>506</sup> Um exemplo fático dessa escassez são as filas para os transplantes de órgãos que, no Brasil, podem durar anos ou até custar a vida do paciente que aguarda. Em 2005, por exemplo, seria necessária a existência de 62.820 órgãos e tecidos para que as filas de espera fossem extintas.<sup>507</sup>

A escassez, dos recursos financeiros ou não financeiros, encontra um maior eco na área da saúde, uma vez que esta envolve diretamente a vida e a dignidade da pessoa humana. Ou seja, fala-se de vidas humanas e, em contrapartida, dos recursos (escassos) necessários ao atendimento demandado para que essas vidas sejam preservadas de uma forma saudável e digna.<sup>508</sup>

Vale dizer, partindo-se do pressuposto de que os direitos demandam custos, conclui-se que há uma escassez de recursos (financeiros) em detrimento do volume das necessidades humanas. Nesse contexto, faz-se necessária a realização de escolhas.

O Estado, enquanto principal ente responsável por implementar os direitos sociais, vivencia essa realidade de escassez e de escolhas. Dessa forma, ante a um orçamento limitado, “o Estado faz a opção entre investir em (i) moradia ou (ii) educação. Lamentavelmente, nem

---

<sup>504</sup> Sobre a justiça e o alto custo da saúde, Cf. DWORKIN, Ronald. A justiça e o alto custo da saúde. In: *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 431-449.

<sup>505</sup> AMARAL, 2010, p. 81.

<sup>506</sup> *Ibid.*, p. 74-75.

<sup>507</sup> SUPER INTERESSANTE. *Quantos órgãos acabariam com a fila de transplantes no Brasil?* Disponível em: <[http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo\\_365062.shtml](http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_365062.shtml)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>508</sup> “Na Inglaterra, por exemplo, os médicos do sistema nacional de saúde são obrigados a distribuir recursos escassos como máquinas de diálise renal e órgãos para transplante, e têm elaborado diretivas informais que contemplam a idade, o estado geral de saúde, a qualidade de vida e as perspectivas dos possíveis pacientes, bem como as perspectivas de cuidados adequados proporcionados pela família ou pelos amigos”. DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 447.



sempre há recursos para ambos. Para o Estado, muitas dessas opções são dramáticas – impondo dificuldades e responsabilidades aos agentes públicos. São as escolhas trágicas...”<sup>509</sup>

Diante disso, um dos maiores desafios impostos ao sistema de saúde brasileiro reside na alocação dos recursos (escassos). Por exemplo: “quem atender? Quais os critérios de seleção? Prognósticos de cura? Fila de espera? Maximização de resultados (número de vidas salva por cada mil reais gasto, p. ex.)?”<sup>510</sup> Trata-se, aqui, das decisões alocativas que “são, basicamente, de duas ordens: quanto disponibilizar e a quem atender”.<sup>511</sup>

Nesse particular, reveste-se de maior importância uma visão crítica no que se refere ao quanto vem sendo disponibilizado para a saúde no Brasil. Em face dos números já comentados anteriormente, pode-se afirmar que as escolhas orçamentárias têm sido realmente trágicas para a saúde brasileira. Como visto, os gastos públicos na área da saúde são reduzidos quando comparados ao que o país arrecada, subsistindo uma política neoliberal de ajuste fiscal, que só contribui para o desvirtuamento das políticas sociais.

De tal modo, a escassez começa a ser questionada no âmbito da saúde em virtude da insuficiência dos investimentos e/ou da má gestão dos recursos existentes.<sup>512</sup> Nesse diapasão, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2000, que estabelece regras para assegurar os recursos mínimos aplicáveis no financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

A EC 29/00 (ou Emenda Constitucional da Saúde) reflete muito bem a ideia da escassez no âmbito da saúde, haja vista a mesma ter sido criada com o fito de evitar os problemas inerentes ao financiamento do SUS na década de 1990. Em tal década, sequer havia algum parâmetro legal que vinculasse os entes da federação a destinarem parcelas dos seus recursos para a saúde.<sup>513</sup>

A EC nº 29 promoveu alterações nos arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal, bem como acrescentou um artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com o fito de assegurar recursos mínimos para o financiamento da saúde. Aqui, insta analisar se esses percentuais vêm sendo efetivamente cumpridos.

---

<sup>509</sup> GALDINO, 2005, p. 160.

<sup>510</sup> AMARAL, 2010, p. 17.

<sup>511</sup> Ibid., p. 81.

<sup>512</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 230.

<sup>513</sup> CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional nº. 29. In: *Caderno Saúde Pública*. Rio de Janeiro: 2007. p. 1613. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n7/12.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

Magali Geovana Ramlow Campelli e Maria Cristina M. Calvo<sup>514</sup>, em estudo que visa verificar o cumprimento da EC/29 no período de 2000 a 2003, apontam que a União deixou de aplicar em saúde um valor acumulado de R\$1,8 bilhão nesse período.<sup>515</sup> O mesmo ocorreu com os Estados que, até 2003, já apresentavam um déficit acumulado que representa uma dívida de R\$5,29 bilhões com o SUS.<sup>516</sup>

Esses dados são colhidos a partir do Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde (SIOPS),<sup>517</sup> que disponibiliza o histórico do percentual mínimo a ser investido e do percentual efetivamente aplicado de acordo com a EC nº 29. Posto isso, nota-se que, entre 2000 a 2005,<sup>518</sup> o número de estados que descumpriu o percentual mínimo destinado à saúde foi elevado.

Entre 2006 e 2013,<sup>519</sup> por sua vez, o índice de Estados que desatendeu o percentual estabelecido pela EC nº 29 apresentou uma diminuição, no entanto isso não explica a inadimplência que vem sendo perpetrada com a saúde ao longo dos anos.

Entre os anos de 2000 a 2013, o caso que mais chama a atenção é o do Rio Grande do Sul, que desatendeu o percentual mínimo (12%) em quase todos os anos, alcançando números como 4,32% (2003), 5,20% (2004), 4,80% (2005), 5,4% (2006), 5,8% (2007), 6,53% (2008), 7,24% (2009), 7,62% (2010), 8,04% (2011), 9,71% (2012) e 12,47% (2013). Logo, em 2013, pela primeira vez após a instituição da EC nº 29, o Estado do Rio Grande do Sul conseguiu cumprir o percentual basilar a ser destinado para a saúde.

Posto isso, há de se ressaltar que a evolução gradativa dos números em meio ao evoluir do tempo não pode servir para justificar o descumprimento dos percentuais mínimos durante todos os demais anos. Em outras palavras, levando-se em consideração os números investidos entre 2000 e 2013, não resta dúvida que o Estado do Rio Grande do Sul foi o ente estatal que menos investiu em saúde no Brasil nos últimos anos.

Esse pode ser um dos sintomas de uma crise (sistêmica) na concretização das políticas públicas na área da saúde, que, recentemente, tem ganhando fôlego em face do fenômeno contingencial denominado de judicialização da saúde.

Com efeito, a judicialização da saúde representa o crescente aumento das demandas judiciais na área da saúde, o que certamente pode causar impactos no orçamento

---

<sup>514</sup> CAMPELLI; CALVO, 2007, p. 1615.

<sup>515</sup> Cf. Anexo F.

<sup>516</sup> CAMPELLI; CALVO, op. cit., p. 1615.

<sup>517</sup> SISTEMA DE INFORMAÇÕES SOBRE ORÇAMENTOS PÚBLICOS EM SAÚDE - SIOPS. *Histórico do percentual mínimo e aplicado pelos Estados de acordo com a EC-29*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>518</sup> Cf. Anexo G.

<sup>519</sup> Cf. Anexo H.

previsto para a saúde. Nesse sentido, pode-se perceber que os gastos oriundos das decisões judiciais vêm aumentando vertiginosamente. De acordo com o Ministério da Saúde, por exemplo, os gastos do órgão só com a compra de medicamentos por determinação judicial variaram entre “R\$ 2,4 milhões, em 2005; R\$ 7,6 milhões, em 2006; R\$ 17,3 milhões, em 2007; e R\$ 52 milhões, em 2008”.<sup>520</sup> É interessante observar que, nos processos contra a União, evidenciou-se uma evolução considerável nos gastos com medicamentos determinados judicialmente, sendo que o volume de ações judiciais cresce em proporções semelhantes.<sup>521</sup>

No Brasil, portanto, por uma distorção sistêmica, a concretização das políticas públicas está migrando dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Com efeito, a judicialização da saúde insere-se no contexto da “judicialização da política, que por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas, por outro, atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias”.<sup>522</sup>

Diante desse panorama, o Supremo Tribunal Federal (STF) convocou uma audiência pública em 2009 para ouvir o depoimento de especialistas, com experiência e autoridade na área do SUS, “objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”.<sup>523</sup> Desde já, tal audiência demonstra o quão importante se tornou o Poder Judiciário na busca pela efetividade do direito à saúde.

Em face da judicialização, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)<sup>524</sup> realizou um balanço no ano de 2011 e constatou que tramitam, no Judiciário brasileiro, cerca de 240.980 demandas judiciais na área da saúde. É interessante notar que o Rio Grande do Sul aparece no estudo como o responsável por quase metade das ações judiciais do país, isto é, por 113.953 ações envolvendo a saúde.<sup>525</sup> É interessante observar que, nas ações judiciais relacionadas ao direito à saúde e protocoladas entre os anos de 2002 a 2009, a justiça do Estado do Rio

---

<sup>520</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ institui Fórum Nacional do Judiciário para a solução de conflitos na saúde pública*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8813&Itemid=1046](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8813&Itemid=1046)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>521</sup> Cf. Anexo I.

<sup>522</sup> LIEMBERGER, 2010, p 217.

<sup>523</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Despacho de convocação de audiência pública*. p. 1. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>524</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Quantidade de demandas nos tribunais*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>525</sup> Cf. Anexo J.

Grande do Sul deferiu (deferimento total) 94% dos pedidos de liminares.<sup>526</sup> Talvez isso explique porque o Rio Grande do Sul tem desobedecido aos percentuais mínimos do orçamento a serem destinados à saúde e, além disso, tal fato reitera o papel relevante que o Poder Judiciário vem exercendo na concretização do direito à saúde.

Ocorre que, na maioria dos casos, o Poder Judiciário analisa as ações que versam sobre a saúde por meio de demandas individuais, isto é, no plano da microjustiça, da justiça do caso concreto.<sup>527</sup> Nesses casos, a decisão judicial pode implicar “uma cadeia de ações e reações que não conseguem ser sequer imaginadas dentro da ótica estrita da microjustiça”.<sup>528</sup> Ou seja, o dilema entre os critérios a serem adotados, nos planos da microjustiça e da macrojustiça, põe em xeque um conjunto de decisões individuais racionais que podem produzir um resultado coletivo irracional.<sup>529</sup>

Em outras palavras, o juiz, no caso concreto (microjustiça), deve avaliar se o deferimento de uma determinada prestação na área da saúde não vai comprometer, financeiramente, o acesso à saúde para toda a coletividade de cidadãos (macrojustiça). Isso sob pena do Poder Judiciário se tornar o alocador de recursos públicos no campo da saúde. Para essas situações, Gustavo Amaral<sup>530</sup> propõe os seguintes questionamentos:

Será que mais vidas foram salvas com o provimento judicial sendo critério majoritário de alocação de recursos na saúde? Ou será que o “custo” medido em vidas dos “financiadores ocultos” das decisões alocativas tomadas nas lides, aqueles que deixaram de receber o órgão, deixaram de ter acesso à política pública que seria desenvolvida com a verba realocada é mais elevado que o benefício?

Com isso, não se propõe o Poder Judiciário enquanto instância mais adequada para a discussão dos impactos que uma decisão judicial, proferida no caso concreto (microjustiça), pode gerar no planejamento orçamentário para toda a população (macrojustiça). Nesse primeiro momento, constata-se simplesmente que, em muitos casos, a decisão proferida no plano individual pode ampliar o quadro de inefetividade do direito à saúde. Isso porque reconhecer um direito a uma pessoa – no plano da microjustiça – pode

---

<sup>526</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Em oito anos, Justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao Direito à Saúde*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927:em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

<sup>527</sup> AMARAL, 2010, p. 18.

<sup>528</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>529</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>530</sup> *Ibid.*, p. 140-141.

significar a negativa desse mesmo direito (concretamente) a toda uma coletividade de pessoas (macrojustiça) que sequer são identificadas em um determinado litígio judicial.<sup>531</sup>

Virgílio Afonso da Silva, ao abordar a complexidade que cerca a tutela jurisdicional dos direitos subjetivos, assevera que uma das maiores dificuldades na obtenção de uma tutela jurisdicional adequada no âmbito dos direitos fundamentais sociais reside “no caráter coletivo desses direitos”.<sup>532</sup> É que boa parte do direito processual brasileiro é pensado para uma litigância individual.

De tal forma, a análise da macrojustiça remonta ao aspecto sistêmico do problema, bem como ao caráter coletivo dos direitos fundamentais sociais. Busca-se, a partir de uma análise não individualizada dos direitos,<sup>533</sup> o alcance de “soluções sistêmicas”,<sup>534</sup> quase sempre ignoradas pela metodologia jurídica, que continua voltada para o plano da microjustiça.

Em arremate, a jurisprudência brasileira tende a não reconhecer a questão da escassez de recursos, seja por presumir a existência dos mesmos ou por considerar imoral qualquer consideração orçamentária ao se tratar de saúde.<sup>535</sup> É que para a decisão “tomada individualmente, não há situação para a qual não há recursos”.<sup>536</sup>

### 3.2.5 O ativismo judicial em meio a uma crise (paradigmática) do Poder Judiciário

Como restou analisado acima, por uma distorção sistêmica, a concretização das políticas públicas está migrando dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno da judicialização da saúde, tema que tem sido alvo de intensos debates nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Nesse diapasão, passa-se a discutir as condições de possibilidade do ativismo judicial em face da crise (paradigmática) ressaltada na comunidade jurídica.

Antes, contudo, convém traçar uma breve compreensão do que seja o ativismo judicial e em que ele se diferencia da judicialização. É que as referências usualmente empregadas ao termo – ativismo judicial – refletem uma utilização despida de maiores cuidados no que tange aos seus elementos constitutivos. Além disso, atualmente, não se

<sup>531</sup> GALDINO, 2005, p. 345.

<sup>532</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 243.

<sup>533</sup> GALDINO, op. cit., p. 343.

<sup>534</sup> Ibid., p. 344.

<sup>535</sup> AMARAL, 2010, p. 96.

<sup>536</sup> Ibid., p. 80.

encontra uma zona consensual se a atitude (ativista) constitui algo recomendável ou negativo.<sup>537</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal, ao contextualizar a questão do ativismo judicial, aponta que esse tem sido um dos aspectos mais debatidos e controversos da Teoria Constitucional contemporânea. Isso porque a associação do ativismo a uma postura interventiva dos Tribunais Constitucionais, com o escopo de realizar a Constituição e os direitos fundamentais, tem suscitado questionamentos quanto à legitimidade democrática, especialmente diante de uma suposta violação do princípio da separação dos poderes. Nesse particular, argumenta-se que o Poder Judiciário estaria invadindo as competências inerentes aos demais poderes públicos, atuando, por conseguinte, de forma proativa, e não negativa, mediante fiscalização e controle, tal como seria originariamente o seu papel.<sup>538</sup>

Paulo Gustavo Gonet Branco, ao buscar um conceito para o ativismo judicial, esclarece que tanto os críticos quanto os entusiastas do tema partem de um pressuposto comum, qual seja, a ideia de que o ativismo se encontra relacionado a um afastamento do magistrado das suas funções ordinárias. Segundo o autor:

[...] os que rejeitam o ativismo falam, então, em quebra do princípio da separação de poderes, em detrimento do Estado democrático de direito e os que o aclamam, atribuem-lhe virtudes saneadoras de desvios do modelo de repartição de poderes.<sup>539</sup>

Como se vê, a postura ativista (ou não) do Poder Judiciário não é um tema uníssono.

De um lado, há quem entenda que o Poder Judiciário não possui legitimidade para impor determinadas prestações (materiais) aos demais poderes. Dois são os argumentos geralmente utilizados para sustentar essa tese. Em primeiro lugar, alega-se que as escolhas políticas pertinentes ao orçamento e às políticas públicas cabem aos Poderes eleitos democraticamente pelo povo, isto é, os Poderes Legislativo e Executivo (e não ao Judiciário). Ademais, esse entendimento encontra alicerce no princípio da separação dos três poderes,

---

<sup>537</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podvim, 2011. p. 388.

<sup>538</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública Como Espécie de Amicus Curiae e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a Experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-222.

<sup>539</sup> BRANCO, 2011, p. 394.

uma vez que tal princípio restaria violado caso o Poder Judiciário possuísse legitimidade para intervir no planejamento do Poder Legislativo e na gestão do Poder Executivo.

António José Avelãs Nunes, em texto sobre os tribunais e o direito à saúde, traça um paralelo entre as intervenções judiciais praticadas no Brasil e em Portugal. O eminente autor retrata um universo português “radicalmente diferente do brasileiro”<sup>540</sup> e, dessa forma, aponta o desconhecimento de alguma sentença de um tribunal português sobre o pleito de um cidadão “no sentido de o tribunal condenar o Executivo a adoptar as medidas adequadas à efectivação do direito (individual) à saúde do requerente”.<sup>541</sup>

De acordo com o pensamento esposado pelo jurista lusitano, a alocação de recursos escassos à disposição do Estado representa verdadeiras escolhas políticas consagradas por meio do orçamento aprovado por uma lei do orçamento do Poder Legislativo. Assim, “carece de legitimidade o acto de um juiz que se proponha alterar essa lei, modificando a afectação das receitas constante da lei do orçamento, ou que cometa ao Executivo o dever de a alterar para poder cumprir sentença do juiz”.<sup>542</sup>

No mesmo sentido, Fernando Facury Scaff aduz que “o papel do Poder Judiciário não é o de substituir o Poder Legislativo, transformando o que é ‘discricionariedade legislativa’ em ‘discricionariedade judicial’, mas o de dirimir conflitos nos termos da Constituição e das leis do País”.<sup>543</sup>

Por outro lado, há quem entenda que cabe ao Poder Judiciário concretizar os direitos fundamentais salvaguardados na Constituição Federal e, portanto, a imposição judicial ao Poder Executivo de que este cumpra um direito social pleiteado por um cidadão não representaria uma ingerência indevida do Judiciário na esfera da Administração Pública. Nesse sentido, “o próprio STF tem sustentado a tese de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a efectivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos”.<sup>544</sup>

De acordo com o pensamento supra, Paulo Gustavo Gonet Branco propugna por um significado de ativismo judicial que, ao prestigiar a realização dos direitos fundamentais, não malfere o princípio da separação de poderes e, em verdade, atua sob o manto do Estado Democrático de Direito. É o que se vê abaixo:

---

<sup>540</sup> NUNES, 2011, p. 11.

<sup>541</sup> Ibid., p. 11.

<sup>542</sup> Ibid., p. 36.

<sup>543</sup> SCAFF, 2011, p. 107.

<sup>544</sup> NUNES, op. cit., p. 33.

Se é ativismo que o Judiciário interfira em alguma medida na execução de políticas públicas, se em certas circunstâncias ele supera decisões tomadas pelos canais político-representativos, se em outras ocasiões supre omissões dos poderes políticos que ofendem direitos fundamentais e se, ao exercer a jurisdição constitucional, por vezes é levado a ir além da mera função de legislador negativo, nada disso é, por si só, evidência da atuação desbordante do princípio da separação de poderes ou das exigências da democracia representativa. Ao prestigiar soluções impostas pelos direitos fundamentais, mesmo em contrariedade à vontade de uma momentânea maioria política, a jurisdição presta culto à maioria de maior *status*, àquela que elaborou a Constituição. O Tribunal exerce, assim, função que se justifica no Estado Democrático de Direito, ajustando-se ao modelo de distribuição de competências plasmado na Constituição.<sup>545</sup>

Nesse trabalho, o sentido atribuído ao termo ora em análise perpassa pela observância da diferenciação entre o ativismo judicial e a judicialização. De acordo com Lenio Luiz Streck:

Há uma diferença central entre ativismo e judicialização. Naquele, ocorre a substituição dos juízos políticos, morais, etc., pelo juiz, circunstância que fragiliza o direito; quanto à judicialização, esta é contingencial; é inexorável que ocorra, dadas as características de nossa Constituição, nosso ordenamento e a complexidade social.<sup>546</sup>

A judicialização, portanto, surge enquanto um fenômeno contingencial (inevitável) e inerente às características da Constituição Federal de 1988. O ativismo judicial, por sua vez, recai sob “um problema de comportamento, em que o juiz substitui os juízos políticos e morais pelos seus, a partir de sua subjetividade”.<sup>547</sup>

Tendo em vista a supracitada distinção, a postura ativista envolve um pragmatismo jurídico<sup>548</sup> que remete à obra de Ronald Dworkin. Segundo esse autor, em contraposição ao direito como integridade, o ativismo judicial reflete:

[...] uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.<sup>549</sup>

<sup>545</sup> BRANCO, 2011, p. 398.

<sup>546</sup> STRECK, 2010, p. 113.

<sup>547</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#\\_ftn1\\_7788](http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>548</sup> O pragmatismo, enquanto concepção do direito, “estimula os juízes a decidir e a agir segundo seus próprios pontos de vista. Pressupõe que essa prática servirá melhor à comunidade – aproximando-a daquilo que realmente é uma sociedade imparcial, justa e feliz – do que qualquer outro programa alternativo que exija coerência com decisões já tomadas por outros juízes ou pela legislatura”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 186.

<sup>549</sup> *Ibid.*, p. 451-452.



Desse modo, ao conceber o direito como integridade, Dworkin condena o ativismo judicial e/ou qualquer prática que lhe seja correlata. Com efeito, os juízes devem aplicar a Constituição por intermédio da interpretação com o fito de alcançar decisões que se ajustem à prática constitucional (ou seja, sem ignorá-la). Assim, a alternativa mais plausível não seria um ativismo, “atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas, mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania”.<sup>550</sup>

Streck, com base nas lições de Konrad Hesse, assevera que uma postura ativista acarreta “uma decisão que vai além do próprio texto da Constituição”,<sup>551</sup> isto é, que transcende os limites da alteração formal e/ou da mutação constitucional para promover “o que Hesse chama de *rompimento constitucional*, quando o texto permanece igual, mas a prática é alterada pelas práticas das maiorias”.<sup>552</sup> Com base nisso, pode-se compreender o caráter democrático do problema, pois, em alguns casos, sem haver a alteração formal do texto constitucional, é como se tal alteração houvesse ocorrido, mas por meio do Poder Judiciário.

Feitos esses esclarecimentos, resta claro que o ativismo judicial: 1) ainda não é um tema que goza de unanimidade no plano doutrinário/jurisprudencial; 2) dá azo a certa falta de controle no processo hermenêutico-interpretativo. Este último aspecto ganha contornos mais preocupantes diante da crise (paradigmática) evidenciada na comunidade jurídica.

A crise (paradigmática)<sup>553</sup> que (ainda) permeia o “senso comum teórico”<sup>554</sup> dos juristas brasileiros reside na ideia de que se vive sob um paradigma social de direito (constitucionalismo social), no entanto continua-se preso a uma “prática simplesmente instrumental de interpretação/aplicação das normas”.<sup>555</sup> Ora, não há como pensar o novo (paradigma) sob os auspícios de velhas crenças metodológicas.

Essa desfuncionalidade do direito tem raízes mais antigas, remontando ao paradigma da modernidade e o seu respectivo projeto sociocultural. Tal paradigma encontra-se assentado em dois pilares, quais sejam: o pilar da regulação e o pilar da emancipação. O

---

<sup>550</sup> DWORKIN, 2007, p. 452.

<sup>551</sup> STRECK, 2011a, p. 53.

<sup>552</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>553</sup> Sobre o termo paradigma e as possibilidades de uma crise paradigmática, Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 10. ed. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

<sup>554</sup> WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982. p. 54.

<sup>555</sup> STRECK, 2010, p. 116.

primeiro é formado pelos princípios do Estado, do mercado e da comunidade. O segundo é composto por três modelos de racionalidade: a) racionalidade estético-expressiva da arte e da literatura; b) racionalidade moral-prática da ética e do direito; c) racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica. Os referidos pilares e os seus princípios se vinculam por “cálculos de correspondência”,<sup>556</sup> ou seja, cada lógica de emancipação racional contempla um meio de inserção privilegiado no pilar da regulação.<sup>557</sup>

Em decorrência das suas infinitas possibilidades, o projeto da modernidade contempla os excessos das promessas e a falta de cumprimento das mesmas. Nesse ínterim, a ciência assume um papel de destaque e, progressivamente, acaba “colonizando com a sua racionalidade as demais racionalidades em circulação no campo da emancipação”.<sup>558</sup>

Essa atitude cognoscitiva representou a base para a formação do pensamento jurídico moderno. Vale dizer, com a ascensão da burguesia ao poder político, nota-se que a racionalidade do direito foi confiada à lei e, assim sendo, a racionalidade moral-prática foi deslocada para a racionalidade cognitiva-instrumental.<sup>559</sup> Portanto, sob a base da filosofia da consciência, o direito foi entificado, isto é, transformado em objeto, “independente do fato de ser ele uma construção humana”.<sup>560</sup>

Esse processo de objetificação do direito fica evidente com a passagem do jusnaturalismo para o positivismo burguês do Século XIX, que vinculava o direito aos textos legais, e que tinha, como base metodológica do direito, a subsunção. Como consequência desse processo, há uma aliança entre o direito e a técnica, na medida em que a positivação do direito por intermédio das regras jurídicas passava a representar uma técnica aplicativa.<sup>561</sup> A questão é que, conforme alerta Martin Heidegger, “a essência da técnica não é, de forma alguma, nada de técnico”.<sup>562</sup> Vale dizer, a técnica moderna perpassa pelo esquecimento da condição humana e pela “progressiva maquinização dos entes em geral, em um evento radical

---

<sup>556</sup> De acordo com Boaventura de Souza Santos, a racionalidade estético-expressiva articula-se privilegiadamente com o princípio da comunidade, a racionalidade moral-prática liga-se preferencialmente ao princípio do estado e, por fim, a racionalidade cognitivo-instrumental tem uma correspondência específica com o princípio do mercado. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Transição Paradigmática: Da Regulação à Emancipação*. *Oficina do CES*, Coimbra, n. 25, p. 1-33, mar. 1991. p. 1-2.

<sup>557</sup> SANTOS, loc. cit.

<sup>558</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>559</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. Processo e Hermenêutica: a produção do direito como compreensão. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Nº 58, 1-24, 2005. p. 2. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_marco2005/index.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2005/index.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

<sup>560</sup> CARNEIRO, 2005, p. 2.

<sup>561</sup> CARNEIRO, 2008, p. 2466.

<sup>562</sup> HEIDEGGER, 2008a, p. 11.

e misterioso, que termina por prescrever ao existente uma forma de vida ordenada, uniforme, calculável e automática”.<sup>563</sup>

Nesse contexto, deve-se observar que o século XX trouxe contribuições importantes nas áreas do direito e da filosofia.<sup>564</sup> No direito, em função de diversas circunstâncias históricas e sociais, evidencia-se: a) a transição do Estado Liberal para o Estado Social; b) o reconhecimento formal dos direitos sociais, econômicos e culturais; c) uma mudança dos interesses tradicionalmente individuais para os interesses transindividuais; d) o surgimento do Estado Democrático de Direito com a preocupação de transformar a realidade. Nesse novo paradigma, o fenômeno jurídico assume um elevado grau de autonomia frente à política, e a Constituição passa a ser um dos principais elementos na concretização da democracia.<sup>565</sup>

Já na filosofia, o *linguistic turn* (invasão da filosofia pela linguagem) proporcionou um novo olhar sobre a interpretação e a compreensão. A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa interposta entre o sujeito e o objeto, passa a figurar enquanto condição de possibilidade para o processo compreensivo.<sup>566</sup> Nesse sentido, Hans-Georg Gadamer<sup>567</sup> assevera que:

[...] na concepção da experiência humana de mundo que se dá na linguagem não se calcula ou mede simplesmente o dado, mas vem à fala o ente, tal como se mostra ao homem, como ente e como significante. É aqui – e não no ideal metodológico da construção racional que domina a moderna ciência natural da matemática – que se poderá reconhecer a compreensão que se exerce nas ciências do espírito.

À revelia de tais contribuições, o fenômeno jurídico manifesta os sintomas de uma crise. Trata-se de uma crise da tradição metafísica,<sup>568</sup> que continua a alicerçar a compreensão- interpretação-aplicação do direito no Brasil. Ou seja, com base no pensamento metafísico, a construção do conhecimento jurídico ainda encontra-se atrelado aos cânones da dicotomia sujeito-objeto.<sup>569</sup>

<sup>563</sup> RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica: prospectos acerca do futuro do homem*. Porto Alegre: Sulina, 2006. p. 45.

<sup>564</sup> STRECK, Lenio Luiz. Um balanço hermenêutico dos vinte anos da Constituição do Brasil: Ainda o problema do positivismo jurídico. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coord.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008a. p. 185.

<sup>565</sup> *Ibid.*, p. 185-186.

<sup>566</sup> *Ibid.*, p. 186.

<sup>567</sup> GADAMER, 2012, p. 588-589.

<sup>568</sup> STEIN, 2001, p. 15.

<sup>569</sup> STRECK, 2008a, p. 186.

Esses são os contornos da crise (paradigmática) do direito marcada pelo “panprincipiologismo”,<sup>570</sup> pela prevalência do esquema sujeito-objeto e pela existência de uma racionalidade cognitiva-instrumental que continua a (pre)dominar (n)a comunidade jurídica.<sup>571</sup> É nesse sentido que alguns aspectos como o ativismo judicial e a ponderação se tornaram proeminentes no plano da doutrina e da *práxis* jurídica brasileira.<sup>572</sup> O problema é que, como adverte Lenio Streck, a partir da proporcionalidade e da ponderação, “é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e da proporcionalidade (ou da razoabilidade)”.<sup>573</sup>

Diante disso, adota-se, aqui, como alicerce teórico a hermenêutica-filosófica – derivada da fenomenologia hermenêutica – enquanto corrente contemporânea que vem para romper com a relação sujeito-objeto, e que busca enfrentar uma nova circularidade que ponha em xeque as possibilidades epistemológicas da técnica. Essa é uma condição de possibilidade para se pensar nos direitos fundamentais e na concretização da sua dimensão positiva.<sup>574</sup>

Feitas essas considerações, conclui-se pela necessidade de se buscar a resposta hermeneuticamente adequada à concretização da Constituição. Nessa etapa, busca-se traçar as bases para a realização de uma judicialização atenta ao projeto constitucional (e não ativista, nos moldes aqui trabalhados), tendo como fito a melhor concretização do direito à saúde.

Em síntese, objetiva-se realizar uma análise hermenêutico-filosófica que enfrente os principais dilemas da judicialização da saúde e aproxime essa matriz teórica das decisões judiciais que versam sobre a disciplina sanitária no Brasil. Nesse trabalho, a mencionada aproximação será feita a partir das obras de autores como Hans-Georg Gadamer, Martin Heidegger, Paul Ricoeur, Lenio Luiz Streck, Jean Grondin, Luiz Rohden, Wálber Carneiro, Nelson Cerqueira, Ernildo Stein, Alexandre Morais da Rosa, dentre outros. Ademais, tendo em vista o sentido (amplo) de acesso à justiça, o presente estudo também irá analisar algumas alternativas de cunho prático que podem contribuir para a efetivação do direito à saúde.

---

<sup>570</sup> Em face da proliferação de princípios jurídicos, Lenio Streck alerta para a existência do fenômeno denominado de panprincipiologismo. Segundo o autor, na ausência de leis apropriadas, o intérprete/aplicador se vale dessa ampla principiologia, “sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o intérprete pode criá-lo. Em tempos de ‘densa principiologia’ e ‘textura aberta’, tudo isso propicia a que se dê um novo *status* ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto ‘programa normativo-vinculante’, mas, sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de ‘supraconstitucionalidade’”. STRECK, 2011a, p. 538-539.

<sup>571</sup> STRECK, 2010, p. 117.

<sup>572</sup> STRECK, 2011a, p. 55.

<sup>573</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>574</sup> CARNERO, 2008, p. 2469.

#### **4 COMO O DIREITO À SAÚDE PODE VIR A SER CONCRETIZADO NO BRASIL? UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA ENTRE A ATUAÇÃO JUDICIAL E A BUSCA DE ALTERNATIVAS**

Após verificar alguns aspectos que cercam a (insuficiente) concretização do direito à saúde no Brasil, faz-se necessária uma reflexão voltada para responder ao seguinte questionamento: como o direito à saúde pode vir a ser concretizado?

Com essa pergunta, não se tem a pretensão de alcançar repostas definitivas e absolutas sobre o tema que vem sendo discutido ao longo deste trabalho. Em verdade, um dos principais objetivos aqui presentes volta-se para a compreensão de como o direito, enquanto área do conhecimento que possui ampla influência sobre o aspecto político-social, pode contribuir para a efetividade do direito à saúde em tempos de Estado Democrático de Direito.

Nessa etapa, portanto, intenta-se propor algumas reflexões cujas preocupações centrais encontram-se diretamente relacionadas com a concretização do direito à saúde. Para tanto, avalia-se inicialmente o sentido (amplo) de acesso à justiça e, em seguida, a abordagem será dividida em dois eixos temáticos. No primeiro, diante do papel de relevo assumido pelo Poder Judiciário no contexto da judicialização da saúde, trilha-se um caminho hermenêutico em busca da resposta constitucionalmente adequada. Por fim, o enfoque recai sobre algumas alternativas de cunho prático que podem contribuir para a efetivação do direito à saúde.

##### **4.1 O SENTIDO DE ACESSO À JUSTIÇA**

A expressão acesso à justiça é de difícil definição, mas serve para indicar duas finalidades basilares do sistema jurídico, quais sejam: a materialização de um sistema igualmente acessível a todos; e a produção de resultados que sejam individual e socialmente justos.<sup>575</sup>

Tal qual a evolução evidenciada entre o Estado e a sociedade,<sup>576</sup> o sentido de acesso à justiça também tem sido objeto de transformações ao longo do tempo. No Estado Liberal, por exemplo, os procedimentos adotados para solução dos litígios guardavam correspondência com uma filosofia individualista dos direitos, o que assegurava “o acesso

---

<sup>575</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

<sup>576</sup> Cf. 2.1.2 Direitos fundamentais, Estado e sociedade: do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito.

formal, mas não efetivo à justiça”.<sup>577</sup> Com o crescimento das sociedades e a ampliação (dimensional) dos direitos fundamentais, tornou-se comum destacar que atuação positiva do Estado representa um fator importante para a tutela de diversos direitos sociais básicos, tais como os direitos ao trabalho, à saúde e à educação.<sup>578</sup>

Assim sendo, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido enquanto condição de possibilidade para se pensar na aplicabilidade dos diversos direitos individuais e sociais, “uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.<sup>579</sup>

De tal modo, o acesso à justiça pode ser compreendido como um elemento indispensável para o sistema jurídico que pretenda garantir, e não apenas enunciar os direitos. O acesso, além de ser um direito social fundamental em crescente reconhecimento,<sup>580</sup> inspira-se de algum modo “no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum”.<sup>581</sup>

#### **4.1.1 Acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**

Nesse trabalho, tem-se destacado que, por uma distorção sistêmico-funcional, a concretização das políticas públicas tem migrado dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Dessa forma, cumpre ressaltar que existe uma relação de proximidade entre o direito de acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Apesar disso, nota-se que ambos os conceitos não se confundem.<sup>582</sup>

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, XXXV,<sup>583</sup> consagrou o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, também denominado de princípio do direito de ação ou do direito à jurisdição, ao designar expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.<sup>584</sup>

Diante disso, resta evidente a relação de aproximação entre o direito de acesso à justiça e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Afinal, a ideia de direito de

---

<sup>577</sup> CAPPELLETTI, 1988, p. 9.

<sup>578</sup> Ibid., p. 10-11.

<sup>579</sup> Ibid., p. 11-12.

<sup>580</sup> Ibid., p. 12-13.

<sup>581</sup> Ibid., p. 8.

<sup>582</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011. p. 166.

<sup>583</sup> Art. 5. 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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

<sup>584</sup> SOUZA, 2011, p. 166.

ação (ou de direito à jurisdição) já acaba envolvendo a ideia de acesso à justiça. Dessa forma, não seria possível refletir sobre o acesso à justiça:

[...] sem o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, na medida em que se fosse dada a qualquer agente estatal a possibilidade de afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional estar-se-ia claramente a negar o acesso à justiça.<sup>585</sup>

No entanto, como visto, a identificação de ambos os conceitos é apenas parcial, isto é, tais conceitos não se confundem. Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional se limita a assegurar o direito de ação e, por outro lado, o direito de acesso à justiça envolve um sentido mais amplo, uma vez que também leva em consideração o direito a decisão que observe o devido processo legal e seja devidamente fundamentada, eficaz, equitativa e proferida em tempo razoável.<sup>586</sup>

#### 4.1.2 O sentido (amplo) de acesso à justiça

Como visto, o direito de acesso à justiça envolve um sentido amplo, ou seja, um sentido que se volta para a salvaguarda do direito de ação e do direito a uma decisão equitativa (justa), em tempo razoável e eficaz.<sup>587</sup>

É que o sentido atual de acesso à justiça não pode se limitar ao exame meramente literal, segundo o qual o acesso à justiça envolveria tão somente a postulação ao Estado-juiz, tal como se fosse suficiente assegurar ao cidadão o “direito à *porta de entrada*”<sup>588</sup> dos tribunais. Com efeito, a garantia do direito de ação é indispensável para a realização do direito de acesso à justiça e, nesse particular, cabe ao Estado instituir órgãos jurisdicionais e assegurar o acesso dos cidadãos aos mesmos. Mas, em um contexto estatal que envolve praticamente a monopolização do poder jurisdicional, a garantia do direito de ação se mostra como algo elementar.<sup>589</sup> Ou seja, “se é indispensável a *porta de entrada*, necessário igualmente é que exista a *porta de saída*”<sup>590</sup> dos tribunais.

De tal modo, Wilson Alves de Souza conclui que, do ponto de vista jurídico, o sentido de acesso à justiça “vai muito além do sentido literal. Significa também o direito ao

---

<sup>585</sup> SOUZA, 2011, p. 166.

<sup>586</sup> Ibid., p. 166-167.

<sup>587</sup> Ibid., p. 22.

<sup>588</sup> Ibid., p. 25, (grifo do autor).

<sup>589</sup> Ibid., p. 25-26.

<sup>590</sup> Ibid., p. 26, (grifo do autor).

devido processo, vale dizer, direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz”.<sup>591</sup>

Além disso, conforme alerta Paulo César Santos Bezerra, o direito de acesso à justiça não pode ser tratado a partir de uma perspectiva reducionista de acesso ao processo (ou ao Poder Judiciário). Assim, “tanto o direito como a justiça são tomados num espectro bem mais amplo, é dizer, o acesso aos direitos não se resume ao acesso ao processo apenas, e o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao Judiciário”.<sup>592</sup>

Isso significa dizer que a problemática do acesso à justiça não pode ser reduzida aos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes. De acordo com Kazuo Watanabe, “não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*”.<sup>593</sup> Portanto, além da via judicial, faz-se necessário “analisar o acesso aos direitos e à justiça numa perspectiva que conceda ao próprio acesso a qualidade de um direito, e de um direito humano e fundamental”.<sup>594</sup>

O acesso à justiça é, portanto, dentre os demais, também um direito. Afinal, não se pode falar de direito subjetivo de ação perante o Judiciário, nem de direito à saúde, sem efetivamente haver uma acessibilidade a esses direitos.<sup>595</sup> Em verdade, tal acesso é, ao mesmo tempo, um direito fundamental e uma garantia máxima, “pelo menos quando houver violação a algum direito, porque havendo essa violação, todos os demais direitos fundamentais e os direitos em geral, ficam na dependência do acesso à justiça”.<sup>596</sup>

Dessa forma, o acesso à justiça passa a ser percebido como um elemento importante para o mecanismo de efetivação dos outros direitos, ou seja, “é o meio intrínseco à ordem jurídica através do qual a tessitura social reivindica ao Poder Público tutela e respeito aos valores e anseios que ela definiu como irrenunciáveis”.<sup>597</sup> Trata-se, por via de consequência, de um tema transversal que atinge tanto o Judiciário, o Legislativo e o Executivo, bem como as organizações sociais e os cidadãos.<sup>598</sup>

<sup>591</sup> SOUZA, 2011, p. 26.

<sup>592</sup> BEZERRA, 2007, p. 49-50.

<sup>593</sup> WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128, (grifo do autor).

<sup>594</sup> BEZERRA, op. cit., p. 50.

<sup>595</sup> BEZERRA, 2008, p. 192.

<sup>596</sup> SOUZA, op. cit., p. 84.

<sup>597</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Projeto de Cooperação Técnica Internacional BRA/12/013 – Fortalecimento do Acesso à Justiça no Brasil*, p. 2. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/projects/BRA/SRJ%20novo%20projeto\\_texto\\_final.doc](http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/projects/BRA/SRJ%20novo%20projeto_texto_final.doc)>.

Acesso em: 26 jul. 2014.

<sup>598</sup> Ibid., p. 3.



Posto isso, cumpre ressaltar que a democracia e a justiça social não são concretizadas tão somente por intermédio do acesso a justiça. Ora, esse é um direito fundamental de suma importância, uma vez que os demais direitos fundamentais podem ser violados. A questão é que, além do acesso a justiça, o Estado deve se preocupar com a promoção de políticas públicas efetivas que consigam proporcionar boas condições de saúde para todos.

Em outras palavras, em tempos em que o Poder Judiciário é visto como a última opção dentre os demais poderes, tornou-se comum acreditar que nele reside a solução de todos os nossos problemas. Ocorre, todavia, que a edificação de uma democracia (enquanto organização social) perpassa pela necessária observância das limitações que cercam tal poder, bem como pela “importância do bom funcionamento da política, seja no âmbito do Poder Legislativo, seja no âmbito da Administração Pública”.<sup>599</sup> Vale dizer, os sistemas político e jurídico devem funcionar abertos a influências recíprocas, mas sem que ambos os sistemas se descaracterizem.<sup>600</sup>

Destarte, pode-se afirmar que a efetividade do direito fundamental à saúde perpassa pelo bom funcionamento do sistema político de saúde, mas, quando tal sistema não consegue atender satisfatoriamente as demandas da população, o sistema do direito é convocado para dar respostas.<sup>601</sup>

Nesse contexto, o sentido (amplo) de acesso à justiça se destaca como um direito fundamental e uma garantia máxima, o que inclui a garantia do direito de ação e o direito ao devido processo, isto é, “direito às garantias processuais, julgamento equitativo (justo), em tempo razoável e eficaz”.<sup>602</sup> Ademais, tal direito não deve ser restringido a uma perspectiva reducionista de acesso ao Poder Judiciário.<sup>603</sup> Fala-se, aqui, na viabilização do “acesso à ordem jurídica justa”,<sup>604</sup> o que pode incluir o estudo de alternativas para a efetivação do direito à saúde, conforme se intentará demonstrar ao final desse capítulo.

---

<sup>599</sup> CARNEIRO, Wálber Araújo. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. (Coords.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Dois de Julho, 2013. p. 148.

<sup>600</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

<sup>601</sup> VIAL, 2010, p. 191.

<sup>602</sup> SOUZA, 2011, p. 26.

<sup>603</sup> BEZERRA, 2007, p. 49-50.

<sup>604</sup> Segundo Kazuo Watanabe, o direito de acesso à ordem jurídica justa é composto pelos seguintes dados elementares: “(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica

Assim, diante do papel de relevo assumido pelo Poder Judiciário no contexto da judicialização da saúde, passa-se a trilhar um caminho hermenêutico em busca da resposta constitucionalmente adequada.

## 4.2 EM BUSCA DA RESPOSTA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA: UMA ANÁLISE HERMENÊUTICA DA ATUAÇÃO JUDICIAL

O caminho que cerca a busca da resposta constitucionalmente adequada poderia ser ilustrado a partir de uma estrada antiga, com buracos, declives e outras imperfeições que, certamente, dificultam a vida de quem se guia por esse caminho. Isso, pois essa busca não data de agora e, em verdade, o desgaste e as deficiências da mencionada estrada nada mais são do que representações das diversas tentativas e dificuldades encontradas por quem já se debruçou sobre essa temática.

Aqui, em princípio, identifica-se a hermenêutica jurídico-filosófica como alternativa para se (re)pensar o direito em tempos de pós-positivismo e de (neo)constitucionalismo. Em seguida, abordam-se as possibilidades concretizadoras da referida hermenêutica (Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer, dentre outros), bem como a necessidade de respostas corretas em direito. Ao projetar a busca da resposta constitucionalmente adequada, apresentam-se o direito como integridade (Ronald Dworkin), a tese da resposta correta (Lenio Streck) e a hermenêutica jurídica heterorreflexiva (Wálber Carneiro). Por fim, alia-se a busca da resposta correta ao direito à saúde e apontam-se algumas possibilidades reflexivas em torno da atuação judicial.

### 4.2.1 A hermenêutica jurídico-filosófica como alternativa para se (re)pensar o direito em face do pós-positivismo e do (neo)constitucionalismo

Desde logo, insta esclarecer o “lugar da fala”, ou seja, sobre “o quê” estamos falando<sup>605</sup>. Esse trabalho volta-se, inicialmente, para as disfunções oriundas do “positivismo normativista pós-kelseniano”,<sup>606</sup> ou seja, o “positivismo que admite

---

justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela dos direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo à Justiça com tais características”. WATANABE, Kazuo, 1988, p. 135.

<sup>605</sup> STRECK, 2011a, p. 31.

<sup>606</sup> Ibid., p. 31.

discricionariedades”.<sup>607</sup> Vale dizer, em meio às reflexões dessa investigação, não cabe retomar toda a problemática em torno da superação do velho positivismo exegético que ainda associava o direito ao texto e, além disso, se valia de conceitos como a analogia e princípios gerais do direito enquanto instrumentos aptos a solucionar os problemas de interpretação do direito.<sup>608</sup>

Como se sabe, em meio ao avançar da história, o mito da completude sintático-semântica de interpretação oriunda do positivismo exegético caiu por terra e, nesse momento, evidenciou-se o problema da indeterminabilidade que abrange o sentido do direito.<sup>609</sup> Dessa forma, começa a se notar a complexidade que envolve a atividade de interpretação e aplicação de um “direito geral e abstrato de natureza estruturalmente indeterminada”.<sup>610</sup>

Por via de consequência, percebe-se igualmente que a complicada tarefa de interpretar/aplicar esse direito geral e abstrato demanda a superação da crença irracional de que os textos (produzidos racionalmente) pudessem reduzir o alto nível de complexidade social “a ponto de tornar esse trabalho de interpretação e aplicação do direito uma tarefa mecânica e automatizada”.<sup>611</sup>

É nesse ambiente que surge Hans Kelsen<sup>612</sup> com um positivismo normativista que supera o positivismo exegético a partir da busca por uma ciência pura (e não por um direito puro, descoberto pela razão), que promova um recorte na complexidade do fenômeno jurídico em meio a uma operabilidade nos limites da lógica.<sup>613</sup> A questão é que, ao fazer a ciência pura do direito, Kelsen acaba abandonando o principal problema do direito, qual seja, a interpretação concreta, a *applicatio*. Não há a pretensão, aqui, de explorar os contornos da obra desse importante autor, no entanto insta esclarecer que uma das preocupações centrais desse trabalho reside ante “o problema lançado por Kelsen e que perdura de modo difuso e, por vezes, inconsciente no imaginário dos juristas: a discricionarieidade do intérprete ou do decisionismo presente na metáfora da ‘moldura da norma’”.<sup>614</sup> Esse é o ponto de partida para a compreensão do positivismo que (ainda) se manifesta nos dias atuais sob as vestes do (neo)constitucionalismo e do pós-positivismo.

---

<sup>607</sup> STRECK, 2011a, p. 31.

<sup>608</sup> Ibid., p. 31-32.

<sup>609</sup> Ibid., p. 32.

<sup>610</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 15.

<sup>611</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, loc. cit.

<sup>612</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>613</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 161.

<sup>614</sup> STRECK, 2011a, p. 33.

O fato é que as respostas ao neopositivismo kelseniano só ganharam mais contundência após a experiência dos regimes totalitários (no período que intercala as duas guerras mundiais) e a perplexidade mundial gerada em face do holocausto. Nesse período, percebe-se um ambiente propício ao surgimento das concepções culturalistas<sup>615</sup> e de “um movimento complexo que não possui uma unidade teórica, mas que contempla um compromisso ideológico em torno do qual se congrega uma série de propostas epistemológicas: o neoconstitucionalismo”.<sup>616</sup>

Miguel Carbonell esclarece que essa é “una materia que está lejos de considerarse como consolidada, tanto en la práctica como en la teoría”.<sup>617</sup> Não se trata, portanto, de um modelo consolidado, “y quizá ni siquiera pueda llegar a estabilizarse en el corto plazo, pues contiene en su interior una serie de equilibrios que difícilmente pueden llegar a convivir sin problemas”.<sup>618</sup>

Inobstante essas considerações, o termo neoconstitucionalismo<sup>619</sup> virou lugar-comum no cenário jurídico brasileiro, tornando-se possível dizer que há hoje uma espécie de modismo quanto à utilização da supracitada expressão.<sup>620</sup> Isso não causa mais estranheza, afinal, como diz Alexandre Morais da Rosa, “o cenário judiciário acabou, pois, transformando-se no cenário próximo ao da moda”,<sup>621</sup> ou seja, “a ‘hermenêutica tradicional’ continua operando com noções que não fazem mais sentido do ponto de vista hermenêutico, mas estão na moda”.<sup>622</sup>

Com efeito, ocorre com o neoconstitucionalismo o mesmo que acontece com a expressão pós-positivismo. Ambas as expressões refletem um complexo de ideias, “consonantes e dissonantes, inclusive acentuadamente colidentes, de um espectro de concepções intrincadas, nem sempre claras, em tantas ocasiões meramente sugestivas, o que pode gerar um sentimento de dúvida, de aturdimento ou de hesitação”.<sup>623</sup> Certo é que se trata

<sup>615</sup> Cf. REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002; COSSIO, Carlos. *La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

<sup>616</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 163.

<sup>617</sup> CARBONELL, Miguel. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 11.

<sup>618</sup> CARBONELL, loc. cit.

<sup>619</sup> Sobre o tema, Cf. CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009; CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

<sup>620</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 239.

<sup>621</sup> ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica-filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Org.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a, p. 129.

<sup>622</sup> Ibid., p. 128.

<sup>623</sup> OLIVEIRA, op cit., p. 240.

de um saber em formação, que caminha por diferentes trilhos, sendo marcado pela incompletude e pelo seu destino incerto.<sup>624</sup>

Chamam a atenção essas expressões que estão na moda, pois, como bem alerta Fábio de Oliveira, vive-se “em um tempo no qual *neo* e *pós* ganharam profusão, onde há o risco do *neo* não ser propriamente *novo* ou do *pós* não ser realmente *posterior*, ou seja, do *neo* ser o *velho* travestido e do *pós* nada mais ser do que o pretérito com outra roupagem”.<sup>625</sup>

O neoconstitucionalismo, em especial, ganha ares de algo novo (*neo*), pois está relacionado ao contexto constitucional surgido a partir do término da II Guerra Mundial.<sup>626</sup> Nessa quadra, era necessário ir além das constituições de cunho liberal em direção ao constitucionalismo social, dirigente e compromissário, que permitisse a efetivação de um regime democrático.<sup>627</sup> O neoconstitucionalismo, portanto, pode ser entendido como “fenômeno que engloba a legislação, a doutrina e a jurisprudência, ao lado de uma nova concepção de sociedade, do indivíduo, do Estado”.<sup>628</sup>

Fábio de Oliveira, em texto sobre o tema, elenca cerca de vinte elementos que caracterizam o neoconstitucionalismo, dentre os quais, mencionam-se alguns a guisa de uma melhor compreensão do conteúdo neoconstitucional: a) uma mescla entre filosofia e direito constitucional; b) a centralidade obtida pela Constituição no ordenamento positivo; c) a constatação dos direitos fundamentais enquanto núcleo da Lei Fundamental; d) a admissão das dimensões dos direitos fundamentais enquanto um todo, que não pode ser desmembrado; e) a abertura do sistema jurídico, nos moldes de uma *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*; f) a disponibilidade de canais diretos de democracia; g) a proeminência da atividade jurisdicional, a explicitar um deslocamento das decisões do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, a traduzir um *Judiciário Ativista*; h) a existência de um potente instrumental para a operacionalidade do direito, ou seja, uma hermenêutica bem aparelhada, com aparelhos competentes, tais como o princípio da razoabilidade e a técnica da ponderação; i) a afirmação da força normativa da Constituição.<sup>629</sup>

Paolo Comanducci,<sup>630</sup> ao analisar as formas de (neo)constitucionalismo,<sup>631</sup> assevera que, como teoria do direito, tal movimento caracteriza-se pelo destaque conferido à

<sup>624</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 240.

<sup>625</sup> Ibid., p. 240-241, (grifo do autor).

<sup>626</sup> Ibid., p. 244.

<sup>627</sup> STRECK, 2011a, p. 36.

<sup>628</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 244.

<sup>629</sup> Ibid., p. 244-246.

<sup>630</sup> COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 83.

Constituição, pela positivação de um catálogo de direitos fundamentais, por um sistema constitucional preenchido por princípios e regras e, em arremate, por algumas peculiaridades que cercam a dinâmica de interpretação e aplicação das normas constitucionais. Enquanto ideologia, ao invés de se limitar a descrever os avanços do processo de constitucionalização, propugna-se pela sua defesa e ampliação, especialmente no que tange aos direitos fundamentais. Em seu aspecto metodológico, os princípios constitucionais passam a ser vistos como uma ponte entre o direito e a moral.<sup>632</sup>

Luis Prieto Sanchís,<sup>633</sup> em esforço de síntese, elenca cinco características a fim de descrever a teoria neoconstitucional:

Más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas.

Desde já, algumas observações fazem-se percucientes. Em princípio, não cabe esquecer os avanços das teorias jurídicas em relação ao positivismo primitivo, bem como ao modelo de Hart<sup>634</sup> e ao neopositivismo kelseniano.<sup>635</sup> Nesse particular, há de se destacar o papel que a filosofia do direito volta a ocupar, sobretudo enquanto temática central nas discussões que envolvem o exercício democrático e a prática do constitucionalismo.<sup>636</sup>

Ademais, deve-se observar que as matrizes atentas à complexidade do fenômeno jurídico sempre tiveram a pretensão de realizar uma espécie de controle hermenêutico-aplicativo, isto é, uma redução da generalidade do direito.<sup>637</sup> É que, de acordo com Menelick Netto e Guilherme Scotti, um dos principais problemas relacionados ao direito moderno, “agora claramente visível graças à vivência acumulada, é exatamente o enfrentamento do

<sup>631</sup> Nesse trabalho, o autor cita três formas de neoconstitucionalismo, quais sejam: neoconstitucionalismo teórico, ideológico e metodológico. Cf. COMANDUCCI, Paolo, 2009, p. 82-98.

<sup>632</sup> Ibid., p. 83-93.

<sup>633</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 131-132.

<sup>634</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>635</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 164.

<sup>636</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 23-25.

<sup>637</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 165.

desafio de se aplicar adequadamente normas gerais e abstratas a situações de vida sempre individualizadas e concretas, à denominada situação de aplicação”.<sup>638</sup>

Essa necessidade epistêmico-estrutural em torno de um maior controle hermenêutico-aplicativo se vê aumentada na medida em que os princípios surgem, em sua acepção clássica, enquanto elementos normativos que ensejam “uma nova possibilidade de abertura”<sup>639</sup> e/ou como uma forma libertária de interpretação do direito (e da decisão jurisdicional).<sup>640</sup> Dito de outro modo, os princípios consistiriam em cláusulas abertas, espaço destinado à ampla atuação (subjativa) do juiz.<sup>641</sup>

De logo, cabe esclarecer que essa não é a noção de princípio<sup>642</sup> adotada neste trabalho. Em verdade, entende-se que “por mais paradoxal que possa parecer, os princípios têm a finalidade de impedir as ‘múltiplas respostas’. Portanto, os princípios ‘fecham’ a interpretação e não a ‘abrem’”.<sup>643</sup> Tal raciocínio perpassa por uma ressignificação dos princípios, destacando que sua aplicação gera uma espécie de “*fechamento interpretativo*, e não de *abertura* como sustentam os adeptos do neoconstitucionalismo e das teorias da argumentação”.<sup>644</sup>

Dito isto, remanescem os seguintes questionamentos: o neoconstitucionalismo é realmente algo novo? E o pós-positivismo?

De acordo com Lenio Streck, o neoconstitucionalismo pode ser entendido, no Brasil, como um incentivo à incorporação acrítica da jurisprudência de valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy e do ativismo judicial. É o que se vê no trecho abaixo:

Esse belo epíteto – cunhado por um grupo de constitucionalistas espanhóis –, embora tenha representado um importante passo para afirmação da força normativa da Constituição na Europa continental, no Brasil, acabou por incentivar/institucionalizar uma recepção acrítica da Jurisprudência dos Valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy (que cunhou o procedimento da ponderação como instrumento pretensamente racionalizador da decisão judicial) e do ativismo judicial norte-americano.<sup>645</sup>

<sup>638</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 127.

<sup>639</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 165.

<sup>640</sup> STRECK, 2011a, p. 56.

<sup>641</sup> Ibid., p. 221.

<sup>642</sup> Sobre o tema, Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

<sup>643</sup> STRECK, op. cit., p. 221.

<sup>644</sup> TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 130.

<sup>645</sup> STRECK, op. cit., p. 35.

Assim, no bojo da Constituição Federal de 1988, é imprescindível reconhecer que o neoconstitucionalismo não constitui algo novo, isto é, a partir dessa expressão, volta-se ao problema do protagonismo judicial, da ponderação de valores enquanto método apto à resolução dos conflitos, enfim, ainda subsiste uma movimentação sob o prisma da filosofia da consciência, sem atentar para o giro linguístico-ontológico.<sup>646</sup> Paolo Comanducci, ao fazer algumas considerações críticas sobre o tema, chega a afirmar que, se tal concepção teórica aceitar a conexão contingente entre direito e moral, “la teoría del Derecho neoconstitucionalista resulta ser nada más que el positivismo jurídico de nuestros días”.<sup>647</sup>

Os juristas devem estar atentos a essas questões, sob pena de admitirem (sem, na maioria das vezes, sequer perceberem) que as decisões judiciais dependem da consciência do magistrado,<sup>648</sup> isto é, há de se refletir que a justiça e o Poder Judiciário não podem ficar reféns da opinião pessoal que os intérpretes/aplicadores possuem sobre o direito ou determinado fenômeno social, haja vista esses fenômenos serem intersubjetivos (devem ocorrer na relação sujeito-sujeito e não diante de um indivíduo isoladamente considerado).<sup>649</sup>

O mesmo ocorre com a expressão pós-positivismo. Vale dizer, as vertentes teóricas que buscam novas bases para repensar o direito acusam, de uma maneira geral, o esgotamento do positivismo. No entanto, ao mesmo tempo em que há uma preocupação com a busca pelo novo, nota-se uma tendência (alienante) de não se desvencilhar dos vestígios oriundos do(s) positivismo(s). O resultado desse processo “é uma espécie de repriminção das velhas teses das teorias positivistas clássicas e das do neopositivismo que, evidentemente, trazem consigo o mesmo vírus que contaminava o legatário: a aposta na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão”.<sup>650</sup>

Diante disso, o dilema continua a ser o mesmo: o que fazer para controlar a decisão judicial? Esse enfrentamento é realizado por diversos autores, cada um ao seu modo, com o intuito de lidar com a indeterminação do direito e resgatar a racionalidade moral-prática perdida desde os tempos do positivismo exegético.<sup>651</sup> Essa é uma questão de extrema importância na área do direito à saúde (e do direito como um todo), pois se vive uma época de judicialização da política, em que o Poder Judiciário passa a ser o centro das discussões. Assim, faz-se imperioso (re)discutir como controlar as decisões judiciais, questão essa que ainda não encontrou um ponto de chegada pacífico.

---

<sup>646</sup> STRECK, 2011a, p. 36.

<sup>647</sup> COMANDUCCI, 2009, p. 88.

<sup>648</sup> STRECK, 2010, p. 105.

<sup>649</sup> Ibid., p. 115.

<sup>650</sup> STRECK, 2011a, p. 501.

<sup>651</sup> Ibid., p. 501-502.



Como ponto de partida dessa discussão, opta-se por seguir uma das alternativas teóricas que, de acordo com os desígnios desse trabalho, mais se adaptam às angústias constitucionais narradas acima. Trata-se da hermenêutica filosófica, enquanto matriz antidiscricionária que aposta na existência de respostas corretas.<sup>652</sup>

Ao optar por esse caminho, há a plena consciência de que talvez ele seja um dos mais árduos. Isso porque há um “hiato entre a hermenêutica filosófica e a decisão judicial”,<sup>653</sup> ou seja, existe um fosso entre os (vários) trabalhos acadêmicos – difundidos sob essa lente teórica – e sua implementação a partir das decisões jurisdicionais. Vale dizer, a hermenêutica filosófica está “fora da moda” e, além disso, existe certo preconceito contra se buscar fora do direito as coordenadas para a função hermenêutica na prática da contemporaneidade.<sup>654</sup>

Assim, tal como Alexandre Morais da Rosa, entende-se que é preciso “resgatar a enunciação e a compreensão autêntica, via *Hermenêutica Filosófica*”.<sup>655</sup> Essa é uma alternativa para se (re)pensar o direito em tempos de pós-positivismo e de neoconstitucionalismo.

#### **4.2.2 As possibilidades concretizadoras da hermenêutica de cariz filosófico<sup>656</sup>**

Identificada a hermenêutica jurídico-filosófica enquanto alternativa a ser desenvolvida nesse trabalho, faz-se imprescindível aclarar os motivos da opção, ou seja, quais são as possibilidades concretizadoras da hermenêutica de cariz filosófico.

De antemão, pode-se constatar a existência de uma crise (paradigmática) a qual já foi objeto de análise anteriormente<sup>657</sup>. Diante dessa crise, afirma-se que o mais apropriado é analisar os novos paradigmas emergentes e, em um contexto de transição, elaborar soluções adequadas.<sup>658</sup> Ora, o direito e a filosofia evoluem e, por conseguinte, há de se tentar construir respostas à luz de tais evoluções, sob pena de haver um retrocesso a velhos problemas.

---

<sup>652</sup> STRECK, 2011a, p. 503.

<sup>653</sup> ROSA, 2011a, p. 128.

<sup>654</sup> *Ibid.*, p. 128.

<sup>655</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>656</sup> Esse tópico apresenta algumas reflexões já divulgadas em capítulo de livro sobre a hermenêutica jurídica. Cf. ALVES, João Vitor de Souza. *Direito, Hermenêutica e Decisão: o papel da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico*. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D'Ávila (Coords.). *Hermenêutica*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

<sup>657</sup> Cf. 3.2.5 O ativismo judicial em meio a uma crise (paradigmática) do Poder Judiciário.

<sup>658</sup> De acordo com Thomas S. Kuhn, “freqüentemente, um novo paradigma emerge - ao menos embrionariamente - antes que uma crise esteja bem desenvolvida ou tenha sido explicitamente reconhecida”. KUHN, 2011, p. 117.

No direito, por exemplo, restou retratada inicialmente a evolução desde o Estado Liberal até o atual Estado Democrático de Direito. No plano da filosofia, por sua vez, houve uma evolução acentuada, especialmente a partir do século XX, na medida em que ocorreu o giro hermenêutico.<sup>659</sup>

A virada da hermenêutica, ou seja, da moderna à ontológica, explicita-se no termo *hermeneutic turn*, iniciado por Martin Heidegger<sup>660</sup> como hermenêutica da faticidade enquanto filosofia hermenêutica e, posteriormente, desenvolvida por Hans-Georg Gadamer<sup>661</sup> enquanto hermenêutica filosófica.<sup>662</sup> Trata-se, aqui, da evolução empreendida no campo da compreensão, na qual a linguagem passa a ter um papel especial.

Lenio Streck, ao discorrer sobre a importância de tal giro, esclarece o papel que a linguagem passa a exercer no campo da compreensão:

A linguagem, entendida historicamente como uma terceira coisa “interposta” entre um sujeito e um objeto, passa ao *status* de condição de possibilidade de todo o processo compreensivo. Torna-se possível, assim, superar o pensamento metafísico que atravessou dois milênios. Esse giro hermenêutico, que pode ser denominado também de giro *lingüístico-ontológico*, proporciona um novo olhar sobre a interpretação e as condições sob as quais ocorre o processo compreensivo.<sup>663</sup>

Em substituição à filosofia da consciência, marcada pelo conhecimento mediante o binômio sujeito-objeto, a filosofia da linguagem passa a conceber o conhecimento a partir da relação sujeito-sujeito. De tal modo, conforme alerta Martin Heidegger, há de se evitar pensar que “a relação entre sujeito e objeto é o que se deve determinar e que disso deve ocupar-se a teoria do conhecimento”,<sup>664</sup> sob pena de impedir o acesso à “vida fática (ser-ai)”.<sup>665</sup>

A linguagem, portanto, passa a figurar como o centro do processo compreensivo que se perfaz em meio a uma cadeia comunicativa (sujeito x sujeito), e não mais a partir de uma crença fanática na ciência (racionalista) que seria capaz de se assenhorar dos objetos. A propósito, com base nas lições de Ernildo Stein, um dos elementos que apontam para uma crise (da modernidade) é justamente “a ideia de que a fé na ciência, no produto da ciência, na

---

<sup>659</sup> STRECK, 2008a, p. 186.

<sup>660</sup> Cf. HEIDEGGER, 2012.

<sup>661</sup> Cf. GADAMER, 2012.

<sup>662</sup> ROHDEN, 2002, p. 65.

<sup>663</sup> STRECK, op. cit., p. 186.

<sup>664</sup> HEIDEGGER, op. cit., p. 87.

<sup>665</sup> Ibid., p. 87.

tecnologia, enquanto era a fé na possibilidade de uma verdade a ser buscada, também se esvaziou”.<sup>666</sup>

A partir do giro hermenêutico, evidencia-se que o saber filosófico não pode ser reduzido às abstrações características do tipo lógico-matemático, mas possui raízes desde sempre no tempo e na historicidade.<sup>667</sup> Diante disso, a linguagem não pode ser restringida a um conjunto de símbolos matemáticos, “pois ela não é tanto um objeto, mas a realização do nosso ser aí, do que pensamos, desejamos e somos”.<sup>668</sup> Dito de outro modo, o conhecimento passa a ser desvelado a partir da linguagem, haja vista que “é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência de si do pensamento pensante)”.<sup>669</sup>

Nessa trilha, resta possível pensar em uma transformação do sentido da ontologia. Se, em um sentido clássico, ela estava sempre relacionada à entificação e à objetificação, por outro lado, a partir da virada hermenêutica, fala-se em uma ontologia ligada ao problema da linguagem sob o prisma hermenêutico.<sup>670</sup> É nesse sentido que, segundo Hans-Georg Gadamer, a linguagem deve ser considerada como “o medium universal em que se realiza a própria compreensão”.<sup>671</sup>

Assim sendo, a hermenêutica, enquanto área do conhecimento humano responsável por analisar o processo de conhecimento da linguagem, passa a possuir um papel de destaque.<sup>672</sup> Com efeito, essa disciplina deve ser analisada a partir de dois elementos fundamentais que a alicerçam: a diferença ontológica e o círculo hermenêutico.<sup>673</sup>

A diferença ontológica (entre ser e ente) mostra-se em meio à fenomenologia hermenêutica por meio de um processo no qual o ser se desvela. O desvelamento “só é possível se algo se põe àquele que compreende; àquele que carrega o ser velado”,<sup>674</sup> sendo que o algo que se expõe “é o ente, aquilo que será nomeado, valorado, estigmatizado, enfim, humanizado. Esse ente, portanto, não entra no *dasein*, nem tampouco é reproduzido na

---

<sup>666</sup> STEIN, 2001, p. 22.

<sup>667</sup> Tendo em vista a relação entre a linguagem e o tempo, a história e a práxis, Nelson Cerqueira afirma que a linguagem “não é criada no vazio e tampouco um mero instrumento de comunicação”. CERQUEIRA, 2003, p. 261.

<sup>668</sup> ROHDEN, 2002, p. 74-75.

<sup>669</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas*. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c. p. 159.

<sup>670</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>671</sup> GADAMER, 2012, p. 503.

<sup>672</sup> CARNEIRO, 2005, p. 5.

<sup>673</sup> STRECK, 2011c, p. 165.

<sup>674</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 6.

consciência do sujeito do conhecimento. Esse ente apenas toca o sujeito provocando nele a compreensão”.<sup>675</sup>

A diferença entre ser e ente origina uma profunda alteração nos paradigmas compreensivos, afinal, como afirma Martin Heidegger, “limitado, assim, ao metafísico, o homem permanece atado à diferença desapercibida entre ser e ente”.<sup>676</sup> A metafísica pode ser vislumbrada como uma fatalidade, vez que a “humanidade vê-se fadada a assegurar-se no ente. E a nele segurar-se sem que, em momento algum, a metafísica faça a experiência do ser dos entes como a dobra de ambos, podendo então questioná-lo e harmonizá-lo em sua verdade”.<sup>677</sup> É que a diferença entre ser e ente tende a ficar velada, na medida em que “o diferenciável da diferença propõe-se num certo modo, mantendo-se, porém, encoberto numa estranha impossibilidade de reconhecimento”.<sup>678</sup>

Isso significa que a relação entre ser e ente oferece uma tendência ao encobrimento, ou seja, a verdade não é dis-posta de forma inequívoca e acessível, mas sim a partir de um ente (velado). Em função disso, o desvelamento (compreensão) do ser de um ente torna-se importante para o processo compreensivo. Um exemplo que retira a abstração dessa dinâmica é o seguinte:

Consideremos a cotidianidade mais absoluta: ao demorar-se em casa, ao encontrar-se num quarto, onde finalmente se encontra algo assim como “uma mesa”! [...]. Trata-se de uma coisa no espaço; enquanto tal coisa espacial é também algo material. Pesa tanto, tem tal cor, tal forma, a tampa é quadrada ou redonda; mede tanto de altura, tanto de largura, sendo sua superfície suave ou rugosa. É possível desfazer a coisa em pedaços, é possível queimá-la ou destruí-la de qualquer outra maneira. [...]. No entanto, quando é vista com uma maior proximidade, a mesa é algo mais; ela não é somente uma coisa espacial e material, mas está provida também de determinados predicados de valor: está bem-feita, é útil e funcional; é um aparato, um móvel, uma peça de mobiliário.<sup>679</sup>

Isso significa dizer que o ser mesa e, sendo mais específico, ser mesa útil e funcional, satisfazem ao desvelamento do ser de um ente que contribui para tal processo compreensivo. Desse modo, “todo ente é o que é, tal e como se constitui no pensamento, na consciência: o objeto no sujeito”.<sup>680</sup> Por outro lado, “o que é percebido na percepção

---

<sup>675</sup> CARNEIRO, 2005, p. 6.

<sup>676</sup> HEIDEGGER, 2008b, p. 63.

<sup>677</sup> Ibid., p. 67.

<sup>678</sup> HEIDEGGER, loc. cit.

<sup>679</sup> HEIDEGGER, 2012, p. 93-94.

<sup>680</sup> Ibid., p. 97.

significativa não é outra coisa que o próprio ser-aí”.<sup>681</sup> O que está em questão é o fundamento a possibilitar toda a compreensão do ser, isto é, “a diferença entre ente e ser”.<sup>682</sup>

Ademais, há de se ressaltar que a diferença ontológica propicia uma movimentação circular marcada pelo “ir e vir do ente revelado ao desvelamento do ser”.<sup>683</sup> Essa relação de circularidade é nomeada de círculo hermenêutico que, sob a ótica de Martin Heidegger,<sup>684</sup> assinala para um ir e vir entre a pré-compreensão e a compreensão, assim como entre o particular e o todo.<sup>685</sup>

O círculo hermenêutico, destarte, adota um aspecto existencial em que a compreensão do mundo só é admissível porque o ser (de algo) já se encontra velado no sujeito que pré-compreende e, portanto, tal desvelamento gera uma compreensão que vai se aperfeiçoando mediante as etapas existenciais do *dasein*.<sup>686</sup> Nesse contexto, a pré-compreensão seria uma pressuposição hermenêutica, “porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, mas é anterior a ele”.<sup>687</sup>

De acordo com Paul Ricoeur, “a primeira função do compreender é a de nos orientar numa situação. O compreender não se dirige, pois, à apreensão de um fato, mas à de uma possibilidade de ser”.<sup>688</sup> Dessa forma, a compreensão humana é concebida como um antecipar-se<sup>689</sup>, isto é, como um projeto que antecipa um sentido do conjunto compreensivo.<sup>690</sup>

Ocorre, todavia, que tal projeto, enquanto um antecipar-se, pode se mostrar equivocado ou alienado. É nesse contexto que Hans-Georg Gadamer sustenta a necessidade de se revisar o projeto compreensivo, perfazendo o movimento entre o compreender e o interpretar.<sup>691</sup> Aqui, “o que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro”,<sup>692</sup> ou seja, “aquele que quer compreender não pode se entregar de antemão ao arbítrio de suas próprias opiniões prévias”.<sup>693</sup>

---

<sup>681</sup> HEIDEGGER, 2012, p. 97.

<sup>682</sup> GADAMER, 2012, p. 345.

<sup>683</sup> CARNEIRO, 2005, p. 7.

<sup>684</sup> De acordo com Martin Heidegger, o que “se possui de antemão em todo acesso ao ente e o lidar com o ente o determinaremos como *posição prévia*. [...]. O decisivo para a configuração de uma posição prévia é ver o ser-aí em sua cotidianidade. A cotidianidade caracteriza a temporalidade do ser-aí (concepção prévia)”. HEIDEGGER, op. cit., p. 86-90.

<sup>685</sup> CARNEIRO, op. cit., p. 7.

<sup>686</sup> Ibid., p. 7-8.

<sup>687</sup> GADAMER, op. cit., p. 434.

<sup>688</sup> RICOEUR, 2013, p. 40.

<sup>689</sup> GRONDIN, 1999, p. 159.

<sup>690</sup> ROHDEN, 2002, p. 164.

<sup>691</sup> GADAMER, op. cit., p. 356.

<sup>692</sup> Ibid., 358.

<sup>693</sup> Ibid., 358.

Nesse particular, cumpre salientar que o sentido de compreensão “somente se concretiza e se completa na interpretação”.<sup>694</sup> Ademais, há de se “admitir que a compreensão implica sempre a aplicação do sentido compreendido”.<sup>695</sup> Por conseguinte, a compreensão-interpretação-aplicação pode ser vista como um “processo unitário”,<sup>696</sup> de modo que a aplicação é considerada uma etapa “tão essencial e integrante do processo hermenêutico como a compreensão e a interpretação”.<sup>697</sup>

Em face do exposto, conclui-se que um projeto compreensivo alienado pode propiciar sérios prejuízos hermenêuticos para o intérprete/aplicador (e, em especial, para a sociedade) no âmbito da realização do direito. Diante disso, a interpretação jurídica (enquanto etapa voltada para a revisão do referido projeto) assume um espaço reflexivo de grande importância, uma vez que possibilita a correção de eventuais alienações.

Em linhas gerais, essas são as bases que sustentam a hermenêutica filosófica. Resta, agora, explicitar quais são as possibilidades concretizadoras da aludida matriz no campo do direito.

Partindo-se do pressuposto de que o direito é uma construção humana e de que a linguagem é “matéria” de tudo aquilo que é humano, pode-se concluir que o direito também é linguagem.<sup>698</sup> Logo, “como a linguagem deve ser compreendida, o direito, portanto, deve ser compreendido”.<sup>699</sup> É sob essa perspectiva compreensiva do fenômeno jurídico que o presente trabalho desenvolve as bases da hermenêutica de cariz filosófico.

O ponto de partida, como já advertido anteriormente, é a observância de que ainda subsiste no campo jurídico um modelo compreensivo preso à dicotomia sujeito-objeto, ou seja, um modelo com preocupações de caráter metodológico (e não ontológico), que tende a uma objetificação do direito.<sup>700</sup> Ou seja, ao ser transformado em uma racionalidade cognitiva-instrumental, o fenômeno jurídico deixou de representar um meio para a transformação da realidade e, em verdade, acabou explicitando um panorama de desfuncionalidade “à revelia do que a própria Constituição estatui: a construção do Estado Democrático (e Social) de Direito”.<sup>701</sup> Veja-se, nesse sentido, a própria inefetividade da Constituição (e do direito constitucional à saúde).<sup>702</sup>

---

<sup>694</sup> GADAMER, 2012, p. 436.

<sup>695</sup> Ibid., p. 437.

<sup>696</sup> Ibid., p. 407.

<sup>697</sup> GADAMER, loc. cit.

<sup>698</sup> CARNEIRO, 2005, p. 5.

<sup>699</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>700</sup> STRECK, 2008a, p. 189-190.

<sup>701</sup> Ibid., p. 189.

<sup>702</sup> STRECK, loc. cit.

Nesse panorama, a hermenêutica filosófica surge enquanto uma matriz que vem para romper com a relação sujeito-objeto,<sup>703</sup> colocando em xeque os modos procedimentais e as metodologias de acesso ao conhecimento.<sup>704</sup> Além disso, faz-se imperioso compreender que tal hermenêutica “(re)valoriza a dimensão prática da retórica oferecendo a possibilidade de instauração de um ambiente no qual os problemas da realidade são resolvidos concretamente, no interior desta mesma realidade”.<sup>705</sup> Assim, o direito deve ser compreendido a partir da faticidade, ou seja, a partir do binômio fato-norma, e não o inverso, vez que a norma jurídica nada mais é do que “a compreensão fictícia do fenômeno real”.<sup>706</sup>

Nesse aspecto, a obra gadameriana *Verdade e Método* realiza uma crítica<sup>707</sup> essencial à obsessão metodológica,<sup>708</sup> tendo em vista que o objetivo da ciência moderna perpassa por conferir objetividade à experiência a ponto de anular nela qualquer aspecto histórico, o que seria alcançado pelo seu aparato metodológico.<sup>709</sup> A questão é que a compreensão da linguagem não se resume à captação intelectual, por um sujeito, de um contexto passível de objetivação; ela resulta também da pertença a uma tradição em formação contínua.<sup>710</sup>

Com isso, ao adotar a hermenêutica de cariz filosófico, não se incorre na crença em um modelo metodológico constitutivo da compreensão, na qual tal resultado compreensivo seria obtido em um passo a passo metodológico. Pensar metodologicamente, a propósito, implica nem se dar conta de que a decisão já se deu (em função da pré-compreensão) e “de que esses métodos apenas encobrem o *ser* do direito que se vela diante das *aparências*”.<sup>711</sup>

Além disso, a hermenêutica não busca a redução de complexidade do mundo moderno nos textos, até por que já se sabe que eles não possuem mais o condão de responder todos os problemas do plano fático-existencial. Dessa maneira, “a redução de complexidade é

---

<sup>703</sup> Ao abordar a circularidade hermenêutica, Paul Ricoeur esclarece que: “enunciado na terminologia do sujeito e do objeto, o círculo hermenêutico não pode deixar de aparecer como um círculo vicioso. Assim, a função de uma ontologia fundamental é a de fazer aparecer a estrutura que aflora no plano metodológico sob as aparências do círculo. É a essa estrutura que Heidegger chama de a pré-compreensão. Mas estaríamos completamente enganados se persistíssemos em descrever a pré-compreensão [...] segundo as categorias do sujeito e do objeto”. RICOEUR, 2013, p. 41-42.

<sup>704</sup> STRECK, 2008a, p. 188.

<sup>705</sup> STRECK, 2011c, p. 167.

<sup>706</sup> CARNEIRO, 2005, p. 12.

<sup>707</sup> Segundo Nelson Cerqueira, “a hermenêutica tem a importante tarefa de criticar os aspectos não-reflexivos e idealistas da teoria positivista das ciências sociais”. CERQUEIRA, 2003, p. 258.

<sup>708</sup> GRONDIN, 1999, p. 183.

<sup>709</sup> GADAMER, 2012, p. 454.

<sup>710</sup> GRONDIN, op. cit., p. 197.

<sup>711</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 161, (grifo do autor).

promovida pela hermenêutica quando ela se dirige ao caso concreto”,<sup>712</sup> configurando-se, por via de consequência, como uma hermenêutica da faticidade em que “a complexidade do fenômeno é, paradoxalmente, o que reduz a complexidade da compreensão, possibilita seu fechamento e dá margem à resposta correta”.<sup>713</sup>

A hermenêutica, ao superar o(s) positivismo(s), torna-se cética quanto à tese das múltiplas respostas, isto é, ao amplo grau de liberdade conferido ao intérprete/aplicador. Tal concessão em torno da liberdade acaba viabilizando a escolha da resposta no âmbito da discricionariedade judicial, o que não cabe mais em um Estado Democrático de Direito.<sup>714</sup> Ora, a hermenêutica é aplicação e, portanto, “a *applicatio* evita a arbitrariedade na atribuição de sentido, porque é decorrente da antecipação (de sentido) que é própria da hermenêutica de cariz filosófico”.<sup>715</sup> É por isso que, a partir do exame de cada caso concreto,<sup>716</sup> a hermenêutica filosófica pode alcançar a resposta constitucionalmente adequada.

Portanto, a tarefa da compreensão-interpretação-aplicação do fenômeno jurídico encontra-se sujeita à Constituição e, deste modo, “a ideia de uma ordem judicial implica que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis”.<sup>717</sup> A imaginação de uma dogmática jurídica perfeita não tem sustentação,<sup>718</sup> mas o ato de se aprofundar na situação concreta contribui para o que o intérprete/aplicador possa se aproximar de “uma solução mais adequada, embora não a única possível”.<sup>719</sup>

Essas são, em apertada síntese, as possibilidades concretizadoras da hermenêutica de cariz filosófico. Em seguida, passa-se a abordar o papel de uma crítica hermenêutica do direito à luz da busca (e da necessidade) de respostas corretas no direito.

#### 4.2.3 A busca e a necessidade de respostas corretas em direito

Em meio à defasagem do modelo baseado nas regras, o olhar das teorias jurídicas tem se voltado para a busca de respostas em torno da indeterminabilidade do direito.<sup>720</sup> É que, como visto, o problema do direito moderno recai sobre a aplicação de normas gerais e

---

<sup>712</sup> CARNEIRO, 2005, p. 6.

<sup>713</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>714</sup> STRECK, 2008a, p. 203-204.

<sup>715</sup> Ibid., p. 204, (grifo do autor).

<sup>716</sup> A análise do caso concreto no direito também pode ser identificada na obra de António Castanheira Neves ao abordar o “*caso jurídico como o prius metodológico*”. NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 142.

<sup>717</sup> GADAMER, 2012, p. 433.

<sup>718</sup> GADAMER, loc. cit.

<sup>719</sup> CERQUEIRA, 2003, p. 15.

<sup>720</sup> STRECK, 2011a, p. 327.



abstratas, marcas da indeterminabilidade, nas situações determinadas e concretamente consideradas.<sup>721</sup>

Nesse diapasão, surgiram os epítetos neoconstitucionalismo e pós-positivismo enquanto matrizes que apontam para o novo, isto é, para uma superação das construções que existiam até então. No entanto, como bem alerta Ernildo Stein, “nós corremos hoje exatamente este risco de estar muitas vezes falando das coisas modernas e não percebendo que estamos fazendo isto apenas como uma espécie de jogo de máscaras, por trás das quais continuamos os mesmos, isto é, os eternos metafísicos”.<sup>722</sup>

Para que se alcance essa compreensão no âmbito jurídico, há de se atentar que a pretensão das teorias positivistas era alcançar uma segurança jurídica a partir de um objeto e um método que assegurassem a produção do conhecimento científico no plano do direito. Essa forma (racional) de pensar confirmou a aposta em uma “racionalidade teórica asfíxiante que isolava/anulava todo contexto prático de onde as questões jurídicas realmente haviam emergido”.<sup>723</sup> Pensar assim pode conduzir ao âmbito da “multiplicidade de respostas no direito (no plano da decisão)”.<sup>724</sup>

Várias são as teorias que pretendem apresentar uma solução para essas questões. O neoconstitucionalismo, por exemplo, reflete alguns avanços, no entanto ainda continua preso a uma série de resquícios oriundos do(s) positivismo(s), tais como a aposta no protagonismo judicial, a ponderação como método apto a dizer o direito, ou seja, ainda há uma prevalência do paradigma epistemológico da filosofia da consciência e, destarte, ainda se ignora o giro hermenêutico.<sup>725</sup> Tal giro, que acrescenta o mundo da *práxis* à filosofia, “ainda não conseguiu seduzir suficientemente os juristas a ponto de levá-los a superar as velhas concepções que apostam, de um lado, na objetividade textual e, de outro, no protagonismo do sujeito intérprete”.<sup>726</sup>

De acordo com Orlando Faccini Neto, “a imperar as subjetividades, o Direito passa a ser aquilo que os juízes disserem que ele é”.<sup>727</sup> Se antes o direito se movimentava a partir de um modelo de regras, os sintomas (positivistas) talvez tenham se tornado mais graves, “quando é notável que em nome de princípios jurídicos aleatoriamente criados,

<sup>721</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 134.

<sup>722</sup> STEIN, 2001, p. 19.

<sup>723</sup> STRECK, 2011c, p. 156.

<sup>724</sup> Ibid., p. 157.

<sup>725</sup> STRECK, 2011a, p. 36.

<sup>726</sup> STRECK, 2011c, p. 159.

<sup>727</sup> FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 24.

decide-se, hoje, como se quer”.<sup>728</sup> Talvez o supracitado autor seja um bom referencial para abordar a necessidade de respostas corretas nos tempos atuais, vez que o mesmo é Juiz de Direito e, portanto, vivencia diariamente os desafios que permeiam a decisão judicial.

Nesse cenário, tendo em vista que a interpretação não pode ser mais analisada como mero ato de vontade,<sup>729</sup> entende-se que “importa saber como os juízes decidem”.<sup>730</sup> Dessa forma, faz-se imprescindível refletir sobre as condições e possibilidades da decisão, a fim de que o processo de compreensão-interpretação-aplicação do direito possua critérios e limites, notadamente vinculados à Constituição.<sup>731</sup>

Ronald Dworkin, ao estudar o direito como integridade, demonstra uma preocupação inequívoca com o modo pelo qual os juízes decidem. Segundo o autor, ao aceitar o ideal interpretativo da integridade, os magistrados decidem casos difíceis tentando identificar, em um conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação da estrutura política e das decisões da comunidade como um todo.<sup>732</sup> A partir desse raciocínio, o referido autor defende a sua tese da única resposta correta, como será visto adiante.

Também atento a essa problemática, Lenio Streck propõe uma crítica hermenêutica do direito enquanto uma teoria que “exsurge da fusão dos horizontes da filosofia hermenêutica, da hermenêutica filosófica e da teoria integrativa dworkiniana”,<sup>733</sup> sob a tese de que “há um direito fundamental a uma resposta correta, entendida como ‘adequada à Constituição’”.<sup>734</sup> Tal crítica visa buscar respostas para um dos principais problemas do direito, qual seja, o de “determinar *como ocorre e dentro de quais limites deve ocorrer a decisão judicial*”.<sup>735</sup>

Nesse sentido, a necessidade de respostas corretas é um imperativo decorrente do Estado Democrático de Direito e, por via de consequência, acaba sendo uma questão de democracia. Tal problema pode ser explicitado a partir da incompatibilidade entre a interpretação do direito sob a fórmula democrática do Estado de Direito e os modelos

---

<sup>728</sup> FACCINI NETO, 2011, p. 24.

<sup>729</sup> Segundo Hans Kelsen, “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 ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva”. KELSEN, 2009, p. 394.

<sup>730</sup> TRINDADE, 2012, p. 125.

<sup>731</sup> Ibid., p. 123-130.

<sup>732</sup> DWORKIN, 2007, p. 305-306.

<sup>733</sup> STRECK, 2010, p. 90.

<sup>734</sup> Ibid., p. 90, (grifo do autor).

<sup>735</sup> Ibid., p. 91, (grifo do autor).

“interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos”.<sup>736</sup>

Essa é uma questão que não reside no âmbito da argumentação jurídica (cuja importância é evidente), que opera no plano da justificação/motivação da decisão. De acordo com André Karam Trindade, “há de se ter em conta que a decisão não é o resultado da aplicação de um procedimento argumentativo, mas de um processo cognitivo que se move no plano da interpretação/compreensão e que, portanto, precede a argumentação”.<sup>737</sup> É por isso que se fala em um “direito fundamental à obtenção de respostas corretas/adequadas à Constituição”,<sup>738</sup> do mesmo modo que existe o dever (igualmente fundamental) de motivar as decisões jurisdicionais.<sup>739</sup>

Visto isso, passa-se a trilhar os caminhos que nos projetam em direção à busca da resposta constitucionalmente adequada.

#### **4.2.4 Em busca da resposta constitucionalmente adequada<sup>740</sup>**

Como visto anteriormente, o caminho que cerca a busca da resposta constitucionalmente adequada poderia ser ilustrado a partir de uma estrada antiga, com buracos, declives e outras imperfeições que, certamente, dificultam a vida de quem se guia por esse caminho. A metáfora da estrada serve de alerta para o modo como os intérpretes/aplicadores do direito têm enfrentado a questão das decisões judiciais.

É que boa parte dos juristas utilizam essa estrada sem atentar para as suas deficiências, isto é, acredita-se que ela pode nos levar a algum lugar (tal qual o método) em perfeita segurança. Portanto, bastaria guiar-se pela estrada (texto), que ela forneceria as condições necessárias (regras e, atualmente, os princípios enquanto abertura interpretativa) para chegar ao lugar almejado – afinal, em geral, as pessoas não pegam a estrada sem saber para onde vão! Elas, assim como os juízes ao julgar, já pré-compreenderam algo.

<sup>736</sup> STRECK, 2011a, p. 328.

<sup>737</sup> TRINDADE, 2012, p. 126.

<sup>738</sup> STRECK, op. cit., p. 619.

<sup>739</sup> Ibid., p. 619.

<sup>740</sup> Este tópico reflete algumas das compreensões já divulgadas em artigos sobre o tema. Cf. ALVES, João Vitor de Souza; SOLIANO, Vitor. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*. Porto Alegre: Síntese, v. 12, p. 283-300, 2012; ALVES, João Vitor de Souza. Direito, Hermenêutica e Decisão: o papel da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D’Ávila (Coords.). *Hermenêutica*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 272-301.

A metáfora da estrada imperfeita denuncia parte do que está sendo tratado até o presente momento, ou seja: 1) acredita-se, ainda, que o método pode levar a algum lugar seguro; 2) de igual modo, subsiste a crença na essência do texto enquanto um guia para a solução dos problemas; 3) e, por fim, crê-se que o juiz, ao decidir, constitui a sua compreensão (metodologicamente, a exemplo da ponderação) sem sequer perceber que já há uma pré-compreensão e, pior, que tal projeto pré-compreensivo pode estar equivocado.

Por isso, a estrada é antiga, com buracos, declives e demais imperfeições. Porque, em verdade, os juristas muitas vezes ignoram o fato de que o direito deve ser compreendido, interpretado e aplicado em meio à sua faticidade (e não somente a partir do texto), que o método não leva a lugar algum a que já não se tenha chegado anteriormente (pré-compreensão) e, por fim, que esse caminho não pode ser guiado à luz de meras escolhas do intérprete/aplicador. Ora, a decisão judicial precisa de limites, bem como a estrada, de reparos!

Talvez esses reparos, no que toca à concretização da Constituição, estejam surgindo a partir do embate entre as teses procedimentalistas e substancialistas. Esse debate passa a possuir papel fundamental na definição dos horizontes compreensivos que vão definir o papel cabível à jurisdição constitucional.<sup>741</sup>

Não há a pretensão, nesse trabalho, de discorrer sobre o supracitado debate, no entanto, insta situar o leitor, ainda que sucintamente, no problema e na ideia que se adapta à proposta aqui desenvolvida.

No Brasil, a matriz substancialista, em contraposição às teorias procedimentais, volta-se para uma atuação mais efetiva da justiça constitucional, mormente em face do quadro de inefetividade da Magna Carta e da evidente “omissão dos poderes legislativo e executivo na execução de políticas públicas, circunstância que demanda a utilização dos mecanismos (ações constitucionais, controle de constitucionalidade etc.) aptos à realização dos direitos substantivos previstos na Constituição”.<sup>742</sup>

Diante disso, as matrizes procedimentais tecem críticas quanto ao grau de ativismo judicial e à invasão de sistemas, propondo, por conseguinte, “a procedimentalização da Constituição, que passaria a prever apenas os procedimentos que estabeleçam os meios e as garantias para a adoção de decisões coletivas”.<sup>743</sup> Sob esse prisma, “a Constituição deverá ocupar-se, pois, de estabelecer, institucionalizar os procedimentos (democráticos) que

---

<sup>741</sup> STRECK, 2011a, p. 81.

<sup>742</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>743</sup> Ibid., p. 82.

levariam à formação discursiva da opinião e da vontade política em torno da elaboração de um direito legítimo”.<sup>744</sup> A legitimidade das decisões, portanto, estaria relacionada aos “direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídas às partes e que são, principalmente, os do contraditório e da ampla defesa”,<sup>745</sup> bem como à necessidade de fundamentação das decisões.<sup>746</sup>

Nesse trabalho, a teoria mais adequada aos objetivos aqui delineados é a teoria material-substancial, haja vista a mesma trabalhar com a perspectiva de que a concretização dos direitos fundamentais (substanciais) “afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo contudístico que une política e direito”.<sup>747</sup>

Destarte, seria difícil falar em uma matriz processual-procedimental em um país como o Brasil, ou seja, um país que ainda (in)tenta implementar o Estado Social e em que os direitos fundamentais ainda constituem promessas incumpridas.

Parece muito pouco – mormente se levarmos em conta a pretensão de se construir as bases de um Estado Social no Brasil – destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de *zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania*, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental.<sup>748</sup>

Assim, diante do importante papel exercido pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, passa-se a abordar a busca pela resposta constitucionalmente adequada enquanto uma (das) forma(s) de melhor concretizar os direitos sociais no Brasil.

---

<sup>744</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, Bruno de Almeida. O constitucionalismo e o fundamento de validade procedimental do direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podvim, 2010. p. 298.

<sup>745</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma vez mais: a relação interna entre discursos jurídicos de aplicação e garantias processuais jurisdicionais dos direitos fundamentais na constituição procedimentalista do Estado Democrático de Direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podvim, 2010. p. 279.

<sup>746</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>747</sup> STRECK, 2011a, p. 81-82.

<sup>748</sup> *Ibid.*, p. 83, (grifo do autor).

#### 4.2.4.1 O direito como integridade

Há de se atribuir a Ronald Dworkin a denúncia do poder discricionário do juiz<sup>749</sup> como o principal problema de todo o positivismo jurídico.<sup>750</sup> De acordo com Dworkin, até quando nenhuma regra disciplina o caso, “uma das partes pode, ainda assim, ter o direito de ganhar a causa”.<sup>751</sup> Ou seja, “o juiz continua tendo o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”.<sup>752</sup> Com isso, o jurista norte-americano projeta a elaboração de uma teoria a fim de demonstrar quais são os direitos das partes em tais casos mais complexos. Ressalte-se, contudo, “que essa teoria não pressupõe a existência de nenhum procedimento mecânico”.<sup>753</sup>

Essa concepção teórica parte do pressuposto de que os juristas e juízes irão divergir sobre os direitos, assim como os homens de Estado e os cidadãos divergem no plano político. Abordam-se, desse modo, as questões que os intérpretes/aplicadores têm de enfrentar, embora isso não garanta que todos eles alcancem a mesma resposta para tais questionamentos.<sup>754</sup>

Para além de um modelo de regras, Ronald Dworkin mostrou que o direito envolve um sistema composto por princípios.<sup>755</sup> Assim, ao iniciar a sua tese, o autor parte de uma distinção importante entre argumentos de princípio e argumentos de política. Esses “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo”.<sup>756</sup> Aqueles, por sua vez, “justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo”.<sup>757</sup> Em face da referida diferença, o autor sustenta que, nos casos difíceis, as decisões judiciais são geradas por princípios, não por políticas.<sup>758</sup>

É que, ao aceitar as práticas estabelecidas pelo seu sistema jurídico, um juiz deve igualmente aceitar uma teoria política geral que explique tais práticas. Os princípios representam artifícios para a aplicação de tal teoria política às questões complexas em torno

---

<sup>749</sup> Nesse ínterim, Ronald Dworkin concentra a sua análise em torno do modelo de positivismo concebido por Herbert Hart. Nas palavras do próprio autor, “desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart”. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 27.

<sup>750</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 232.

<sup>751</sup> DWORKIN, op. cit., p. 127.

<sup>752</sup> Ibid., p. 127.

<sup>753</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>754</sup> Ibid., p. 127-128.

<sup>755</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 232.

<sup>756</sup> DWORKIN, op. cit., p. 129.

<sup>757</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>758</sup> Ibid., p. 151.

dos direitos.<sup>759</sup> Vale dizer, “os princípios são proposições que descrevem direitos; as políticas são proposições que descrevem objetivos”.<sup>760</sup> Aqui, os princípios não são reduzidos a um elemento objetivo e, em verdade, eles acontecem em meio a uma noção de moralidade comunitária.<sup>761</sup>

Tal concepção perpassa pela construção do direito como integridade. Em seu aspecto político, a integridade é desenvolvida na obra de Ronald Dworkin ante dois princípios: a) princípio legislativo, “que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente”;<sup>762</sup> b) princípio jurisdicional, “que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”.<sup>763</sup> Nesse estudo, sem nenhuma pretensão de exaurir o assunto, destaca-se principalmente o princípio jurisdicional.

A sociedade que acolhe a integridade como virtude política se transforma em uma forma especial de comunidade, em um sentido que promove a sua autoridade moral e a sua força coercitiva. Assim, enquanto ideal político, a comunidade deve ser vista como sinônimo da fraternidade,<sup>764</sup> de modo que “as pessoas aceitam que são governadas não apenas por regras explícitas, estabelecidas por decisões políticas tomadas no passado, mas por quaisquer outras regras que decorrem dos princípios que essas decisões pressupõem”.<sup>765</sup> Dessa forma, “a integridade infunde às circunstâncias públicas e privadas o espírito de uma e de outra, interpenetrando-as para o benefício de ambas”.<sup>766</sup>

Posto isso, tal como o indivíduo se esforça para viver de uma forma coerente, “a comunidade política está obrigada a justificar coerentemente cada uma das suas decisões, à luz dos princípios aceitos por ela, e de não agir em casos iguais segundo princípios diferentes”.<sup>767</sup> A integridade exige que casos iguais sejam tratados de modo igual em atenção a um conjunto coerente de princípios que, em última análise, deve ser compatibilizado com a moral política comunitária.<sup>768</sup>

Isso não significa que a integridade se reduz à coerência do sistema jurídico. Ora, se uma instituição política somente é coerente quando repete as suas próprias decisões passadas, então a integridade não é coerência. “A integridade exige que as normas públicas da

---

<sup>759</sup> DWORKIN, 2010, p. 165.

<sup>760</sup> Ibid., p. 141.

<sup>761</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 232.

<sup>762</sup> DWORKIN, 2007, p. 213.

<sup>763</sup> Ibid., p. 213.

<sup>764</sup> Ibid., p. 228.

<sup>765</sup> Ibid., p. 229.

<sup>766</sup> Ibid., p. 230.

<sup>767</sup> GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e a Aplicação*. Traduzido por Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004. p. 408.

<sup>768</sup> Ibid., p. 409.

comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção”.<sup>769</sup> Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá afastar-se da linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como fundamentais para esse sistema em sua totalidade.<sup>770</sup>

A história e a temporalidade também são significantes para essa concepção, mas não de uma forma absoluta. Vale dizer, a história é importante, pois o sistema de princípios deve explicar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões pretéritas,<sup>771</sup> mas não se exige “coerência de princípio em todas as etapas históricas do direito de uma comunidade”,<sup>772</sup> tal como o direito de uma geração anterior, já em desuso. Exige-se, em verdade, “uma coerência de princípio mais horizontal do que vertical ao longo de toda a gama de normas jurídicas que a comunidade faz vigorar”.<sup>773</sup>

O princípio judiciário de integridade instrui os magistrados a identificar os direitos e deveres, até onde for possível, tal como se eles tivessem sido criados por um único autor, a comunidade personificada.<sup>774</sup> Assim, “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.<sup>775</sup>

Rodolfo Arango, ao analisar a teoria interpretativa dworkiniana, afirma que o direito é considerado “un *ejercicio de interpretación*, no sólo cuando los juristas interpretan el texto específico de una ley o documento, sino en general”.<sup>776</sup> De tal modo, o direito como integridade pode ser analisado da seguinte forma:

O direito como integridade é diferente: é tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração. O programa que apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso. Oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda.<sup>777</sup>

---

<sup>769</sup> DWORKIN, 2007, p. 264.

<sup>770</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>771</sup> Ibid., p. 274.

<sup>772</sup> Ibid., p. 273.

<sup>773</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>774</sup> Ibid., p. 271-272.

<sup>775</sup> Ibid., p. 272.

<sup>776</sup> ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999. p. 11.

<sup>777</sup> DWORKIN, op. cit., p. 273.



Nesse contexto, ao estabelecer um diálogo entre o direito e a literatura<sup>778</sup>, Ronald Dworkin propõe um gênero literário artificial denominado como romance em cadeia.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar *da melhor maneira possível* o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.<sup>779</sup>

A partir de tal construção, o referido autor acredita que a compreensão do direito pode evoluir ao se comparar “a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura”.<sup>780</sup> A interpretação de um texto deve tentar “mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser”.<sup>781</sup> Dessa forma, “Dworkin se propõe utilizar la interpretación literaria como modelo para el análisis del método jurídico, mostrando antes cómo, en ciertas circunstancias, la distinción entre la actividad del artista y la del crítico se diluye”.<sup>782</sup> Diante desse exercício jurídico-literário, espera-se que os romancistas criem em conjunto, até onde for plausível, um único romance com a melhor qualidade possível.<sup>783</sup>

Ademais, a fim de examinar a dinâmica interpretativa da prática judicial, Ronald Dworkin propõe um modelo imaginário de magistrado, o Juiz Hércules. Trata-se de “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas”,<sup>784</sup> de modo a aceitar que as leis possuem o poder de criar e extinguir direitos, bem como que os juízes devem seguir as decisões anteriores (do seu tribunal ou dos tribunais superiores) cujo fundamento racional aplica-se ao caso *sub examine*.<sup>785</sup>

Hércules é um magistrado criterioso e metódico. Ao aceitar o direito como integridade, ele “começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido”.<sup>786</sup> Em seguida, passa a “verificar cada hipótese dessa breve lista perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os

<sup>778</sup> Sobre o tema, Cf. DWORKIN, Ronald. De que maneira o Direito se assemelha à literatura. In: *Uma questão de princípio*. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217-249; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

<sup>779</sup> DWORKIN, 2007, p. 276, (grifo nosso).

<sup>780</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 217.

<sup>781</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>782</sup> ARANGO, 1999, p. 15.

<sup>783</sup> DWORKIN, 2007, p. 276.

<sup>784</sup> DWORKIN, 2010, p. 165.

<sup>785</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>786</sup> DWORKIN, 2007, p. 288.

vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação”.<sup>787</sup> Em uma fase subsequente, ao considerar as decisões coerentes com os princípios envolvidos, deve perguntar-se se alguma dessas interpretações “deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral”.<sup>788</sup> A partir de tal dinâmica, Hércules deve direcionar a sua prática do âmbito geral para o local, observando o “caso que tem diante de si em uma série de círculos concêntricos”.<sup>789</sup>

É evidente que nenhum juiz mortal consegue “articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso”.<sup>790</sup> É nesse sentido que, para Lenio Streck, o juiz Hércules deve ser visto como uma metáfora<sup>791</sup>, na medida em que, ao invés de lançar mão da sua própria visão de mundo, tal juiz interpreta o direito à luz da moral política que melhor reflita a estrutura das instituições e decisões comunitárias.<sup>792</sup> A tarefa é hercúlea não apenas pelas limitações fático-temporais que a prática jurídica não idealizada impõe, mas pelo fato de o intérprete/aplicador ter de colocar a sua concepção individual em questão. É, portanto, a “conexão entre a tradição institucional com a moral comunitária, acompanhada do rechaço da moral pessoal, o ponto de maior aproximação entre os modelos hermenêuticos de Streck e Dworkin”.<sup>793</sup>

Ademais, há de se ressaltar que os métodos utilizados pelo Hércules não adotam as características dos modelos constitutivos de compreensão rebatidos por Hans-Georg Gadamer.<sup>794</sup> Conforme esclarece Rodolfo Arango, a postura interpretativa adotada por Dworkin deve levar em consideração que o direito (enquanto prática social) deve ser visto antes como uma arte, do que como uma ciência. Dessa forma, a decisão judicial não é resultado de um modelo metódico ante as premissas normativas. É, em verdade, “una elaboración, una institución, en fin, una ‘obra de arte’ mediante la cual, en términos de Heidegger, se muestra, pero a la vez se oculta, la verdad de lo que es”.<sup>795</sup>

O estudo da relação entre a decisão judicial e a obra de arte ilumina a proposta interpretativa de Dworkin e permite avaliar a sua concepção de direito, responsável por

---

<sup>787</sup> DWORKIN, 2007, p. 290.

<sup>788</sup> DWORKIN, 2007, p. 293.

<sup>789</sup> Ibid., p. 300.

<sup>790</sup> Ibid., p. 308.

<sup>791</sup> STRECK, 2011a, p. 382.

<sup>792</sup> Ibid., p. 378.

<sup>793</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 270.

<sup>794</sup> Ibid., p. 270.

<sup>795</sup> ARANGO, 1999, p. 35.

sustentar a possibilidade de respostas corretas em direito.<sup>796</sup> Nesse particular, tal construção teórica é objetada por defender uma única interpretação correta. Em *O Império do Direito*, o próprio autor responde aos seus críticos ao esclarecer que essa objeção reconhece que os juízes podem escolher entre as interpretações<sup>797</sup> que satisfazem ao teste de adequação<sup>798</sup>, mas “insiste apenas em que não pode haver nenhuma interpretação melhor quando mais de uma suporta esse teste”.<sup>799</sup> O direito como integridade, por outro lado, defende que os fundamentos do direito estão “na melhor interpretação construtiva das decisões jurídicas do passado”.<sup>800</sup>

Há de se esclarecer que a tese dworkiniana da resposta correta “não trata de afirmar que, semanticamente, qualquer juiz chegaria a uma mesma resposta”.<sup>801</sup> Trata-se, em verdade, de uma “postura ou atitude, definidas como *interpretativas e auto-reflexivas, críticas, construtivas e fraternas*, em face do *Direito como integridade*, dos direitos individuais compreendidos como trunfos na discussão política e do exercício da jurisdição por esse exigida”.<sup>802</sup> É, portanto, “uma questão que, para Dworkin, não é *metafísica*, mas *moral e jurídica*”.<sup>803</sup>

É evidente que as oposições ao pensamento de Dworkin não se restringem aos aspectos abordados nesse trabalho. Aqui, em atenção aos objetivos traçados, cabe salientar tão somente que a integridade representa uma postura interpretativa essencial na busca da resposta constitucionalmente adequada.

#### 4.2.4.2 A tese da resposta correta: tradição, integridade e coerência

O tema da resposta correta não é algo pacífico no campo jurídico. De um lado, muitos afastam essa possibilidade por entender que, como os casos judiciais são decididos por magistrados (seres humanos), não seria possível afastar-lhes das suas crenças, ideologias,

<sup>796</sup> ARANGO, loc cit.

<sup>797</sup> Na obra *Levando os Direitos a Sério*, Ronald Dworkin pressupõe que “os juristas e juízes sensatos irão divergir frequentemente sobre os direitos jurídicos, assim como os cidadãos e os homens de Estado divergem sobre os direitos políticos”. DWORKIN, 2010, p. 127-128. Logo, não há uma garantia que todos os intérpretes/aplicadores “dêem a mesma resposta para a essas questões”. Ibid., p. 128.

<sup>798</sup> Em um aspecto analítico, Dworkin distingue duas dimensões: a) adequação; b) justificação. No que tange à primeira dimensão, “as convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável”. Ibid., p. 305. A dimensão de justificação, por outro lado, determina que o magistrado julgue qual das leituras possíveis “se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão”. DWORKIN, 2007, p. 278.

<sup>799</sup> Ibid., p. 311.

<sup>800</sup> Ibid., p. 312.

<sup>801</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. p. 91.

<sup>802</sup> Ibid., p. 92, (grifo do autor).

<sup>803</sup> Ibid., p. 92, (grifo do autor).

noções de moralidade, enfim, da subjetividade do juiz. Por outro lado, outros farão menção ao argumento de que as leis, gerais e abstratas, já trazem as soluções para os casos a serem julgados, de maneira que os juízes devem alcançar o sentido das normas e, em casos difíceis, optar “racionalmente pela decisão que se lhes afigurar mais adequada”.<sup>804</sup> Segundo Orlando Faccini Neto, em ambas as perspectivas “esvai-se e faz-se vã a tentativa de elaboração de uma teoria da decisão judicial”.<sup>805</sup>

Como restou analisado durante esse trabalho, uma das principais dificuldades do direito moderno reside na compreensão, interpretação e aplicação de normas gerais e abstratas a situações específicas e concretas.<sup>806</sup> Ocorre que, em pleno Estado Democrático de Direito, o fenômeno interpretativo/aplicativo não pode ficar sujeito aos “esquemas interpretativo-procedimentais que conduzam a múltiplas respostas”.<sup>807</sup> Por conseguinte, há de se investigar o modo e os limites sob os quais deve ocorrer a decisão judicial.<sup>808</sup>

Nesse particular, Lenio Streck defende que, a partir da hermenêutica de cariz filosófico, é possível delinear uma nova circularidade compreensiva em busca da resposta correta, cujo principal *locus* é a situação concreta.<sup>809</sup> Negar a possibilidade de tal resposta pode vir a constituir, sob o prisma da hermenêutica filosófica, “uma profissão de fé no positivismo e, portanto, na discricionariedade judicial, uma vez que o caráter marcadamente *não-relativista* da hermenêutica é incompatível com a existência de múltiplas repostas”.<sup>810</sup>

A tese da resposta correta<sup>811</sup> ilustra uma simbiose entre a teoria integrativa de Ronald Dworkin e a fenomenologia hermenêutica (que abrange a hermenêutica filosófica),<sup>812</sup> “com o acréscimo de que a resposta (decisão) não é nem a única e nem a melhor: simplesmente se trata ‘da resposta adequada à Constituição’, ou seja, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição”.<sup>813</sup> Tal tese se volta, em oposição à livre escolha do intérprete/aplicador, para a compreensão do sentido de direito esboçado pela comunidade política<sup>814</sup> e para o caso concreto.<sup>815</sup>

---

<sup>804</sup> FACCINI NETO, 2011, p. 24.

<sup>805</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>806</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 134.

<sup>807</sup> STRECK, 2011a, p. 328.

<sup>808</sup> *Id.*, 2010, p. 91.

<sup>809</sup> *Id.*, 2011a, p. 328.

<sup>810</sup> STRECK, 2008a, p. 204, (grifo do autor).

<sup>811</sup> Cf. LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

<sup>812</sup> STRECK, 2011a, p. 387.

<sup>813</sup> *Id.*, 2010, p. 105.

<sup>814</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>815</sup> *Id.*, 2008a, p. 205.

Nesse contexto, o autor ora em análise sugere uma distinção entre os termos decisão e escolha, de modo que “decidir não é sinônimo de escolher”.<sup>816</sup>

A escolha, ou a eleição de algo, é um ato de opção que se desenvolve sempre que estamos diante de duas ou mais possibilidades, sem que isso comprometa algo maior do que o simples ato presentificado em uma dada circunstância. Em outras palavras, a escolha é sempre parcial. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade* e, quiçá (ou na maioria das vezes), *arbitrariedade*. [...]. Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, *a partir do comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a *comunidade política constrói como direito* (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito).<sup>817</sup>

Posto isso, pode-se concluir que a compreensão do que a comunidade política constrói como direito é fundamental para que a decisão (e não a escolha) seja adequada à Constituição. Em outras palavras, a decisão “se dá como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”.<sup>818</sup>

Nessa linha de raciocínio, a tese da resposta correta promove uma leitura hermenêutica, na qual não se cogita o uso de métodos interpretativos,<sup>819</sup> bem como não mais se aceita a cisão entre interpretação e aplicação e entre texto e norma.<sup>820</sup> Com feito, a tese ora em análise estabelece alguns limites ao julgador em face das circunstâncias histórico-concretas, tais como a tradição, a coerência e a integridade. Esses são, em síntese, os alicerces a partir dos quais resta possível refletir sobre a resposta correta.<sup>821</sup>

A tradição representa “uma consolidação de um modelo de constitucionalismo que transforma ou sustenta as transformações das sociedades contemporâneas”,<sup>822</sup> isto é, o intérprete deve compreender a Constituição à luz de tudo que a tradição constitucional vem edificando a partir do período que sucede a segunda Guerra Mundial. Isso proporciona a (re)afirmação de todo o conteúdo ético assumido ante esse paradigma, bem como a atenção ao modelo do Estado Democrático de Direito e ao necessário resgate das promessas incumpridas da modernidade.<sup>823</sup>

<sup>816</sup> STRECK, 2010, p. 105.

<sup>817</sup> Ibid., p. 105-106.

<sup>818</sup> Ibid., p. 106.

<sup>819</sup> FACCINI NETO, 2011, p. 26.

<sup>820</sup> STRECK, 2011a, p. 334-336.

<sup>821</sup> Ibid., p. 356.

<sup>822</sup> Ibid., p. 348.

<sup>823</sup> STRECK, loc. cit.

Enquanto limite à atividade do intérprete/aplicador, a tradição não se refere “a um problema de conhecimento, mas, sim, a um fenômeno de apropriação espontânea e produtivo de conteúdos transmitidos”.<sup>824</sup> Logo, pode-se afirmar que a resposta correta “deve obediência à tradição autêntica”.<sup>825</sup> A autenticidade da tradição está relacionada à capacidade do jurista de “*apropriar-se* do que foi compreendido”,<sup>826</sup> ou seja, de fazer uma interpretação que supere os hábitos dogmáticos e que não incorra no que se denomina de “tradição inautêntica do direito”.<sup>827</sup> Isso possibilita dizer que uma baixa compreensão acerca do sentido da Constituição acarreta uma baixa aplicação, com claros prejuízos à concretização dos direitos fundamentais sociais.<sup>828</sup>

A busca por respostas corretas em direito também perpassa pela observância da integridade.<sup>829</sup> No plano hermenêutico, a integridade encontra-se relacionada ao respeito à tradição (autêntica), na medida em que o juiz, ao decidir, se permite ouvir o que os textos (doutrinários e jurisprudenciais, por exemplo) dizem, tendo como fundamento de validade a Constituição. Mas é preciso observar que a Constituição não é um elemento objetivo, apartado do intérprete, alheio à circularidade hermenêutica. Há sempre algo que se antecipa e, por isso, a pré-compreensão acerca do que significa a Constituição representa condição de possibilidade para que se alcance o direito como integridade.<sup>830</sup>

Ao avaliar a ideia de integridade proposta por Ronald Dworkin, Lenio Streck afirma que esse elemento se identifica com a tradição autêntica, sendo algo de difícil definição (no plano apofântico), mas que “nos leva ao estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela”.<sup>831</sup> Em outras palavras, a integridade requer que os juízes abordem o atual sistema normativo como se esse refletisse uma totalidade coerente de princípios.<sup>832</sup>

Nesse sentido, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti afirmam que a interpretação dos princípios deve levar em consideração a “integridade do Direito, ou seja, que sempre enfoquemos um determinado princípio tendo em vista também, no mínimo, o princípio oposto”.<sup>833</sup> Por exemplo, o direito individual de propriedade não poderia ser

<sup>824</sup> FACCINI NETO, 2011, p. 30.

<sup>825</sup> FACCINI NETO, loc. cit.

<sup>826</sup> STRECK, 2011a, p. 348.

<sup>827</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>828</sup> Ibid., p. 342.

<sup>829</sup> Cf. 4.2.4.1 *O direito como integridade*.

<sup>830</sup> STRECK, op. cit., p. 350.

<sup>831</sup> Ibid., p. 353.

<sup>832</sup> FACCINI NETO, 2011, p. 32.

<sup>833</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 146.

compreendido legitimamente de forma a inviabilizar o atendimento da sua função social, bem como, por outro lado, o direito da coletividade de atribuir função social aos bens apropriáveis não pode desconsiderar a propriedade particular.<sup>834</sup>

Outro fator a ser analisado na busca pela resposta constitucionalmente adequada é a coerência.<sup>835</sup> Tal fator é responsável por preservar a igualdade, haja vista que os vários casos devem contar com a igual consideração por parte dos intérpretes/aplicadores. Desse modo, “uma aplicação integrativa e coerente do direito”<sup>836</sup> deve observar o modo pelo qual os tribunais de um país vêm decidindo sobre a questão.<sup>837</sup>

Marcelo Andrade Cattoni, ao abordar a decisão judicial, também atribui importância à integridade e à coerência ao assegurar que “o que se coloca em questão, neste momento, é a própria garantia de integridade do direito, a fim de se garantir tanto a coerência normativa da decisão ao sistema jurídico, quanto a sua adequabilidade ao caso concreto”.<sup>838</sup> É por isso que a interpretação/aplicação do direito ilustra uma ação de integração (e não de subjetivismo), cujos sentidos (hermeneuticamente adequados) são alcançados a partir das decisões concretas por meio de uma “integração coerente na prática jurídica, assumindo especial importância a autoridade da tradição”.<sup>839</sup>

Em face do exposto, a decisão jurídica não deve ser analisada enquanto um processo de escolha (subjetiva) do magistrado. A busca pela resposta constitucionalmente demanda a observância de alguns limites, bem como a assunção de um compromisso (pré-compreendido) que envolve a “reconstrução da história institucional do direito”<sup>840</sup> (tradição) e “o momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito”.<sup>841</sup>

Além disso, cabe advertir que a tese *sub examine* não equivale a uma única resposta, sob pena de incidir em uma totalidade em que o ainda não compreendido seria eliminado. Por conseguinte, “não será a única resposta; será, sim ‘a’ resposta”<sup>842</sup> em atenção às especificidades de um caso irrepetível.<sup>843</sup> Com isso, não se afirma que, diante de um

<sup>834</sup> CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 146-147.

<sup>835</sup> Sobre a coerência, Cf. ALVES, João Vitor de Souza. Direito, Hermenêutica e Decisão: o papel da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D’Ávila (Coords.). *Hermenêutica*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 272-301; MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Traduzido por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 247-306.

<sup>836</sup> STRECK, 2011a, p. 368.

<sup>837</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>838</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 280.

<sup>839</sup> STRECK, 2011c, p. 170.

<sup>840</sup> Id., 2010, p. 106.

<sup>841</sup> Ibid., p. 106.

<sup>842</sup> Id., 2011a, p. 362.

<sup>843</sup> STRECK, loc. cit.

determinado caso concreto, dois juízes não possam obter respostas diferentes. Em verdade, tal possibilidade já havia sido apontada desde o positivismo normativista. Aqui, parte-se do pressuposto de que, “no caso das respostas divergentes, ou um ou ambos os juízes estarão equivocados”,<sup>844</sup> afinal, “a verdade é que possibilita o consenso e não o contrário”.<sup>845</sup>

Dessa forma, Lenio Streck explica que a resposta correta deve ser compreendida como uma metáfora:

A resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Corre-se o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição.<sup>846</sup>

Por fim, a tese da resposta correta reflete a necessidade de se repensar como o Poder Judiciário vem decidindo as demandas judiciais e, sobretudo, como tal Poder pode vir a decidir de uma maneira constitucionalmente adequada. O respeito aos limites acima delineados já representa o primeiro passo em direção ao cumprimento do direito fundamental (que cada cidadão possui) de obter uma resposta adequada à Constituição<sup>847</sup>, bem como contribui no combate à arbitrariedade e nos demais sintomas oriundos de uma racionalidade cognitiva-instrumental (positivista).

#### 4.2.4.3 A *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*

Além das contribuições inerentes ao direito como integridade (Ronald Dworkin) e à tese da resposta correta (Lenio Streck), compreende-se que a busca por um modelo de racionalidade que esteja preocupado com a efetivação (substancial) da Constituição ainda pode avançar. Com o foco na centralidade epistêmica do problema, vislumbra-se a existência de espaço para uma epistemologia dentro do paradigma hermenêutico (ontológico).<sup>848</sup> Esse

---

<sup>844</sup> STRECK, 2010, p. 90.

<sup>845</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>846</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b. p. 344.

<sup>847</sup> Id., 2011c, p. 171.

<sup>848</sup> Id., 2011a, p. 404; CARNEIRO, Wálber Araújo. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. p. 134; STEIN, Ernildo. Nas raízes da controvérsia. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 23.



espaço, contudo, não poderá ter a pretensão de construir verdades a partir de métodos *a priori*, devendo estar adstrito às limitações (finitude) do sujeito que compreende.<sup>849</sup>

Esse modelo pode ser identificado a partir da proposta de uma Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva, desenvolvida por Wálber Araujo Carneiro. A teoria fundamenta-se na filosofia hermenêutica de Martin Heidegger e na hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer,<sup>850</sup> mas o núcleo filosófico que possibilita a identificação e construção de um espaço epistemológico com consequências produtivas para o direito é a dicotomia verdade/não verdade – atrelado ao conceito de verdade como desvelamento (Heidegger) – na sua relação com a dupla estrutura da linguagem (hermenêutica e apofântica).<sup>851</sup>

A impossibilidade de suspender compreensões e de transitar no mundo sem pré-compreensões força a epistemologia para um nível secundário, mas não menos importante: a reflexividade. Esse espaço reflexivo pode ser identificado a partir da interpretação, afinal, “a interpretação jurídica é compreensão impulsionada por um esforço reflexivo daquilo que já foi compreendido”.<sup>852</sup>

No contexto jurídico, o diálogo será o melhor caminho para essa epistemologia. O diálogo é, por excelência, comunicação com o outro e, por isso, a ele cabe um papel secundário no sentido de que não é por ele que se chega à verdade, mas é através dele que a melhor verdade pode ser desvelada. O diálogo, no paradigma aqui adotado, será responsável por mostrar àquele que compreende algo que ainda não se viu, embora já fosse possível ver.

Nesse sentido, a aposta no diálogo se dá porque ele é o principal responsável por novas compreensões sobre o mesmo fenômeno, bem como por coibir a dissimulação e por estar ele historialmente legitimado, uma vez que a tradição democrática se impõe autenticamente nas sociedades ocidentais constitucionalizadas.<sup>853</sup> O diálogo, nesses moldes, entrará em curso como mecanismo *reflexivo* e, por ser realizado através e com o outro (o *alter*), a hermenêutica será *Heterorreflexiva*.

Transportar esse paradigma para a compreensão do direito exige que, em primeiro lugar, se entenda o direito não de forma existencial, ainda que ele busque fundamento na existencialidade, uma vez que co-originariamente ligado à moral. O direito é, antes, uma

<sup>849</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 233-234.

<sup>850</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 57-96.

<sup>851</sup> Ibid., p. 117-130.

<sup>852</sup> Ibid., p. 235.

<sup>853</sup> “A opção pelo diálogo e a necessária relação entre ele e a busca por *repostas corretas* em direito não é uma necessidade *a priori* para que se obtenha o conhecimento válido, mas uma marca da história que nos atropela na contramão de um movimento que se inicia com uma tentativa de ultrapassar os nossos limites” Ibid., p. 127.

artificialidade política e sistêmica que seleciona condutas *intersubjetivamente* relevantes para a regulação do convívio em sociedade.

Justamente por isso um modelo interpretativo adequado deve se dividir em dois tempos compreensivos. No primeiro, fala-se no jogo dialógico contratextual, mediante uma abertura cognitiva a partir do problema. No segundo, surgem o jogo e o diálogo através de uma filtragem sistêmica com o intuito de preservar a autonomia do direito em face da moral e, desse modo, “a juridicidade da compreensão”.<sup>854</sup> Com isso, o autor vale-se das estruturas do círculo, do jogo e do diálogo, possibilitando o aumento da heterorreflexividade com o fito de atingir os verdadeiros motivos do dissenso, em meio à busca de respostas corretas.

A primeira preocupação do intérprete quando de frente para um problema que exige uma resposta jurídico-constitucional é não se preocupar imediatamente com a possível resposta que o sistema pode oferecer. Se fizer isso, encobrirá sentidos possíveis, uma vez que os sentidos morais-práticos do problema não foram trabalhados. A proposta interpretativa aqui desenvolvida, portanto, tem um cunho altamente problemático. Deve-se inverter a polaridade que comumente se atribui ao direito: da relação *norma-fato* para a relação *fato-norma*.

O objetivo do intérprete, por conseguinte, é mapear a fundo o problema contrassistemicamente, a fim de desvelar o máximo de sentidos que envolvem o dissenso e promover a redução da complexidade. O modelo Heterorreflexivo pretende reduzir a complexidade do Direito através da maximização de desvelamentos possíveis acerca do problema. Essa redução ocorre na medida em que se densifica o plano ontológico do dissenso em questão desocultando todos os meandros do problema concreto (sentidos morais-práticos) ao mesmo tempo em que barra questões completamente irrelevantes (argumentos estratégicos).

Esse primeiro tempo reflexivo, denominado de “jogo dialógico contratextual”,<sup>855</sup> corresponde a uma correta entrada na circularidade compreensiva, isto é, nessa etapa são edificadas as bases que vão, em um segundo tempo, sustentar o sistema. É jogo porque estamos voltados para o problema (ente) e dispostos a sermos surpreendidos por ele. É dialógico, pois não se joga sozinho e, nesse particular, o diálogo figura como o meio que permite o desvelar de novas circularidades compreensivas acerca do problema. É contratextual “porque não é contrafático e não porque rechaçaria um diálogo com textos”.<sup>856</sup>

---

<sup>854</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 252.

<sup>855</sup> Ibid., p. 252-254.

<sup>856</sup> CARNEIRO, 2011b, p. 148.

Nessa etapa de abertura, o diálogo se volta para a comunidade através da presença de atores relacionados aos movimentos sociais e demais segmentos. O diálogo, além disso, não pode estar preso às formas clássicas das audiências públicas, por exemplo, “mas também pode se valer de textos não normativos, especialmente oriundos da literatura, da sociologia, da criminologia, da filosofia, e de outras ciências críticas”.<sup>857</sup> Esse é o momento de se pensar/discutir uma teoria da justiça, sem os condicionamentos impostos pelo direito institucionalizado, a fim de identificar-se o conteúdo material dos princípios.<sup>858</sup>

Uma vez mapeado o dissenso e esgotado o desvelamento das questões morais-práticas do problema, passa-se a enfrentar o sistema. A primeira camada sistêmica a ser enfrentada pelo intérprete são os princípios. Esses são entendidos, aqui, em um sentido existencial, pragmático, local privilegiado da conexão do direito contemporâneo com uma racionalidade moral-prática. A ausência de densidade semântica e a inexistência do comprometimento dos princípios com uma solução determinada faz dele um bom ouvinte das razões morais-práticas que nos direcionaram para o direito. O problema em questão, uma vez ontologicamente densificado pelo primeiro tempo compreensivo, possibilitará o elo entre seu conteúdo axiológico com o caráter deontológico dos princípios.<sup>859</sup>

A segunda camada reflexiva com o sistema no jogo problemático é o confronto com as regras. Por evidente, as regras já serão balizadas pelo conteúdo deontológico advindo da camada anterior. Assim, os princípios que se conectam com o problema podem bloquear determinadas regras e exigir outras. As regras, enquanto soluções *standards* para determinados casos, relacionam-se menos intensamente com a racionalidade moral-prática e o conteúdo axiológico do problema, mas dizem muito sobre o resultado final possível. As regras a serem confrontadas e eventualmente aplicadas dependem e exigem uma adequação com o problema em dissenso. Mais uma vez, resta patente a preocupação com a densificação ontológica do problema em questão.<sup>860</sup>

A terceira estratificação sistêmica a ser alvo de problematização e diálogo é a doutrina. Entende-se por doutrina o resultado de estudos acadêmicos sérios, conectados com a sociedade e que pretendem apontar caminhos possíveis/necessários para a atuação jurisdicional. Essa camada tem um importante papel legitimador. Não se pode entender a doutrina como mecanismo de fundamentação de algo que já foi compreendido. Antes, ela

---

<sup>857</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 233-253.

<sup>858</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>859</sup> Ibid., p. 254-255.

<sup>860</sup> Ibid., p. 256-257.

deve representar uma instância que mostra ao intérprete algo sobre o problema quem tem em mãos que ele ainda não viu. À doutrina cabe doutrinar.<sup>861</sup>

Por fim, tem-se a jurisprudência como camada reflexiva. Essa estratificação deve ser a última, pois está em direto contato com os problemas reais. Da mesma forma que a doutrina, ela deve servir como direção para a solução do caso concreto em questão, ou seja, não pode ser utilizada de forma retórica e nem ser tomada como ponto de partida para decisões, mesmo as de caráter vinculante.<sup>862</sup>

Em verdade, há de se atentar que o juiz não é obrigado a julgar em estrita conformidade com a jurisprudência, no entanto a ruptura com a coerência inerente ao sistema deve ser legitimada mediante “uma necessária adaptação do sistema já sustentada pela comunidade jurídica”,<sup>863</sup> razão pela qual a jurisprudência é colocada após a doutrina. É que a doutrina, em um nível anterior ao da jurisprudência, assume uma postura reflexiva que “deve assumir a pretensão de ditar os rumos da jurisprudência”,<sup>864</sup> pois os acertos doutrinários podem “acessar para a quebra da coerência do sistema em nome da integridade do direito, garantindo a legitimidade dessa ruptura no diálogo que a doutrina exercita diuturnamente”.<sup>865</sup>

Assim, o modelo Heterorreflexivo aparenta encontrar o seu principal momento nas duas últimas camadas compreensivas supramencionadas. É através delas que: a) o intérprete poderá ir além do que já havia compreendido sobre o caso; b) a subjetividade do julgamento é reduzida de forma significativa já que a presença do outro na tomada da decisão é explícita; c) se torna verdadeiramente possível uma solução intersubjetiva e, por isso, não discricionária, bloqueando uma praxis judicial ativista. Enfim, as possíveis consequências danosas ao constitucionalismo e à democracia são reduzidas pela legitimação do decisum através de uma rede de comunicação comprometida e atenta à alteridade e contingência das sociedades plurais.

O modelo aqui adotado, tal qual exposto na tese resposta correta, não tem a pretensão de garantia da resposta correta, haja vista que “não estamos falando nem de métodos no sentido cartesiano, nem de procedimentos discursivos que garantem a correção”.<sup>866</sup> Assim, a resposta correta deve ser compreendida enquanto metáfora, ou seja,

---

<sup>861</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 258-259.

<sup>862</sup> Ibid., p. 259-260.

<sup>863</sup> Ibid., p. 264.

<sup>864</sup> Ibid., p. 258.

<sup>865</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>866</sup> Ibid., p. 272.

enquanto uma espécie de motor que nos impulsiona ao acerto. A propósito, acertar é algo possível, “embora jamais possamos garantir categoricamente que estejamos certos”.<sup>867</sup>

Por fim, conclui-se que o modelo ora em análise, bem como as fundamentais contribuições de Ronald Dworkin e Lenio Streck, parecem adequar a necessidade de uma valorização da normatividade da Constituição em sua perspectiva substancial. Ademais, tais matrizes teóricas auxiliam sobremaneira ao resgate da racionalidade moral-prática, ao mesmo tempo em que obsta juízos arbitrários-solipsistas (ativistas) prejudiciais ao pleno e desejado desenvolvimento da democracia e do constitucionalismo. Estas são alternativas, nem as únicas e não necessariamente as melhores, para se repensar o fenômeno jurídico em tempos de neoconstitucionalismo e de subsistência de uma racionalidade instrumental.

#### **4.2.5 A busca da resposta correta e o direito à saúde: algumas possibilidades reflexivas**

Nessa etapa, faz-se importante delinear algumas possibilidades reflexivas que integram a busca pela resposta hermeneuticamente adequada à concretização do direito constitucional à saúde.

##### *4.2.5.1 O panorama atual e algumas possibilidades doutrinário-jurisprudenciais*

De logo, cumpre esclarecer que o delineamento de algumas possibilidades doutrinário-jurisprudenciais não significa a formulação de respostas apriorísticas, ou seja, respostas formuladas sem o devido enfrentamento do problema, do caso concreto. Como visto, a situação fática constitui condição de possibilidade para a redução de complexidade da questão enfrentada em meio a uma inversão da polaridade comumente atribuída ao direito (da relação norma-fato para a relação fato-norma). Tal consideração, no entanto, não impede a elaboração de algumas reflexões voltadas para a melhor concretização do direito à saúde.

O primeiro passo é compreender que o constituinte pátrio, na esteira do Estado (Social) Democrático de Direito, inseriu o direito à saúde no rol dos direitos sociais, impondo ao ente estatal a sua prestação por meio de políticas públicas (art. 196º da CF). Nesse ínterim, o *texto* do art. 196 da CF deve ser analisado em meio às suas condições histórico-culturais (tradição), com o fito de extrair dali a *norma* que vem nele contida,<sup>868</sup> sem transformar esse

---

<sup>867</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 272.

<sup>868</sup> De acordo com Lenio Streck, há uma importante diferença (ontológica) entre o texto e a norma, na medida em que esta representa a “enunciação do texto, aquilo que dele se diz, isto é, o seu sentido (aquilo dentro do qual

importante preceito constitucional em um curinga argumentativo, como se percebe em muitos casos, a exemplo do que ocorre jurisprudencialmente com o princípio da dignidade da pessoa humana, por exemplo.<sup>869</sup>

Têmis Liemberger assevera que a maioria dos pedidos “chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida”.<sup>870</sup> Ora, afigura-se patente que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana constituem as bases do nosso ordenamento jurídico, no entanto tais argumentos “não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade”.<sup>871</sup>

Além disso, há de se atentar que qualquer discussão em torno do direito à saúde deve necessariamente observar o problema em meio à sua complexidade, ou seja, deve-se considerar a tensão existente entre os poderes, os custos da saúde, as consequências do deferimento de um pleito individual (microjustiça) no plano coletivo (macrojustiça), o aumento da expectativa de vida, a evolução tecnológica dos medicamentos, enfim, quais são os limites e as possibilidades para o Poder Judiciário implementar o direito à saúde.

Toda essa complexidade, ademais, deve ser (corretamente) enfrentada para que seja possível falar em respostas corretas, sobretudo diante de problemas (como a saúde) que têm o condão de resgatar as promessas incumpridas da modernidade.

No direito à saúde, particularmente, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais são os mais diversos possíveis. Jose Luis Bolzan de Moraes, ao contextualizar o problema das respostas corretas no direito à saúde, afirma que:

As respostas são diversas e difíceis. Algumas supõem a necessidade de levar a cabo as propostas da modernidade e do EDD; outras jogam com a imprescindibilidade de adaptação às novas circunstâncias, promovendo um arranjo possível entre as promessas constitucionais e os limites impostos pelos parâmetros da *eficácia econômica*, considerando-se que hoje, talvez mais do que sempre, a política – e, com isso, o direito – vem pautada pela economia. Outras vêm marcadas pela referência à necessidade de que se coloque esta discussão sob novas inflexões que considerem, sobretudo, a necessidade de construção efetiva de uma sociedade na qual o problema da saúde venha enfrentado como uma dívida social que precisa ser resgatada para permitir a todos uma vida digna e com qualidade.<sup>872</sup>

Nota-se, desse modo, que a multiplicidade de respostas se sobrepõe ao tratar-se do direito à saúde. Posto isso, conclui-se que a judicialização da saúde clama por um

---

o significado pode se dar)”. Os textos, por sua vez, não representam meros enunciados linguísticos, não produzem realidades virtuais, mas, sim, dizem respeito a algo da faticidade. Por isso é que nós “devemos levar o texto a sério”. STRECK, 2011a, p. 219.

<sup>869</sup> MORAIS, 2010, p. 108.

<sup>870</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 221.

<sup>871</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>872</sup> MORAIS, 2010, p. 111.

redirecionamento, afinal ainda remanescem alguns questionamentos sobre o tema, tais como: “existe um direito público subjetivo para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas”?<sup>873</sup>

Estas são posições extremadas e, em verdade, a busca por respostas corretas deve se pautar em uma solução mais equilibrada que contemple as diversidades consubstanciadas no seio da nossa sociedade.<sup>874</sup> Nesse mesmo sentido, Gilmar Ferreira Mendes<sup>875</sup> abriu os trabalhos da audiência de saúde do STF afirmando que:

Posições radicais que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde não são aceitáveis. Devemos buscar *uma posição equilibrada*, capaz de analisar todas as implicações das decisões judiciais, sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e, em especial, o direito à saúde.

Dessa forma, o principal desafio da saúde reside na busca “de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões”.<sup>876</sup>

Essas considerações são importantes, pois o maior número das demandas ajuizadas na área da saúde gira em torno da prestação de remédios ou tratamentos específicos com “um viés eminentemente individual de acesso ao bem – saúde – constitucional”.<sup>877</sup> Assim sendo, conforme debatido na Audiência Pública da saúde, o atendimento do pleito individual em alguns casos pode, indiretamente, sacrificar o direito de outros cidadãos que dependem igualmente do SUS.<sup>878</sup> Nesses casos, a decisão judicial pode implicar “uma cadeia de ações e reações que não conseguem ser sequer imaginadas dentro da ótica estrita da microjustiça”.<sup>879</sup> Ou seja, o dilema entre os critérios a serem adotados, nos planos da

<sup>873</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 224-225.

<sup>874</sup> Ibid., p. 225.

<sup>875</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Abertura da Audiência Pública nº 4*, p. 10. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014, (grifo nosso).

<sup>876</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Audiência Pública da saúde*, p. 3 Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>877</sup> MORAIS, 2010, p. 116.

<sup>878</sup> MENDES, op. cit, p. 6.

<sup>879</sup> AMARAL, 2010, p. 82.

microjustiça e da macrojustiça, põe em xeque um conjunto de decisões individuais racionais que podem produzir um resultado coletivo irracional.<sup>880</sup>

Além da perspectiva individual/coletiva, cumpre salientar que a intervenção do Poder Judiciário na seara do direito à saúde ainda não é um tema uníssono. Nesse particular, algumas objeções são feitas no sentido de que o Poder Judiciário não possui legitimidade para impor determinadas prestações (materiais) aos demais poderes. Três são os argumentos geralmente utilizados para sustentar essa tese: a) a questão da legitimidade democrática; b) a violação ao princípio da separação dos três poderes; c) o argumento da reserva do possível.

Em apertada síntese, a questão da legitimidade democrática envolve a investidura dos agentes políticos. Tal discussão surge em regimes democráticos e, por conseguinte, encontra-se relacionada à formação da vontade da maioria por via da representação política obtida através do sufrágio popular direto.<sup>881</sup> “Como, na esmagadora maioria dos casos, os magistrados não são eleitos, questiona-se o conteúdo democrático do intervencionismo judiciário sempre que este interfere com o poder legislativo ou o poder executivo”.<sup>882</sup>

No que se refere à investidura dos agentes estatais que ocupam a função jurisdicional, cumpre esclarecer que nem sempre os Estados exigem o sistema do voto popular direto. Em verdade, nota-se uma tendência que se volta para a investidura mediante concurso público ou eleições indiretas, isto é, por intermédio das escolhas feitas pelos “integrantes de órgãos da própria sociedade civil ou por meio de integrantes de órgãos da própria estrutura estatal”.<sup>883</sup>

O fato é que, segundo Wilson Alves de Souza, “a não opção pelo critério do sufrágio direto e universal para a investidura dos membros do Poder Judiciário não significa afastamento do princípio democrático”.<sup>884</sup>

Com efeito, a legitimidade democrática pode ser constatada ante a verificação de alguns dados. Em primeiro lugar, deve-se observar que as soluções adotadas para a investidura dos agentes políticos advêm do próprio povo (via poder constituinte), uma vez que os atos de nomeação devem observar o quanto disposto na Constituição. Ademais, a legitimidade também será constatada caso a Constituição estabeleça uma série de princípios

---

<sup>880</sup> AMARAL, 2010, p. 97.

<sup>881</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Oficina do CES*, Coimbra, n. 65, p. 1-62, nov. 1995. p. 3-4.

<sup>882</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>883</sup> SOUZA, 2011, p. 94-95.

<sup>884</sup> *Ibid.*, p. 96.



que asseguram ao cidadão o bom exercício da função jurisdicional, tais como os princípios da independência, da imparcialidade e da fundamentação das decisões judiciais.<sup>885</sup>

Assim, em face da legitimidade democrática assumida pelo Poder Judiciário, conclui-se igualmente que não cabe falar em violação ao princípio da separação dos três poderes. Nesse sentido, fala-se em uma atuação judicial que, ao prestigiar a realização dos direitos fundamentais, não malferir o princípio da separação de poderes e, em verdade, atua sob o manto do Estado Democrático de Direito.<sup>886</sup>

Quanto ao argumento da reserva do possível, já abordado anteriormente,<sup>887</sup> entende-se que a reserva do possível não pode servir de pretexto para, o Poder Público, no uso de sua liberdade, optar por priorizar outros setores da cena política em detrimento das prioridades constitucionais.<sup>888</sup> Em tempos de Estado Democrático de Direito, o Brasil adotou uma postura transformadora da realidade, de compromisso com os objetivos constitucionais e, de tal modo, a garantia de acesso à via judiciária representa um elemento importante para a concretização do direito fundamental à saúde.

Feitas essas considerações, para que se tenha uma melhor intelecção de como o direito à saúde pode vir a ser concretizado por meio do Poder Judiciário, há de se analisar como o Supremo Tribunal Federal vem se posicionando sobre a matéria, sobretudo após a Audiência Pública ocorrida no ano de 2009. A decisão que se tornou o *leading case* do paradigma decisório foi a proferida no AgRg da STA 175-CE,<sup>889</sup> datada de 17/03/2010, cujo relator fora o Min. Gilmar Mendes.<sup>890</sup>

No seu voto, o Min. Gilmar Mendes reafirma a existência de jurisprudência do próprio STF no sentido que os entes federados possuem responsabilidade solidária em matéria de saúde.<sup>891</sup> Ademais, diante da relevância e da complexidade do tema, passa-se a tecer

<sup>885</sup> SOUZA, 2011, p. 96-98.

<sup>886</sup> BRANCO, 2011, p. 398.

<sup>887</sup> Cf. 3.2.4.2 *O embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível*.

<sup>888</sup> LOPES, 2010, p. 147.

<sup>889</sup> STA 175 AgR, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Gilmar Mendes (Presidente), Julgado em: 17/03/2010.

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28175%2E+OU+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>890</sup> SCAFF, 2011, p. 120.

<sup>891</sup> STA 175 AgR, op. cit., passim.

considerações sobre questões mais complexas, tendo como base as experiências e dados colhidos na audiência de saúde.

Nesse contexto, o Min. prossegue o seu voto abordando o caráter prestacional do direito à saúde e a necessidade de compatibilização do mesmo entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Tece, ainda, considerações quanto aos custos do direito, a possível violação à separação de poderes e o conflito entre microjustiça e macrojustiça. Em seguida, aborda cada um dos componentes do art. 196º da CF, identificando o direito de todos à saúde no plano individual e coletivo.

O direito à saúde, no plano individual, é percebido enquanto um direito de cada pessoa, vez que se encontra relacionado à tutela da dignidade da pessoa humana, bem como se volta para a proteção da vida, da integridade física e corporal de cada indivíduo. No plano do direito público subjetivo, o direito à saúde resta assegurado a partir das políticas (públicas) sociais e econômicas.<sup>892</sup> Nessa perspectiva, “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize”.<sup>893</sup> Há, por assim dizer, um direito subjetivo a políticas públicas que realizem o direito à saúde.<sup>894</sup>

Em outro trecho interessante, o Min. Gilmar Mendes esclarece que um dos principais problemas relacionados à eficácia social do direito à saúde está associado à implementação e à manutenção das políticas públicas de saúde já existentes, ou seja, o problema não é de inexistência das aludidas políticas públicas.<sup>895</sup> Assim sendo, não se cogita que o Poder Judiciário esteja intervindo indevidamente no espaço destinado ao juízo discricionário dos demais poderes para a definição de políticas públicas.<sup>896</sup>

Desse modo, o primeiro dado a ser enfrentado em uma decisão judicial que verse sobre matéria de saúde é a existência, ou não, de política pública que abranja a prestação de saúde preterida pela parte.<sup>897</sup> Caso a prestação esteja abrangida por uma política pública já prevista pelo SUS, a sua determinação judicial não estará criando nova política pública, e sim determinando o cumprimento da política já existente. “Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”.<sup>898</sup>

---

<sup>892</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 225.

<sup>893</sup> STA 175 AgR, 2010, p. 10.

<sup>894</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

<sup>895</sup> Ibid., p. 15.

<sup>896</sup> Ibid., p. 17.

<sup>897</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

<sup>898</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

Caso a prestação de saúde não esteja abarcada por uma das políticas públicas previstas pelo SUS, faz-se necessária a distinção se a não prestação decorre de: “1) uma omissão legislativa ou administrativa, 2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou 3) de uma vedação legal a sua dispensação”.<sup>899</sup>

Quanto à primeira possibilidade, observa-se um contexto em que se busca, por meio do Poder Judiciário, a condenação à prestação de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nesses casos, até por uma questão de garantia da saúde pública, é vedado à Administração pública prover medicamentos sem o devido registro na ANVISA.<sup>900</sup> De uma forma geral, deve-se priorizar o tratamento fornecido pelo SUS, mediante revisões periódicas nos protocolos de saúde, sendo facultado ao Poder Judiciário intervir nos casos excepcionais em que o indivíduo consiga comprovar que aquele tratamento não se adapta ao seu caso específico.<sup>901</sup>

No que tange à segunda possibilidade, existem casos em que a ação é ajuizada preterindo algum medicamento/tratamento que o SUS decidiu não custear em função da falta de evidências técnico-científicas suficientes para a sua inclusão.<sup>902</sup> Nessas situações, “o segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS”.<sup>903</sup> Diante disso, ainda podem ocorrer duas situações: “1) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia”.<sup>904</sup>

No primeiro caso, há de se privilegiar os tratamentos/medicamentos previstos pelo SUS, vez que esses se encontram em conformidade com os critérios científicos/protocolos adotados pelo próprio sistema de saúde. Apesar da questão científica, não se pode olvidar que a gestão do SUS deve observar os critérios de universalidade e igualdade de uma forma eficiente. Logo, em regra, não cabe determinar a rede pública prestar todo e qualquer tipo de medicação, sob pena de inviabilizar o próprio SUS.<sup>905</sup> Essa conclusão, todavia, não impede que o Poder Judiciário, em casos específicos, venha a decidir de uma forma diferente do planejado financeiramente pelo SUS, desde que reste comprovada a inadequação do tratamento estabelecido ao caso em análise.<sup>906</sup>

---

<sup>899</sup> STA 175 AgR, 2010, p. 18.

<sup>900</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

<sup>901</sup> Ibid., p. 126.

<sup>902</sup> Ibid., p. 19.

<sup>903</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

<sup>904</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

<sup>905</sup> Ibid., p. 20.

<sup>906</sup> Ibid., p. 17 et. seq.

No segundo caso, em que há a inexistência de tratamento na rede pública, é importante diferenciar os tratamentos experimentais dos novos tratamentos, isto é, aqueles ainda não testados pelo SUS.<sup>907</sup>

Os tratamentos experimentais são aqueles tratamentos destituídos de uma comprovação científica acerca da sua eficácia. Diante disso, “o Estado não pode ser condenado a fornecê-los”.<sup>908</sup> A orientação, por conseguinte, deve ser no sentido de somente incluir nas listas os medicamentos não experimentais, com fortes comprovações científicas e uma boa relação custo/benefício.<sup>909</sup> Além disso, quando houver a possibilidade, deve-se optar pelo medicamento genérico de menor custo em detrimento dos demais fármacos similares.<sup>910</sup>

Quanto aos novos tratamentos, a omissão administrativa (não previsão do tratamento no SUS) “poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas”,<sup>911</sup> através de necessária instrução processual, o que pode consubstanciar um óbice ao uso das liminares.

Por fim, o acórdão ainda menciona as situações em que há uma vedação legal à dispensação do medicamento. Essa hipótese, a despeito de ter sido mencionada pelo julgado, não foi devidamente abordada ao longo do seu texto.<sup>912</sup>

Fernando Facury Scaff,<sup>913</sup> ao sintetizar a decisão ora em epígrafe, propõe os seguintes tópicos:

- 1) Quando a ação de saúde pretendida for prevista nos textos normativos e não estiver sendo prestada: O Poder Judiciário deve intervir a fim de fazer cumprir a norma.
- 2) Quando a ação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se ela decorre:
  - a) De uma omissão legislativa ou administrativa: Deverá ser privilegiado o tratamento estabelecido pelo SUS, e serem feitas revisões periódicas dos protocolos de saúde, sendo permitido ao Poder Judiciário intervir caso um indivíduo comprove que o tratamento fornecido não é adequado para atender o seu caso.
  - b) De uma decisão administrativa de não fornecê-la em virtude de:
    - i) O SUS fornece tratamento alternativo: Iguamente deverá ser privilegiado o tratamento disponibilizado pelo SUS, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a improbidade da política existente.
    - ii) O SUS não possui tratamento para esta patologia:
      - 1) Por ser um tratamento meramente experimental: Neste caso caracteriza-se como pesquisa médica e não é possível o Poder Judiciário deferir os pleitos efetuosos.

<sup>907</sup> STA 175 AgR, 2010, p. 21.

<sup>908</sup> STA 175 AgR, loc. cit.

<sup>909</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 228-229.

<sup>910</sup> Id., 2009, p. 68.

<sup>911</sup> STA 175 AgR, 2010, p. 22.

<sup>912</sup> SCAFF, 2011, p. 126.

<sup>913</sup> SCAFF, loc. cit.

- 2) Por ser um novo tratamento ainda não testado pelo SUS, mas disponível na rede privada: O Poder Judiciário poderá intervir, em ações individuais ou coletivas, para que o SUS dispense aos seus pacientes o mesmo tratamento disponível na rede privada, mas desde que haja instrução processual probatória, o que inviabiliza o uso de liminares.
- c) De uma vedação legal à sua dispensação: Esta hipótese, a despeito de elencada pelo acórdão, não foi tratada em seu texto.

É claro que qualquer juízo racional acerca das considerações tecidas no voto do Min. Gilmar Mendes será feito em abstrato, isto é, sem o devido enfrentamento de um problema concretamente considerado. O problema (caso concreto), como já alertado, constitui verdadeira condição de possibilidade para que se possa falar em respostas corretas no direito à saúde. A despeito disso, afigura-se pertinente o estabelecimento de um diálogo doutrinário-jurisprudencial, com o fito de verificar se algumas das questões expostas ao longo desse trabalho foram observadas, bem como as suas respectivas consequências.

Mônia Clarissa Hennig Leal, ao abordar a participação democrática e a audiência pública de saúde, afirma que, diante do ativismo judicial, a jurisdição constitucional depende de “uma democratização de seus procedimentos, abrindo-se espaço para uma maior participação social no debate público das matérias que envolvem as grandes causas que nesta instância precisam ser decididas”.<sup>914</sup> Na área da saúde, essa democratização encontra um suspiro com a realização da audiência pública de saúde, pelo STF, com objetivo de reunir uma série de especialistas a fim de colher elementos e contribuições para as ações que versam sobre os limites e possibilidades inerentes à judicialização da saúde.<sup>915</sup>

De fato, pode-se asseverar que a supracitada audiência abordou diversos aspectos multidisciplinares que refletiram um avanço jurisprudencial, aqui retratado a partir da STA 175-CE. No entanto, alguns aspectos merecem ser comentados, tendo em vista a importância do papel da doutrina (que deve doutrinar, ao apontar possíveis acertos e erros da jurisprudência) e a possibilidade das respostas corretas no direito à saúde.

Quanto à decisão referida no item 1, por exemplo, a doutrina não tem divergido no que se refere à correção da medida. De tal modo, o Poder Judiciário deve intervir para obrigar a Administração Pública a cumprir as políticas públicas já consagradas.<sup>916</sup> O item 2.b.ii.1 (que versa sobre o tratamento experimental), também tem sido bem recepcionado no plano doutrinário em função da ausência de comprovação científica do

---

<sup>914</sup> LEAL, 2011, p. 241.

<sup>915</sup> Ibid., p. 241.

<sup>916</sup> Nesse sentido, Cf. SCAFF, 2011, p. 126.; LIEMBERGER, 2009, p. 68; BARROSO, 2008, p. 237.

medicamento/tratamento. Assim, não caberia ao Poder Judiciário deferir um pleito dessa natureza.<sup>917</sup>

Nas hipóteses 2.a (de omissão legislativa ou administrativa) e 2.b.ii.2 (tratamento novo disponível na rede privada), o STF previu a possibilidade da interferência judicial, nos planos individual ou coletivo, o que pode representar um prolongamento do problema, não obstante tenha sido recomendada a dilação probatória que, reitera-se, representa um óbice às liminares. Quanto aos dois aspectos supramencionados, Scaff afirma que “o STF não dirimiu completamente o problema, pois deixou estas duas brechas para transformar os cofres públicos em instrumento de custeio de planos de saúde individuais através de ações individuais ou coletivas”.<sup>918</sup> Por fim, o autor propõe o seguinte questionamento: “será esta a melhor forma de resolver a questão?”<sup>919</sup>

Da mesma forma, Monia Clarissa Hennig Leal dispõe que o STF “decidiu que o alto custo de medicamento não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público”.<sup>920</sup> De acordo com a autora, essa posição revela uma postura favorável a um ativismo judicial, embora com cautela, em virtude da ressalva formal atinente à exigência de apreciação feita caso a caso, mediante instrução probatória. Em arremate, esse argumento limitador teria um caráter mais retórico do que efetivo, haja vista que “em momento algum do voto proferido, os impactos econômicos da decisão foram efetivamente enfrentados”.<sup>921</sup>

No plano doutrinário, portanto, fala-se que a decisão relacionada à concessão (ou não) dos medicamentos não deve focar os problemas sociais sob uma perspectiva individualizada, mas na “busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e benefícios, desde o prisma das políticas públicas”.<sup>922</sup> É que a totalidade dos medicamentos é impagável, ainda que se trate do país mais rico do Mundo.<sup>923</sup>

Esse, inclusive, foi o entendimento especificado pela Ministra Ellen Gracie na SS 3073/RN<sup>924</sup> ao considerar que o art. 196º da CF que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à implementação de políticas públicas que alcancem uma coletividade, e não a situações pontuais/individualizadas. No caso julgado, o medicamento preterido, além de ser de alto custo, não constava na lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter

<sup>917</sup> Cf. SCAFF, 2011, p. 126-127; LIEMBERGER, 2009, p. 68; BARROSO, 2008, p. 249.

<sup>918</sup> SCAFF, 2011, p. 128.

<sup>919</sup> SCAFF, loc. cit.

<sup>920</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig, 2011, p. 237.

<sup>921</sup> Ibid., p. 237.

<sup>922</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 69.

<sup>923</sup> Id., 2010, p. 228.

<sup>924</sup> STF, DJU 14/2/2007, SS 3073/RN. Rel. Min. Ellen Gracie.

Excepcional do Ministério da Saúde, de sorte que o Estado do Rio Grande do Norte não estaria se recusando a fornecer a prestação do serviço de saúde.

Têmis Liberger, ao tratar das ações sobre os medicamentos, propõe as ações individuais como *mecanismo de pressão* para a implementação das políticas públicas e, por outro lado, as ações coletivas como *o foro adequado* para a discussão da inclusão (ou não) dos medicamentos nas listas dos tidos como essenciais. Nesse sentido, o caso que mais ilustra a importância das ações individuais é o ocorrido com os portadores do vírus HIV, em que o Brasil não só instaurou a política pública, bem como passou a ser o país cujo tratamento é uma referência no plano internacional.<sup>925</sup> No que tange às ações coletivas, um bom exemplo se dá com a questão da cirurgia da mudança de sexo, em que houve o ajuizamento de uma ação civil pública<sup>926</sup> pleiteando a inclusão do aludido procedimento na tabela do SUS.<sup>927</sup>

Esse parece ser o posicionamento mais adequado ao se tratar do direito à saúde, haja vista que as ações coletivas permitem uma maior democratização no procedimento jurisdicional, a exemplo do ocorrido com a própria audiência pública de saúde. Isso, todavia, não conduz à negação das ações individuais na área da saúde. Em verdade, pode-se afirmar que “o espaço jurídico preferencial deve ser o da tutela coletiva, mas casos existem em que a tutela individual não pode ser afastada”.<sup>928</sup>

Em verdade, pode-se afirmar que as ações coletivas possuem uma maior probabilidade de chegar à resposta constitucionalmente adequada, pois se verifica uma preocupação muito maior com a coerência em meio à normatização do SUS, a integridade e a tradição. Ademais, trata-se de um meio que permite uma maior abertura para a *heterorreflexividade*,<sup>929</sup> na medida em que se viabiliza uma discussão mais ampla do problema enfrentado por diversos pacientes.

Acredita-se, por conseguinte, que não se pode solapar do indivíduo o seu direito imaneente de acesso à justiça, ou seja, a “porta de abertura para o caso individual não pode ser

<sup>925</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 65.

<sup>926</sup> “O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região), em que obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o governo federal tomasse todas as medidas que possibilitem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. [...]. A União recorreu ao STF (Supremo Tribunal Federal), alegando que as operações gratuitas trariam prejuízos aos cofres públicos. Em 12 de dezembro de 2007, a então presidente do STF, Ministra Ellen Gracie, suspendeu os efeitos da decisão do TRF-4, em um pedido de suspensão de tutela antecipada. Agora, o próprio Ministério da Saúde decidiu incluir a cirurgia na tabela do SUS”. LIEMBERGER, 2009, p. 66.

Rel. Roger Raupp Rios. Processo nº 2001.71.00.026279-9. D.E 22/08/2007

Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/dsexuaisreprod/Acordao%20-%20transgenitalizacao%20transexuais%20TRF4.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>927</sup> LIEMBERGER, 2009, p. 65-66.

<sup>928</sup> SOUZA, 2011, p. 237.

<sup>929</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 237.

fechada, ainda que tenhamos de trabalhar de uma forma mais proativa na coordenação geral do sistema e na minimização desses efeitos”.<sup>930</sup>

Nesses casos, a busca pela resposta correta geralmente apresenta maiores dificuldades para os intérpretes/aplicadores do direito. Isso porque surgem os casos que envolvem os altos custos de saúde para uma demanda individualizada, pleitos em que o cidadão está entre a vida e a morte, ou seja, situações em que o juiz se vê diante de um ser humano e da necessidade de fazer uma escolha literalmente trágica. Vale dizer, “esse espaço de atuação é difícil, tormentoso e complexo, de maneira que os juízes devem atuar nesse campo com redobrado cuidado e maior equilíbrio, inclusive para que suas decisões não caiam no vazio”.<sup>931</sup>

#### 4.2.5.2 A resposta correta e o direito à saúde

Desde já, insta responder aos seguintes questionamentos: o juiz (enquanto ser humano) consegue dormir com a consciência tranquila ao indeferir um pleito judicial sanitário de um paciente que está entre a vida e a morte? Essa é, de fato, uma questão que deve recair sob a consciência do juiz? Veja-se, nesse sentido, o exemplo narrado por Gilmar Mendes durante a abertura da audiência pública da saúde:

Esses casos exemplificam os dilemas enfrentados pelos magistrados, especialmente os que estão na primeira instância, que são colocados diante de situações de vida ou morte. Certa vez um juiz comentava que havia negado uma liminar para o fornecimento de medicamentos. No entanto, o autor da ação veio a falecer, o que fez com que o magistrado decidisse nunca mais indeferir tais pedidos.<sup>932</sup>

Nessa etapa, cabe o alerta no sentido de que essa decisão “não pode – sob pena de ferimento do ‘princípio democrático’ – depender da consciência do juiz”.<sup>933</sup> Como visto, a decisão não representa uma escolha do intérprete/aplicador, e sim um “processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política”.<sup>934</sup> Logo, deve-se respeitar os limites

<sup>930</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Audiência Pública da saúde*. p. 11. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>931</sup> SOUZA, 2011, p. 237.

<sup>932</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Abertura da Audiência Pública nº 4*. p. 6. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

<sup>933</sup> STRECK, 2010, p. 105.

<sup>934</sup> *Ibid.*, p. 106.



representados pela tradição, coerência e integridade do direito e não os critérios particulares do sujeito que está interpretando o problema.

Com a tradição, o intérprete/aplicador assume o compromisso de compreender o direito à saúde em meio ao seu conteúdo ético traçado desde o período pós-guerra até o atual Estado Democrático de Direito. A partir disso, assume-se um “modelo de constitucionalismo que transforma ou sustenta as transformações das sociedades contemporâneas”<sup>935</sup> em meio ao “resgate das promessas incumpridas da modernidade (concretização dos direitos fundamentais sociais)”.<sup>936</sup> Assim, uma baixa compreensão acerca do sentido atribuído pela Constituição ao direito à saúde pode acarretar em uma baixa aplicação, com evidentes prejuízos à concretização do referido direito.<sup>937</sup>

O respeito à integridade demanda que os magistrados vislumbrem as normas públicas de saúde, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade.<sup>938</sup> Dessa forma, a partir da integridade, o magistrado pode distinguir “os pré-juízos autênticos (verdadeiros) de pré-juízos inautênticos (falsos)”,<sup>939</sup> na medida em que a integridade nos conduz ao “estranhamento (à angústia) sobre algumas decisões que não atendem a ela”.<sup>940</sup> Portanto, atender à integridade no direito à saúde significa deixar que a pré-compreensão se antecipe e, em meio ao problema concreto, buscar a resposta constitucionalmente adequada a partir e para além do que a comunidade consagrou enquanto justiça e equidade.<sup>941</sup>

A coerência, por sua vez, impõe que os diversos casos relacionados com a saúde devam ser analisados em meio ao ideal de igualdade, ou seja, que os casos tenham a mesma consideração por parte dos juízes, de modo a evidenciar-se uma coerência sistêmica. Dessa forma, reveste-se de importância a observância do modo pelo qual os tribunais do país vêm decidindo nos casos de saúde.<sup>942</sup> Isso, contudo, não impede que o juiz julgue em dissonância da jurisprudência, rompendo a coerência sistêmica, desde que tal alteração encontre uma legitimação “em uma necessária adaptação do sistema já sustentada pela comunidade jurídica”.<sup>943</sup> Nesse particular, a doutrina ganha papel de relevo enquanto “fonte reflexiva na circularidade com o problema”.<sup>944</sup>

---

<sup>935</sup> STRECK, 2011a, p. 348.

<sup>936</sup> STRECK loc. cit.

<sup>937</sup> Ibid., p. 342.

<sup>938</sup> DWORKIN, 2007, p. 264.

<sup>939</sup> STRECK, 2011a, p. 353.

<sup>940</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>941</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>942</sup> Ibid., p. 368.

<sup>943</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 264

<sup>944</sup> CARNEIRO, loc. cit.

Esses são os principais limites a serem perseguidos na busca pela resposta correta nas ações que envolvem o direito à saúde. No entanto, como ilustra Lenio Streck, a pretensão da busca por tal resposta não assegura a obtenção de uma resposta definitiva, até porque existe “o risco de se produzir uma resposta incorreta. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição”,<sup>945</sup> já simboliza o primeiro passo em direção ao cumprimento do direito fundamental (de cada cidadão) à resposta correta.<sup>946</sup>

Wálber Carneiro, ao final da sua obra, ainda propõe (respaldado pela fenomenologia hermenêutica) algumas tarefas que o intérprete/aplicador deve levar em consideração ao julgar, tais como: 1) abertura compreensiva no jogo dialógico contratextual, que visa à identificação dos verdadeiros motivos do dissenso; 2) diálogo com o sistema, em que se buscam as bases tecnológicas de tal sistema; 3) diálogo com a doutrina, que tem um importante papel ao propor leituras para o problema na tentativa de suprir algumas lacunas inerentes ao sistema tecnológico e/ou legitimar rupturas no direito institucionalizado; 4) diálogo com a jurisprudência, que fecha o círculo com um retorno ao problema; além da busca pelo diálogo com as partes e a devida fundamentação de suas decisões.<sup>947</sup>

Com esse modelo, não há que se falar em um “método que *constituirá* a nossa compreensão e que nos impulsionará transcendentalmente”.<sup>948</sup> Em verdade, busca-se a autonomia da compreensão jurídica através de um momento reflexivo, na medida em que o sujeito que compreende (deve) se pergunta(r) acerca do que compreendeu. Esse “espaço reflexivo não tem um *modus operandi* diverso da compreensão, mas, por estar marcada pela *vigilância reflexiva*, é vista como interpretação”.<sup>949</sup> Assim, a etapa interpretativa figura como “o espaço reflexivo da hermenêutica”,<sup>950</sup> na medida em que se propõe a corrigir eventuais desvios oriundos de uma pré-compreensão inautêntica.<sup>951</sup>

No direito à saúde, por exemplo, há de se atentar que, em muitos casos, o juiz já possui uma pré-compreensão definida sobre determinados casos e, diante desse pré-juízo, acaba (in)deferindo os pleitos sanitários sem sequer observar as diversas variáveis e peculiaridades que cercam a intervenção judicial no campo do aludido direito. Desse modo, faz-se importante que o juiz assuma uma postura reflexiva, ou seja, admita que já pré-

---

<sup>945</sup> STRECK, 2008b, p. 344.

<sup>946</sup> STRECK, loc. cit.

<sup>947</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 275-280.

<sup>948</sup> Ibid., p. 235, (grifo do autor).

<sup>949</sup> CARNEIRO, loc. cit., (grifo do autor).

<sup>950</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>951</sup> CARNEIRO, loc. cit.

compreendeu algo sobre o caso e se predisponha a interpretar (ou, se preferir, revisar o seu projeto compreensivo) o direito à saúde heterorreflexivamente, ou seja, com outras instâncias, tal qual será demonstrado abaixo.

Como ponto de partida, o direito deve ser compreendido em meio ao “primado metodológico do problema como *jogo*”,<sup>952</sup> o que significa que “o intérprete deve estar *vigilante* para o fato de que sua compreensão está limitada por uma dada perspectiva e, ciente da existência de outras, deverá se abrir para o *ente*”.<sup>953</sup> Esse é o momento em que o ente pode surgir suscitando todas as questões passíveis de interferência no plano moral-prático das condutas intersubjetivas que envolvem o caso.<sup>954</sup>

A partir de tal abertura cognitiva, resta configurado o momento ideal para a análise das “questões de ordem econômica, mas é também o momento de se questionar as razões dessa escassez, o paradigma mediante o qual consideramos que determinados recursos são escassos e as possibilidades econômicas e políticas para a realização de uma ação humana”.<sup>955</sup> No âmbito do direito à saúde, essa é a etapa em que o juiz deve investigar e se questionar até que ponto os limites orçamentários podem interferir no (in)deferimento de um pleito sanitário. Para tanto, “o *diálogo* com o *outro* no *jogo* é fundamental”,<sup>956</sup> haja vista que o juiz deve se esforçar reflexivamente no sentido de averiguar no caso concreto o real alcance da universalidade do direito à saúde, ou seja, deve-se fazer um esforço reflexivo no sentido de buscar um ponto de equilíbrio, pois não se pode deferir tudo a qualquer custo e nem ignorar os (altos) custos da saúde.

O primeiro tempo reflexivo, portanto, surge como uma abertura cognitiva para o problema. Nesse contexto, fala-se no “*jogo dialógico contratextual em face do problema*”,<sup>957</sup> haja vista que o foco passa a ser o caso concreto e as suas diversas variáveis. “Assim, só se trabalha com as variáveis que o caso apresenta, isto é, com as demandas que o *problema* demanda”.<sup>958</sup> Há de se ressaltar que esse jogo não é jogado sozinho, mas, sim, com o outro, através do diálogo.<sup>959</sup>

A partir de tal abertura, o diálogo na área da saúde se dá com a comunidade, especialmente por meio da presença necessária dos atores sociais que perfazem as Conferências de Saúde e que integram o Conselho de Saúde. Ademais, nessa etapa, ressaltam-

<sup>952</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 239, (grifo do autor).

<sup>953</sup> CARNEIRO, loc. cit., (grifo do autor).

<sup>954</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>955</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>956</sup> Ibid., p. 240, (grifo do autor).

<sup>957</sup> Ibid., p. 252-254.

<sup>958</sup> Ibid., p. 252, (grifo do autor).

<sup>959</sup> CARNEIRO, loc. cit.

se os debates travados na Audiência Pública de Saúde, bem como os “textos não normativos”,<sup>960</sup> tais como os textos oriundos da sociologia, da filosofia, da literatura e da própria ciência médica, afinal, as questões da área de saúde envolvem uma técnica estranha ao intérprete que aplica o direito.<sup>961</sup>

Em síntese, o jogo dialógico contratextual reflete o momento em que se deve pensar/discutir uma teoria da justiça sem os condicionamentos do direito institucionalizado e, além disso, viabiliza-se a identificação posterior do conteúdo material dos princípios jurídicos. Trata-se, por assim dizer, de uma “etapa privilegiada para a formação de um diálogo interdisciplinar”<sup>962</sup> em que se “densifica as referências ontológicas que permitem consensos e, ao mesmo tempo, delimita a zona de conflito para a atuação pragmática do sistema jurídico”.<sup>963</sup> Assim, o âmbito de incidência do direito à saúde deve ser analisado, antes de tudo, mediante uma abertura cognitiva voltada para as variáveis do problema.

Após o momento contratextual, inicia-se o segundo *tempo* reflexivo em que o primeiro elemento a ser aferido é “o conteúdo substancial dos *princípios jurídicos*”.<sup>964</sup> Os princípios, aqui, não são identificados como aberturas interpretativas aplicáveis mediante a técnica (metodológica da ponderação). Em verdade, os princípios refletem conexões que dão sustentação às regras, “bloqueando através de seu conteúdo deontológico – que é derivado do alinhamento compreensivo obtido no jogo dialógico contratextual – possibilidades aplicativas e, ao mesmo tempo, determinando a opção por outra”.<sup>965</sup>

Ou seja, a definição do direito à saúde em um caso concreto não pode se voltar para um principiologismo em que os princípios figuram como “um *plus* axiológico-interpretativo que veio para transformar o juiz (ou qualquer intérprete) em superjuiz que vai descobrir os ‘valores ocultos’ no texto, agora ‘auxiliado/liberado’ pelos princípios”.<sup>966</sup> Os princípios, no contexto do direito à saúde, possuem o condão de evitar a arbitrariedade judicial<sup>967</sup> e, portanto, devem ser aplicados em meio “à reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em raciocínios finalísticos (ou de políticas)”.<sup>968</sup>

---

<sup>960</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 253.

<sup>961</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>962</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>963</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>964</sup> Ibid., p. 254, (grifo do autor).

<sup>965</sup> Ibid., p. 256.

<sup>966</sup> STRECK, 2011a, p. 241.

<sup>967</sup> Ibid., p. 226.

<sup>968</sup> Ibid., p. 240.

Dessa forma, pode-se afirmar que os princípios contribuem para identificar o alcance do direito à saúde em um dado caso, sem, contudo, incorrer em arbitrariedades ou em decisões solipsistas.

Avançando no diálogo com o sistema, encontram-se as *regras*. “Ao contrário dos princípios, as regras são, por sua vez, pura técnica, soluções *standards*. Desde que estejamos conscientes do que ela representa – ou seja, dos ‘perigos da técnica’ – cumpre uma função determinante para o direito”.<sup>969</sup> As regras, por um lado, não conseguem captar muito bem os valores oriundos da racionalidade moral-prática, no entanto, por outro lado, elas podem dizer muito sobre as possíveis soluções concretas para o problema.<sup>970</sup>

Ora, “uma regra que estabelece, por exemplo, o rol de doenças que autorizam o pagamento de um determinado seguro social pode, em um modelo problemático, ser determinante para responder a uma demanda que não envolve questões ligadas à previdência ou à saúde”.<sup>971</sup> No âmbito dos custos do direito à saúde, por exemplo, a regra constante da Emenda Constitucional nº 29 já fornece indicativos mínimos dos montantes que devem ser gastos com a saúde.

Nesse ponto, chama-se a atenção para o fato de que o Brasil investe um volume de recursos na área da saúde que está muito aquém da sua pujança econômica, tal qual diagnosticado ao longo desse trabalho. Esse dado não pode ser ignorado no julgamento da demanda. Nesse particular, a regra da EC nº 29 pode dizer muito sobre a solução de possíveis problemas. Por exemplo, admitir a reserva do possível nos pleitos sanitários oriundos dos Estados que sequer investem os percentuais mínimos de recursos na área da saúde consistiria em uma contradição sistêmica que somente contribui para a ampliação da inefetividade do direito à saúde. Dito de outro modo, em tais casos, o Poder Judiciário deve atuar de forma corretiva, pois resta evidenciado o descumprimento de uma regra já consagrada pela comunidade política atual.

Outra regra que representa mais um indicativo sistêmico que blinda as alegações de reserva do possível pode ser identificada a partir do art. 153, VII, da Constituição Federal.<sup>972</sup> Trata-se da regra que confere à União a competência para instituir o imposto sobre grandes fortunas, todavia, até o presente momento, tal competência não foi esgotada. Nesse

---

<sup>969</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 256-257.

<sup>970</sup> Ibid., p. 257.

<sup>971</sup> Ibid., p. 258.

<sup>972</sup> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:  
VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

sentido, Miguel Calmon Dantas propõe a ampliação e a expansão do “possível da reserva”,<sup>973</sup> na medida em que cabe ao Poder Público a) esgotar a sua competência tributária, “como também se evidencia a b) inconstitucionalidade da Desvinculação de Receitas da União (DRU) e a c) possibilidade de controle jurisdicional que importe na imposição de execução orçamentária de verbas destinadas à implementação de ação estatal”<sup>974</sup> no que tange aos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito à saúde.

Como resta possível observar, o diálogo com o próprio sistema pode fornecer indicativos de como promover respostas corretas no direito à saúde.

A doutrina, enquanto terceiro nível a ser enfrentado, possui um grau mais abstrato do que a jurisprudência e, por outro lado, um grau mais concreto do que o texto normativo. Assim sendo, a doutrina figura entre ambos. Ademais, urge salientar que a doutrina aqui mencionada está ligada ao resultado de pesquisas universitárias que se interconectam com a sociedade e com o corpo político. A doutrina, por conseguinte, deve iluminar os erros e acertos da jurisprudência, ou seja, “deve assumir a pretensão de ditar os rumos da jurisprudência”,<sup>975</sup> pois nela os erros históricos se diluem em uma rede de conhecimentos, ao passo que os acertos, uma vez estabilizados nessa rede, podem contribuir “para a quebra da coerência do sistema em nome da integridade do direito, garantindo a legitimidade dessa ruptura no diálogo que a doutrina exercita diuturnamente”.<sup>976</sup>

Nesse ínterim, não obstante os avanços e o aumento de obras produzidas sobre o direito à saúde, cabe elucidar que “o estudo do direito sanitário nas faculdades de direito do Brasil é ainda pequeno diante da demanda existente sobre o tema”.<sup>977</sup> Vale dizer, diante da judicialização da saúde, tornou-se imprescindível que os juristas possuam o conhecimento prático-teórico inerente às especificidades do direito à saúde, sob pena de pularmos essa importante etapa no processo decisório.<sup>978</sup>

Além da doutrina, o enfrentamento recai sobre a jurisprudência. A sua colocação em último lugar se dá “não apenas porque representa o resultado da reiteração de sentidos

---

<sup>973</sup> De acordo com o autor, “tal expansão se viabiliza pela materialização tanto do dever fundamental de pagar tributo, como pelos deveres fundamentais, consubstanciados em imposições constitucionais concretas, do Poder Público de a) instituir e de cobrar o tributo, conforme a capacidade contributiva, b) de alocar as receitas provenientes de tributos finalísticos e com destinação constitucionalmente vinculada, e c) de implementar a alocação de recursos destinados, ainda que não vinculados, à promoção de ações estatais voltadas para a realização dos direitos fundamentais”. DANTAS, 2009b, p. 132.

<sup>974</sup> DANTAS, 2009b, p. 132-133.

<sup>975</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 258.

<sup>976</sup> CARNEIRO, loc. cit.

<sup>977</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 192.

<sup>978</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

jurídicos conferidos ao *problema*, mas também porque estará sempre diante dele”.<sup>979</sup> Ou seja, o nível reflexivo da jurisprudência permite – pelo menos potencialmente – o retorno ao problema concreto, “fechando as duas pontas do círculo formado entre o *sentido do problema* e o *sentido do sistema*”.<sup>980</sup> A jurisprudência, desse modo, reflete o dizer de como o direito à saúde está sendo concretizado e, em sendo assim, é nessa etapa em que se deve verificar se os parâmetros trazidos pelo STF se adaptam (ou não) ao problema enfrentado.

Em suma, cabe ao intérprete/aplicador reconstruir os elementos que sustentam um determinado sentido jurisprudencial, o que inclui:

[...] o *problema* que demandou decisões históricas; os *princípios*, que deontologizaram a razão moral-prática densificada contratextualmente; as *regras*, cuja tecnologia foi levada em conta mesmo que indiretamente e, mais ainda, a *rede doutrinária*, que legitima essa leitura jurisprudencial.<sup>981</sup>

Ademais, há de se ressaltar a importância da abertura dialógica com as partes e da fundamentação das decisões. Com relação a esse último aspecto, cabe advertir que fundamentar “significa preparar a parte dispositiva da sentença, apresentar o elemento da sentença em que o juiz expõe argumentos pertinentes, claros, lógicos e razoáveis a respeito dos fatos e do direito, justificando o dispositivo que apresentou ou irá apresentar”.<sup>982</sup> Nesse ínterim, entende-se que a “sentença” sem fundamentação envolve a prática de ato nitidamente arbitrário e, como tal, não pode ser juridicamente qualificada como decisão.<sup>983</sup> Portanto, “a decisão só terá existência jurídica com a sua integralidade nuclear, isto é, com a exposição da motivação e do dispositivo”.<sup>984</sup>

Todo esse enfrentamento problemático, sistêmico, doutrinário e jurisprudencial reflete uma alternativa hermenêutica que, sob a ótica aqui defendida, pode conduzir a uma melhor concretização (judicial) do direito à saúde.

Feitos esses esclarecimentos, ainda poderia remanescer algum questionamento sobre a posição adotada nesse trabalho em face da restringibilidade do direito fundamental à saúde, especialmente nas demandas individuais que diariamente batem às portas do Poder Judiciário.

<sup>979</sup> CARNEIRO, 2011a, p. 259, (grifo do autor).

<sup>980</sup> CARNEIRO, loc. cit., (grifo do autor).

<sup>981</sup> Ibid., p. 260, (grifo do autor).

<sup>982</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. 2. ed. Salvador: Dois de Julho, 2012. p. 287-288.

<sup>983</sup> Ibid., p. 327.

<sup>984</sup> Ibid., p. 312.

Em uma primeira análise, o sentido de restrição a um direito pode remeter a algo simples e não problemático. Todavia, tal como frequentemente ocorre com os conceitos fundamentais, a primeira impressão de simplicidade pode ser enganosa. Nesse particular, o problema parece não estar no conceito de restrição a um dado direito fundamental, mas no âmbito da definição do conteúdo e extensão de tais restrições.<sup>985</sup>

Há, portanto, o problema em torno da reconstrução da relação entre os direitos e as suas eventuais restrições. Nessa temática é possível distinguir dois enfoques principais, quais sejam: as teorias externas e as teorias internas.<sup>986</sup>

Na teoria interna, “o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanentes”.<sup>987</sup> A fixação de tais limites, por se tratar de um processo que ocorre internamente, “não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos*”.<sup>988</sup> Dessa forma, sob o enfoque interno, não há o direito e a restrição, mas apenas uma coisa: “o direito com um determinado conteúdo”.<sup>989</sup>

Por outro lado, a teoria externa trabalha o conceito de restrição a um direito a partir da distinção entre o direito e a sua restrição. Há, de um lado, o *direito em si*, não restringido, e, por outro lado, o teor restante do direito após a ocorrência de uma restrição, o *direito restringido*.<sup>990</sup> Assim, de acordo com a teoria externa, a relação entre o direito e a restrição (não necessária) somente é criada “a partir da exigência, externa ao direito em si, de conciliar os direitos de diversos indivíduos, bem como direitos individuais e interesses coletivos”.<sup>991</sup>

Visto isso, cabe esclarecer o que são as restrições e o que é restringível. Segundo Robert Alexy, os objetos restringíveis são os bens protegidos por direitos fundamentais e as posições *prima facie* asseguradas pelos princípios de direitos fundamentais.<sup>992</sup> A restrição, por sua vez, pode ser definida enquanto “normas que restringem a realização de princípios de direito fundamental”.<sup>993</sup> Ressalte-se, por fim, que uma norma somente pode proporcionar restrição a direito fundamental se ela for compatível com a Constituição.<sup>994</sup>

---

<sup>985</sup> ALEXY, 2011a, p. 276.

<sup>986</sup> SILVA, 2010, p. 127.

<sup>987</sup> Ibid., p. 128.

<sup>988</sup> SILVA, loc. cit., (grifo do autor).

<sup>989</sup> ALEXY, 2011a, p. 277.

<sup>990</sup> ALEXY, loc. cit.

<sup>991</sup> ALEXY, loc. cit.

<sup>992</sup> Ibid., p. 281.

<sup>993</sup> Ibid., p. 285.

<sup>994</sup> Ibid., p. 281.



Em face da restringibilidade dos direitos fundamentais, a ideia de que tais direitos possuem um conteúdo essencial (como restrição das restrições) passou a ganhar bastante espaço na doutrina e na jurisprudência brasileiras.<sup>995</sup> Com efeito, o debate sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais gira em torno de duas grandes dicotomias, quais sejam: enfoques objetivo/subjetivo e conteúdo absoluto/relativo.<sup>996</sup>

Com base na dimensão estritamente objetiva, o teor de um direito fundamental pode ser definido a partir da significação desse direito para a vida social em sua totalidade. Sob o aspecto subjetivo, a garantia do conteúdo essencial não possui relação com a extensão de tal direito para o todo social. Em verdade, segundo esse enfoque, a referida garantia está relacionada a um controle realizado em cada situação individual.<sup>997</sup>

Além dessa diferença de enfoques, destaca-se que as teorias subjetivas acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais também podem ser absolutas ou relativas.<sup>998</sup>

Sob o conteúdo absoluto, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais seria representado enquanto um núcleo,<sup>999</sup> “cujos limites externos formariam uma *barreira intransponível*, independentemente da situação e dos interesses que eventualmente possa haver em sua restrição”.<sup>1000</sup> Além disso, nota-se uma distinção entre duas espécies da teoria absoluta, quais sejam: a do conteúdo absoluto-dinâmico e a do conteúdo absoluto-estático. Na primeira, a característica absoluta não significa imutabilidade, mas significa que o que é protegido não sofre aplicações relativizadas. A alteração do conteúdo, “na teoria absoluto-dinâmica, pode corresponder a um redesenhar do núcleo essencial, de tempos em tempos, pela atividade da construção de um constitucionalismo voltado a realizar o avanço de uma atividade concretizadora e evolutiva dos direitos fundamentais”.<sup>1001</sup> Por outro lado, o teor absoluto-estático explicita que ele é absoluto tanto no seu aspecto espacial quanto no sentido material-temporal. “Aqui, sim, o conteúdo relevar-se-ia, além de intangível, imutável”.<sup>1002</sup>

Já as teorias relativas rejeitam um conteúdo essencial como um âmbito de contornos fixos<sup>1003</sup> ao sustentarem que “a definição do que é essencial – e, portanto, a ser protegido – depende das condições fáticas e das colisões entre diversos direitos e interesses no

---

<sup>995</sup> SILVA, 2010, p. 21.

<sup>996</sup> Ibid., p. 26-27.

<sup>997</sup> SILVA, 2010, p. 26-27.

<sup>998</sup> ALEXY, 2011a, p. 297.

<sup>999</sup> Ao abordar a teoria absoluta, Robert Alexy assevera que “cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir em hipótese alguma”. Ibid., p. 298.

<sup>1000</sup> SILVA, op. cit., p. 27.

<sup>1001</sup> SAMPAIO, 2013, p. 191.

<sup>1002</sup> Ibid., p. 192.

<sup>1003</sup> SILVA, op. cit., p. 196.

caso concreto”.<sup>1004</sup> O conteúdo, em tal teoria, não é preestabelecido, mas variável ante a análise do caso, mediante um juízo de ponderação e exame de proporcionalidade.<sup>1005</sup> De tal modo, segundo Virgílio Afonso da Silva, o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial guarda íntima relação com a proporcionalidade, de modo que as restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetariam o conteúdo essencial dos direitos restringidos.<sup>1006</sup> De tal modo, Robert Alexy chega a afirmar que o conteúdo essencial seria “aquilo que resta após o sopesamento”.<sup>1007</sup>

Aqui, sem a pretensão de exaurir o tema, insta tão somente esclarecer o posicionamento adequado ao que vem sendo construído ao longo desse trabalho.

É evidente que a definição de um conteúdo essencial, confiada ao postulado da proporcionalidade, não está isenta de críticas, destacando-se a possibilidade de tornar o direito fundamental à saúde uma ilusão, pois “de nada vale a existência de um direito amplo (*prima facie*) que não é garantido definitivamente”.<sup>1008</sup> Ademais, não se pode olvidar que há sempre algo que se antecipa (a pré-compreensão) e, portanto, o “sopesamento pode conduzir a um decisionismo disfarçado”,<sup>1009</sup> ainda que se reconheça o esforço de desenvolvimento de parâmetros racionais, especialmente no âmbito da(s) teoria(s) da argumentação jurídica.<sup>1010</sup>

A proporcionalidade representa um mecanismo que pretende auxiliar o controle racional da ponderação dos direitos em conflito. Na sua estrutura analítica, Robert Alexy destaca a observância de três elementos, quais sejam: idoneidade (adequação), necessidade e proporcionalidade em sentido restrito.<sup>1011</sup> O problema de tal razão (cognitiva-instrumental) é que ela promove um deslocamento da hierarquização ponderativa para a subjetividade, com o que se incorre no paradigma da filosofia da consciência e “se encobre o verdadeiro raciocínio (estruturante da compreensão)”.<sup>1012</sup> Em outras palavras, não há como ponderar o imponderável, isto é, o sentido compreensivo que sempre se antecipa e a sua possível alienação.

---

<sup>1004</sup> SILVA, 2010, p. 27.

<sup>1005</sup> SAMPAIO, 2013, p. 195.

<sup>1006</sup> SILVA, 2010, p. 197.

<sup>1007</sup> ALEXY, 2011a, p. 297.

<sup>1008</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 212.

<sup>1009</sup> SAMPAIO, loc. cit.

<sup>1010</sup> Por todas, Cf. ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Traduzido por Zilda HutchinsonSchild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011b.

<sup>1011</sup> ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c. p. 156.

<sup>1012</sup> STRECK, 2011a, p. 233.

Na prática, essa forma de interpretar/aplicar gera incerteza no direito, “levando o destinatário a conhecer o que tinha direito de fruir de prestação estatal, somente após a ponderação”.<sup>1013</sup> Em países como o Brasil, em que as promessas da modernidade ainda não se concretizaram<sup>1014</sup>, isso parece insuficiente.

Nesse cenário, em atenção à opção que melhor se ajusta à realidade brasileira, entende-se que a teoria absoluto-dinâmica pode oferecer o importante movimento à concretização evolutiva dos direitos fundamentais e, de igual modo, conferir segurança no estabelecimento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. No âmbito do direito à saúde, por exemplo, tal conteúdo perpassa pela observância dos avanços e das políticas públicas já salvaguardadas nessa área.

Quanto ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, concorda-se com Marcos Sampaio ao afirmar que:

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, no constitucionalismo brasileiro, merece ser visto dentro dessa perspectiva dinâmica, pela atualização constante dos direitos diante das conquistas sociais já alcançadas, rejeitando-se o retrocesso e garantindo-se os avanços já incorporados à sociedade, admitida a gradualidade dos direitos fundamentais, além do caráter absoluto que se pode identificar nos critérios oferecidos pela vida digna, em sua dimensão individual e social e pelas exigências de mínimos de existência, de cada indivíduo. Tudo isso sem perder de vista a especificidade de cada direito fundamental social, sem a qual o direito desaparece ou se desnatura.<sup>1015</sup>

Qualquer reflexão em torno do conteúdo essencial dos direitos sociais remete ao mínimo existencial<sup>1016</sup> na esperança de que ele represente uma parcela basilar do próprio direito.<sup>1017</sup> Tal raciocínio levou Virgílio Afonso da Silva a asseverar que “a simples ideia de um conteúdo essencial dos direitos sociais remete automática e intuitivamente ao conceito de mínimo existencial”,<sup>1018</sup> associando, entretanto, tal mínimo existencial a uma teoria relativa, uma vez que defende ser ele “realizado na maior medida do possível, diante das condições fáticas e jurídicas presentes”.<sup>1019</sup> Aqui, como esse mínimo não é relativo, associa-se tal elemento à concepção absoluto-dinâmica, contemplando-se “um conjunto de conquistas de proteção alcançadas (absoluto) e o nível de implementação já atingido (dinamismo)”.<sup>1020</sup>

<sup>1013</sup> SAMPAIO, 2013, p. 212.

<sup>1014</sup> STRECK; MORAIS, 2014, p. 84.

<sup>1015</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 259-260.

<sup>1016</sup> Cf. 3.2.4.2 *O embate entre o mínimo existencial e a reserva do possível*

<sup>1017</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 222.

<sup>1018</sup> SILVA, 2010, p. 204.

<sup>1019</sup> Ibid., p. 205.

<sup>1020</sup> SAMPAIO, op. cit., p. 223.

Ao adotar essa postura, preservam-se os avanços já alcançados pelo Estado Democrático de Direito e, para além do mínimo essencial, projeta-se para o alcance do máximo existencial. De acordo com Miguel Calmon Dantas, a busca pelo máximo encontra-se relacionada à compreensão de que o ente estatal, por meio do poder executivo e do poder legislativo, “está vinculado a adotar políticas públicas que promovam progressivamente a ampliação dos níveis de prestação para além do mínimo vital e em direção ao conteúdo essencial pela satisfação suficiente das necessidades vinculadas aos deveres”.<sup>1021</sup>

Há, portanto, “una obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”.<sup>1022</sup> Em verdade, esse é o “punto de partida em relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad”.<sup>1023</sup> No plano do direito à saúde, a identificação do seu respectivo conteúdo essencial perpassa pela observância da atenção primária à saúde. Nesse ponto, ao considerarem os princípios de Limburgo e os princípios de Maastricht, Victor Abramovich e Christian Courtis asseveram que:

El comité ha intentado definir el contenido básico de algunos derechos del Pacto. Por ejemplo, en materia de derecho a la salud, ha establecido que los Estados 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. Entre estas obligaciones básicas se encuentran, como mínimo, la de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial para los grupos vulnerables o marginados; asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre; garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable; facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; velar por la distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; adoptar y aplicar sobre la base de pruebas epidemiológicas un plan de acción.<sup>1024</sup>

Isso não significa que o intérprete/aplicador deve ignorar a realidade dos custos dos direitos. É óbvio que a limitação de recursos existe e essa realidade não deve ser ignorada, “até mesmo para que se possa afirmar judicialmente exigível ou não, certa e determinada prestação do Estado que desborde dos limites do razoável”,<sup>1025</sup> mas não se pode olvidar a

<sup>1021</sup> DANTAS, Miguel Calmon. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. Salvador: UFBA, 2011. 536 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. v. 2. p. 517.

<sup>1022</sup> ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 89.

<sup>1023</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>1024</sup> *Ibid.*, p. 89-90.

<sup>1025</sup> LOPES, 2010, p. 144.

finalidade precípua da arrecadação de recursos públicos, “que outra não é senão a de realizar os objetivos fundamentais traçados na Constituição”.<sup>1026</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>1027</sup> ao dispor sobre o tema na audiência pública de saúde, constatou que:

Existe um dever constitucional de investir recursos e até mesmo limites e pisos, que devem ser investidos na área da Saúde. Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a União não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da Saúde. Há provas cabais de Estados e Municípios que não investem naquilo que foi imposto pela União no direito à Saúde. *Alegar reserva do possível nessas circunstâncias é uma alegação vazia.*

De tal modo, entende-se que um Estado somente pode atribuir o não cumprimento das suas obrigações mínimas à falta de recursos disponíveis, “si logra demostrar que ha realizado todo esfuerzo a su alcance para utilizar la totalidad de los recursos que están a su disposición en pos de satisfacer, com carácter prioritario, esas obligaciones mínimas”.<sup>1028</sup>

Esse parece ser o posicionamento mais acertado no âmbito do direito à saúde, haja vista que tal direito possui um conteúdo essencial a ser preservado. Trata-se, em verdade, de garantir o mínimo já conquistado na área da saúde e de buscar o máximo por meio das instâncias legitimadas democraticamente para tanto. Esse é um pensamento que se encontra coadunado com a fórmula do Estado Democrático de Direito, com o seu compromisso de transformação da realidade e de concretização dos objetivos constitucionais.

#### 4.3 ALTERNATIVAS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE<sup>1029</sup>

Antes de 1988, a saúde integrava um sistema social nos moldes de seguro, que demonstrou ser excludente e injusto, visto que o acesso aos benefícios era restrito aos trabalhadores formais que contribuía com regularidade. Nesse período, “poucos eram os documentos que nos permitiam buscar, através do judiciário, um atendimento em saúde”.<sup>1030</sup>

A partir da Constituição Federal de 1988, evidencia-se a existência de um documento que: a)

<sup>1026</sup> LOPES, 2010, p. 144.

<sup>1027</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Audiência Pública da saúde*, p. 9. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014, (grifo nosso).

<sup>1028</sup> ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 90.

<sup>1029</sup> Este tópico reflete algumas das compreensões já divulgadas em um capítulo de livro sobre o tema. Cf. ALVES, João Vitor de Souza. Efetividade, direito à saúde e acesso à justiça: uma análise crítica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. In: SOUZA, Wilson Alves de (Org.). *Estudos de Direito Processual: um enfoque sob a ótica do acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2014. p. 147-186.

<sup>1030</sup> VIAL, 2010, p. 190.

viabiliza a luta diária por esse direito; b) representa os anseios e lutas antecedentes dos movimentos sociais pela saúde; c) configura um marco “fundamental para entendermos os processos atuais de judicialização”.<sup>1031</sup>

Além do avanço constitucional, há de se ressaltar o surgimento de um novo olhar para a saúde. Como restou examinado ao longo desse trabalho,<sup>1032</sup> a saúde deixou de ser observada tão somente como ausência de doenças e passou a conviver com uma preocupação em torno da promoção do direito à saúde enquanto “completo bem-estar físico, mental e social”.<sup>1033</sup> Assim, a saúde passa a ser analisada como um estar-no-mundo, isto é, como um “sentir-se ativa e prazerosamente satisfeito com as próprias tarefas da vida”.<sup>1034</sup>

Para atender essa nova realidade que perfaz o direito à saúde na sua plenitude, faz-se necessário não apenas medicamentos ou hospitais bem estruturados, mas “uma prevenção adequada, reabilitação, segurança alimentar, tutela do ambiente, água e ar limpos, entre outros”.<sup>1035</sup> A questão é que, por uma distorção, a realização do conjunto de políticas públicas sanitárias tem migrado dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário.<sup>1036</sup>

Assim, como esclarece Jose Luis Bolzan de Moraes, ocorre uma transição funcional no Estado “em direção à Jurisdição – ao Sistema de Justiça –, em razão da democratização no acesso”,<sup>1037</sup> por um lado, e, além disso, a insatisfação quanto à concretização das promessas constitucionais, tendo como exemplo o direito à saúde.<sup>1038</sup>

No âmbito sanitário, os números atinentes à judicialização são cada vez mais expressivos e, de tal modo, faz-se imprescindível a busca de alternativas que possam colaborar para a concretização do direito à saúde. Nessa perspectiva, entende-se que os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) devem trabalhar de forma cooperativa, através de ações que promovam a aproximação entre os atores envolvidos,<sup>1039</sup> o que pode proporcionar avanços qualitativos no acesso aos direitos.

Portanto, em atenção ao sentido amplo de acesso à justiça, busca-se analisar algumas alternativas de cunho prático que, se forem observadas, podem contribuir para a efetivação do direito à saúde.

---

<sup>1031</sup> VIAL, 2010, p. 190.

<sup>1032</sup> Cf. 2.2.1 O(s) sentindo(s) constitucionalmente adequado(s) de saúde e 2.2.2 O caráter oculto da saúde.

<sup>1033</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 35.

<sup>1034</sup> GADAMER, 2006, p. 118.

<sup>1035</sup> VIAL, 2010, p. 190.

<sup>1036</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 217.

<sup>1037</sup> MORAIS, 2010, p. 108.

<sup>1038</sup> MORAIS, loc. cit.

<sup>1039</sup> LÜDKE, Welington Eduardo. *Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes: fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 124.

### 4.3.1 O fortalecimento da via administrativa

Uma das principais críticas conferidas à judicialização da saúde está relacionada à questão de um eventual rompimento da igualdade no acesso à justiça. Isto é, algumas pessoas com condições de acionar o Poder Judiciário (seja por meio da advocacia privada ou da defensoria pública) teriam vantagem em detrimento das demais pessoas que não possuem essa possibilidade em função da falta de informação e/ou instrumentalização (a exemplo da ausência de Defensoria Pública em alguns Estados).<sup>1040</sup>

De acordo com Luís Roberto Barroso, “quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial”.<sup>1041</sup>

Em face de tal crítica, Têmis Liemberger<sup>1042</sup> propõe o fortalecimento da via administrativa enquanto meio apto para a solução dos litígios. Segundo a autora:

Esta via propicia uma agilização em termos de solução de conflitos, pois dialoga diretamente com o setor que institui a política pública e que por algum motivo esta não foi implementada. Sabe-se que o Brasil adotou o sistema da unidade da jurisdição, em detrimento da dualidade, como ocorre na França. Assim, não se tem como suprimir o acesso ao Judiciário brasileiro. Ocorre, porém, que se todas as demandas vão ser discutidas em juízo, em um país de alta litigiosidade, baixo cumprimento espontâneo do direito, pouca credibilidade das instituições públicas, ao que se soma por vezes omissões e má gestão dos órgãos públicos, o Judiciário acaba colapsando com grande número de demandas, o que redundará em morosidade.

Nesse particular, insta salientar a experiência das defensorias públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. A prática de tais defensorias já tem sinalizado uma diminuição considerável das ações judiciais em matéria de saúde, mediante a conciliação prévia por meio da via administrativa, especialmente nas situações que envolvem direitos salvaguardados por políticas públicas existentes no SUS.<sup>1043</sup>

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, em ação conjunta com o município e a defensoria pública estatal, instituiu uma prática colaborativa ante a questão dos medicamentos. Os acordos proporcionaram a criação de uma central única para recebimento

---

<sup>1040</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 226.

<sup>1041</sup> BARROSO, 2008, p. 241.

<sup>1042</sup> LIEMBERGER, op. cit., p. 226-227.

<sup>1043</sup> Ibid., p. 227.

de mandados, com o intuito de evitar a duplicidade de medidas judiciais.<sup>1044</sup> Em parceria com a Defensoria Pública do Estado, firmou-se um ajuste “para que ações, pelo menos em relação aos remédios expressamente constantes de listas, não sejam mais propostas, e para que o medicamento seja entregue mediante simples entrega de ofício”.<sup>1045</sup>

Na prática, quando o sujeito comparece à defensoria, ao invés de se ingressar imediatamente com a ação judicial, verifica-se o termo de cooperação que firma o compromisso de fornecimento e a relação de medicamentos disponibilizados pela Secretaria Estadual de Saúde e, após isso, um ofício é enviado para a Secretária de Saúde a fim de que, no prazo máximo de sessenta dias, o Estado entregue voluntariamente o medicamento. Caso isso não ocorra, ajuíza-se a ação judicial. Segundo “o Núcleo de Fazenda Pública da Defensoria do Estado do Rio de Janeiro, as ações foram reduzidas em 95%. Então, o Judiciário se viu desafogado em 95% de suas ações judiciais”.<sup>1046</sup>

É óbvio que em alguns casos o prazo de sessenta dias não poderá ser aguardado e/ou o medicamento não se encontra na lista relacionada ao termo de cooperação. Nesses casos, ao longo dos debates da Audiência Pública de Saúde, consignou-se uma segunda alternativa já utilizada pela Defensoria Pública da União, qual seja, a formação de câmaras prévias de conciliação. Tal câmara atua em um regime de cooperação entre a Defensoria Pública da União, o Instituto Nacional de Seguridade Social e o Ministério da Previdência. Diante disso, os casos concretos de maior complexidade são enviados para essa câmara com o fito de encontrar alguma solução. Caso não se encontre uma solução, resta aberta a possibilidade de acionar o judiciário.<sup>1047</sup>

Em São Paulo, por sua vez, firmou-se uma parceria entre a Defensoria Pública estadual e a Secretária de Saúde do Estado com o fito obter uma solução administrativa para a dispensa de medicamentos das listas oficiais ou dos chamados medicamentos excepcionais. O procedimento se desenvolve através do encaminhamento das pessoas que procuram a

---

<sup>1044</sup> MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Audiência Pública da Saúde: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. p. 3-4. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Rodrigo\\_Tostes\\_de\\_Alencar\\_Mascarenhas\\_\\_Subprocurador\\_Geral\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1045</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1046</sup> ORDACGY, André da Silva. *Audiência Pública da Saúde: RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO E FINANCIAMENTO DO SUS*. p. 9. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Andre\\_da\\_Silva\\_Ordacgy\\_\\_Defensor\\_Publico\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Andre_da_Silva_Ordacgy__Defensor_Publico_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1047</sup> *Ibid.*, p. 9.



Defensoria Pública para o atendimento administrativo por técnicos da Secretária de Saúde, que desempenham essa função no próprio da defensoria.<sup>1048</sup>

No atendimento, caso se trate de um medicamento da lista oficial, o paciente é orientado a se dirigir para o local onde o fármaco já está disponível para a retirada, sem qualquer burocracia. Quanto aos medicamentos excepcionais, após a instauração de um procedimento administrativo na esfera da própria secretaria, o paciente é submetido a uma avaliação médica. Nessa etapa, confirmada a patologia e a medicação prescrita, se tal medicação for oficial (estiver inscrita na ANVISA), a entrega deve ser feita em um período que varia entre 30 a 40 dias. Os casos excepcionais, o que varia em função da gravidade da patologia, são tratadas, igualmente, de forma excepcional, com prazos reduzidos.<sup>1049</sup>

Essa experiência produziu um resultado positivo. A Defensoria Pública do Estado de São Paulo apresentou, em uma unidade específica para mover ações contra a Fazenda Pública na área de medicamentos, um volume aproximado de 150 a 180 ações/mês, exclusivamente no município de São Paulo. Após um ano, esse número foi reduzido para aproximadamente 15 a 18 ações/mês. Isto é, por meio de um esforço conjunto, conseguiu-se reduzir “em cerca de 90% a judicialização das ações referentes ao fornecimento de medicamentos”.<sup>1050</sup>

Ademais, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a recomendação nº 31/2010,<sup>1051</sup> com o intuito de indicar aos Tribunais a importância da adoção de medidas que visam subsidiar os magistrados na solução das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde. Além disso, por intermédio da resolução nº 107/2010,<sup>1052</sup> o supracitado Conselho instituiu o Fórum Nacional de Saúde para monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde. Dentre as atribuições de tal Fórum, destacam-se a elaboração de estudos e a indicação de medidas (concretas e normativas) voltadas para a melhoria dos procedimentos, bem como para o reforço à efetividade dos processos judiciais e à prevenção de novos conflitos.<sup>1053</sup>

---

<sup>1048</sup> MAXIMIANO, Vitore. *Audiência Pública da Saúde: gestão do SUS – Legislação do SUS e universalidade do sistema*. p. 5-6. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/sr\\_vitore\\_maximiano.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/sr_vitore_maximiano.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1049</sup> Ibid., p. 6-7.

<sup>1050</sup> Ibid., p. 7.

<sup>1051</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. p.1. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/recomendacoes/reccnj\\_31.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf)>. Acesso em: 06 Ago. 2014.

<sup>1052</sup> Id.. *Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010*. p. 1. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_107.pdf)>. Acesso em: 06 Ago. 2014.

<sup>1053</sup> Ibid., p. 2.

Em face do exposto, nota-se a importância da aproximação entre o Poder Judiciário e os órgãos responsáveis pela assistência farmacêutica e fornecimento de medicamentos. Essa é uma prática que viabiliza a troca de informações a respeito dos medicamentos padronizados e daqueles que integram as demandas judiciais, o que pode auxiliar nas decisões do Poder Judiciário e na gestão farmacêutica das Secretarias.<sup>1054</sup>

Dessa forma, o fortalecimento da via administrativa pode ser visto como uma alternativa interessante para a efetivação do direito à saúde. Segundo Têmis Liemberger:<sup>1055</sup>

A via a ser construída, aponta que os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, visando a informação recíproca, com o objetivo de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada como forma de desbancar a estrutura patrimonialista, infelizmente, tão presente no Brasil. A partir de então, possivelmente as instituições funcionarão como balizadores democráticos e não servirão para extratificar desigualdades.

Por fim, cumpre salientar que a utilização da via administrativa não significa um desprestígio ao Poder Judiciário, “mas sim uma racionalização dos custos (tempo e dinheiro), que poderão propiciar um maior investimento em outros setores que estão a demandar o investimento do setor público”.<sup>1056</sup>

#### 4.3.2 O apoio técnico ao Poder Judiciário

Além do fortalecimento da via administrativa, o apoio técnico ao poder judiciário pode servir como mais uma alternativa para a concretização do direito à saúde.<sup>1057</sup> É que o Poder Judiciário não possui todos os conhecimentos técnico-científicos imprescindíveis para uma melhor instituição das políticas públicas na área da saúde. Por exemplo, “o Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública”.<sup>1058</sup>

<sup>1054</sup> BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. p. 32. Disponível em: <<http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/A%C3%A7%C3%B5esIndividuais.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1055</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 231.

<sup>1056</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>1057</sup> LIEMBERGER, loc. cit.

<sup>1058</sup> BARROSO, 2008, p. 242.

Nesse sentido, desde a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, o Conselho Nacional de Justiça indicou aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais a necessidade de celebração de convênios com o fito de disponibilizar “apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais”.<sup>1059</sup>

O apoio técnico ao Poder Judiciário pode ser vislumbrado a partir do exemplo de duas varas da Fazenda Pública do Rio de Janeiro. Em tais varas, foram colocados dois farmacêuticos para proporcionar auxílio técnico ao juiz, “na avaliação da pertinência de determinado medicamento, da existência ou não de um medicamento equivalente nas listas do SUS”.<sup>1060</sup> Além disso, a Secretaria de Saúde de tal Estado criou um *software* e o disponibilizou para que os juízes tenham acesso aos medicamentos.<sup>1061</sup>

Um passo adiante, tendo em vista a complexidade e o caráter interdisciplinar das questões sanitárias, o CNJ editou a recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013, recomendando aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais que “promovam a especialização de Varas para processar e julgar ações que tenham por objeto o direito à saúde pública”<sup>1062</sup> e “orientem as Varas competentes para priorizar o julgamento dos processos relativos à saúde complementar”.<sup>1063</sup>

Nesse panorama de especialização, cumpre destacar que a comarca de Porto Alegre já conta com uma vara especializada em saúde pública. Trata-se da 10ª Vara da Fazenda Pública/Saúde Pública do Foro Regional da Tristeza, cujo titular é o juiz de direito Eugênio Couto Terra. Tal magistrado possui uma formação interdisciplinar (entre o âmbito jurídico e os estudos de pós-graduação na Escola de Saúde Pública do Rio Grande do Sul), o que contribui para uma evolução do sistema jurídico no enfrentamento das demandas sanitárias.<sup>1064</sup>

---

<sup>1059</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. p. 2-3.

Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/recomendacoes/reccnj\\_31.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1060</sup> MASCARENHAS, 2014, p. 4.

<sup>1061</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>1062</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013*. p. 1.

Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao\\_gp\\_43\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao_gp_43_2013.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1063</sup> *Ibid.*, p. 2.

<sup>1064</sup> KÖLLING, Gabrielle. *O direito à saúde: história e perspectivas*. 2011. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011. p. 164-165.

Essa tendência de aproximação entre o conhecimento jurídico e o saber sanitário também pode ser detectada através da própria recomendação nº 31/2010, do CNJ, na medida em que restou preconizada a: a) inclusão da legislação atinente ao direito sanitário como disciplina específica no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na magistratura; b) incorporação do direito sanitário nos programas dos cursos de formação e aperfeiçoamento dos magistrados; c) promoção de seminários para estudo na área da saúde, reunindo magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entendimento sobre o tema.<sup>1065</sup>

Essas são alternativas que não resolvem integralmente os problemas inerentes às demandas judiciais de saúde no Brasil. Inobstante isso, essas novas possibilidades constituem meios de melhorar a prestação jurisdicional e proporcionar um direito à saúde mais efetivo.

#### 4.3.3 O papel do Ministério Público

A Constituição Federal de 1988, por meio do seu art. 127º,<sup>1066</sup> trata do Ministério Público enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, através de diversas formas, tais como a de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Em atenção ao sentido do Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tem o dever de buscar a concretização “do direito posto e implementá-lo na prática, com o intuito de modificar a realidade do direito e do imaginário de seus operadores, transformando-a em um ordenamento jurídico que realmente conheça os direitos sociais, e, principalmente, a saúde”.<sup>1067</sup>

Nesse contexto, evidencia-se a responsabilidade do supramencionado órgão em torno da defesa dos direitos difusos e coletivos, dentre os quais insere-se a saúde. Além disso, não se pode olvidar que cabe ao *Parquet* defender as ações e serviços de relevância pública (art. 129, II, da CF<sup>1068</sup>), tal como é o caso da saúde (art. 197º da CF<sup>1069</sup>).<sup>1070</sup>

<sup>1065</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010*. p. 3-4.

Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/recomendacoes/recenj\\_31.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/recenj_31.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

<sup>1066</sup> Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>1067</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 176.

<sup>1068</sup> 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; [...]

Além disso, outra função ministerial que se destaca para o presente estudo é a disposta no art. 129, III, da CF,<sup>1071</sup> ou seja, a função de promover o inquérito civil e a ação civil pública. Isso porque tal forma de atuação se volta para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Dessa forma, segundo Cláudio Barros Silva:

A busca de efetivação do direito social, pela via processual ou extraprocessual, deve levar o Ministério Público à realização do acesso aos direitos fundamentais às milhões de pessoas que vivem à margem do direito. O caminho do Ministério Público, como Instituição da sociedade, deve ser, também, o de efetivação da saúde pública.<sup>1072</sup>

Nota-se, por conseguinte, que apenas com a participação de todos os interessados e legitimados é que será viável a busca de efetivação do direito à saúde. Ressalte-se, nesse sentido, que o Ministério Público “tanto agirá de ofício como mediante representação”.<sup>1073</sup> Salvaguardadas as competências específicas (art. 109, IV,<sup>1074</sup> da Constituição Federal), a saúde pode ser objeto de tutela pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público dos Estados, “dando-se, dessa forma, maior agilidade à tutela requerida, bem como agindo em nome do interesse público, que, no caso da saúde, é tanto local como nacional”.<sup>1075</sup>

No âmbito do Ministério Público Federal, por exemplo, a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão conta com Grupos de Trabalho (GT) que têm como escopo discutir e propor metas e meios para a atuação conjunta das Procuradorias dos Direitos do Cidadão em todo o território nacional.<sup>1076</sup> Dentre tais grupos, destaca-se o Grupo de Trabalho da Saúde, em funcionamento desde 2004, com linhas de atuação e temas definidos: saúde da criança,

<sup>1069</sup> Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

<sup>1070</sup> ROCHA, 2011, p. 58.

<sup>1071</sup> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; [...]

<sup>1072</sup> SILVA, Cláudio Barros. *Seguridade social, Controle social e o Ministério Público*. 1994. p. 157. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1275673701.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275673701.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>1073</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 181.

<sup>1074</sup> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...].

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

<sup>1075</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 181.

<sup>1076</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). *Grupos de Trabalho*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gts/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

assistência farmacêutica, programa mais médicos, acesso a medicamentos excepcionais, financiamento da saúde e outros.<sup>1077</sup>

É nesse sentido que, em publicação sobre o financiamento sanitário, o Grupo de Trabalho da Saúde estabelece que o cumprimento do disposto na E.C nº 29/2000, por Estados e Municípios, não é interesse exclusivo do Ministério Público Federal, mas também dos Ministérios Públicos Estaduais, “cujas atribuições, em matéria desse serviço de relevância pública e do direito público subjetivo à saúde, são, inclusive, instrumentalmente mais ampliadas”,<sup>1078</sup> uma vez que a esfera estadual da referida instituição “é quem tem atribuição para o ajuizamento de ações contra as autoridades estaduais e municipais recalcitrantes”.<sup>1079</sup>

Portanto, é importante o estabelecimento de parcerias entre o MPF e os Ministérios Públicos Estaduais, a fim de que seja possível a realização de “ações conjuntas, de forma que se possa produzir, com a soma das respectivas atribuições, um resultado mais efetivo em defesa do financiamento da saúde”.<sup>1080</sup>

De tal modo, como bem afirma Júlio Cesar de Sá da Rocha, “cabe indiscutivelmente ao Ministério Público (*Parquet*) a defesa da saúde. Primeiro, porque o direito à saúde é compreendido como um dos direitos difusos e coletivos. Segundo, porque as ações e serviços de saúde são caracterizados como de relevância pública”.<sup>1081</sup> Assim sendo, segundo Germano Schwartz, o Ministério Público exerce “papel determinante na busca pela efetivação do direito à saúde”.<sup>1082</sup>

#### 4.3.4 Participação popular e democracia na saúde

Apesar das inúmeras previsões salvaguardadas pela Constituição Federal brasileira para a participação da população (como nos Conselhos Municipais de Saúde, por exemplo), a realidade é que a herança do modelo autoritário estatal ainda é bem presente e, em função disso, o cidadão tende a se sentir mais determinado a buscar a tutela jurisdicional

<sup>1077</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil). *Grupo de Trabalho Saúde*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/grupos-de-trabalho/saude/institucional/apresentacao>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>1078</sup> Id. *Financiamento da saúde*. Brasília, DF, 2008. p. 92. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/institucional/grupos-de-trabalho/saude/atuacao/manuais-de-atuacao/Financiamento\\_da\\_saude](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/institucional/grupos-de-trabalho/saude/atuacao/manuais-de-atuacao/Financiamento_da_saude)>. Acesso em: 13 ago. 2014.

<sup>1079</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil), loc. cit.

<sup>1080</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (Brasil), loc. cit.

<sup>1081</sup> ROCHA, 2011, p. 59.

<sup>1082</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 177.

do Estado do que motivado a tentar alcançar a efetivação de seus direitos por meios coletivos de participação social.<sup>1083</sup>

Além disso, há de se acrescentar que a sociedade brasileira atual tem como característica um acentuado individualismo. De igual modo, faz-se importante considerar que, no imaginário da população, subsiste a crença de que a solução dos problemas relacionados ao acesso à saúde é função exclusiva dos governos, uma vez que os cidadãos pagam tributos para isso.<sup>1084</sup>

Nesse sentido, faz-se necessário que a barreira característica do individualismo seja superada paulatinamente. Em uma sociedade complexa e com múltiplos problemas em áreas cruciais para a dignidade humana, “como educação, saúde, moradia, segurança entre outras, as soluções individualizadas serão sempre mais dispendiosas e pouco eficientes para a construção da cidadania ativa e da justiça social”.<sup>1085</sup> Por conseguinte, o estudo em torno da participação popular e da democracia na saúde surge enquanto alternativa importante para se (re)pensar a concretização do direito à saúde no Brasil.

No que se refere à participação popular na saúde, a Constituição estabelece que:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

[...]

III - participação da comunidade.

A participação da comunidade constitui um dos principais meios democráticos de se efetivar a saúde, afinal, “a proteção da saúde não é interesse exclusivo de alguém; é de todos”.<sup>1086</sup> Aqui, “o cidadão assume um papel de agente promotor da eficácia sanitária, para que todos possam contar efetivamente com a saúde”.<sup>1087</sup>

Na prática, a Lei nº 8.142/90 estabelece normas sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, sendo que tais normas fornecem subsídios para a criação da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde, instâncias colegiadas que atuam em cada nível da federação como “catalizadores da participação e gestão democrática do sistema”.<sup>1088</sup> Desse

<sup>1083</sup> CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde: pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 177-178.

<sup>1084</sup> *Ibid.*, p. 178.

<sup>1085</sup> CARLINI, loc. cit.

<sup>1086</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 183.

<sup>1087</sup> *Ibid.*, p. 187.

<sup>1088</sup> FIGUEIREDO, 2009, p. 98.

modo, a participação da comunidade resta viabilizada por intermédio de diversas possibilidades, dentre as quais se destacam:

- 1) a Conferência de Saúde, que avalia a situação da saúde e propõe a formulação da política de saúde no nível correspondente – art. 1º, §1º, da Lei nº 8.142/90.
- 2) o Conselho de Saúde, que formula estratégias e atua no controle da execução da política de saúde na instância correspondente – art. 1º, § 2º, da Lei nº 8.142/90.<sup>1089</sup>

Busca-se, com isso, fomentar a participação em ações e serviços no âmbito da saúde, o que pode ocorrer por meio de organizações representativas de cunho comunitário, “seja de profissionais e prestadores de serviços que atuam no ramo da saúde, seja, especialmente, dos usuários”.<sup>1090</sup> Dessa forma, viabiliza-se a participação nas decisões “acerca das diretrizes, estratégias, execução e controle relativos a programas voltados à saúde pública no país”.<sup>1091</sup> O conselho de saúde, por exemplo, “tem organizado as conferências nacionais que debatem e deliberam sobre temas relevantes para a saúde, eventos que tem contado com a atenção da mídia”.<sup>1092</sup>

Pela via do Poder Judiciário, a participação da comunidade também resta assegurada por meio “das garantias coletivas do direito à saúde, tais como o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção coletivo, entre outros”.<sup>1093</sup> Há, ainda, a existência de Organizações Não-Governamentais – ONGs, que também contribuem de forma direta para a participação da comunidade na Administração Pública. Exemplos no caso do direito à saúde: “Liga Feminina de Combate ao Câncer, Greenpeace, SOS Erro Médico, AVERMES – Associação das Vítimas de Erros Médicos”.<sup>1094</sup>

Ademais, a participação popular deve ser constatada igualmente a partir das experiências dos Municípios que adotam o orçamento participativo. Um exemplo é o Município de Porto Alegre, que possui o Conselho do Orçamento Participativo enquanto “órgão de participação direta da comunidade, tendo por finalidade planejar, propor, fiscalizar e deliberar sobre a receita e despesa do Orçamento”.<sup>1095</sup>

---

<sup>1089</sup> SCHWARTZ, 2001, p. 109.

<sup>1090</sup> LEDUR, 2009, p. 197.

<sup>1091</sup> LEDUR, loc. cit.

<sup>1092</sup> Ibid., p. 196.

<sup>1093</sup> SCHWARTZ, op. cit., p. 186.

<sup>1094</sup> SCHWARTZ, loc. cit.

<sup>1095</sup> SCHWARTZ, loc. cit.



Nesse particular, cumpre chamar atenção para a necessidade de uma “virada institucionalista no campo da saúde no Brasil”,<sup>1096</sup> isto é, para o resgate do processo de escolhas públicas. Isso passa pelo controle preventivo das informações relacionadas à execução do orçamento público, mas não é algo adstrito ao orçamento. É preciso, por exemplo, definir protocolos médicos, deliberar sobre os montantes de recursos e, por fim, eleger prioridades por critérios públicos.<sup>1097</sup> O fato é que a supracitada virada demanda a publicização de todas essas escolhas, sendo que a publicização não é somente sinônimo de divulgar, mas também consiste em tornar público o processo de escolha.<sup>1098</sup>

Nota-se, destarte, a importância do controle preventivo das informações relacionadas à execução do orçamento público, bem como o papel que o cidadão bem informado pode exercer nesse contexto.<sup>1099</sup>

A importância da transparência acerca da execução orçamentária pode ser identificada sob duas facetas. Por um lado, a transparência consiste em um dever da Administração de conferir publicidade aos seus atos. Por outro lado, há o direito do cidadão de ser informado sobre o que acontece com a coisa pública.<sup>1100</sup> De acordo com Tênis Liemberger, “por meio da informação disponível em meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular, torna-se o exercício do poder mais transparente e, conseqüentemente, mais democrático”.<sup>1101</sup>

Esse controle preventivo é importante, pois o sistema jurídico atua predominantemente de modo repressivo, isto é, depois de ocorrido o ilícito.<sup>1102</sup> Conclui-se, portanto, que o controle preventivo, exercido através da participação popular e da transparência orçamentária, constitui um importante meio de fiscalização das verbas orçamentárias destinadas à saúde e, por via de consequência, uma alternativa factível na busca pela efetividade do direito à saúde.

---

<sup>1096</sup> AMARAL, 2010, p. 180.

<sup>1097</sup> Ibid., p. 179.

<sup>1098</sup> Ibid., p. 180.

<sup>1099</sup> LIEMBERGER, 2010, p. 229.

<sup>1100</sup> LIEMBERGER, loc. cit.

<sup>1101</sup> LIEMBERGER, loc. cit.

<sup>1102</sup> LIEMBERGER, loc. cit.

## 5 CONCLUSÕES<sup>1103</sup>

Partindo-se do pressuposto de que as ideias expostas ao longo do presente trabalho já tenham sido acompanhadas de suas respectivas conclusões, cabe, nessa etapa, sintetizá-las, ainda que elas apontem reflexões sujeitas a desenvolvimentos posteriores.

A tutela dos direitos fundamentais sociais constitui uma das grandes promessas da modernidade. Tais direitos não ilustram uma realidade dada ou estática, e sim realidades historicamente construídas em meio a conflitos, avanços e retrocessos. Nesse contexto, o Estado de Direito exprime uma realidade de limitações estatais e de salvaguarda dos direitos individuais, ao passo em que o direito (desenvolvido pelo jusnaturalismo a partir de uma racionalidade moral-prática) foi alçado à condição de texto e de técnica aplicativa.

As insuficiências do ideário liberal somadas a diversos fatores históricos – tais como a Revolução Industrial, as Guerras Mundiais e a crise econômica de 1929, por exemplo – impulsionaram o surgimento de um Estado e de um constitucionalismo social, cuja nota distintiva consiste na tentativa de corrigir os desvios evidenciados pelo projeto liberal-individualista a partir da inserção de um novo conteúdo axiológico e político pertinente às questões sociais.

Sob o aspecto social, o Estado passa a ter uma postura positiva no sentido de assegurar as pautas mínimas imprescindíveis ao pleno desenvolvimento do ser humano, ou seja, busca-se a concretização de uma igualdade de fato. No entanto, inobstante os avanços, o Estado Social não consegue conferir à igualdade uma concretude substancial no plano fático.

O distanciamento evidenciado entre o plano normativo (formal) e o plano fático, especialmente no que se refere à igualdade e à concretização da justiça social, constitui um dos principais fatores que ensejam a transição do Estado Social de Direito para o Estado Democrático de Direito. Esse último modelo pretende ser um veículo de transformação social.

A Constituição Federal de 1988 insere o Brasil nesse novo paradigma. Com o intuito de repensar a realização da Constituição (em tempos de constitucionalização simbólica) e de resgatar as promessas incumpridas da modernidade, os atores jurídicos começaram a demonstrar sérias preocupações com relação à (in)efetividade do texto

---

<sup>1103</sup> Algumas das conclusões apontadas nesse trabalho já foram divulgadas por meio de artigos científicos. Cf. ALVES, João Vitor de Souza; SOLIANO, Vitor. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre: Síntese, v. 12, p. 283-300, 2012; ALVES, João Vitor de Souza. Efetividade, direito à saúde e acesso à justiça: uma análise crítica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. In: SOUZA, Wilson Alves de (Org.). *Estudos de Direito Processual: um enfoque sob a ótica do acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2014. p. 147-186.

constitucional, sobretudo no que tange aos direitos fundamentais. Nesse particular, deve-se ressaltar a norma oriunda do art. 5, §1, da Constituição Federal.

O direito à saúde, enquanto direito fundamental (formal e material), se insere na problemática em torno da inefetividade da Constituição. Assim, diante da relevância social que reveste o tema, faz-se imprescindível analisar: 1) como o direito à saúde é concretizado no Brasil?; 2) como o direito à saúde pode vir a ser concretizado?

Os indicadores socioeconômicos alertam para a inefetividade do direito à saúde em terras brasileiras. De um lado, o Brasil figura entre as dez maiores economias do mundo e, por outro lado, ocupa a 72ª posição no ranking da OMS de investimento em saúde, quando a lista se baseia na despesa estatal por habitante. Na contramão desses dados, cerca de 75% da população brasileira ainda depende do Sistema Único de Saúde.

A despeito desse diagnóstico, não se pode afirmar que a inefetividade do direito à saúde encontra-se relacionada exclusivamente à falta de investimentos públicos. Ora, o correto enfrentamento do problema demanda a análise de diversos fatores, tais como a falta de vontade política, as prioridades de governo em desconformidade com as prioridades constitucionais, a ineficiência da atuação administrativa e a impossibilidade resultante da escassez de recursos.

Visto isso, há de se observar que, por uma distorção sistêmica, as políticas públicas de saúde saíram do seio dos Poderes Legislativo e Executivo em direção ao Poder Judiciário. Trata-se do fenômeno denominado como judicialização da saúde.

O Poder Judiciário, desse modo, passa a possuir um papel central na concretização do direito à saúde. Logo, faz-se importante realizar uma análise hermenêutica em busca da resposta constitucionalmente adequada (atuação judicial). Nesse sentido, a Audiência Pública da saúde já revela um avanço dialógico ao ter reunido cerca de cinquenta especialistas para discutir sobre os limites e possibilidades da decisão judicial na área da saúde.

A busca da resposta correta nos casos que envolvem o direito à saúde pode ser vislumbrada no interior de uma teoria para o Poder Judicante (teoria da decisão) que está comprometida com a necessidade de concretização da Constituição (substancialismo) e adota uma perspectiva teórica que vai além da mera aceitação da subjetividade assujeitadora do intérprete/aplicador. Referida tese, aqui entendida, é fruto de uma imbricação entre as possibilidades concretizadoras da hermenêutica de cariz filosófico (Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer) e as construções de Ronald Dworkin, Lenio Streck e Wálber Carneiro. Entende-se que, a partir de um substancialismo não arbitrário, é possível pensar em respostas constitucionalmente adequadas e democraticamente concebidas.

Nos casos da saúde, portanto, a busca da resposta correta impõe ao intérprete/aplicador o respeito a alguns limites: a tradição, a coerência e a integridade do fenômeno jurídico. Com a tradição, assume-se o compromisso de compreender o direito à saúde em meio ao seu conteúdo ético traçado desde o período pós-guerra até o atual Estado Democrático de Direito. O respeito à integridade demanda que os magistrados vislumbrem as normas públicas de saúde, de modo a explicitar um sistema único e coerente. A coerência, por sua vez, impõe que os problemas relacionados com a saúde devam ser analisados em meio ao ideal de igualdade, de modo a evidenciar-se uma coerência sistêmica

Ademais, o caminho para a resposta correta demanda a observância de outros limites: a) abertura compreensiva no jogo dialógico contratextual; b) diálogo com o sistema, em que se buscam as bases tecnológicas; c) diálogo com a doutrina; d) diálogo com a jurisprudência, que fecha o círculo com um retorno ao problema; além da busca pelo diálogo com as partes e da devida fundamentação das decisões. Nesse sentido, afigura-se patente a existência de um espaço reflexivo inerente à atividade de interpretação que o próprio fenômeno jurídico demanda.

No âmbito do direito à saúde, a partir da abertura cognitiva para o problema, resta deflagrada a etapa em que o juiz deve investigar e se questionar até que ponto os limites orçamentários podem interferir no (in)deferimento de um pleito sanitário, ou seja, deve-se fazer um esforço reflexivo no sentido de buscar um ponto de equilíbrio, afinal, não se pode deferir tudo a qualquer custo e nem ignorar os (altos) custos da saúde. Nessa etapa, o foco passa a ser o caso concreto e as suas diversas variáveis. Viabiliza-se o diálogo com a comunidade, especialmente por meio da presença necessária dos atores sociais que perfazem as Conferências de Saúde e que integram o Conselho de Saúde. Ademais, ressaltam-se os debates travados na audiência pública de saúde, bem como os textos oriundos da sociologia, da filosofia, da literatura e da própria ciência médica, vez que as questões da área de saúde envolvem uma técnica estranha ao intérprete que aplica o direito.

Após o momento contratextual, inicia-se o segundo tempo reflexivo em que o primeiro elemento a ser aferido é o conteúdo dos princípios. Os princípios, aqui, não são identificados como aberturas interpretativas aplicáveis mediante a técnica (metodológica da ponderação). Em verdade, os princípios possuem o condão de evitar a arbitrariedade judicial e, portanto, devem ser aplicados em meio à reconstrução principiológica do problema em face da coerência e integridade do fenômeno jurídico. Dessa forma, pode-se afirmar que os princípios contribuem para identificar o alcance do direito à saúde em um dado caso, sem, contudo, incorrer em decisões solipsistas.

Avançando no diálogo com o sistema, encontram-se as regras. Essas, por um lado, não conseguem captar muito bem os valores oriundos da racionalidade moral-prática, no entanto, por outro lado, elas podem dizer muito sobre as possíveis soluções concretas para o problema. No âmbito dos custos do direito à saúde, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 29 consagra uma regra que pode dizer muito sobre os pleitos relacionados à saúde. Vale dizer, com a referida Emenda, o próprio sistema já fornece indicativos mínimos dos montantes que devem ser gastos com a saúde e, portanto, esses dados não podem ser ignorados no julgamento da demanda.

A doutrina, enquanto terceiro nível a ser enfrentado, deve iluminar os erros e acertos da jurisprudência. Nesse ínterim, há de se elucidar que a doutrina em torno do direito à saúde ainda é pequena diante da demanda que cerca o tema. Um exemplo disso é a ausência da disciplina de direito sanitário na maioria das faculdades de direito do Brasil.

Em último lugar, o enfrentamento recai sobre a jurisprudência. Esse nível reflexivo permite o retorno ao problema. A jurisprudência, desse modo, reflete o dizer de como o direito à saúde está sendo concretizado e, em sendo assim, é nessa etapa em que se deve verificar se os parâmetros trazidos pelo STF se adaptam (ou não) ao caso enfrentado.

Por fim, cumpre salientar que a pretensão da busca pela resposta correta não representa o alcance de uma resposta definitiva, até porque se corre o risco de produzir uma resposta incorreta. Mas o respeito à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada compreensão em torno da tradição constitucional, já reflete o primeiro passo em direção ao cumprimento do direito fundamental à resposta correta.

Tendo em vista a restringibilidade dos direitos fundamentais, concluiu-se que o direito à saúde possui um conteúdo essencial a ser preservado. Trata-se, em verdade, de garantir o mínimo já conquistado na área da saúde e de buscar o máximo por meio das instâncias legitimadas democraticamente para tanto. Esse é um pensamento que se encontra coadunado com a fórmula do Estado Democrático de Direito, com o seu compromisso de transformação da realidade e de concretização dos objetivos constitucionais.

Um passo adiante, observou-se que as ações individuais sobre medicamentos podem funcionar como *mecanismo de pressão* (Têmis Liemberger) para a implementação das políticas públicas e, por outro lado, as ações coletivas como *o foro adequado* (Têmis Liemberger) para a discussão da inclusão (ou não) dos medicamentos nas listas dos tidos como essenciais. Isso, todavia, não conduz à negação das ações individuais na área da saúde. De um lado, pode-se afirmar que as ações coletivas possuem uma maior probabilidade de chegar à resposta constitucionalmente adequada, pois se verifica uma preocupação muito

maior com a coerência em meio à normatização do SUS, a integridade e a tradição. Mas, por outro lado, não se pode solapar do indivíduo o seu direito imanente de acesso à justiça no plano individual.

Ademais, em atenção ao sentido amplo de acesso à justiça, esse trabalho busca algumas alternativas para a efetivação do direito à saúde, tais como: a) o fortalecimento da via administrativa; b) o apoio técnico ao Poder Judiciário; c) o papel do Ministério Público; d) a participação popular como condição para democratizar o acesso à saúde.

O fortalecimento da via administrativa propicia uma maior celeridade na solução dos conflitos, pois estabelece um canal dialógico com o setor responsável por instituir a política pública inefetiva. Essa é uma opção que auxilia a diminuição do número de processos judiciais sobre a saúde e, por conseguinte, contribui para um Poder Judiciário menos moroso.

O apoio técnico aos juízes também pode servir como mais uma alternativa para a efetivação do direito à saúde, vez que os magistrados não possuem todos os conhecimentos técnico-científicos imprescindíveis para uma melhor instituição das políticas públicas de saúde. Além de tal apoio, o CNJ editou a recomendação nº 43, de 20 de agosto de 2013, indicando aos Tribunais de Justiça e aos Tribunais Regionais Federais a importância da especialização de Varas para processar e julgar ações que versem sobre o direito à saúde.

O Ministério Público figura como uma instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a partir da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Com isso, o *Parquet* exerce papel fundamental na busca pela efetivação do direito à saúde.

A participação popular constitui um dos principais meios democráticos de se efetivar a saúde. O cidadão bem informado pode assumir uma postura ativa na consecução da gestão e fiscalização do SUS. Para tanto, faz-se necessário o resgate do processo de escolhas públicas e a observância da transparência orçamentária como um dever da Administração e direito do cidadão.

Por fim, conclui-se que, ante o quadro de inefetividade e de disfunção do direito no contexto constitucional brasileiro, o direito fundamental à saúde pode vir a ser concretizado pela ação do Poder Judiciário e por intermédio de alternativas que contribuem para tal desiderato. Nesse particular, entende-se que a atuação judicial não pode ocorrer de qualquer modo e, portanto, faz-se imprescindível a realização de uma análise hermenêutica em busca de respostas constitucionalmente adequadas. Tal pensamento representa verdadeira condição de possibilidade para se (re)pensar a concretização do direito à saúde em tempos de Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

\_\_\_\_\_. *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*. p. 1-18. Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>>. Acesso em: 22 maio 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação Jurídica: a Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. 3. ed. Traduzido por Zilda HutchinsonSchild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011b.

\_\_\_\_\_. *Constitucionalismo Discursivo*. 3. ed. Traduzido por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c.

ALVES, João Vitor de Souza. Efetividade, direito à saúde e acesso à justiça: uma análise crítica entre a atuação judicial e a busca de alternativas. In: SOUZA, Wilson Alves de (Org.). *Estudos de Direito Processual: um enfoque sob a ótica do acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2014. p. 147-186.

\_\_\_\_\_. Direito, Hermenêutica e Decisão: o papel da coerência na interpretação/aplicação do fenômeno jurídico. In: BEÇAK, Rubens; BORGES, Alexandre Walmott; LOPES, Ana Maria D'Ávila (Coords.). *Hermenêutica*. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 272-301.

\_\_\_\_\_; SOLIANO, Vitor. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito: as promessas da modernidade entre o ativismo judicial e a busca por respostas constitucionalmente adequadas. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre: Síntese, v. 12, p. 283-300, 2012.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

BAHIA, Saulo José Casali. O Poder Judiciário e a Efetivação dos Direitos Fundamentais. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Coords.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 297-311.

BANCO MUNDIAL. *GDP (current US\$)*. Disponível em: <[http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD/countries?order=wbapi\\_data\\_value\\_2010%20wbapi\\_data\\_value%20wbapi\\_data\\_value-last&sort=desc&display=default](http://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD/countries?order=wbapi_data_value_2010%20wbapi_data_value%20wbapi_data_value-last&sort=desc&display=default)>. Acesso em: 22 jun. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 221-249.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 121-136.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *A produção do Direito no Brasil: A dissociação entre direito e realidade social e o direito de Acesso à Justiça*. 2. ed. Ilhéus: Editus, 2008.

\_\_\_\_\_.; BEZERRA, Raquel Tiago. Legislação simbólica: sobre os riscos de manipulação ideológica do Direito. In: LEMOS, Geraldo Lavigne de. (Org.). *Legislação Simbólica: uma realidade constatada*. Salvador: Dois de Julho, 2012. p. 17-38.

\_\_\_\_\_. O acesso aos direitos e à justiça: Um direito fundamental. In: *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, Salvador: PPGD/UFBA, n. 14, p. 49-69, 2007.

BLOOMBERG. *Most Efficient Health Care: Countries*. Disponível em: <<http://www.bloomberg.com/visual-data/best-and-worst/most-efficient-health-care-countries>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *O Futuro da democracia*. 11. ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_. *Dicionário de política*. 12. ed. Traduzido por Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007a.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007b.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Danielle da Costa Leite; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário*, v. 10, n. 1, p. 13-38, 2009. Disponível em:

<<http://www6.ensp.fiocruz.br/repositorio/sites/default/files/arquivos/A%C3%A7%C3%B5esIndividuais.pdf>>. Acesso em: 06 ago. 2014.



BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Em busca de um conceito fugidio – o ativismo judicial. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Jus Podvim, 2011. p. 387-401.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Mais Médicos*. Diagnóstico da Saúde no Brasil. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos/mais-sobre-mais-medicos/5952-diagnostico-da-saude-no-brasil>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Mais Médicos*. Como funciona o programa. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/acoes-e-programas/mais-medicos/mais-sobre-mais-medicos/5953-como-funciona-o-programa>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

CAMPELLI, Magali Geovana Ramlow; CALVO, Maria Cristina M. O cumprimento da Emenda Constitucional no. 29. In: *Caderno Saúde Pública*. Rio de Janeiro, 2007. p. 1613-1623. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n7/12.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. O círculo e a linha: da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 7-34.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

\_\_\_\_\_. Prólogo: nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 9-12.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos. Madrid: Trotta, 2007.

\_\_\_\_\_. Eficacia de la Constitución y derechos sociales: elementos para una teoría compleja. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: JusPodvim, 2008. p. 251-279.

\_\_\_\_\_. Derechos humanos: apuntes para la construcción de um concepto. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords.). *Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes*. Salvador: Jus Podvim, 2012. p. 429-439.

CARDUCCI, Michele. *Por um direito constitucional altruísta*. Traduzido por Sandra Regina Martini Vial; Patrick Lucca da Ros; Cristina Lazzarotto Fortes. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CARLINI, Angélica. *Judicialização da Saúde: pública e privada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

CARNEIRO, Wálber Araújo. *Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a.

\_\_\_\_\_. O direito e as possibilidades epistemológicas do paradigma hermenêutico. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio. (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b. p. 133-151.

\_\_\_\_\_. A cidadania tutelada e a tutela da cidadania: o deslocamento da função simbólica da Constituição para a tutela jurisdicional. In: SOUZA, Wilson Alves de; CARNEIRO, Wálber Araújo; HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. (Coords.). *Acesso à justiça, cidadania, direitos humanos e desigualdade socioeconômica: uma abordagem multidisciplinar*. Salvador: Dois de Julho, 2013. p. 131-152.

\_\_\_\_\_. A dimensão positiva dos direitos fundamentais: A ética e a técnica entre o ceticismo descompromissado e compromisso irresponsável. In: *Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Salvador: CONPEDI, 2008. p. 2457-2472.

Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/walber\\_araujo\\_carneiro.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/walber_araujo_carneiro.pdf)>.

Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Processo e Hermenêutica: a produção do direito como compreensão. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Nº 58, 1-24, 2005. Disponível em:

<[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_marco2005/index.htm](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_marco2005/index.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os Direitos Fundamentais e a (in)certeza do Direito: A produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO, Sérgio Resende. *Saúde coletiva e promoção da saúde: sujeito e mudança*. São Paulo: Hucitec, 2010.

CERQUEIRA, Nelson. *Hermenêutica e Literatura*. Traduzido por Yvenio Azevedo. Salvador: Cara, 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 75-98.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *CNJ institui Fórum Nacional do Judiciário para a solução de conflitos na saúde pública*. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8813&Itemid=1046](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8813&Itemid=1046)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Quantidade de demandas nos tribunais*. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Em oito anos, Justiça do RS defere 94% das ações relacionadas ao Direito à Saúde*.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24927:em-sete-anos-justica-do-rs-defere-94-das-acoes-relacionadas-ao-direito-a-saude>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Recomendação nº 31 de 30 de Março de 2010*. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/recomendacoes/reccnj\\_31.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/recomendacoes/reccnj_31.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 107, de 6 de Abril de 2010*. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/rescnj\\_107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_107.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Recomendação nº 43, de 20 de Agosto de 2013*. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao\\_gp\\_43\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/recomendacao_gp_43_2013.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

COSSIO, Carlos. *La teoria egologica del derecho y el concepto juridico de libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

\_\_\_\_\_. *Ciência do Direito e Sociologia Jurídica*. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 28-40.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; OLIVEIRA, Bruno de Almeida. *O constitucionalismo e o fundamento de validade procedimental do direito*. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podvim, 2010. 285-300.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Salvador: Jus Podvim, 2008.

CUVILLIER, Armand. *Os fatos jurídicos são fatos sociais: seus caracteres próprios*. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 43-45.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

\_\_\_\_\_. O Tempo da Expansão do Possível: Solidariedade dirigente sobre a Reserva Orçamentária. In: DANTAS, Miguel Calmon; CUNHA JÚNIOR, Dirley da (Coord.). *Desafios do constitucionalismo brasileiro*. Salvador: Jus Podivm, 2009b. p. 121-186.

\_\_\_\_\_. *Direito Fundamental ao Máximo Existencial*. 2011. 536 f. Tese (Doutorado em Direito Público) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. v. 2.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. Traduzido por Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. Traduzido por Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Traduzido por Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FACCINI NETO, Orlando. *Elementos de uma Teoria da Decisão Judicial: Hermenêutica, Constituição e respostas corretas em direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. *Direito à saúde: Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traduzido por Flávio Paulo Meurer. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2012. v. 1.

\_\_\_\_\_. *O caráter oculto da saúde*. Petrópolis: Vozes, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Traduzido por Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e a Aplicação*. Traduzido por Claudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Traduzido por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. p. 13.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Traduzido por Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ontologia: hermenêutica da faticidade*. Traduzido por Renato Kirchner. Petrópolis: Vozes, 2012.

\_\_\_\_\_. *Ser e tempo*. 13. ed. Traduzido por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2005. Parte 2.

\_\_\_\_\_. A questão da técnica. In: *Ensaio e conferências*. 5. ed. Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008a. p. 11-38.

\_\_\_\_\_. A superação da Metafísica. In: *Ensaio e conferências*. 5. ed. Traduzido por Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2008b. p. 61-86.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizado a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Jus Podvim, 2009.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. *Constitucionalismo em tempos de globalização*. Traduzido por Jose Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KÖLLING, Gabrielle. *O direito à saúde: história e perspectivas*. 2011. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2011.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 10. ed. Traduzido por Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo Judicial e Participação Democrática: A Audiência Pública Como Espécie de Amicus Curiae e de Abertura da Jurisdição Constitucional – a*

Experiência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na Audiência Pública da Saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Orgs.). *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: Algumas Experiências Latino-Americanas e Europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 221-244

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais: efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LIEMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 53-70. v. 5.

\_\_\_\_\_. Burocratização, políticas públicas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para a efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 217-231. v. 6.

LOPES, Mauricio Caldas. *Judicialização da saúde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LÜDKE, Welington Eduardo. *Políticas públicas de saúde e a tensão entre os poderes: fortalecimento da via administrativa para harmonização dos conflitos*. 2012. 154 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012

LUIZ, Fernando Vieira. *Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional*. Traduzido por Jose Luis Bolzan de Moraes; Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. Concepto y concepción de los derechos humanos: acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta. *Doxa*, Universidad de Alicante, Nº 4, p. 47-66, 1987. Disponível em: <[http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10898/1/Doxa4\\_02.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10898/1/Doxa4_02.pdf)>. Acesso em: 13 ago. 2014.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e o Estado de Direito: Uma teoria da argumentação jurídica*. Traduzido por Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Audiência Pública da Saúde: responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Rodrigo\\_Tostes\\_de\\_Alencar\\_Mascarenhas\\_\\_Subprocurador\\_Geral\\_do\\_Estado\\_do\\_Rio\\_de\\_Janeiro\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Rodrigo_Tostes_de_Alencar_Mascarenhas__Subprocurador_Geral_do_Estado_do_Rio_de_Janeiro_.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

MAXIMIANO, Vitore. *Audiência Pública da Saúde: gestão do SUS – Legislação do SUS e universalidade do sistema*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/sr\\_vitore\\_maximiano.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/sr_vitore_maximiano.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Abertura da Audiência Pública nº 4*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura\\_da\\_Audiencia\\_Publica\\_\\_MGM.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

\_\_\_\_\_.; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MERTON, Robert K. *Sociologia: Teoria e Estrutura*. Traduzido por Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Traduzido por Alberto Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO (Brasil). *Financiamento da saúde*. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/institucional/grupos-de-trabalho/saude/atuacao/manuais-de-atuacao/Financiamento\\_da\\_saude](http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/pfdc/institucional/grupos-de-trabalho/saude/atuacao/manuais-de-atuacao/Financiamento_da_saude)>. Acesso em: 13 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Grupos de Trabalho*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/gts/>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. *Grupo de Trabalho Saúde*. Disponível em: <<http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/grupos-de-trabalho/saude/institucional/apresentacao>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. Tomo 4.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Traduzido por Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 101-119. v. 6.

\_\_\_\_\_. Afinal: quem é o estado? Por uma Teoria (possível) do/para o Estado Constitucional. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Estudos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 151-175.

MORALES, Hernán Durán. *Aspectos Conceptuales y Operativos del Proceso de Planificación de la Salud*. Santiago de Chile: Las Naciones Unidas, 1989.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NUNES, António José Avelãs. Os tribunais e o direito à saúde. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 11-72.

OLIVEIRA, Fábio de. Neoconstitucionalismo e Constituição Dirigente. In: QUARESMA, Regina; OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula; DE OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio (Orgs.). *Neoconstitucionalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 239-266.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Uma vez mais: a relação interna entre discursos jurídicos de aplicação e garantias processuais jurisdicionais dos direitos fundamentais na constituição procedimentalista do Estado Democrático de Direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). *Interpretação Constitucional: reflexões sobre (a nova) hermenêutica*. Salvador: Jus Podvim, 2010. p. 247-283.

\_\_\_\_\_. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ORDACGY, André da Silva. *Audiência Pública da Saúde: RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO E FINANCIAMENTO DO SUS*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Andre\\_da\\_Silva\\_Ordacgy\\_\\_Defensor\\_Publico\\_da\\_Uniao\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Andre_da_Silva_Ordacgy__Defensor_Publico_da_Uniao_.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Estadísticas sanitarias mundiales 2013*. Gasto en salud. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/82218/1/9789243564586_spa.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Estadísticas sanitarias mundiales 2011*. Gasto en salud. Disponível em: <[http://www.who.int/whosis/whostat/ES\\_WHS2011\\_Full.pdf](http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS2011_Full.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *The World Health Report*. Health Systems: Improving Performance. Disponível em: <[http://www.who.int/whr/2000/en/whr00\\_en.pdf](http://www.who.int/whr/2000/en/whr00_en.pdf)>. Acesso em: 18 jul. 2014.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. *Saúde nas Américas 2012*. Capítulo Brasil. Disponível em: <<http://apsredes.org/site2012/wp-content/uploads/2012/09/Sa%C3%BAde-nas-Am%C3%A9ricas3.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Saúde nas Américas 2007*. Capítulo Brasil. Disponível em: <<http://www.paho.org/hia/archivosvol2/paisespor/Brazil%20Portuguese.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.



\_\_\_\_\_. *A OPAS vê com entusiasmo o Programa “Mais Médicos”*. Disponível em: <[http://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3255:a-opas-ve-entusiasmo-programa-mais-medicos-&Itemid=827](http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=3255:a-opas-ve-entusiasmo-programa-mais-medicos-&Itemid=827)>. Acesso em: 19 jul. 2014.

PAIM, Jairnilson Silva. *O que é o SUS*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009.

PARDO, David Wilson de Abreu. *Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação*. 2005. 327 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

PERASSI, Tomaso. As ciências do Direito. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 11-15.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Projeto de Cooperação Técnica Internacional BRA/12/013 – Fortalecimento do Acesso à Justiça no Brasil*. Disponível em: <[http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/projects/BRA/SRJ%20novo%20projeto\\_texto\\_final.doc](http://www.undp.org/content/dam/undp/documents/projects/BRA/SRJ%20novo%20projeto_texto_final.doc)>. Acesso em: 26 jul. 2014.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Dos planos e âmbitos do conhecimento do direito. In: MACHADO NETO, A. L.; MACHADO NETO, Zahidé (Orgs.). *O Direito e a vida social*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966. p. 21-27.

REDE INTERGERACIONAL DE INFORMAÇÕES PARA A SAÚDE. *Indicadores e Dados Básicos – Brasil – 2012*. Gasto com consumo de bens e serviços de saúde como percentual do Produto Interno Bruto (PIB). Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/e04.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. *Indicadores e Dados Básicos – Brasil – 2012*. Número de leitos hospitalares por habitante - AMS/IBGE. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/e02.def>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Indicadores e Dados Básicos – Brasil – 2012*. Número de profissionais de saúde por habitante. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/e01.def>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

RICOEUR, Paul. *Hermenêutica e ideologias*. 3. ed. Traduzido por Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2013.

ROCHA, Julio Cesar de Sá. *Direito da saúde*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROHDEN, Luiz. *Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem*. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. O hiato entre a hermenêutica-filosófica e a decisão judicial. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011a. p. 127-131.

\_\_\_\_\_. Crítica ao Discurso da Law and Economics: a Exceção Econômica no Direito. In: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011b. p. 3-144.

RÜDIGER, Francisco. *Martin Heidegger e a questão da técnica: prospectos acerca do futuro do homem*. Porto Alegre: Sulina, 2006.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Heidegger: um filósofo da Alemanha entre o bem e o mal*. Traduzido por Lya Lett Luft. São Paulo: Geração Editorial, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, Marcos. *O conteúdo essencial dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 123-158.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Transição Paradigmática: Da Regulação à Emancipação. *Oficina do CES*, Coimbra, n. 25, p. 1-33, mar. 1991.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Maria Manuel Leitão; PEDROSO, João. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. *Oficina do CES*, Coimbra, n. 65, p. 1-62, nov. 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, Mínimo existencial e Direito à saúde: algumas aproximações. In: *Direitos fundamentais e justiça*. Nº 1. Porto Alegre: HS, 2007, p. 171-213.

\_\_\_\_\_. *Audiência Pública da saúde*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr.\\_Ingo\\_Sarlet\\_\\_titular\\_da\\_PUC\\_.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2014.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas Liberal, Social e Pós-Social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crises e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.

SCAFF, Fernando Facury. Direito à saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73-135.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

\_\_\_\_\_. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

\_\_\_\_\_; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, out. 1997.

SILVA, Cláudio Barros. *Seguridade social, Controle social e o Ministério Público*. 1994. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1275673701.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275673701.pdf)>. Acesso em: 13 Ago. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SISTEMA DE INFORMAÇÕES SOBRE ORÇAMENTOS PÚBLICOS EM SAÚDE - SIOPS. *Histórico do percentual mínimo e aplicado pelos Estados de acordo com a EC-29*. Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>>. Acesso em: 23 jul. 2014.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2011.

\_\_\_\_\_. *Sentença civil imotivada: caracterização da sentença civil imotivada no direito brasileiro*. 2. ed. Salvador: Dois de Julho, 2012.

STEIN, Ernildo. *Epistemologia e crítica da modernidade*. 3. ed. Ijuí: Unijuí, 2001.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

\_\_\_\_\_. Nas raízes da controvérsia. In: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica e decisão jurídica: questões epistemológicas. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (Orgs.). *Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011c. p. 153-172.

\_\_\_\_\_. Um balanço hermenêutico dos vinte anos da Constituição do Brasil: Ainda o problema do positivismo jurídico. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão (Coords.). *Constituição e efetividade constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008a. p. 185-206.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008b.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. *O que é isto, o ativismo judicial, em números?* Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#\\_ftn1\\_7788](http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

\_\_\_\_\_; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2014.

SUPER INTERESSANTE. *Quantos órgãos acabariam com a fila de transplantes no Brasil?* Disponível em: <[http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo\\_365062.shtml](http://super.abril.com.br/superarquivo/2005/conteudo_365062.shtml)>. Acesso em: 22 jul. 2014.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Despacho de convocação de audiência pública*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho\\_Convocatorio.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Despacho_Convocatorio.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. *Concluída audiência pública sobre Programa Mais Médicos - Atualizada*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=254389>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Áreas temáticas*. Saúde. Disponível em: <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%C3%A1ticas%20-%20Sa%C3%BAde.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%C3%A1ticas%20-%20Sa%C3%BAde.pdf)>. Acesso em: 26 jun. 2014.

TRINDADE, André Karam. *Garantismo versus neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

VIACAVA, Francisco; ALMEIDA, Célia; CAETANO, Rosângela; FAUSTO, Márcia; MACINKO, James; MARTINS, Mônica; NORONHA, José Carvalho de; NOVAES, Heligonda Maria Dutilh; OLIVEIRA, Eliane dos Santos; PORTO, Silvia Marta; SILVA, Ligia M Vieira da; SZWARCOWALD, Célia Landmann. *Uma metodologia de avaliação do*

desempenho do sistema de saúde brasileiro. *Revista Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 711-724, jul./set. 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csc/v9n3/a16v09n3.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2014.

VIAL, Sandra Regina Martini. Democracia, direito à saúde: do direito ao direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 187-216. v. 6.

WARAT, Luís Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, v. 3, n. 5, p. 48-57, 1982.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coords.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128-135.

WEBER, Max. Os três tipos puros de dominação legítima. In: COHN, Gabriel (Org.). *Max Weber*. 7. ed. São Paulo: Ática, 2003. p. 128-141.

\_\_\_\_\_. *O que é a burocracia*. Disponível em: <[http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro\\_burocracia\\_diagramacao\\_final.pdf](http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil: ley, derechos, justicia. 10. ed. Traduzido por Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

**APÊNDICE A – ROTEIRO PARA ENTREVISTA COM OS PROFISSIONAIS DA  
ÁREA DE SAÚDE**

Local da entrevista: \_\_\_\_\_

Data: \_\_\_\_\_ Início: \_\_\_\_\_h Término: \_\_\_\_\_h

**I. IDENTIFICAÇÃO**

1. Nome: \_\_\_\_\_

2. Idade: \_\_\_\_\_

3. Profissão: \_\_\_\_\_

4. Formação: \_\_\_\_\_

**II. QUESTÕES NORTEADORAS DA ENTREVISTA**

1. Qual é o sentido que você atribui ao termo saúde?

2. Qual é a sua impressão sobre a atual situação da saúde no Brasil?

3. De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal da República de 1988, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Em sua opinião, esse dispositivo vem sendo devidamente cumprido no Município de Salvador? Se não, quais seriam os principais fatores que impedem a concretização do direito à saúde?

4. Poderíamos falar em falta de vontade política para que o direito à saúde seja realmente implementado no Brasil? Se sim, como a falta de vontade política afeta a situação da saúde em Salvador?

5. No Brasil, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo o Sistema Único de Saúde – SUS. Em termos práticos, quais são os principais aspectos positivos e negativos do SUS no que se refere à concretização do direito à saúde? Além disso, pode-se afirmar que o SUS explicita uma estrutura burocrática?

6. A escassez de recursos no âmbito da saúde é uma realidade nacional. Dessa forma, questiona-se: é possível alocar recursos escassos de uma forma que não prejudique a população na área da saúde? Se sim, como?

7. Qual é a sua opinião sobre a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa para determinar a concretização do direito à saúde?

8. Em arremate, duas perguntas: qual é a sua análise do quadro atual da saúde no Município de Salvador? Como o direito à saúde pode vir a ser implementado de uma forma eficiente no futuro?

**APÊNDICE B – ENTREVISTA<sup>1104</sup> – DRA. CEUCI DE LIMA XAVIER NUNES<sup>1105</sup>**

1 – Qual é o sentido que você atribui ao termo saúde?

Resposta: A melhor definição do termo saúde é a que a Organização Mundial de Saúde (OMS) traz, que é a situação de bem-estar físico, psíquico e social. Então, acho que saúde não é só ter doença ou não ter doença, e sim envolve muitas outras coisas, tais como o direito à água, direito ao saneamento básico, direito ao lazer, direito a uma convivência adequada com a família e amigos, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros. É uma coisa bastante ampla e, por isso, é muito difícil nós darmos conta de todas as necessidades da saúde.

2 – Qual é a sua impressão sobre a atual situação da saúde no Brasil?

Resposta: A minha impressão sobre a saúde atual no Brasil é que nós estamos construindo o Sistema Único de Saúde (SUS), que completou 20 anos recentemente e trouxe muitos avanços. Antes da instauração do SUS, as pessoas eram atendidas apenas em hospitais filantrópicos e nos hospitais do INSS, que só atendiam as pessoas que portavam o cartão do INSS e que pagavam a previdência social. Depois do SUS, a saúde passou a ser um direito. Mas é extremamente complexo se construir um sistema único que pretende dar tudo em termos de prevenção, de medicina curativa, para todas as pessoas de uma forma igual. Então, eu acho que algumas coisas têm que ser sopesadas.

3 – De acordo com o artigo 196 da Constituição Federal da República de 1988, “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas”. Em sua opinião, esse dispositivo vem sendo devidamente cumprido no Município de Salvador? Se não, quais seriam os principais fatores que impedem a concretização do direito à saúde?

---

<sup>1104</sup> Questionário respondido no dia 04/08/2014.

<sup>1105</sup> Graduação em Medicina pela Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública (1985), mestrado em Medicina Interna pela Universidade Federal da Bahia (1997) e doutorado em Medicina Interna pela Universidade Federal da Bahia (2004). É infectologista e atualmente Diretora do Hospital Couto Maia, referência para doenças infecto-contagiosas no Estado da Bahia, Professora Adjunta da Escola Bahiana de Medicina – Fundação Bahiana para Desenvolvimento das Ciências e médica – Serviço Especializado em Imunização e Infectologia (SEIMI). Foi Conselheira do Creneb no período de 1993 a 2008 e atualmente é Conselheira Suplente da Bahia no Conselho Federal de Medicina. Tem experiência na área de Medicina, com ênfase em Doenças Infecciosas e Parasitárias, atuando principalmente nos seguintes temas: epId.iologia, meningite, AIDS/HIV, HTLV e meningoencefalite tuberculosa.



Resposta: Já existem inúmeros estudos que mostram que a saúde na maioria dos países do Mundo é subfinanciada. No Brasil, nós gastamos cerca de pouco mais de um dólar por pessoa a cada dia na saúde (são cerca de trezentos dólares por pessoa a cada ano), o que é ínfimo em relação a alguns outros países.

A questão de Salvador é ainda mais problemática, pois Salvador foi uma das últimas capitais do Brasil a entrar na municipalização plena da saúde. Além disso, a cidade de Salvador não tem um hospital próprio e, portanto, a rede hospitalar é toda do Estado (estadual). O programa de saúde da família (que é um programa que tem tido efetividade no Brasil inteiro) alcança menos de 20% da população de Salvador. Então, tudo isso traz uma questão muito desconfortável para a saúde, na medida em que as pessoas vão bater na porta dos hospitais. As pessoas que tinham que estar sendo atendidas na rede básica de saúde chegam aos hospitais, e a maioria dos nossos hospitais atendem por ordem de chegada. Com isso, você pode prejudicar muito uma pessoa que está precisando de um atendimento hospitalar, uma vez que entram na frente pessoas que não estão precisando de atendimento hospitalar e que poderiam ter a sua situação resolvida na rede básica. Isso é extremamente complexo e, portanto, Salvador precisa melhorar urgentemente a saúde.

O Município de Salvador ingressou por último na municipalização da saúde, pois não houve uma vontade política de entrar antes. Salvador é a terceira capital do Brasil e deveria ter sido a terceira cidade a ingressar na municipalização da saúde. Além disso, a rede estadual acaba tendo que suprir a demanda municipal, perpassando por muitos problemas. No Hospital Couto Maia, por exemplo, uma pessoa que chega com meningite vai entrar na mesma fila de uma pessoa que ingressa com Amidalite. E qual é a prioridade? Amidalite não era nem para estar aqui no Couto Maia, no entanto nós atendemos e convivemos com essa situação. Eu fiz um levantamento quando o Dr. José Carlos Brito era o secretário de saúde e encaminhei para o Creneb e para a secretaria. Nós fizemos um dia de atendimento normal com 96 pessoas que foram atendidas, sendo que mais de 70% das pessoas não eram para serem atendidas pelo Couto Maia, isto é, o posto de saúde resolveria estes casos. Somente menos de 30% das pessoas atendidas realmente tinham a indicação de serem atendidas aqui e isso gera uma sobrecarga nos hospitais.

Isto se repete em todos os hospitais. Como historicamente a rede básica não funciona, as pessoas vão procurar atendimento nos hospitais onde com certeza tem um médico de plantão. Mesmo melhorando a rede básica esta “cultura” vai permanecer por um tempo. È importante frisar que isto também ocorre na rede privada onde corriqueiramente

existem nas portas dos Pronto Atendimentos placas avisando que a espera pode chegar a 6 horas.

4 – Poderíamos falar em falta de vontade política para que o direito à saúde seja realmente implementado no Brasil? Se sim, como a falta de vontade política afeta a situação da saúde em Salvador?

Resposta: Essa questão eu já mencionei. Salvador vem evidenciando historicamente a postergação da municipalização plena, que é você dar conta da saúde do Município, o que nós sabemos que não ocorre na realidade.

5 – No Brasil, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada constituindo o Sistema Único de Saúde – SUS. Em termos práticos, quais são os principais aspectos positivos e negativos do SUS no que se refere à concretização do direito à saúde? Além disso, pode-se afirmar que o SUS explicita uma estrutura burocrática?

Resposta: Muitos estudiosos do SUS consideram-no (enquanto sistema) como um dos melhores do Mundo. É claro que ele precisa dar muitos passos até galgar uma estrutura que satisfaça a população. Mas se trata de um sistema que pretende ser universal (todas as pessoas são atendidas), com equidade (em que se dá a quem precisa mais) e é para ser um sistema justo e hierarquizado. Então, cada ente federativo (Município, Estado e a União) tem as suas responsabilidades. Eu entendo que esse ainda é o melhor sistema, hierarquizado, sendo que cada ente tem os seus direitos e deveres. Mas nós sabemos que para isso funcionar, precisa que tudo funcione. A saúde não está independente da questão social, da questão da corrupção; a saúde não é uma ilha, e sim envolve vários aspectos. Para a saúde ir bem, o país tem que ir bem.

Quanto à questão da burocracia, eu entendo que nós temos uma burocracia imensa no serviço público. Os processos licitatórios são demorados. Existem restrições de compras, algumas são centralizadas, como os materiais permanentes. Na prática nós podemos comprar R\$200.000,00 (duzentos mil reais) de medicação, mas eu não posso comprar um foco cirúrgico, pois esse objeto é considerado como material permanente e, por outro lado, medicamento é material de consumo.

Mas com toda burocracia é o SUS tem números grandiosos. A grande maioria dos procedimentos de alta complexidade (transplantes de órgãos, cirurgias cardíacas, hemodiálise) são financiados pelo SUS, no Brasil. O programa de imunização no Brasil é um dos melhores

do Mundo, em tipos de vacinas oferecidas e no número de vacinas aplicadas. O Brasil foi pioneiro na introdução de várias vacinas com Rotavirus, mais recentemente HPV para as meninas. O programa de imunização do Brasil é um exemplo para o mundo todo.

O tratamento da AIDS no Brasil é exemplo para o mundo todo, afinal a medicação é fornecida gratuitamente para todos os pacientes que necessitam de medicação para a AIDS. E não é uma medicação pior do que a que é fornecida em outros lugares, e sim uma medicação igual a que é fornecida em outros lugares. Às vezes existe uma dificuldade em que, por exemplo, já existe na Europa o tratamento de três medicações associadas em um único comprimido e isso não existe ainda no Brasil, temos as mesmas três medicações, mas separadas. Isso deu uma virada na questão da AIDS no sentido de diminuir a mortalidade e o percentual de pessoas que se internam.

Outro aspecto que nós não pensamos (e que faz parte do nosso dia-a-dia) é que todas as ações de vigilância sanitária, isto é, quem fiscaliza os restaurantes e supermercados, por exemplo, tudo isso é o SUS. Agora, nós não sentimos isso, pois nós vislumbramos o SUS a partir da questão do hospital (que precisa ser melhorada), mas nós temos que pensar nas outras coisas que o SUS nos oferece.

6 – A escassez de recursos no âmbito da saúde é uma realidade nacional. Dessa forma, questiona-se: é possível alocar recursos escassos de uma forma que não prejudique a população na área da saúde? Se sim, como?

Resposta: Essa questão da escassez de recursos, nós vimos que o SUS é subfinanciado. Recentemente a emenda 29 foi aprovada, mas frustrou os brasileiros pois o Governo Federal ficou de fora da obrigação de destinar 10% do PIB para a saúde e com isso o aumento esperado das verbas para a saúde foi muito inferior ao que esperávamos.

A outra questão são os funis pelos quais o dinheiro vai saindo sem ser direcionado para o que realmente interessa. Mas, até nesse ponto, o Ministério da Saúde tem certa efetivação em termos de fiscalização. Para você ter uma idéia, um percentual das pessoas que fazem procedimentos no SUS recebe uma carta (é claro que não são todas pessoas, uma vez que são milhões de procedimentos feitos) que atesta o número de dias de internação, por exemplo, e com isso o Ministério tem conseguido coibir muitas fraudes (que acontecem). Nós temos os hospitais públicos e os hospitais que são conveniados com o SUS, e estes hospitais muitas vezes fabricam procedimentos para cobrar do SUS. Nisso, o Ministério está fiscalizando e coibindo as fraudes.

A saúde tem verbas fundo a fundo, e nós sabemos que tem fraude. Recentemente, saiu uma reportagem em que um Município tinha sete programas de saúde da família que não existiam, ou seja, tinham os nomes das pessoas que compunham os programas para receberem o dinheiro, no entanto, na prática, os programas não existiam.

Quanto à melhor forma de alocar os recursos escassos, eu acho que o ideal é priorizar. Por exemplo, se você for à Inglaterra possuindo uma hérnia inguinal, você passa dois anos na fila para fazer a cirurgia, pois você pode conviver com a hérnia sem trazer maiores riscos. No Brasil, até pela cultura de se resolver tudo imediatamente, essas pessoas engrossam as filas de cirurgia, sendo que são cirurgias que não têm uma necessidade imediata, isto é, elas podem esperar.

7 – Qual é a sua opinião sobre a intervenção do Poder Judiciário na esfera administrativa para determinar a concretização do direito à saúde?

Resposta: a judicialização da saúde tem impactado o orçamento do SUS, pois de uma maneira geral o juiz acata a solicitação do médico e muitas vezes a medicação solicitada não tem a devida comprovação científica, é experimental e geralmente tem custo altíssimo. Às vezes o que se gasta com uma pessoa ou um grupo representa em elevado percentual do orçamento daquele estado ou município.

Percebo que mais recentemente vem ocorrendo uma mudança de comportamento dos juízes que vendo o impacto destas decisões têm feito uma reflexão coletiva, junto com entidades médicas e as instancias governamentais.

8 – Em arremate, duas perguntas: qual é a sua análise do quadro atual da saúde no Município de Salvador? Como o direito à saúde pode vir a ser implementado de uma forma eficiente no futuro?

Resposta: Na situação de Salvador, nós tivemos entraves políticos muito graves. Nós tivemos secretários de saúde extremamente empenhados em melhorar a saúde de Salvador, mas não conseguiram implementar isso na prática. Nós tivemos o Luís Eugênio (sanitarista extremamente competente), José Carlos Brito (médico experiente empenhado em resolver os problemas da saúde) que dizia que até os recursos fundo a fundo para a saúde não chegavam na sua integralidade para a saúde. Ou seja, outras questões político-financeiras prejudicaram muito.

Por outro lado, no Brasil, nós temos muitos exemplos de como a saúde funciona bem. Belo Horizonte é um Município em que a saúde está bem estruturada com uma

cobertura ampla de saúde da família, postos de saúde funcionando e possui hospitais. Assim sendo, eu acho que é possível nós trazermos modelos que estão dando certo em outros lugares, mas é necessária a decisão política de se priorizar a saúde.

Quanto aos caminhos para o Município de Salvador alcançar uma saúde mais eficiente, eu acho que a primeira coisa é aumentar a cobertura do programa de saúde da família que é a saúde na comunidade e perto das pessoas. Esse programa reflete um trabalho belíssimo, pois cada equipe de saúde da família tem (por lei) qual a população que ela vai cobrir mediante visitas a domicílio com agentes de saúde, enfermeiros, técnicos de enfermagem e até com médicos, caso a pessoa não possa ir até o posto de saúde. É interessante porque você passa a conhecer melhor e as ações preventivas ficam mais fáceis. Uma pessoa que tem hipertensão, por exemplo, tem toda semana um agente de saúde que vai medir a pressão para ver se está sob controle. Como o Município de Salvador possui uma cobertura do programa de saúde da família inferior a 20% da população e essa população precisa dessa saúde perto dela, esse é o objetivo do programa de saúde da família.

Outro aspecto é colocar os postos de saúde para funcionar, afinal esses são os locais em que você faz os pequenos procedimentos (uma medicação, uma sutura, o atendimento de um paciente) e os casos mais graves ficam para os hospitais. Essa é a hierarquização do serviço que nós não temos hoje.

**ANEXO A – GASTO COM CONSUMO DE BENS E SERVIÇOS DE SAÚDE, COMO  
PERCENTUAL DO PIB, POR SETOR – BRASIL, 2000-2009**

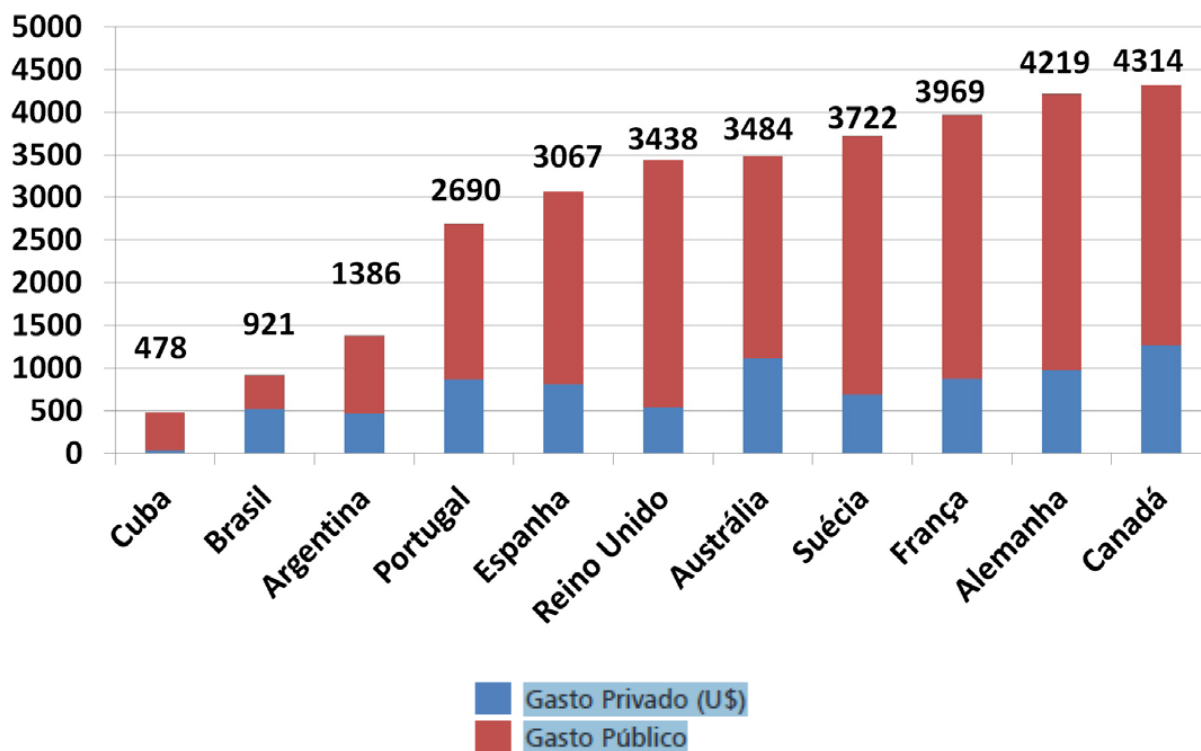
<b>Setor</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>	<b>2008</b>	<b>2009</b>
Total	8,1	8,3	8,4	8,1	8,1	8,0	8,3	8,3	8,1	8,5
Consumo final das famílias	4,9	5,1	5,0	4,8	4,8	4,8	4,9	4,8	4,7	4,8
Consumo final da administração pública	3,1	3,1	3,3	3,2	3,2	3,1	3,4	3,3	3,3	3,6
Consumo final das instituições sem fins lucrativos	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1	0,1

Fonte: IBGE - Coordenação de Contas Nacionais

Nota: São consideradas como instituições sem fins lucrativos apenas estabelecimentos como ONG, igrejas, associações profissionais etc.

Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/idb2012/e04.htm>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

**ANEXO B – GASTOS *PER CAPITA* COM SAÚDE NO BRASIL EM COMPARAÇÃO  
COM OUTROS PAÍSES COM SISTEMA UNIVERSAL DE SAÚDE**



Fonte: Demografia Médica no Brasil 2011; Estatísticas Sanitárias Mundiais 2012 – OMS.

Disponível em: <

[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas\\_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%C3%A1ticas%20-%20Sa%C3%BAde.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/contas/contas_governo/Contas2012/fichas/9.3%20-%20C3%81reas%20tem%C3%A1ticas%20-%20Sa%C3%BAde.pdf)>.

Acesso em: 26 jun. 2014.

**ANEXO C – NÚMERO DE LEITOS HOSPITALARES POR HABITANTE –  
AMS/IBGE**

Leitos p/1.000 hab segundo Ano

Período: 1990, 1992, 1999, 2002, 2005, 2009

<b>Ano</b>	<b>Leitos p/ 1.000 hab</b>
TOTAL	2,89
1990	3,71
1992	3,66
1999	2,96
2002	2,70
2005	2,41
2009	2,26

Fonte: IBGE - Pesquisa Assistência Médico-Sanitária.

Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/e02.def>>. Acesso em: 18 jul. 2014.



## ANEXO D – NÚMERO DE PROFISSIONAIS DE SAÚDE POR HABITANTE

Médicos p/1.000 hab por Ano e Região

Período: 1990-2010

Ano	Região Norte	Região Nordeste	Região Sudeste	Região Sul	Região Centro-Oeste	Total
1990	0,46	0,65	1,58	1,09	0,99	1,12
1991	0,46	0,67	1,62	1,13	1,01	1,15
1992	0,47	0,69	1,66	1,16	1,03	1,18
1993	0,48	0,7	1,7	1,2	1,05	1,21
1994	0,49	0,71	1,75	1,24	1,08	1,24
1995	0,5	0,73	1,8	1,28	1,11	1,27
1996	0,52	0,75	1,86	1,31	1,12	1,32
1997	0,61	0,8	1,86	1,36	1,22	1,35
1998	0,56	0,81	1,83	1,34	1,27	1,34
1999	0,63	0,82	2,05	1,37	1,27	1,44
2000	0,42	0,81	1,97	1,43	1,24	1,39
2001	0,51	0,83	2	1,45	1,29	1,43
2002	0,47	0,85	2,05	1,48	1,33	1,46
2003	0,58	0,89	2,11	1,54	1,41	1,52
2004	0,77	0,95	2,19	1,63	1,57	1,61
2005	0,82	0,99	2,28	1,73	1,68	1,68
2006	0,84	1,02	2,31	1,79	1,71	1,71
2007	0,85	1,03	2,33	1,81	1,76	1,74
2008	0,92	1,06	2,43	1,89	1,83	1,8
2009	1	1,12	2,37	2,1	1,96	1,84
2010	0,9	1,09	2,51	2,06	1,76	1,86
Total	0,65	0,87	2,04	1,52	1,41	1,48

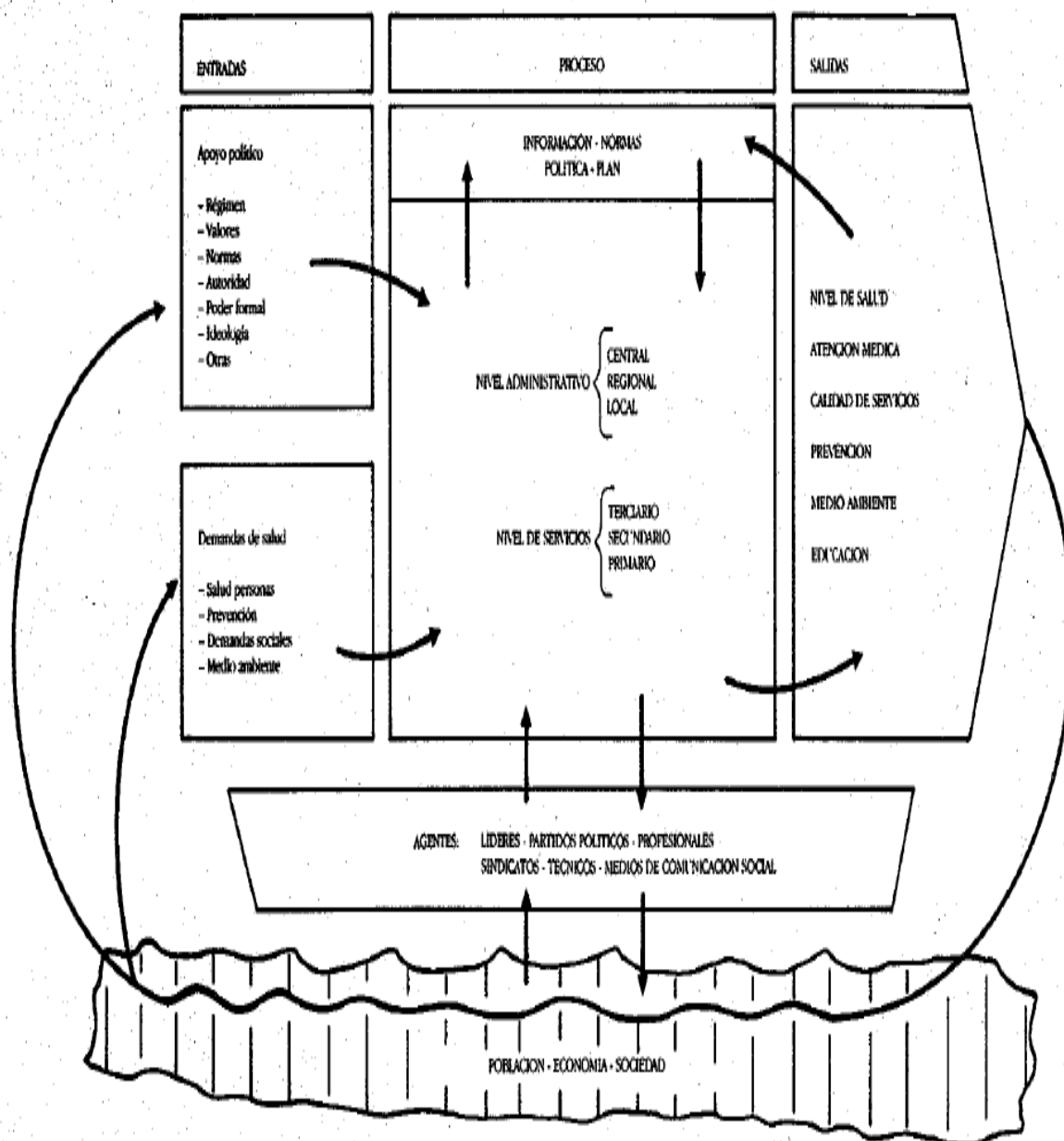
Fonte: IBGE - Ministério da Saúde/SGTES/DEGERTS/CONPROF - Conselhos profissionais.

Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/tabcgi.exe?idb2012/e01.def>>. Acesso em: 18 jul. 2014.

## ANEXO E – SISTEMA SOCIAL DE LA SALUD

Gráfico 3

## SISTEMA SOCIAL DE LA SALUD



Fonte: MORALES, Hernán Durán. *Aspectos Conceptuales y Operativos del Proceso de Planificación de la Salud*. Santiago de Chile: Las Naciones Unidas, 1989, p. 42.

**ANEXO F – VALORES MÍNIMOS DEFINIDOS PELA EMENDA  
CONSTITUCIONAL N° 29**

Ano	Valor mínimo a ser aplicado	Valor empenhado *	Variação do PIB (%)	Déficit
2000	19.271 **	20.351		-
2001	23.013	22.474	13,083	539
2002	25.050	24.736	8,852	314
2003	28.128	27.181	12,287	947
Déficit acumulado				1.800

Nota: em milhões de Reais nominais.

Fonte: Ministério da Saúde/Sistema Integrado de Administração Financeira/Sistema de Informações sobre Orçamento Público em Saúde/Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

\* Despesas empenhadas com Ações e Serviços Públicos de Saúde pelo Ministério da Saúde com a exclusão das despesas com inativos e pensionistas, dívidas e as do Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza;

\*\* Em 2000 acresceu-se 5% sobre o valor de R\$ 18.353 milhões, empenhado pelo Ministério da Saúde em 1999.

**ANEXO G – HISTÓRICO DO PERCENTUAL MÍNIMO E APLICADO PELOS  
ESTADOS DE ACORDO COM A EC-29 (2000-2005)**

Estados	2000		2001		2002		2003		2004		2005	
	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado	% mínimo	% aplicado
11 - Rondônia	7,00	7,79	8,63	10,64	9,47	9,47	10,32	10,54	12,00	11,42	12,00	12,11
12 - Acre	7,00	18,49	12,00	14,77	12,00	13,46	12,00	12,96	12,00	12,48	12,00	12,05
13 - Amazonas	7,00	14,58	12,00	21,15	12,00	25,11	12,00	20,37	12,00	19,56	12,00	20,78
14 - Roraima	7,00	11,51	11,61	14,92	11,71	10,14	11,80	13,26	12,00	11,53	12,00	12,77
15 - Pará	7,00	7,33	8,26	8,88	9,20	9,88	10,13	10,31	12,00	12,04	12,00	12,41
16 - Amapá	7,00	10,16	10,53	10,30	10,90	12,52	11,26	14,99	12,00	14,14	12,00	11,31
17 - Tocantins	7,00	9,40	9,92	12,30	10,44	11,48	10,96	11,32	12,00	12,02	12,00	12,05
21 - Maranhão	7,00	1,51	8,00	1,75	9,00	5,56	10,00	7,98	12,00	13,23	12,00	12,73
22 - Piauí	7,00	5,02	8,00	8,90	9,00	6,07	10,00	7,48	12,00	11,62	12,00	12,64
23 - Ceará	7,00	2,60	8,00	7,54	9,00	8,18	10,00	8,74	12,00	12,70	12,00	11,97
24 - Rio Grande do Norte	7,00	12,56	12,00	11,53	12,00	13,30	12,00	14,58	12,00	12,02	12,00	12,63
25 - Paraíba	7,00	3,66	8,00	12,81	9,00	10,52	10,00	10,62	12,00	9,59	12,00	10,32
26 - Pernambuco	7,00	10,46	10,77	11,60	11,08	11,59	11,38	11,88	12,00	12,00	12,00	12,23
27 - Alagoas	7,00	9,35	9,88	7,96	10,41	9,39	10,94	8,96	12,00	12,08	12,00	12,01
28 - Sergipe	7,00	3,32	8,00	5,77	9,00	8,06	10,00	10,07	12,00	12,04	12,00	12,14
29 - Bahia	7,00	8,49	9,19	8,40	9,89	9,41	10,60	10,38	12,00	12,15	12,00	12,15
31 - Minas Gerais	7,00	4,78	8,00	6,88	9,00	6,36	10,00	10,20	12,00	12,16	12,00	12,33
32 - Espírito Santo	7,00	13,59	12,00	12,23	12,00	12,91	12,00	12,65	12,00	12,23	12,00	12,05
33 - Rio de Janeiro	7,00	7,73	8,58	5,01	9,44	6,28	10,29	10,85	12,00	11,92	12,00	11,92
35 - São Paulo	7,00	9,58	10,06	11,15	10,55	11,76	11,03	12,26	12,00	13,74	12,00	12,95
41 - Paraná	7,00	4,06	8,00	10,09	9,00	5,98	10,00	5,75	12,00	6,14	12,00	8,35
42 - Santa Catarina	7,00	9,34	9,87	8,43	10,40	5,90	10,94	8,18	12,00	11,25	12,00	10,79
43 - Rio Grande do Sul	7,00	6,82	8,00	6,59	9,00	5,62	10,00	4,32	12,00	5,20	12,00	4,80
50 - Mato Grosso do Sul	7,00	8,88	9,50	6,81	10,13	9,22	10,75	8,61	12,00	12,14	12,00	12,57
51 - Mato Grosso	7,00	2,75	8,00	6,33	9,00	7,72	10,00	9,09	12,00	11,01	12,00	11,19
52 - Goiás	7,00	7,88	8,70	12,39	9,53	8,12	10,35	10,12	12,00	12,46	12,00	12,05
53 - Distrito Federal	7,00	6,16	8,00	8,91	9,00	9,78	10,00	11,06	12,00	13,27	12,00	15,51

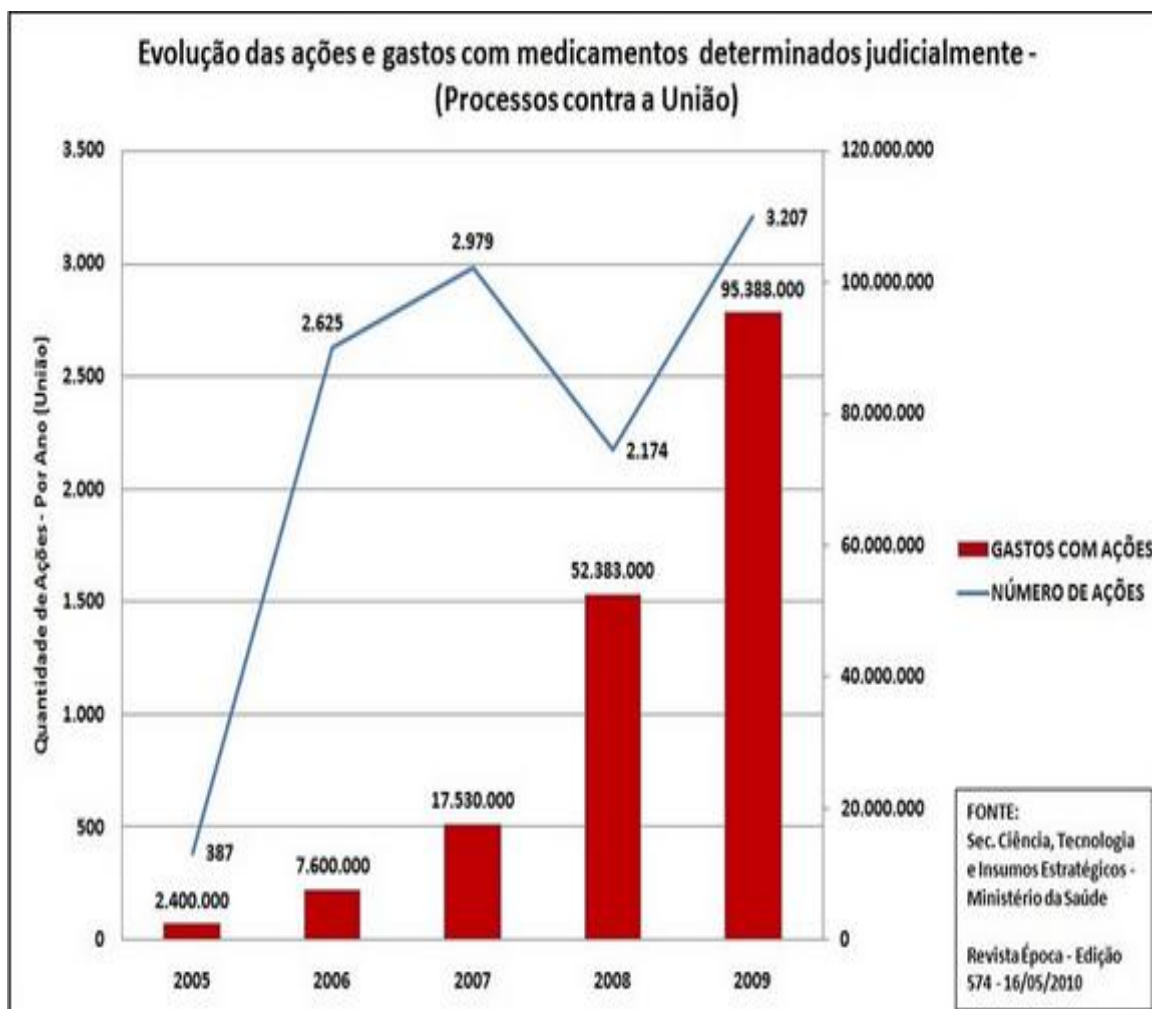
Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>>. Acesso em: 23 Jul. 2014.

**ANEXO H – HISTÓRICO DO PERCENTUAL MÍNIMO E APLICADO PELOS  
ESTADOS DE ACORDO COM A EC-29 (2006-2013)**

Estados	2006		2007		2008		2009		2010		2011		2012		2013	
	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	
	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado	mínimo	aplicado
11 - Rondônia	12,00	12,10	12,00	12,00	12,00	12,78	12,00	12,58	12,00	14,71	12,00	12,00	12,00	12,13	12,00	14,27
12 - Acre	12,00	13,77	12,00	13,82	12,00	14,34	12,00	17,23	12,00	17,43	12,00	16,24	12,00	16,31	12,00	16,64
13 - Amazonas	12,00	23,47	12,00	22,17	12,00	19,21	12,00	23,23	12,00	20,67	12,00	22,18	12,00	21,00	12,00	22,87
14 - Roraima	12,00	13,22	12,00	13,64	12,00	14,95	12,00	12,32	12,00	13,78	12,00	14,13	12,00	14,16	12,00	17,31
15 - Pará	12,00	12,74	12,00	12,61	12,00	12,77	12,00	12,44	12,00	12,48	12,00	12,40	12,00	13,54	12,00	13,54
16 - Amapá	12,00	12,93	12,00	13,74	12,00	13,91	12,00	12,03	12,00	12,03	12,00	12,99	12,00	12,54	12,00	15,57
17 - Tocantins	12,00	13,52	12,00	14,74	12,00	13,79	12,00	15,67	12,00	17,24	12,00	18,72	12,00	18,48	12,00	20,68
21 - Maranhão	12,00	11,17	12,00	11,77	12,00	12,06	12,00	12,61	12,00	12,03	12,00	12,23	12,00	12,45	12,00	12,43
22 - Piauí	12,00	13,48	12,00	13,71	12,00	12,16	12,00	10,06	12,00	11,07	12,00	9,88	12,00	11,64	12,00	12,74
23 - Ceará	12,00	14,21	12,00	12,14	12,00	14,36	12,00	15,80	12,00	16,11	12,00	15,51	12,00	13,77	12,00	13,83
24 - Rio Grande do Norte	12,00	14,43	12,00	17,53	12,00	16,52	12,00	16,34	12,00	15,28	12,00	15,57	12,00	14,15	12,00	13,89
25 - Paraíba	12,00	12,91	12,00	12,72	12,00	12,49	12,00	16,03	12,00	13,73	12,00	12,03	12,00	13,45	12,00	13,44
26 - Pernambuco	12,00	13,24	12,00	14,11	12,00	14,80	12,00	15,81	12,00	17,64	12,00	15,73	12,00	15,74	12,00	14,96
27 - Alagoas	12,00	12,00	12,00	12,00	12,00	12,20	12,00	12,12	12,00	12,34	12,00	11,93	12,00	12,06	12,00	12,11
28 - Sergipe	12,00	11,11	12,00	12,44	12,00	12,70	12,00	12,65	12,00	13,02	12,00	12,69	12,00	12,77	12,00	12,95
29 - Bahia	12,00	12,17	12,00	12,63	12,00	12,77	12,00	13,89	12,00	13,67	12,00	13,44	12,00	12,19	12,00	12,02
31 - Minas Gerais	12,00	13,20	12,00	13,30	12,00	12,19	12,00	14,67	12,00	13,30	12,00	12,29	12,00	12,03	12,00	12,29
32 - Espírito Santo	12,00	10,43	12,00	9,88	12,00	10,24	12,00	11,80	12,00	12,77	12,00	12,48	12,00	13,24	12,00	15,95
33 - Rio de Janeiro	12,00	10,37	12,00	10,92	12,00	12,63	12,00	12,15	12,00	12,09	12,00	12,22	12,00	12,10	12,00	12,04
35 - São Paulo	12,00	12,80	12,00	13,07	12,00	13,46	12,00	12,66	12,00	12,63	12,00	12,83	12,00	12,43	12,00	12,43
41 - Paraná	12,00	11,55	12,00	9,22	12,00	9,79	12,00	9,76	12,00	9,98	12,00	9,74	12,00	9,94	12,00	10,08
42 - Santa Catarina	12,00	13,09	12,00	13,35	12,00	12,47	12,00	12,14	12,00	12,04	12,00	12,09	12,00	12,14	12,00	12,07
43 - Rio Grande do Sul	12,00	5,40	12,00	5,80	12,00	6,53	12,00	7,24	12,00	7,62	12,00	8,04	12,00	9,71	12,00	12,47
50 - Mato Grosso do Sul	12,00	12,25	12,00	13,46	12,00	12,98	12,00	14,78	12,00	14,92	12,00	13,94	12,00	12,06	12,00	12,50
51 - Mato Grosso	12,00	11,07	12,00	11,90	12,00	11,24	12,00	11,66	12,00	12,28	12,00	12,07	12,00	12,67	12,00	12,58
52 - Goiás	12,00	12,90	12,00	12,30	12,00	12,87	12,00	13,13	12,00	12,16	12,00	14,62	12,00	12,12	12,00	12,58
53 - Distrito Federal	12,00	16,56	12,00	20,25	12,00	17,49	12,00	14,38	12,00	13,37	12,00	16,04	12,00	15,50	12,00	17,70

Disponível em: <<http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>>. Acesso em: 23 Jul. 2014.

**ANEXO I – EVOLUÇÃO DAS AÇÕES E GASTOS COM MEDICAMENTOS DETERMINADOS JUDICIALMENTE (PROCESSOS CONTRA A UNIÃO)**



**ANEXO J – QUANTIDADE DE DEMANDAS NOS TRIBUNAIS – CNJ**

<b>NOME</b>	<b>QUANTIDADE DE PROCESSOS</b>	<b>ESFERA</b>	<b>Data</b>
Tribunal de Justiça do Acre	7	ESTADUAL	30.08.2010
Tribunal de Justiça de Alagoas	145	ESTADUAL	04.02.2010
Tribunal e Justiça do Amazonas		ESTADUAL	
Tribunal de Justiça do Amapá	76	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça da Bahia	781	ESTADUAL	30.08.2010
Tribunal de Justiça do Ceará	8.344	ESTADUAL	04.03.2011
Tribunal de Justiça do Distrito Federal	1.914	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça do Espírito Santo	5.181	ESTADUAL	07.07.2010
Tribunal de justiça de Goiás	309	ESTADUAL	06.09.2010
Tribunal de Justiça do Maranhão	66	ESTADUAL	03.09.2010
Tribunal de Justiça de Minas Gerais	7.915	ESTADUAL	01.09.2010
Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul	357	ESTADUAL	21.02.2011
Tribunal de Justiça do Mato Grosso	2.919	ESTADUAL	29.07.2010
Tribunal de Justiça do Pará	19	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça da Paraíba		ESTADUAL	
Tribunal de Justiça do Paraná	2.609	ESTADUAL	30.07.2010
Tribunal de Justiça de Pernambuco		ESTADUAL	
Tribunal de Justiça do Piauí	153	ESTADUAL	18.02.2011
Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro	25.234	ESTADUAL	06.09.2010
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte	452	ESTADUAL	31.08.2010
Tribunal de Justiça de Rondônia	595	ESTADUAL	02.08.2010
Tribunal de Justiça de Roraima	64	ESTADUAL	01.03.2011
Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul	113.953	ESTADUAL	28.01.2010
Tribunal de Justiça de Santa Catarina	5.395	ESTADUAL	03.02.2011
Tribunal de Justiça de São Paulo	44.690	ESTADUAL	30.8.2010
Tribunal de Justiça de Sergipe	189	ESTADUAL	21.03.2011
Tribunal de Justiça de Tocantins	56	ESTADUAL	04.02.2010
Tribunal Regional Federal 1ª Região	203	FEDERAL	31.08.2010
Tribunal Regional Federal 2ª Região	6.486	FEDERAL	31.08.2010
Tribunal Regional Federal 3ª Região	4.705	FEDERAL	30.08.2010
Tribunal Regional Federal 4ª Região	8.152	FEDERAL	30.08.2010
Tribunal Regional Federal 5ª Região	11	FEDERAL	30.06.2010
Total	240.980		

Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio\\_atualizado\\_da\\_resolucao107.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2014.