

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTOSENSU EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL:
DO VIÉS INDIVIDUALISTA AO PATAMAR DE BEM COLETIVO**

RONEI DANIELLI

Itajaí (SC), agosto de 2016

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTOSENSU EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL:
DO VIÉS INDIVIDUALISTA AO PATAMAR DE BEM COLETIVO**

RONEI DANIELLI

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, com dupla titulação pela Universidade de Alicante – UA/Espanha – Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Itajaí (SC), agosto de 2016

Saúde Pública?
Em conta-gotas anda a Saúde Pública?
Em conta-gotas d'Água...
Em conta-gotas de Sangue ...
Em conta-gotas de Lágrimas.”
(NELSON MARTINS)

À Alexandra, à Rafaela e ao Mateus pela parceria, inspiração e compreensão durante a jornada acadêmica, combustível imprescindível ao resultado alcançado.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientar, Prof. Dr. Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, por sua dedicação e empenho em aprimorar os meus esforços, na pessoa de quem homenageio todo o corpo docente da Univali/SC pelo exercício do verdadeiro sacerdócio que é o magistério.

Agradeço especialmente aos membros da banca de defesa deste trabalho, cujas sugestões agora integram o texto final, tornando-o certamente mais harmônico e melhor.

Registro, ainda, os agradecimentos aos professores da Universidade de Alicante pela calorosa acolhida e pelas preciosas lições de Direito, transformando minha breve estadia em uma experiência acadêmica memorável.

Agradeço ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina pelo incentivo, fundamental para a realização dessa pesquisa, com a qual pretendo humildemente retribuir a aposta em mim depositada.

Sou grato a todos os amigos que gentilmente comigo travaram debates sobre o tema, enriquecendo sempre o teor da investigação científica, deixando de citá-los nominalmente por receio de pecar pela memória.

Consigno, também, os agradecimentos à equipe do Gabinete pela prévia e atenta leitura do trabalho, seguida de considerações relevantes a sua redação final, em especial à Renata Raupp Gomes pelas sugestões de bibliografia e conselhos acadêmicos no tocante ao desenvolvimento do tema.

Agradeço, por último e sempre, à minha família extensa, especialmente meus pais e irmãs, pelo feliz convívio e aprendizado recíproco.

RESUMO

Em razão de ter como preocupação central da investigação o crescente número de demandas judiciais na área da Saúde pública, fenômeno descrito como “judicialização da saúde”, o presente trabalho procura traçar um diagnóstico da situação atual para, em seguida, debater acerca dos eventuais limites da atuação judicial na matéria, bem como buscar construir parâmetros para o desempenho da jurisdição, propondo, ao final, algumas soluções ao problema levantado. Para tanto, analisa-se de início o direito à saúde sob o ponto de vista de seu regime jurídico-constitucional, delineando seu enquadramento normativo, distinguindo-se entre regras e princípios e, conseqüentemente, entre as diferentes repercussões hermenêuticas na sua aplicação, ou seja, buscando delimitar a atuação do Judiciário, observado o primado do equilíbrio e a cooperação entre os Poderes como essencial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito. Pretendendo uma abordagem propositiva, sugere-se uma preliminar distinção entre mínimo existencial e máximo desejável, entendida a saúde no primeiro caso como a garantia das condições básicas de vida digna ao ser humano, enquanto, na segunda definição, se estaria diante de políticas públicas voltadas à efetivação progressiva e proporcional ao crescimento e às riquezas do país em matéria de prevenção e de promoção da saúde da população em geral, resgatando-se a teoria da reserva do possível do direito alemão, como sendo o que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado. Nesses termos, defende-se que há um direito subjetivo de exigir prestações positivas do Estado à efetivação do mínimo existencial (via demanda individual), não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido. Ainda tratando do máximo desejável ou prometido, conclui-se tratar de discussão concernente ao bem coletivo e, nessa esfera, insuscetível de análise particularizada, pois, seja para reclamar a ausência de política pública específica ou a necessidade de alteração ou ampliação da existente, o debate deve ser democratizado, não podendo se restringir a uma pretensão individual. Alinhava-se, por fim, diversos instrumentos jurídicos capazes de conformar a tutela e o exercício dos direitos coletivos, destacando-se entre eles a Audiência Pública como forma de participação popular por excelência.

Palavras-chave: Saúde pública. Sistema Único de Saúde. Judicialização da saúde. Mínimo existencial. Máximo desejável.

RESUMEN

El creciente número de demandas judiciales en el área de la Salud Pública, fenómeno descrito como “judicialización de la salud”, es la preocupación central de esta investigación. El presente trabajo intenta trazar un diagnóstico de la situación actual debatiendo, a continuación, los eventuales límites de la actuación judicial en la materia; asimismo, busca construir parámetros para el desempeño de la jurisdicción proponiendo, al final, algunas soluciones al problema planteado. Para ello, inicialmente se analiza el derecho a la salud desde el punto de vista de su régimen jurídico constitucional, delineando su encuadramiento normativo, distinguiendo entre reglas y principios y consecuentemente, entre las diferentes repercusiones hermenéuticas en su aplicación, es decir, buscando delimitar la actuación judicial, observado el primado del equilibrio y la cooperación entre los Poderes como esencial al buen funcionamiento del Estado Democrático de Derecho. Con el propósito de realizar un abordaje propositivo, se sugiere una distinción preliminar entre mínimo existencial y máximo deseable. En el primer caso se entiende la salud como la garantía de las condiciones básicas de vida digna al ser humano, mientras que, en la segunda definición, se estaría delante de políticas públicas dirigidas a la realización progresiva y proporcional al crecimiento y a las riquezas del país en materia de prevención y promoción de la salud de la población en general, rescatándose la teoría de la reserva de lo posible del derecho alemán, como lo que el individuo puede esperar razonablemente del Estado. En esos términos se defiende que hay un derecho subjetivo de exigir prestaciones positivas del Estado a la ejecución de lo mínimo existencial (vía demanda individual), sin que se configure óbice oponible a esa obligación la cláusula o teoría de la reserva de lo posible, destinada solamente a modular políticas públicas en la concretización de lo máximo prometido. Todavía tratando de lo máximo deseable o prometido, se concluye que se trata de una discusión concerniente al bien colectivo, y en esa esfera, no susceptible a un análisis particular, pues ya sea para reclamar acerca de la ausencia de una política pública específica o de la necesidad de alteración o ampliación de la existente, el debate debe ser democrático y no se puede restringir a una pretensión individual. Se enumeran, por último, diversos instrumentos jurídicos capaces de formar la tutela y el ejercicio de los derechos colectivos, destacándose entre ellos la Audiencia Pública como forma de participación popular por excelencia.

Palabras clave: Salud pública. Sistema Único de Salud. Judicialización de la salud. Mínimo existencial. Máximo deseable.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	15
2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO LIBERALISMO AO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL	15
2.2 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	20
2.3 O ENQUADRAMENTO NORMATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO REGRAS OU PRINCÍPIOS.....	22
2.3.1 Distinção entre regras e princípios e possíveis consequências hermenêuticas	23
2.3.2 Distinção entre regras e princípios e entre os tipos de princípios proposta por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero	30
2.4 A PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI	34
2.5 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL E SUA ESTRUTURA NORMATIVA	36
3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E RETROSPECTIVA JURISPRUDENCIAL	40
3.1 DIREITO SUBJETIVO E SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS	40
3.1.1 Direitos a algo	41
3.1.1.1 Direitos a prestações estatais negativas ou direitos de defesa	43
3.1.1.2 Direitos a prestações estatais positivas ou direitos prestacionais	44
3.1.2 Liberdades	45
3.1.3 Competências	46
3.2 A TRAJETÓRIA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A SÍNDROME DA IMONODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (SIDA OU AIDS)	51

4 OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE – CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO MÁXIMO POSSÍVEL	65
4.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DEMOCRACIA: A TENSÃO ENTRE OS PODERES EXECUTIVO	67
4.2 A IMPORTÂNCIA DAS NOÇÕES DE MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE	74
5 A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS NA ÁREA DA SAÚDE EM PROL DA IMPLEMENTAÇÃO DO MÁXIMO POSSÍVEL: DO PARADIGMA DEFENSIVO (DA TUTELA) AO DO EXERCÍCIO COLETIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL	88
5.1. O DIREITO À SAÚDE E SUA DIMENSÃO COLETIVA: EM PROL DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO	93
5.2 INSTRUMENTOS TENDENTES À COLETIVIZAÇÃO DE CERTAS DEMANDAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRÓS E CONTRAS NO CASO ESPECÍFICO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE	97
5.2.1 A previsão do artigo vetado que possibilitava a coletivização da demanda individual no Novo Código de Processo Civil	98
5.2.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas	101
5.3 PARAMETRIZANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ÁREA DA SAÚDE	104
5.3.1 Ações individuais	104
5.3.2 Ações coletivas	105
5.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO FORMA DE POLITIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA TEMÁTICA NAS TRÊS ESFERAS DE PODER	110
5.5 CONCILIANDO O NEOCONSTITUCIONALISMO (OU CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA) E O GARANTISMO NA ATUAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA.....	113
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho parte de uma inquietação pessoal do pesquisador, como magistrado, notadamente diante da intuição de profundo colapso do modelo tradicional de jurisdição e de fundamento decisório fornecido como resposta ao fenômeno da judicialização da saúde no país.

Para tanto, tendo como preocupação central da investigação o crescente número de demandas na área, em sua maioria propostas individualmente, esta dissertação procura contextualizar esse recente fenômeno, traçando um diagnóstico da situação atual para, em seguida, debater acerca dos eventuais (e desejáveis?) limites da atuação judicial na saúde, bem como buscar construir parâmetros para essa atuação, propondo, ao final, algumas soluções ao problema levantado.

Faz-se, ainda, um rápido paralelo com o caso espanhol, haja vista a experiência pessoal do pesquisador que, valendo-se da possibilidade da dupla titulação facultada pela instituição, desfrutou de feliz convívio e de frutíferas investigações na Universidade de Alicante.

Utiliza-se como método de abordagem o indutivo, método de procedimento o monográfico e como técnica de pesquisa a pesquisa bibliográfica, realizada a partir de documentação direta e indireta.

No segundo capítulo, a saúde é analisada sob o ponto de vista de seu regime jurídico-constitucional, historiando-se as dimensões dos direitos fundamentais e a posição do direito à saúde como um direito fundamental social na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ainda nesse capítulo, trata-se de delinear o enquadramento normativo desse direito fundamental, distinguindo-se entre regras e princípios e, conseqüentemente, entre as diferentes conseqüências hermenêuticas.

De fundamental importância para o trabalho, no capítulo terceiro, faz-se uma retrospectiva jurisprudencial até os primeiros precedentes sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS), verdadeiro marco jurídico na matéria, não apenas em relação à atuação judicial, mas também na busca popular pela intervenção desse Poder, enfrentando o problema da sindicabilidade do direito à saúde como direito subjetivo.

No intuito de situar tal polêmica, busca-se compreender o significado e a extensão da expressão “direito subjetivo”, alicerçando doutrinariamente tal categoria nos ensinamentos do constitucionalista alemão Robert Alexy. Na sequência, passa-se à definição do que vem a ser posição jurídica fundamental, direito a algo, direito a prestações negativas ou positivas, liberdades e competências.

Complementa-se o estudo de Robert Alexy com as contribuições de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. De outro lado, contrapõe-se à teoria principialista o garantismo de Luigi Ferrajoli, para quem não há ponderação entre princípios jusfundamentais, mas em subsunção às regras, ponderando-se os fatos.

No quarto capítulo, versa-se a respeito dos limites à atuação do Judiciário na saúde pública, enfrentando, em um primeiro momento, a questão da separação dos poderes como essencial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito e a tensão produzida entre eles pelo fenômeno da judicialização da saúde.

Desse modo, procura-se explicar o atual contexto, partindo-se da realidade de uma Constituição analítica e de uma sociedade altamente complexa que, somadas, acabam por conformar o fenômeno da juridicalização da vida, ou seja, como a Carta Magna do país, em toda sua prolixidade, trata de incontáveis aspectos da vida humana, áreas que antes habitavam a seara da política ou da sociologia tornaram-se jurídicas.

Em que pese isso, propõe-se uma preliminar distinção, capaz de estabelecer um parâmetro inicial à atuação judicial na temática da saúde pública, respeitante ao que se entende por mínimo existencial e máximo desejável, entendida a saúde, no primeiro caso, como a garantia das condições básicas de vida digna ao ser humano, enquanto, na segunda definição, se estaria diante de políticas públicas voltadas à efetivação progressiva e proporcional ao crescimento e às riquezas do país em matéria de prevenção e de promoção da saúde da população em geral.

A propósito dessa discussão, resgata-se a teoria da reserva do possível do direito alemão como sendo o que o indivíduo pode razoavelmente esperar do Estado.

Com base nessa proposição, defende-se que há um direito subjetivo de exigir prestações positivas do Estado à efetivação do mínimo existencial, não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido.

Por fim, no quinto e último capítulo, dá-se um enfoque especial à dimensão coletiva do direito à saúde e seu tratamento jurídico, fazendo-se um breve apanhado histórico dos direitos e das tutelas coletivas no Brasil, passando-se ao exame dos instrumentos introduzidos pelo Novo Código de Processo Civil voltados à coletivização das demandas individuais, com especial destaque ao dispositivo vetado que tratava do Incidente de Coletivização da Demanda Individual (art. 333) e ao Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR).

Reforça-se, nesse momento, a distinção entre demanda individual, elegendo-se como parâmetro da atuação judicial, nessa hipótese, versar a respeito do mínimo existencial ou descumprimento de uma política pública existente, enquanto, de outro vértice, a discussão deverá se dar no âmbito coletivo.

Vale mencionar, tratando-se a discussão do máximo desejável ou prometido (constitucionalmente), seja para reclamar a ausência de política pública específica ou a necessidade de alteração ou ampliação da existente, que se deve ampliar e democratizar o debate que, a toda evidência, não poderá se restringir a uma pretensão individual. Isso porque, consoante afirmado no derradeiro capítulo, a vocação coletiva do direito à saúde, sua configuração como bem coletivo, sugere a necessidade de ampla participação popular, na forma definida por José Isaac Pilati como soberania compartilhada, a engendrar um novo paradigma, inclusive em termos de jurisdição.

Traz-se, ao final, a Audiência Pública como forma de resolução desses conflitos, na medida em que proporciona uma visão mais global e especializada ao mesmo tempo do problema da saúde, em toda a sua complexidade, proporcionando, desse modo, uma solução construída e compartilhada por diversos segmentos da sociedade, superando a visão autocrática da jurisdição.

Por último, mas não menos importante, ressalta-se que o paradigma participativo, do qual a Audiência Pública é o grande trunfo, pode e deve ser estabelecido não apenas no Judiciário, mas nas três esferas de Poder.

Encerra-se o capítulo resgatando a aparente polêmica entre o constitucionalismo principialista de Robert Alexy e o garantismo de Luigi Ferrajoli, procurando identificar pontos comuns no concernente ao direito à saúde e sua interpretação.

Sabe-se não ter sido possível esgotar o tema não apenas pela limitação de tempo e espaço que uma dissertação impõe, mas, sobretudo, pelas fronteiras

intelectuais do pesquisador, sempre o maior desafio a ser vencido no labor acadêmico.

Entretanto, dada a grandeza do tema e a profundidade de sua repercussão social, entende-se salutar a incompletude do trabalho, na medida em que certamente continuará a instigar e a ser objeto de maiores e mais eficientes pesquisas.

A pretensão de problematizar aspectos destacados do tema e prospectar possíveis soluções, pensa-se, encontra-se conquistada. O resto é o caminho, que, nas palavras do poeta espanhol Antônio Machado, “se faz ao caminhar”.

2 A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL E SEU REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1 AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO LIBERALISMO AO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

Partindo-se da concepção filosófica de Norberto Bobbio¹ de que os direitos humanos são direitos históricos, que nascem e se justificam conforme as peculiaridades espaço-temporais em que são gestados, adota-se como premissa das considerações doravante desenvolvidas a tese das gerações, ou melhor, das dimensões dos direitos fundamentais a fim de fundamentar, além do entrelaçamento de sua positivação com as demandas de cada época, a noção de que tais direitos não são sucessivos, ao menos no sentido de superação, mas sim necessariamente complementares na medida em que podem e devem coexistir².

Seguindo essa classificação por objetivos didáticos, pode-se dizer que à primeira dimensão de direitos corresponde a afirmação da liberdade não apenas contra o Estado, mas também no Estado, ao tempo em que o homem livre (burguês) como sujeito de direito buscou conquistar prerrogativas civis e políticas mediante a atuação de um Estado marcadamente liberal.

Pela experiência do anterior Estado monárquico, absolutista e despótico, no Estado liberal burguês, surgido após a Revolução Francesa de 1789, concebia-se o Estado como inimigo, e, nessa extensão, as demandas de primeira dimensão buscavam a sua limitação por meio de intervenção mínima na sociedade e na economia. Pode-se inferir, então, que o ditame da igualdade, componente da tríade revolucionária (liberdade, igualdade e fraternidade), referia-se a uma igualdade meramente formal que, no Estado de Direito liberal, passou a ser expressa na formulação “todos são iguais perante a lei”.

¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77.

² Nesse sentido, vale consultar a obra: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

Ora, como bem pontua Eros Roberto Grau³, sendo a lei em si mesma uma abstração, enquanto a realidade acontece no mundo concreto, torna-se evidente a inconsistência do enunciado princípio da igualdade perante a lei.

Logo, em um Estado cujo paradigma era a não intervenção, notadamente na economia, e a igualdade, um enunciado meramente formal, a própria liberdade passa a ser restrita a certo segmento social em detrimento de uma esmagadora maioria desprovida de recursos financeiros suficientes para exercê-la plenamente.

Sob essa perspectiva, as reivindicações dos direitos de segunda dimensão – **direitos de igualdade material** – acabam por surgir precipuamente no período pós-revolução industrial, em grande parte resultante das demandas proletárias, nascidas como reação à crescente desigualdade social e econômica que ameaçavam, inclusive, a própria noção de liberdade em seu sentido mais amplo (liberdade substancial).

Na passagem dos direitos de liberdade, em que a atuação do Estado é preponderantemente negativa, de omissão, para os de igualdade material, exigindo não apenas condutas de abstenção, mas prestações efetivas, observa-se a mudança de paradigma pertinente aos limites éticos, jurídicos e políticos que legitimam o poder estatal diante das demandas da sociedade.

Contraopondo-se ao Estado liberal burguês, cuja maior formulação fora o reconhecimento do homem livre como sujeito abstrato de direitos, as demandas de segunda dimensão de direitos – **direitos de igualdade material** – somente se realizam com a atuação de um Estado Social.

Nesse sentido, tem-se como exemplo as constituições sociais do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, pioneiras na positivação dessas demandas.

Contudo, na conformação do Estado Social, ainda assentada na noção clássica de Montesquieu sobre a separação dos Poderes, relegava-se exclusivamente ao Poder Executivo a concretização dos direitos sociais por meio de escolhas marcadamente políticas (políticas públicas).

Tal circunstância, somada à realidade do capitalismo global e com ele uma onda neoliberal trazida pela “pós-modernidade”⁴, em que as leis do mercado passam

³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 22.

⁴ A expressão especialmente construída na obra de Jean François Lyotard, “A Condição Pós-Moderna”, de 1979, ganha destaque e será aqui utilizada no sentido em que trabalhada por Eduardo Bittar, na obra “O Direito na pós-modernidade”, sobretudo ao destacar como sintoma da pós-

a demandar posturas abstencionistas por parte dos Estados, acaba por evidenciar uma terceira dimensão dos direitos fundamentais – **os direitos de fraternidade** – dentre os quais se destaca o direito à qualidade de vida, em um meio ambiente equilibrado e saudável, cada vez mais ameaçado pelo capitalismo mundial, legando, por consequência, ao Poder Judiciário e à jurisdição constitucional a missão de realização desses postulados, notadamente nos chamados países periféricos⁵ como o Brasil.

Poder-se-ia afirmar que, para a concretização dos direitos de primeira dimensão, o papel do legislativo no Estado liberal fora tão essencial quanto o do Executivo no Estado Social para os de segunda geração, passando-se agora para o momento seguinte, em que se afirmam os direitos de fraternidade no Estado Democrático em consonância com a atuação do Poder Judiciário.

Nas reflexões de Lenio Streck⁶ sobre o papel do Direito no Estado Democrático:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promovedora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.

modernidade “o desenvolvimento e introdução de uma nova cultura pós-industrial e pós-moderna, provocado pelo uso canônico do capitalismo pelas ideologias implantadas pelo poder mundial, coincidente com o advento de um modo de vida compatível com as formas de conceituar o mundo e as relações sócio-humanas. A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual, ou muito menos um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança de valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, e algumas conquistas e desestruturas sociais que atestam o estado em que se vive em meio a uma transição”. (BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 109). Transição esta que, somada às ideias neoliberais (para efeito deste trabalho se traduzem pela noção de Estado mínimo e de liberdade absoluta de mercado), define o contexto social da Pós-Modernidade. Mais adiante, será trabalhada a noção de paradigma jurídico pós-moderno, no sentido desenvolvido por José Isaac Pilati, a partir do entrecruzamento da noção de Bem Coletivo e Sujeito Coletivo, sob a perspectiva da democracia participativa. (PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015).

⁵ A respeito da classificação, vide o estudo de Samuel Pinheiro Guimarães, intitulado “**Desafios e dilemas dos grandes países periféricos: Brasil e Índia**”. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000100006>. Acesso em: 5 maio 2016.

⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos. v. 8, nº 2, maio/ago 2003, p. 266-267.

Ressalte-se que, para o autor, o paradigma assumido pelo Estado Democrático de Direito importa em nova forma de atuação do Poder Judiciário na afirmação dos direitos fundamentais e na edificação da dignidade da pessoa humana, sobretudo em países como o Brasil, no qual o projeto de modernidade não chegou a se efetivar e o Estado Social não passou de simulacro. Com base nisso, Streck⁷ afirma que:

[...] a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico).

Na verdade, o que propugno é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição (hermeneuticamente, essa “disposição” nada mais é do que uma forma de “objetificação”). A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!

Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo conteudístico que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo.

Vale, portanto, a premissa inaugural de que os direitos fundamentais, sob a perspectiva do constitucionalismo fraternal, devem, necessariamente, voltar-se à afirmação do núcleo, da essência do Estado Democrático proposto constitucionalmente, cujas bases são definidas tanto no preâmbulo (“instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e

⁷ STRECK, 2003, p. 279.

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”), como no art. 3º da CRFB de 1988, a saber:

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.⁸

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito⁹, o constitucionalismo fraternal pode ser assim resumido:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos *em um mesmo barco*, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento

⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216-217.

enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa.

Reconhecer na contemporaneidade um novo paradigma de Estado (Democrático de Direito), de Constituição (Dirigente) e de Sociedade (Fraterna) corresponde, pois, a um reposicionamento do papel do Judiciário na conquista e concretização dessa dimensão emergente de direitos fundamentais que ultrapassam os limites do individualismo (típicos nos de primeira dimensão) ou de certos grupos sociais (a exemplo dos de segunda dimensão) para abranger demandas dos seres humanos em geral, inclusive de forma prospectiva, voltando-se às gerações vindouras.

Assim, partindo-se da concepção de fraternidade, passa-se à análise do direito fundamental à saúde, sem se olvidar, todavia, dos problemas decorrentes de sua efetividade à luz das dimensões anteriores, embora pretendendo encontrar sua amplitude fraternal e, com isso, seu equacionamento como um direito coletivo por excelência.

Como primeira etapa ao enfrentamento da eficácia social dos direitos fundamentais e, em especial, do direito à saúde, passa-se à análise de sua estrutura normativa.

2.2 A POSITIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

Sabe-se que o papel das constituições, desde a origem do constitucionalismo como limitação do Poder Estatal, forjado pela ideologia liberal, centrou-se na separação dos Poderes e na garantia dos direitos fundamentais, notadamente os de defesa, também chamados de civis e políticos, a ensejar obrigações negativas por parte do Estado.

Observa-se, porém, da trajetória do constitucionalismo brasileiro e de grande parte do continente europeu (a exemplo da Alemanha, da Espanha, de Portugal e da Itália), uma crescente positivação dos direitos sociais como fundamentais, ampliando significativamente a atuação do Estado, que, nesse cenário, assume obrigações positivas, ou seja, de implementação de políticas

públicas capazes de dar efetividade a normas voltadas à concretização dos postulados da igualdade material e liberdade substancial.

Aliás, a positivação dos direitos humanos como direitos fundamentais, fenômeno típico das chamadas constituições sociais democráticas do segundo pós-guerra, representa uma das grandes conquistas do constitucionalismo contemporâneo.

Conforme a retrospectiva feita por Barroso¹⁰:

Das origens até os dias de hoje, a ideia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo caminho. O constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para um constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passaram a ter assento constitucional e ocorreu uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social.

Em alguns países essa tendência foi mais forte, dando lugar à noção de dirigismo constitucional ou de Constituição dirigente, com a pretensão de impor ao legislador e ao administrador certos deveres de atuação positiva, com a consequente redução do campo reservado à deliberação política majoritária.

Explicita o mesmo autor¹¹ que, em países de democracia tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, tal fenômeno, embora tenha ocorrido mais recentemente, faz-se sentir de maneira muito profunda.

Nesse viés, insere-se a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que pode ainda ser definida, do ponto de vista de sua tipologia, como uma Constituição escrita, democrática, rígida e analítica.¹²

Mais importante ainda, pode-se afirmar, a partir da conjugação de elementos, como a rigidez constitucional, a prevalência do poder constituinte sobre o constituído, o conteúdo substancial da constituição e sua pretensão de permanência, a supremacia da Constituição no ordenamento jurídico brasileiro.

Com essa conformação, o constitucionalismo atual, superando a versão positivista de Constituição, de caráter marcadamente formalista, assume feição substancialista, na qual as normas não se limitam aos aspectos formais,

¹⁰ BARROSO, Luíz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 107-108.

¹¹ Ibidem, p. 363.

¹² Ibidem, p. 103-105.

procedimentais de ordenação e limitação do Poder Estatal, mas dizem respeito também à proposição de valores, de princípios e de determinados fins que expressem consensos mínimos, asseguradores da dignidade das pessoas e do regime democrático e plural da sociedade brasileira.

Sob essa perspectiva, a Constituição pátria ocupa hoje o vértice do ordenamento jurídico não apenas em seu aspecto formal, mas sob o ponto de vista material, axiológico, irradiando seus efeitos sobre os Poderes Legislativo, Executivo e Judicial, bem como pautando as relações intersubjetivas na sociedade.

Utilizando da metodologia de Bobbio¹³, pode-se afirmar que, na contemporaneidade, assiste-se à constitucionalização dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, como expressão de uma proposta/promessa de sociedade democrática, justa e solidária.

Nessa linha de desenvolvimento do constitucionalismo, foram positivados na CRFB de 1988 inúmeros direitos sociais, como os relativos ao trabalho, à moradia, à educação e, mais especificamente, ao direito à saúde.

A questão que se discute a partir dessa realidade posta é saber em que medida tais direitos são judiciáveis ou, dito de outro modo, até que ponto podem ou devem ser concretizados via atuação judicial.

Sem dúvida, a celeuma a ser investigada neste capítulo perpassa pela análise da eficácia normativa do direito à saúde, desde seu enquadramento jurídico até o exame de sua extensão e possibilidades hermenêuticas.

2.3 O ENQUADRAMENTO NORMATIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO REGRAS OU PRINCÍPIOS

Um dos principais dilemas enfrentados no tratamento da eficácia normativa do direito à saúde, exemplo de direito fundamental social, consiste, precisamente, em seu devido enquadramento como norma constitucional (regra ou princípio) e, por

¹³ Partindo-se da concepção filosófica de Bobbio (1992) de que os direitos humanos são direitos históricos, que nascem e se justificam conforme as peculiaridades espaço-temporais em que são gestados, tem-se como direitos fundamentais de segunda e terceira geração ou dimensão os direitos sociais e o direito à saúde de forma mais ampla, compatível com um meio ambiente saudável, equilibrado e com qualidade de vida, respectivamente. Para maior aprofundamento, consultar: BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

consequência, os limites de sua judicialidade (ideia que remete à discussão acerca de constituir-se ou não em direito subjetivo).

Isso porque, em que pese a CRFB ter afirmado a eficácia imediata dos direitos fundamentais (incluídos nesse rol os direitos fundamentais sociais do art. 6º), há sérias controvérsias acerca dos reflexos jurídicos desse mandamento, notadamente no que concerne ao reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo decorrente de seus arts. 6º e 196, cujas redações se repetem a título ilustrativo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, 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.

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁴

Na exata caracterização de uma norma constitucional (gênero) como regra ou como princípio (espécies) reside, segundo boa parte dos constitucionalistas da atualidade (neoconstitucionalistas¹⁵), sua eficácia normativa, ou seja, a aptidão de ser imediatamente cumprida e de, com sua observância, atingir o fim social a que se destina.

2.3.1 Distinção entre regras e princípios e possíveis consequências hermenêuticas

Para a teoria formulada por Robert Alexy¹⁶, mostra-se de relevância ímpar distinguir a estrutura das normas constitucionais de direitos fundamentais – em regras e princípios – como base à fundamentação dos direitos fundamentais, além de representar a chave para a solução dos casos difíceis (*hard cases*) enfrentados pela hermenêutica constitucional contemporânea.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988).

¹⁵ Qualificação utilizada no trabalho como definidora de um novo olhar do Direito constitucional, voltado à concretização dos direitos fundamentais a partir do reconhecimento da força normativa da Constituição e com fulcro na transformação do estado de Direito no Estado Constitucional de Direito.

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

Nas palavras de Alexy¹⁷, sem essa necessária distinção, não é possível construir “uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”.

Para o autor, tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero norma jurídica, porque, em ambos os casos, diz o que **deve ser**, admitindo-se formulações deônticas de permissão ou proibição.

Sem embargos das inúmeras teorias que buscam explicitar a diferença entre regras e princípios, o referido autor concentra sua hipótese focando no conflito entre regras e na colisão entre princípios de forma a demonstrar, concretamente, a diversidade fundamental nas soluções em ambos os casos.

Com certa similitude de pensamento, ensina Gustavo Zagrebelsky¹⁸:

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente principios.

Alexy¹⁹ refere-se aos princípios distinguindo-os das regras, por entendê-los como **mandamentos de otimização**, ou seja, ressaltando o aspecto de que podem ser satisfeitos em graus variados, consoantes as possibilidades de fato e de direito em jogo no caso analisado, sendo que as possibilidades jurídicas são determinadas pela colidência entre princípios e regras.

Ao contrário, as regras são definidas como normas que ou são plenamente satisfeitas ou não são satisfeitas, isto é, não comportam satisfação parcial. Segundo Alexy²⁰:

Se una regla vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é faticamente e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.

¹⁷ Ibidem, p. 85.

¹⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002, p. 109-110.

¹⁹ ALEXY, 2011, p. 90.

²⁰ Ibidem, p. 91.

Assim, sob a perspectiva do autor, a distinção entre princípios e regras evidencia-se precisamente na hipótese de colisão (entre princípios) e de conflito (entre regras), cada qual a requerer solução específica.

Seguindo a lógica anterior, o conflito entre regras somente pode ser solucionado ao se introduzir em uma delas exceção capaz de afastá-lo ou se for declarada sua invalidade. Como exemplo, Alexy²¹ cita uma regra que proíba a saída de sala de aula antes de bater o sinal e outra que determine a saída imediata ao tocar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver tocado e o alarme de incêndio soar, a coexistência das duas regras conduz a juízos de dever-ser contraditórios entre si. Tal conflito pode ser solucionado mediante a inclusão de uma cláusula de exceção à regra de não sair da sala antes do sinal, no caso de soar o alarme de incêndio. De outro vértice, sinaliza ainda o autor que, quando uma resolução semelhante não for possível, há de ser declarada a invalidade de uma das regras, extirpando-a do ordenamento jurídico.

Isso porque não se pode admitir como válidas duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias. Por outro lado, afirma Alexy²² que tal constatação não resolve o problema de qual das regras deva ser declarada inválida, solução que remete a outros critérios como o da lei posterior revogar a anterior, da lei especial revogar a geral ou da relevância de cada regra conflitante. Já a solução das colisões havidas entre princípios aponta para equacionamento diverso.

Na hipótese de um princípio permitir algo e outro proibir a mesma conduta, um deles terá que ceder ante a precedência do outro. Entretanto, a não aplicação de certo princípio não importa a sua invalidação ou sua retirada do ordenamento jurídico, ou mesmo a introdução de cláusula de exceção, porquanto a precedência de um princípio sobre o outro dependerá sempre das condições concretamente apresentadas, lembrando que todos têm validade *prima facie*. Alterando-se as condições, o sopesamento dos princípios colidentes pode ser drasticamente alterado, e o princípio antes precedente (conforme condição diferente) agora cede ante ao princípio oposto.

²¹ ALEXY, 2011, p. 92.

²² *Ibidem*.

Em suma, segundo Alexy²³, os “conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso”.

Corroborando o afirmado, tem-se em Zagrebelsky²⁴:

En pocas palabras, a las reglas “se obedece” y, por ello, es importante determinar con precisión los preceptos que el legislador establece por medio de las formulaciones que contienen las reglas; a los principios, en cambio, “se presta adhesión” y, por ello, es importante comprender el mundo de los valores, las grandes opciones de cultura jurídica de las que forman parte y a las que las palabras no hacen sino una simple alusión.

A propósito da assertiva, destaca Alexy²⁵ que os princípios em geral, exceto o da dignidade da pessoa humana, não possuem precedência abstrata ou absoluta, ou seja, não existe hierarquia preestabelecida entre eles, de modo que o estabelecimento da precedência de um sobre o outro depende sempre das condições concretas de cada caso apreciado. No entanto, defende que, uma vez realizado o sopesamento entre princípios colidentes, considerada certa circunstância, o resultado dessa operação consiste em uma regra de direito fundamental atribuída, a qual deve ser subsumida a casos idênticos.

Para tanto, utiliza como exemplo o caso paradigmático denominado “O assassinato de soldados em Lebach”, em que um determinado programa de televisão pretendia contar a história do homicídio de quatro soldados da guarda de sentinela do Exército Alemão, na cidade de Lebach, que foram mortos enquanto dormiam, e armas foram roubadas no intuito de praticar outros crimes. Ocorre que um dos condenados pelo referido crime, à época da exibição do documentário, estava para ser libertado da prisão e apresentou uma reclamação constitucional para impedir a veiculação do programa sob o argumento de violação de seus direitos fundamentais, notadamente em prejuízo de sua ressocialização.

Segundo Alexy²⁶, a decisão do Tribunal Constitucional Alemão desenvolveu-se em três etapas. Inicialmente se constatou a tensão entre a proteção constitucional da personalidade (princípio identificado como P1) e a liberdade de

²³ Ibidem, p. 94.

²⁴ ZAGREBELSKY, 2002, p. 110.

²⁵ ALEXY, 2011.

²⁶ Ibidem.

informação (princípio identificado como P2). A colisão é cristalina, pois, isoladamente considerados, P1 levaria à proibição da exibição do documentário, enquanto P2 resultaria em sua permissão. Note-se que, nesse caso, nenhum dos dois princípios tem precedência absoluta sobre o outro, tampouco um deles mostra-se inválido. A solução em hipóteses como a apresentada é construída à luz do caso concreto.

Assim, em uma segunda etapa, o Tribunal Alemão sustentou, considerando os valores constitucionais, uma precedência geral da liberdade de informar (P2) no caso de uma notícia atual sobre atos criminosos (condição denominada de C1), chegando-se à seguinte regra: “(P2 P[precede] P1) C1”.

Na terceira etapa – etapa da decisão –, o Tribunal entende que a reprise do documentário sobre o crime não se reveste mais da atualidade que justificaria o interesse da informação capaz de sobrepor-se ao direito de ressocialização do condenado a ser solto (aqui denominada de condição 2 – C2), de modo a prevalecer o P1 sobre o P2, denotando, no caso concreto, a proibição da veiculação pretendida pela emissora televisiva. Na formulação resumida por Alexy²⁷: (P1 P P2) C2, ter-se-á, então, uma regra de direito fundamental atribuída, segundo a qual havendo a condição C2, P1 deve prevalecer sobre P2.

Prosseguindo na tentativa de discernir regras de princípios, o autor ressalta que, enquanto estes últimos ostentam razões *prima facie*, as primeiras, quando não introduzida cláusula de exceção, representam razões definitivas, entendida a expressão razões como fundamentos para normas (gerais ou concretas). Contrariando a concepção de que princípios são razões para regras unicamente, não servindo como razão para decisões concretas, afirma que tanto regras como princípios podem servir tanto como razão para regras como para decisões concretas.

Desse modo, as regras, como razões definitivas, estabelecem direitos definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. De outro lado, os princípios, como razões *prima facie*, exprimem direitos também *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente pode ser encontrado após operada a relação de preferência ou precedência no caso concreto. Segundo Alexy²⁸:

²⁷ ALEXY, 2011, p. 99-102.

²⁸ *Ibidem*, p. 108.

Nesse sentido é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto.

Exceção a exigir expressa menção traduz-se na dignidade da pessoa humana, que a Constituição alemã, tal qual a brasileira, reconhece como um direito absoluto, de acordo com a formulação “a dignidade humana é inviolável”, indicando tratar-se de norma manifestada em parte como regra e em parte como princípio. Tanto que, diante de situações concretamente avaliadas, não se discute sua precedência ou não sobre outras normas, mas apenas se foi ou não violada.

Por fim, ressaltando a importância da amplitude do conceito de princípio, Alexy²⁹, discordando de Dworkin, para quem princípios apenas servem como razões para direitos individuais (enquanto, para o atendimento de interesses coletivos, há “políticas”), insiste que há princípios vinculados a interesses individuais e há princípios vinculados a interesses coletivos, reclamando estes últimos a implementação de “situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais”.

Com esse perfil traçado acerca dos princípios, o autor³⁰ desenvolve, a seguir, com base na formulação do Tribunal Constitucional Alemão de que “a máxima da proporcionalidade decorre da própria essência dos direitos fundamentais”, a conexão e até mesmo a complementariedade do axioma à teoria dos princípios, desde, é lógico, que referente a direitos fundamentais expressos em forma de princípios.

Isso porque os princípios são mandamentos de otimização, realizáveis em face das possibilidades jurídicas e fáticas. Nesses termos, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento) diz respeito à relativização consideradas as possibilidades jurídicas (colisão de princípios antagônicos), enquanto as máximas da necessidade e da adequação traduzem ponderação das circunstâncias fáticas do caso concreto.

Para Alexy³¹, a regra metodológica da ponderação dos valores **jusfundamentais**, por ele chamada de “máxima da proporcionalidade”, é a resposta

²⁹ ALEXY, 2011, p. 114-115.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem.

hermenêutica para a resolução de eventual colisão de princípios antagônicos, por meio da qual se estabelece o prevalente no caso concreto, consideradas as condicionantes de fato e de direito.

Encaminhamento um pouco mais detalhado, notadamente no que pertine à classificação dos princípios, é sugerido pelos professores espanhóis, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero³², tomando-se por referência a teoria de Alexy³³.

³² ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Law E-journal Panóptica**, Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/85/93>>. Acesso em: 2 março 2016.

³³ ALEXY, op. cit.

2.3.2 Distinção entre regras e princípios e entre os tipos de princípios proposta por Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero

Com intuito de distinguir regras de princípios, utilizando-se tanto do aspecto estrutural como funcional das normas, Atienza e Manero³⁴ consideram imprescindível a distinção entre princípio em sentido estrito e princípio diretriz.

Sabendo-se que às regras correspondem enunciados que correlacionam casos com soluções, resta identificar quanto aos princípios (diretrizes e em sentido estrito) eventual identidade de estrutura condicionada, tal qual acontece com as regras.

Antes, porém, deve ser explicitado o que diferencia um princípio diretriz de um princípio em sentido estrito:

c) “Princípio” no sentido de norma programática ou diretriz, isto é, de norma que estipula a obrigação de perseguir determinados fins. Por exemplo, o art. 51 da Constituição Espanhola: “os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários, protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os interesses econômicos legítimos dos mesmos”. d) “Princípio” no sentido de norma que expressa os valores superiores de um ordenamento jurídico (e que são o reflexo de uma determinada forma de vida), de um setor do mesmo, de uma instituição, etc. Por exemplo, o art. 14 da Constituição Espanhola: “os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer qualquer discriminação por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.”³⁵

A partir da definição proposta e dos próprios exemplos formulados pelos autores, pode-se vislumbrar a similitude estrutural dos princípios em sentido estrito e das regras, destacadamente o aspecto de sua condicionalidade expressa no binômio caso-solução, embora com peculiaridades, a seguir destacadas:

Em nossa opinião, os princípios em sentido estrito podem ser formulados sempre como enunciados que correlacionam casos com soluções, mas isso não quer dizer que, desde esta perspectiva, não exista nenhuma diferença entre regras e princípios. A diferença consiste em que os princípios configuram o caso de forma aberta, enquanto que as regras o fazem de forma fechada. Com isso queremos dizer que, enquanto que nas regras as propriedades que conformam o caso constituem um conjunto fechado, nos princípios

³⁴ ATIENZA; MANERO, 2016.

³⁵ Ibidem, p. 52, grifo dos autores.

não se pode formular uma lista fechada das mesmas: não se trata só de que as propriedades que constituem as condições de aplicação tenham uma área maior ou menor de abstração, se não, de que tais condições não se encontram sequer genericamente determinadas. O tipo de indeterminação que afeta os princípios é, pois, mais radical que o das regras (ainda que, desde logo, entre um e outro tipo de indeterminação possa haver casos de penumbra).³⁶

Todavia, o mais importante aspecto ressaltado por Atienza e Manero³⁷, em contraposição à distinção proposta por Alexy³⁸ (de que os princípios, como mandamentos de otimização, podem ser cumpridos na medida do possível em comparação com as regras – sempre cumpridas na integralidade), somente se confirma em relação aos aqui denominados princípios diretrizes ou normas programáticas, porquanto, ao se tratar de princípio em sentido estrito, haverá, após o processo de ponderação e de eleição de prevalência, sua aplicação integral, exatamente a exemplo do que acontece com a regra.

Nesse sentido, os exemplos da Constituição espanhola, trazidos pelos doutrinadores, são elucidativos:

Um princípio como o formulado no art. 14 da Constituição Espanhola, visto como princípio secundário, pode, nos parece, apresentar-se na forma de um enunciado condicional, como o seguinte: “se um órgão jurídico deve ditar uma norma, aplicá-la, etc., e não se dão as circunstâncias normativas ou fáticas que exijam outra coisa (isto é, que desloquem o princípio), este órgão está proibido de estabelecer ou de fazer que prevaleça qualquer discriminação em virtude de raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social”. Encontramos a indeterminação característica dos princípios aqui unicamente na configuração aberta das condições de aplicação, mas não na descrição da conduta proibida: discriminar. Pode, desde então, entender que “discriminação” é um termo vago em certos contextos, mas este tipo de indeterminação se dá também nos padrões a que chamamos de “regras”. A regra de que a mulher trabalhadora deve receber salário igual ao do homem se diferencia do princípio anterior unicamente no fato de que suas condições de aplicação se configuram de forma fechada (assim, o art. 28 do Estatuto dos Trabalhadores estabelece que “o empresário é obrigado a pagar pela prestação de trabalho igual o mesmo salário, tanto por salário base como pelos complementos salariais, sem discriminação alguma por razão de sexo”), mas também aqui pode haver problemas de indeterminação na hora de estabelecer tanto se suas condições de aplicação se dão em um determinado caso individual (podem existir dúvidas sobre se

³⁶ ATIENZA; MANERO, 2016, p. 56-57.

³⁷ Ibidem.

³⁸ ALEXY, 2011.

uma determinada atividade deve ser considerada ou não como “trabalho”), ou sobre o alcance da descrição da conduta proibida (um complemento salarial para vestuário diferente por razão do sexo deve ser considerado proibido pelo mesmo artigo 28?). Estruturalmente, a única diferença entre o art. 14 da CE e o art. 28 do ET reside, em último caso, no fato de que as condições de aplicação da norma constituem um conjunto fechado, ainda que sua formulação possa apresentar problemas de indeterminação semântica (e insistimos que as indeterminações semânticas não afetam o caráter de *regra*, a não ser que alcancem um grau extremo que não permita que se fale de *determinação* de um modelo de conduta). Mas em relação à descrição do modelo de conduta qualificado deonticamente, ambas as normas apresentam um grau de determinação semelhante. Dito de outra forma: se foi determinado que o princípio de igualdade consagrado no art. 14 prevalece, na combinação de fatores relevantes que apresenta um determinado caso individual, frente a princípios que operam em sentido contrário, este princípio exige um cumprimento pleno; ou se cumpre ou não se cumpre, mas não cabem modalidades graduáveis de cumprimento.

3.1.2. Se dos princípios em sentido estrito passamos às diretrizes ou normas programáticas, as coisas parecem ser algo distintas. Uma norma como, por exemplo, o art. 51 da Constituição, antes lembrado, pode também se expressar sempre na forma de um enunciado condicional: “se x é um Poder Público e não se dão as circunstâncias normativas ou as fáticas que o impeçam, então x deve utilizar os procedimentos eficazes tendentes a proteger a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos consumidores e usuários”. Mas se agora nos propusermos a questão sobre como se diferencia estruturalmente o art. 51 e o art. 14 da CE, resulta óbvio que enquanto o último deles só configura de forma aberta suas condições de aplicação, mas não o modelo de conduta qualificado deonticamente, o primeiro configura de forma aberta tanto as condições de aplicação quanto o modelo de conduta prescrito. A diferença, pois, entre um princípio em sentido estrito e uma diretriz, da perspectiva que estamos agora contemplando as normas, parece ser a seguinte: sobre os princípios em sentido estrito cabe dizer que são mandamentos de otimização unicamente no sentido de que, ao estarem configuradas de forma aberta suas condições de aplicação, a determinação de sua prevalência ou não em um caso individual determinado exige sua ponderação em relação com os fatores relevantes que o caso apresente, com princípios e com regras que operem em sentido contrário; mas uma vez determinado que nesse caso prevalece o princípio, este exige um cumprimento pleno. As diretrizes, pelo contrário, ao estipular a obrigatoriedade de utilizar meios idôneos para perseguir um determinado fim, deixam também aberto o modelo de conduta prescrito: as diretrizes sim podem, de fato, ser cumpridas em diversos graus. Isto é o que explica porque, por exemplo, o art. 14 da Constituição Espanhola mudaria de sentido se fosse estabelecido como uma norma programática (“os poderes públicos promoverão a igualdade dos espanhóis ante a lei, para que não possa prevalecer discriminação alguma em virtude de nascimento, raça [...]”).³⁹

³⁹ ATIENZA; MANERO, 2016, p. 56-58, grifo dos autores.

Com essa importante ressalva, os autores distinguem regras de princípios a partir de suas estruturas, alertando para o fato de que os princípios em sentido estrito somente podem ser considerados mandamentos de otimização enquanto não realizada a ponderação com normas colidentes para eleger, em dada situação fática e jurídica, a prevalência de uma delas. Após tal operação e eleito um princípio predominante ou prevalente para o caso concreto, este se aplica tal qual a regra, ou seja, na base do “tudo ou nada”. Isso porque a “textura aberta” do princípio em sentido estrito refere-se às condições de aplicação e não ao modelo de conduta prescrito.

Todavia, quando se trata dos chamados princípios diretrizes ou normas programáticas, estes padecem de “abertura” (ou melhor, de abstração) tanto no que se refere às condições de aplicação quanto à conduta prescrita.

Nesse sentido, ao se prescrever o dever do Estado de promover a saúde de sua população, por exemplo, afirma-se concretamente que deve empreender meios idôneos e eficientes para atingir esse determinado fim, sem deixar claro, porém, qual é a medida de satisfação dessa tarefa, que é, em última instância, a conduta prescrita.

Por fim, analisando a distinção entre regras e princípios (e entre eles a diferença dos princípios em sentido estrito e diretrizes) como razão de agir, afirmam Atienza e Manero⁴⁰ que as regras são razões peremptórias independente de seu conteúdo e, portanto, verificadas as condições de sua aplicação (suporte fático da regra), deve o julgador utilizar-se da subsunção para atribuir a consequência prevista no comando normativo. Descabe, na hipótese de regra, falar-se em ponderação do julgador, porquanto tal operação (opção) já fora realizada politicamente pelo legislador.

Dessa feita, “as regras – para quem as segue – operam como razões peremptórias ou protegidas, enquanto que os princípios os fazem como razões de primeira ordem, que devem ser ponderadas com outras razões”⁴¹. Vale afirmar, portanto, que as regras são mandados ou comandos definitivos.

Ainda, considerando-se a distinção entre os princípios em sentido estrito e os princípios diretrizes, assentam os autores:

⁴⁰ ATIENZA; MANERO, 2016.

⁴¹ Ibidem, p. 60.

As diretrizes geram razões para a ação de tipo instrumental ou estratégico: para que a consecução de um fim F seja desejável faz com que exista, em princípio, uma razão em favor de todo aquele que conduza a tal fim; a razão não é excludente, pois pode haver razões em sentido contrário e que tenham uma maior força. Pelo contrário, as razões para a ação que derivam de princípios em sentido estrito são razões de correção: igual às anteriores, não são também excludentes, mas, na deliberação do sujeito, as razões de correção operam como razões últimas (não são razões finalistas, mas sim razões finais). Por isso, as razões estratégicas que derivam de diretrizes podem e devem ser avaliadas – e, em seu caso, superadas – por razões de princípio, enquanto que o contrário não pode ocorrer: se tem uma razão de princípio para fazer X, então, o não fazer X só pode se justificar apelando às outras razões de correção – baseadas em princípios – que tenham um maior peso, mas não às razões finalistas – baseadas em diretrizes – que mostram que a consecução de um certo fim é incompatível com a ação X.⁴²

Cumprido ressaltar em tempo que, apesar da sistematização didática, a própria imprecisão da linguagem acarreta muitas vezes o que Genaro Carrió⁴³ denomina de “zona de penumbra”, resultando, mesmo na hipótese de regra, em dúvidas acerca da inclusão ou exclusão de determinado fato à norma, dificultando sobremaneira o processo de mera subsunção. Nesse caso específico, há de se ponderar os fundamentos de referida norma, seus princípios informadores, de modo que o campo de aplicação da regra dependerá do processo interpretativo e, sob essa óptica, necessariamente criativo.

2.4 A PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO SEGUNDO LUIGI FERRAJOLI

Para o autor italiano Luigi Ferrajoli⁴⁴, os direitos fundamentais expressos por normas constitucionais são genéricos e abstratos (universais) e configuram direitos subjetivos aos seus titulares, porquanto traduzem “expectativas de não lesão como são todos os direitos de liberdade ou imunidade ou mesmo expectativas positivas de prestação, como são todos os direitos sociais, como, por exemplo, os direitos à assistência sanitária e à educação”.

⁴² ATIENZA; MANERO, 2016, p. 60-61.

⁴³ CARRIÓ, Genaro R. **Princípios jurídicos y positivismo jurídico**. Notas sobre Derecho y lenguaje. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986, p. 34.

⁴⁴ FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos humanos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 119.

Do outro vértice, a tais expectativas correspondem obrigações negativas (vedações ou limites fundamentais) no que concerne aos direitos de liberdade e obrigações positivas (satisfações ou vinculações fundamentais) no tocante aos direitos sociais.

Defende o autor garantista que os direitos fundamentais, ainda que estabelecidos na forma de princípios, são regras deônticas nas quais reside sua força normativa em relação à legislação e à jurisdição, ou seja, vinculando o legislador ao seu respeito e o intérprete à sua “[...] aplicação substancial aos atos inválidos que constituem as suas violações. E é pela possibilidade de sua violação, por comissão ou omissão, que as normas que os estabelecem são reconhecíveis como regras deônticas”⁴⁵.

Em suma, pode-se pensar na tentativa de conciliação dessa visão com as anteriores no ponto em que reconhece o autor que os direitos fundamentais são geralmente expressos por meio de princípios que, no entanto, quando violados (comissiva ou omissivamente), aplicam-se como regra:

Têm, portanto, a forma de princípios, exatamente por que de tal forma as Constituições proclamam explicitamente as expectativas, isto é, as proibições e as obrigações àqueles correspondentes; pois, em outras palavras, graças a tal forma elas exprimem diretamente, como bem sublinhou Giorgio Pino, os fins e as escolhas ético-políticas que com eles o ordenamento pretende perseguir. Mas é claro que com relação às violações das proibições e às inobservâncias dos deveres a eles correspondentes, estes princípios são colocados em relevo como regras, no sentido já ilustrado de que são aplicáveis judicialmente às primeiras e atuados legislativamente pelas segundas.⁴⁶

Desse modo, segundo as conclusões de Ferrajoli⁴⁷, a argumentação é sempre realizada por meio dos princípios, enquanto a aplicação é feita sempre por meio das regras correspondentes, pois “se é verdade que toda aplicação supõe normalmente uma argumentação por intermédio de princípios, é também verdade que toda a argumentação é finalizada à aplicação de uma regra”.

Percebe-se certa aproximação com o posicionamento de Atienza e Manero⁴⁸, precisamente quando os autores espanhóis identificam a similitude entre os

⁴⁵ FERRAJOLI, 2015, p. 122.

⁴⁶ Ibidem, p. 123.

⁴⁷ Ibidem, p. 124.

⁴⁸ ATIENZA; MANERO, 2016.

princípios em sentido estrito e as **regras**, ressaltando-se a nomenclatura dada por Ferrajoli⁴⁹ de **princípios regulativos** no lugar de princípios em sentido estrito: “princípios e regras, no caso dos princípios regulativos, não são normas distintas, ou pior, contrapostas, mas são uns a face oposta das outras”.

Coincidem também os autores quanto à coexistência de princípios chamados diretrizes na Constituição, a reclamar políticas públicas (prestações fáticas ou jurídicas), de modo que a dissidência parece se resumir quanto à caracterização dos direitos sociais como saúde, moradia ou educação como princípio regulativo, segundo Ferrajoli⁵⁰, e princípio diretriz, segundo Atienza e Manero⁵¹.

2.5 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL E SUA ESTRUTURA NORMATIVA

De acordo com a teoria de Alexy⁵², a maioria dos direitos fundamentais sociais se expressa na forma de princípio e, por isso, demanda concretização na maior extensão possível, recebendo, segundo a concepção de Atienza e Manero⁵³, a denominação de **princípio diretriz**, porquanto trata de atingir determinado fim, por meio da adoção de certas medidas (prestações).

Aliás, a propósito da distinção entre princípios e regras, Atienza e Manero⁵⁴, criticando a proposição de Alexy⁵⁵, ressaltam:

Robert Alexy, desenvolvendo, pelos demais, algo que já estava presente em Dworkin, escreveu que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os *princípios* são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus e porque a medida ordenada de seu cumprimento não só depende das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O campo das possibilidades jurídicas está determinado por meio de princípios e de regras que operam em sentido contrário. De outro lado, as *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nesta medida, podem sempre ser somente cumpridas ou descumpridas. Se uma

⁴⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 124.

⁵⁰ FERRAJOLI, 2015.

⁵¹ ATIENZA; MANERO, 2016.

⁵² ALEXY, 2011.

⁵³ ATIENZA; MANERO, op. cit.

⁵⁴ Ibidem, p. 56, grifo nosso.

⁵⁵ ALEXY, op. cit.

regra é válida, então, é obrigatório fazer precisamente o que ela ordena, nem mais nem menos” (ALEXY, 1988, p. 143-144). **A nosso juízo, é verdadeiro que os princípios possam ser cumpridos em diversos graus quando se referem às diretrizes ou às normas programáticas, mas não o é no caso dos princípios em sentido estrito.**

Tal constatação parte do pressuposto de que, em se tratando de um princípio em sentido estrito, ou seja, aquele entendido como norma que expressa os valores superiores de um ordenamento, como, por exemplo, o princípio da igualdade quando eleito como precedente a outro colidente no caso concreto, cumpre-se integralmente não havendo possibilidade de cumprimento gradual.

A partir dessa realidade, vislumbra-se, segundo Atienza e Manero⁵⁶, a distinção entre os princípios em sentido estrito das diretrizes (ou princípios diretrizes), entendendo os direitos sociais, em sua grande maioria como sendo do último tipo, podendo, por óbvio, ser cumprido na medida do possível (ou, na visão de Alexy⁵⁷, como mandamento de otimização).

Evidentemente que essa percepção pode estar intimamente ligada ao fato de que tais diretrizes encontram-se normatizados no Capítulo Terceiro da Constituição Espanhola de 1978, sob a denominação de “princípios reitores da política social e econômica”, motivo por que sua classificação como normas programáticas parece ser mais facilmente assimilável do que no Brasil, contexto em que os direitos sociais são definidos expressamente como fundamentais (e de eficácia imediata) na sequência dos direitos civis e políticos, mesmo que realizáveis por prestações positivas do Estado.

Segundo Clara Marquet Sardà⁵⁸, a positivação de direitos fundamentais na Constituição espanhola distribui-se em diferentes grupos, conforme sua localização sistemática (Título I – Direitos e deveres fundamentais; Cap. II – Direitos e liberdades; Cap. III – Princípios reitores da política social e econômica), sendo que há previsão de direitos sociais em todos os agrupamentos, variando, tão somente, as garantias que lhes são correlatas:

⁵⁶ ATIENZA; MANERO, 2016.

⁵⁷ ALEXY, 2011.

⁵⁸ SARDÀ, Clara Marquet. Estado Social, Direitos Sociais e Princípios no sistema Consitucional da Espanha. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò i (orgs.). **Direitos fundamentais em estados compostos**. Tradução: Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Unoesc, 2013, p. 213.

Finalmente, o Capítulo III do Título I CE contém a maior parte de conteúdos prestacionais. Apesar da rubrica do Capítulo, “Princípios reitores da política social e econômica”, alguns destes conteúdos se reconhecem expressamente como direitos, enquanto outros se estabelecem como mandatos aos poderes públicos. Entre os primeiros, acham-se o direito à proteção da saúde (artigo 43.1 CE), o direito de acesso à cultura (artigo 44.1 CE), o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado (artigo 45.1 CE), e o direito a desfrutar de uma moradia digna (artigo 47 CE). Entre os segundos, um amplo espectro de mandatos que vão desde a proteção a determinados grupos sociais, ao estabelecimento de diretrizes de política econômica e à garantia de determinadas instituições do Estado social.

As garantias destes direitos diante do legislador deduzem-se, ao contrário, do artigo 53.1 CE, que não os inclui na obrigação de respeito ao conteúdo essencial nem na reserva de lei. Ademais, o artigo 53.3 CE estabelece expressamente que “o reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo III informará a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam.” Isso implica que, apesar de que vinculam aos poderes públicos em suas atividades, a eficácia subjetiva direta destes preceitos se acha condicionada a seu desenvolvimento legislativo, o que lhes atribui, com os matizes que se verão posteriormente, uma menor possibilidade de exigência judicial. Toda a análise dos direitos sociais na Constituição espanhola se acha impregnada por esta divisão entre os direitos do Capítulo II e os princípios reitores do Capítulo III.

Retomando, pois, a perspectiva defendida por Atienza e Manero⁵⁹, o direito à saúde, no caso brasileiro, poderia ser entendido como um “princípio diretriz” e, por esse motivo, diferentemente de um princípio em sentido estrito ou de uma regra, admitiria ser realizado na **maior extensão possível** (sopesadas razões de ordem fática e jurídicas) por políticas públicas orientadas à sua concretização social.

Tal assertiva se ampara na “abertura” normativa dos dispositivos correlatos ao direito à saúde, destacadamente os arts. 6º e 196 da CRFB de 1988 que, na explicação de Atienza e Manero⁶⁰, caracterizam-se pela abstração no que pertine à conduta prescrita pela norma, uma vez que, como já asseverado, esta se traduz em assegurar meios idôneos para atingir o fim colimado, sem deixar claro, todavia, qual é a medida de satisfação da obrigação por ela imposta.

Por fim, entendendo-se o direito à saúde, na forma com que positivado na CRFB de 1988, como um princípio diretriz, pode-se afirmar que tal norma, assim como outras de mesma estrutura (como, por exemplo, o direito à educação ou à

⁵⁹ ATIENZA; MANERO, 2016.

⁶⁰ Ibidem.

moradia), gera razões para ação de tipo instrumental ou estratégico, traduzindo-se por justificar toda a ação voltada à consecução de tal finalidade. Porém, tal razão não é excludente, porquanto podem existir razões em sentido contrário de maior força ou peso, incompatibilizando sua concreção.

De outro vértice, caso fosse atribuído ao direito à saúde o caráter de regra, uma vez observado o suporte fático, deveria invariavelmente incidir a consequência prevista. No entanto, como se disse, a textura aberta do princípio e sua natureza claramente diretiva impede que se visualize o que configura exatamente o seu malferimento e o que se delimita como consequência correlata.

Assim, diante das considerações tecidas, define-se o direito à saúde como princípio diretriz, nos termos trabalhados por Atienza e Manero⁶¹, cujas posteriores imbricações serão oportunamente tratadas notadamente no capítulo seguinte, em que serão analisados os direitos subjetivos positivados na forma de direitos sociais e, mais especificamente, na forma de princípio diretriz.

Essa não é, todavia, a única dificuldade encontrada à concretização dos direitos fundamentais sociais ou, dito de outra forma, à sua efetivação no meio social. Para além de compreender a estrutura normativa do direito fundamental à saúde e suas implicações hermenêuticas, cumpre também o enfrentamento da polêmica em torno de sua justiciabilidade, ou seja, necessário se mostra a discussão em torno de ser ou não considerado um direito subjetivo e quais as implicações concretas dessa asserção.

Para tanto, o terceiro capítulo deste trabalho ocupa-se do direito à saúde quanto às dimensões objetiva e subjetiva, além de realizar uma retrospectiva da jurisprudência na matéria, a fim de demonstrar sob quais fundamentos estes foram justificados pelo Poder Judiciário em seu mister concretizador.

⁶¹ ATIENZA; MANERO, 2016.

3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA CARACTERIZAÇÃO COMO DIREITO SUBJETIVO E RETROSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Os principais questionamentos que se propõe a responder o presente capítulo voltam-se à análise da efetividade dos direitos sociais e, em particular, do direito à saúde no Brasil e podem ser resumidos da seguinte forma: os direitos sociais são direitos subjetivos, isto é, são direitos exigíveis perante o Poder Judiciário? Pode o particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária para a satisfação de seu direito à saúde? E, por último, como vem decidindo o Poder Judiciário na matéria e sob quais fundamentos vem concretizando o direito fundamental à saúde dos jurisdicionados.

No intuito de dar encaminhamento a essas polêmicas, parte-se da concepção de direito subjetivo e da noção relacional de posição jurídica (ou seja, analisando-se a questão também sob o ponto de vista do destinatário da norma), chegando-se, por fim, ao objeto da norma ou, mais especificamente, à ação exigida do obrigado.

Após essas importantes digressões, espera-se poder concluir se o direito fundamental à saúde é um direito subjetivo e em que medida deve ser assim compreendido, bem como de que forma deve se dar a sua tutela judicial, sem vulnerar a independência e a separação entre os Poderes que, ao lado da positivação dos direitos fundamentais, representam importantes alicerces do Estado Democrático de Direito.

3.1 DIREITO SUBJETIVO E SISTEMA DE POSIÇÕES JURÍDICAS FUNDAMENTAIS

Para início da sistematização dessa importante celeuma, vale-se da teoria de Alexy⁶², entendendo, a partir de suas proposições, a expressão “direito” como sinônima de “posição jurídica.”

⁶² ALEXY, 2011.

Segundo o autor⁶³, ao se falar em “direito subjetivo”, pode-se cogitar tanto de (1) direitos a algo, como de (2) liberdades ou (3) competências, consoante se desenvolverá a seguir.

3.1.1 Direitos a algo

Alexy⁶⁴ defende que geralmente os direitos a algo são expressos a partir da seguinte formulação: **a** tem, em relação a **b**, um direito a **G**.

Desmembrando-se cada componente da fórmula encontrada, evidencia-se (a) como portador ou titular do direito; (b) como o destinatário da norma; e, finalmente, (G) como o objeto do direito, ou dito de forma mais detalhada, a ação do destinatário. Merece destaque a circunstância de que as relações obtidas do esquema demonstrado variam conforme o titular do direito fundamental, seja pessoa física ou jurídica de direito público e seu destinatário um particular ou o Estado. Ainda, de relevância significativa ser a ação (G) uma ação positiva ou uma abstenção.

A essa formulação, Alexy⁶⁵ empresta o conceito de um direito que se manifesta mediante uma relação triádica estabelecida entre seu titular o destinatário e seu objeto.

Exemplificando a partir do art. 2º, § 1º, 1 da Constituição alemã, extrai-se a relação triádica mesmo do enunciado “todos têm direito à vida”. Ainda que aparentemente se identifique apenas uma relação diádica – entre titular e objeto, pode-se afirmar que, (1) se **a** têm direito à vida, equivale a afirmar que (2) **a** tem, em face do **Estado**, um direito a que este **não o mate, e, em outro sentido, que (3) a** tem, em face do **Estado**, **um direito a que este proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros**. Nesses termos, o direito expresso na alternativa (2) corresponde a uma ação negativa (direito de defesa), enquanto o direito configurado pela assertiva (3) impõe uma ação positiva ao destinatário (direito prestacional).

Sob o ponto de vista dos direitos dos cidadãos contra o Estado a ações estatais negativas (direitos de defesa), Alexy⁶⁶ os divide em três grupos: direitos ao

⁶³ Ibidem, p. 193-217.

⁶⁴ ALEXY, 2011.

⁶⁵ Ibidem.

não embaraço de ações, direitos à não afetação de características ou situações e direitos à não eliminação de posições jurídicas.

⁶⁶ Ibidem, p. 196-201.

3.1.1.1 Direitos a prestações estatais negativas ou direitos de defesa

O primeiro grupo de direitos – direitos ao não embaraço de ações – apontam para uma obrigação negativa do Estado, porquanto este não pode criar empecilho que impeça ou dificulte as ações dos titulares do direito em foco, tomando-se por base, por exemplo, o direito à livre manifestação do pensamento ou à liberdade de crença. Tal direito subjetivo pode ser expresso pela seguinte formulação: “**a** tem, em face do **Estado**, um direito a que este **não o embarace** na realização da ação **h**”.

O segundo tipo de direitos – direitos à não afetação de características ou situações – aponta para a obrigação negativa do Estado, no sentido de abster-se de afetar (vulnerar) determinadas características e situações do titular de um direito fundamental. Serve de exemplo a inviolabilidade do domicílio, presente tanto na Constituição alemã como na brasileira. Por sua vez, esse direito pode ser formulado da seguinte forma: “**a** tem, em face do **Estado**, um direito a que este **não afete a característica A** (a situação B) de **a**”.

Por último, na terceira categoria de direitos de defesa ou a ações negativas ou abstenções do estado, tem-se o direito à não eliminação de posições jurídicas. Vale-se das palavras do autor para explicitar esse tipo de direito:

A existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas.⁶⁷

Dos termos propostos, pode-se inferir a seguinte representação: “**a** tem, em face do **Estado**, um direito a que este **não elimine a posição jurídica [PJ] de a**”.

Sob a perspectiva dos direitos fundamentais sociais, pode-se afirmar, a partir das considerações destacadas até o momento, que há, de forma plena e imediata, um direito subjetivo dos cidadãos concernente a uma abstenção do Estado em praticar qualquer conduta que vulnere as garantias enumeradas constitucionalmente, a exemplo do direito à saúde.

⁶⁷ ALEXY, 2011, p. 201.

3.1.1.2 Direitos a prestações estatais positivas ou direitos prestacionais

Paralelamente ao direito à abstenção estatal, encontram-se os chamados **direitos a ações positivas** ou, simplesmente **direitos prestacionais**, cujo titular é o cidadão e o destinatário, o Estado (esse tipo de direito interessa sobretudo para o presente estudo, como adiante se verá), dividindo-se as ações estatais positivas em ações **fáticas** ou ações **normativas**.

As primeiras expressam-se por algum meio jurídico (pode até mesmo ser mediante a criação de certa lei) apto à satisfação do direito fundamental em questão. Alexy⁶⁸ dá como exemplo, entre outros, a satisfação do direito do titular fundado na noção de mínimo existencial (temática que será oportunamente retomada na pesquisa).

Diferentemente do primeiro caso, uma ação positiva estatal entendida como normativa, consiste em ter, em face do Estado, um direito a que este crie uma norma apta ao asseguramento pleno do direito fundamental em voga.

Inegavelmente, esse esquema de posições jurídicas deve ser compreendido também do ponto de vista relacional e não apenas de seu objeto. Ou seja, considerando-se as formulações deônticas do Direito para afirmar-se um direito subjetivo, deve-se analisar a equivalência lógica entre direito e obrigação, não direito e privilégio.

Dizer-se, nesses termos, que (1) **a** tem um direito, em face de **b**, a uma **abstenção**, corresponde à afirmação de que (2) **b** tem, em face de **a**, um dever de **abstenção**.

Nos mesmos moldes, corresponde a um direito de (1) **a**, em face de **b**, a **um fazer**, a (2) obrigação de **b**, em face de **a**, relativa a **esse fazer**.

Contrariamente aos exemplos construídos, se a assertiva é modificada e passa a fórmula a expressar (1) **nenhum direito de a**, em face de **b**, a uma **abstenção**, necessariamente significará, em contrapartida, a (2) **permissão de ação para b**, em face de **a**, ou ainda, se a formulação traduz-se em (3) **nenhum direito de a**, em face de **b**, a **um fazer**, resulta em (4) **permissão de abstenção para b**, em face de **a**.⁶⁹

⁶⁸ ALEXY, 2011, p. 202.

⁶⁹ Alexy (2011) exemplifica as inúmeras combinações em um quadro sinóptico na p. 215.

Tal classificação resulta relevante na apreciação do tipo de direito ou de obrigação imputada às partes componentes da relação jurídica que, junto às liberdades e competências, contemplam as inúmeras possibilidades acerca dos direitos positivos e negativos dos cidadãos em face do Estado.

3.1.2 Liberdades

Para a teoria de Alexy⁷⁰, o conceito jurídico de liberdade pode ser entendido como alternativa de ação, correspondendo à ideia de liberdade negativa.

Assim, Alexy⁷¹ introduz a questão da liberdade jurídica como a liberdade de fazer ou não fazer algo. Tomando por exemplo a liberdade de expressão, pode-se afirmar que tanto **a** pode ser **livre para expressar o seu pensamento**, como **a** também é **livre para não o expressar**.

Diferentemente da liberdade jurídica, a liberdade fática pressupõe que o titular de uma liberdade jurídica possua condições concretas ou possibilidades reais de fazer aquilo que lhe é permitido ou facultado.

Assim, se para a criação de uma posição de liberdade jurídica basta uma conduta de abstenção por parte do Estado, o contrário ocorre quando se pretende propiciar uma situação de liberdade fática, a saber:

Se a transformação da situação de não-liberdade econômica em uma situação de liberdade econômica tiver que ocorrer de uma forma juridicamente garantida pelo Estado, então, a ele pode ser concedido um direito a uma prestação em face do Estado, ou seja, um direito a uma ação estatal “positiva”. Já para a criação de uma situação de liberdade jurídica é necessário, ao contrário, apenas uma abstenção estatal, ou seja, uma “ação negativa”. Para a garantia da liberdade não é necessário um direito a prestação, apenas, um direito de defesa.⁷²

Ambos os conceitos têm peculiar relevância, como se verá adiante, para o objeto do presente estudo. Por ora, mostra-se suficiente reconhecer o entrecruzamento do que se entende por **liberdade fática** aos **direitos prestacionais**, somando-se ao final do próximo capítulo, à inteligência do que venha a ser considerado **mínimo existencial**.

⁷⁰ ALEXY, 2011.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem, p. 223, grifo do autor.

3.1.3 Competências

Ao lado dos direitos a algo e das liberdades, as competências completam a gama das posições jurídicas designadas como direitos.

Por competência, entende o autor⁷³ que se caracteriza a ação institucional voltada à alteração de uma situação jurídica, as quais são amparadas não apenas na capacidade natural do titular, mas em regras que lhes são constitutivas. Dá-se o exemplo do casamento ou da confecção de testamento como o exercício de uma competência.

Para Alexy⁷⁴, a garantia de institutos de direito privado é, sobretudo, uma proibição endereçada ao legislador, contra a eliminação de determinadas competências dos cidadãos.

Resumindo-se o tópico relativo aos direitos subjetivos, vale-se do poder de síntese de Francisco Oliveira Neto⁷⁵ que, em sua tese de doutorado, sistematiza as posições jurídicas decorrentes dos direitos fundamentais como sendo (1) direitos de defesa, (2) direitos a prestações jurídicas ou fáticas e (3) direitos de participação.

⁷³ ALEXY, 2011, p. 239.

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Em suas palavras: “**Direitos de defesa:** são aqueles que impõem ao Estado uma abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do sujeito; limitam a atuação do Estado (incisos II, III, IV, XII, XIII, XV, todos do art. 5º, da CF/198) e se mostram como normas de competência negativa para os poderes públicos. **2) Direitos à prestação:** se os direitos de defesa visam a assegurar o status quo do sujeito, os direitos a prestação exigem que o Estado aja para atenuar desigualdades e, com isso, estabelecer um novo molde para o futuro da sociedade. Estes direitos partem do pressuposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. São direitos de promoção que surgem da vontade de estabelecer uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política e se realizam por meio do Estado (p. 143). Como se traduzem em ação positiva do Estado, existem peculiaridades especiais que se referem à densidade normativa, o que os distingue dos demais na medida em que seu modo de exercício e sua eficácia será diferenciada. Duas são as formas de prestação: 2.1) Direitos a prestação jurídica: existem direitos fundamentais que se esgotam com a edição de uma simples norma jurídica. Daí afirmar-se que —o objeto do Direito será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental (p. 143). Poderão ser normas penais, que o Estado deve editar para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais, ou de procedimento, como é o caso daquelas que tratam do acesso à justiça. 2.2) Direitos a prestações materiais: são os chamados direitos a prestações em sentido estrito. Resultam da concepção social do Estado e são relacionadas a saúde, educação, maternidade, criança, adolescente, etc. **3) Direitos de participação:** há quem não reconheça essa categoria como um terceiro tipo. Contudo, é preciso reconhecer que esses direitos tratam de assuntos que, à primeira vista, pouco se identificam com os outros dois. Aqui, estão localizados os direitos políticos de votar e ser votado”. (OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização:** o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal. [Tese]. UFSC: Florianópolis, 2011, p. 103-104.

Além da dimensão subjetiva, já abordada, há uma importante dimensão objetiva decorrente dos direitos fundamentais (mesmo nos enunciados na forma de princípios diretrizes), capaz de explicar sua eficácia imediata, nos termos em que é indicada na Constituição. Isso porque, independentemente da posição jurídica conferida ao titular de direito fundamental (vale dizer, a possibilidade de reclamar em juízo determinada ação ou abstenção), inegável a vinculação dos poderes constituídos às normas jusfundamentais, cujo respeito e conformidade são decorrentes da própria força da constituição.

Extrai-se da explicação de Clèmerson Merlin Clève⁷⁶ a respeito do tópico:

Neste ponto, independente das posições jusfundamentais extraíveis da dimensão subjetiva, incumbe ao Poder Público agir sempre de modo que confira a maior eficácia aos direitos fundamentais [...]. A dimensão objetiva também vincula o Judiciário para reclamar uma hermenêutica de respeito aos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com releitura de todo o direito infraconstitucional à luz dos preceitos constitucionais, designadamente dos direitos, princípios e objetivos fundamentais.

Com base nas digressões a respeito do tema, conclui-se majoritariamente pela existência de um direito subjetivo (ou pelo menos objetivo) à saúde extraível das normas constitucionais brasileiras.

Porém, não se olvida de posicionamentos contrários. Há quem defenda que, independentemente de sua conformação constitucional como princípio ou regra, os direitos fundamentais sociais, por encerrarem a noção de comunidade (do todo), de solidariedade, de fraternidade, não se afirmam como direitos subjetivos individuais, ou seja, não podem ser reclamados na justiça individualmente sob pena de insanável contradição.

Nesse sentido, o professor Fernando Atria⁷⁷ adverte:

Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos.

⁷⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Boletim Científico** – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8, jul/set, 2003, p. 155.

⁷⁷ ATRIA, Fernando. **¿Existen derechos sociales?** Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atria.pdf>>. Acesso em: 15 setembro 2015.

Segundo sua visão, o problema começa a partir do momento em que as demandas sociais foram positivadas nas constituições sociais e, com isso, alijadas de sua natural perspectiva política, substituída, no constitucionalismo atual, pela linguagem jurídica como meio de possibilitar sua contraposição aos direitos civis e políticos com igual força normativa.

Todavia, sustenta a importância dessa dimensão perdida dos direitos sociais, sem a qual se pode chegar ao absurdo de afirmar que direitos não judiciáveis não são direitos. Aponta o fenômeno da judicialização da vida nos países latino-americanos como a transmutação da luta política em luta jurídica (e individual!):

Hoy, sin embargo, todo esto es rápidamente descartado como retórica política, lenguaje 'metafórico' o 'figurativo', 'meras' declaraciones de principio, obligaciones 'programáticas' que a nada obligan, *a menos que* los derechos declarados impliquen al menos la exigencia de conceder a su titular un derecho subjetivo dotado de todas las características propias de los derechos subjetivos, especialmente *exigibilidad*. **En este contexto, hay un sentido importante en que el conflicto político, especialmente en Latinoamérica (y también en Europa del este) se ha desplazado desde las calles o parlamentos hacia las cortes.**

El desplazamiento al que me refiero no es simplemente un cambio de *locus* institucional, aunque nadie puede negar que la importancia política de los tribunales ordinarios y constitucionales ha aumentado de modo considerable en, digamos, los últimos 20 años [...].⁷⁸

Por fim, ao registrar que a jurisprudência constitucional espanhola demonstra o caráter diretriz da maioria dos direitos sociais, compreendidos no Cap. III da CE de 1978, negando-os como direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ressalta que, quando assim os reconhece, é porque se travestem de direito subjetivo individual, perdendo seu aspecto social, mormente reclamados como direitos fundamentais de primeira dimensão, como liberdade ou igualdade em seu sentido formal:

Comenzamos considerando un aspecto de la discusión sobre el estatus normativo de los derechos sociales en la Constitución Española. Como se sabe, la mayoría de los bienes que habitualmente se denominan derechos sociales son agrupados por esta constitución en su capítulo 3º, al que luego se le niega

⁷⁸ ATRIA, Fernando. **¿Existen derechos sociales?** Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atria.pdf>>. Acesso em: 15 setembro 2015, grifo nosso.

protección judicial. Ante esta situación, autores como L. Prieto se preguntan por qué los denominados 'principios rectores de la política económica y social' del capítulo III de la Constitución Española aparecen en ese texto constitucional 'jurídicamente devaluados', en particular si esa devaluación 'responde em verdad a alguna exigencia técnica o representa más bien el fruto de una decisión política (nótese como Prieto ha formulado con toda precisión la tensión identificada más arriba). Como Prieto encuentra en otras partes de la Constitución Española derechos que muestran las posibles notas características de los derechos sociales, pero que están dotados de exigibilidad judicial, inicialmente concluye que si los principios rectores se hallan jurídicamente devaluados no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan algunas de las características propias de esa categoría de derechos, sino que obedece más bien a la *voluntad* constituyente.

No obstante esta conclusión, Prieto luego nos informa de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido valor normativo a los principios rectores, aunque uno limitado, porque 'la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones relevantes para el caso'.

Cuando la pregunta que Prieto intenta responder es por qué el reconocimiento del 'valor normativo' de los principios rectores es limitado de este modo, la explicación que nos ofrece no descansa ya en una 'decisión política' de la 'voluntad constituyente' contenida en el capítulo III, porque 'aun cuando' esa decisión cambiara, permitiendo la protección judicial de esos derechos, es probable que los tribunales no pudiesen llegar mucho más lejos de donde ha llegado la doctrina del tribunal Constitucional [...]. Por *la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional*, de los posibles efectos de sus sentencias y de la fuerza ejecutiva de las mismas, cabe suponer que mientras no se arbitre una articulación detallada de los distintos principios, el otorgamiento de amparo judicial mostraría una virtualidad bastante limitada ante el vacío jurídico de normas secundarias o de organización.

Nótese la referencia, de nuevo, a lo que *por naturaleza* es el caso: lo que queda excluido de la protección por la 'naturaleza' del derecho es *precisamente* la idea central de los derechos sociales en su comprensión socialista: que ellos configuran una forma diferente de comunidad, una em que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros. Sólo una noción de este tipo completa la caracterización del contenido pasivo de esos 'derechos'.

Habiendo excluido esta dimensión de los derechos sociales, los autores creen poder rescatar algo todavía: la idea de que *algunos aspectos* de esos derechos son exigibles. Pero sorprendentemente (o, quizás: predeciblemente), cuando ellos proceden a determinar de modo preciso cuáles son estos aspectos, lo que aparece no son ni derechos sociales, ni las necesidades que los derechos sociales tienden a satisfacer: la *principal* dimensión de exigibilidad de los derechos sociales, la que 'queda siempre abierta', nos dicen los autores, es la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho.

Pero aun cuando es posible ir más allá de lo que 'queda siempre abierto', y cuando la violación a un derecho social puede ser directamente invocada ante un tribunal, es necesario que ella sea '**reformulada [...] em términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica**'.⁷⁹

Tratando o direito à saúde, de modo específico, registra Atria⁸⁰:

De este modo el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a *todos* (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes (las necesidades de los otros aparecen ante el juez como no distribuidas, es decir, como objetivos de política o aspiraciones comunitarias, y por eso los derechos las triunfan). **Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás.**

A questão trazida por Atria⁸¹ resgata a importante distinção entre a dimensão individual e a dimensão coletiva do direito à saúde.

Retomar-se-á tal linha de raciocínio após a análise do mínimo existencial, entendido como perseguição de caráter individual e natureza personalíssima, enquanto, de outro lado, a saúde como o máximo possível, de caráter marcadamente prospectivo e necessariamente coletivo.

As decisões judiciais acerca do direito à saúde no Brasil infelizmente não trazem a perspectiva de tal diferenciação, fato que acarreta até hoje repercussões negativas ao esclarecimento da matéria e correta concretização do conteúdo assegurado constitucionalmente.

⁷⁹ ATRIA. Fernando. **¿Existen derechos sociales?** Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atria.pdf>>. Acesso em: 15 setembro 2015, grifo nosso.

⁸⁰ Ibidem, grifo nosso.

⁸¹ Ibidem.

3.2 A TRAJETÓRIA DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO DIREITO À SAÚDE: A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL E A SÍNDROME DA IMONODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (SIDA OU AIDS)

No Brasil, a discussão relativa ao direito à saúde teve trajetória bastante acidentada, entendendo-se, inicialmente, tratar-se de norma tipicamente programática⁸², sem nenhuma ponderação acerca de sua dimensão objetiva, tampouco reflexão acerca do mínimo existencial e sua natureza individual.

As primeiras decisões judiciais sobre o tema refletem essa premissa:

[...] Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral, **todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação** - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. **Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar.** Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm direito e o Estado o dever' - dever de saúde - como afiançam os constitucionalistas, 'na verdade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, **pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes.** No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. [...] (sem grifo no original).⁸³

A mudança interpretativa no Judiciário nacional começa a partir das demandas específicas de pacientes contaminados com o vírus da imunodeficiência humana (HIV).

⁸² Ou seja, "aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado". (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982, p. 129).

⁸³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS**, relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996, grifo nosso.

De fato, o tratamento jurídico de tal enfermidade insere-se perfeitamente no paradigma constitucional da fraternidade, sobretudo porque, além do perecimento fisiológico do paciente, há ainda o preconceito social, fruto do estigma decorrente da contaminação pelo vírus, vulnerando a própria dignidade da pessoa doente.

Na década de 1990, as demandas individuais e, na sequência, coletivas, buscando o fornecimento de medicações imprescindíveis ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS) inundaram o Poder Judiciário, forçando a reflexão acerca da exigibilidade do direito à saúde e sua extensão.

Percebe-se, do longo caminho percorrido, que os precedentes no sentido de reconhecer o poder do cidadão de exigir do Estado tal prestação positiva normalmente se fundavam não apenas no direito à saúde, mas, sobretudo, no direito à vida (vida com sentido, ou seja, com dignidade) e à integridade física e moral da pessoa enferma, o que, invariavelmente, remete à noção de **mínimo existencial**, como será visto oportunamente.

Ainda que se possa concordar com Atria no ponto em que destaca a dessocialização do direito na medida em que demandado individualmente, inegável que o volume das ações nesse sentido (mesmo que individuais e algumas até coletivas), somado à mobilização da sociedade em torno da doença, acabou por devolver a dimensão política da discussão, motivando a edição de normas específicas voltadas à tutela do tratamento da AIDS⁸⁴.

Nesse aspecto, pode-se observar a dimensão coletiva do direito na medida em que a politização dos reclamos sociais referentes ao tratamento da AIDS foi responsável pela concretização do direito à recuperação da saúde dos pacientes soropositivos, assegurando-lhes o **máximo possível** prometido constitucionalmente.

Maurício de Melo Santos⁸⁵, a partir de dados colhidos pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), criada pelo sociólogo Hebert de Souza, destaca a importância assumida pelas organizações não governamentais para o implemento de prestações positivas por parte do Estado concernente ao tratamento

⁸⁴ A exemplo da Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996, e Portarias nº 21, de 21 março de 1995/SAS/MS, e nº 27 SVS/MS, de 29 de novembro de 2013.

⁸⁵ SANTOS, Maurício de Melo. **O combate à epidemia de HIV/Aids no Brasil e o papel das organizações não governamentais.** Disponível em: <<http://www.revistahospitaisbrasil.com.br/artigos/o-combate-a-epidemia-de-hiv-aids-no-brasil-e-o-papel-das-organicoes-nao-governamentais>>. Acesso em: 9 setembro 2015, grifo nosso.

dos pacientes soropositivos, **seja no âmbito do Judiciário, do Legislativo e do Executivo:**

[...] a partir do ano de 1996, as organizações não governamentais passaram a ajuizar as primeiras demandas judiciais coletivas, reivindicando medicamentos mais novos para o combate da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), bem como maior qualidade nos tratamentos fornecidos pelo Estado. Os demandantes restaram exitosos nesta empreitada.

Ainda neste ano as duas maiores ONGs existentes, até então, o Grupo de Apoio a Prevenção da AIDS (GAPA) e a ABIA, aliaram a estas ações judiciais a mobilização social que, conforme afirmado, influenciaram decisivamente na aprovação da lei. 9.313/96, também conhecida como Lei Sarney, que garantia aos portadores do vírus HIV, o acesso à droga ARV, indispensável no combate aos efeitos do vírus.

A partir de então fora cumprida no Brasil a política de acesso universal ao tratamento antirretroviral. De acordo com dados estatísticos demonstrados, entre 1997 e 2004, houve uma redução de 70% na mortalidade e 40% na mortalidade de portadores da doença, bem como o índice das hospitalizações reduziu em 80%, **o que significou uma economia de US\$ 2,3 bilhões (dois bilhões e trezentos milhões de dólares).**

De acordo com informações prestadas pelo Ministério da Saúde, atualmente o Poder Público garante o fornecimento e medicamentos antirretrovirais a 100% (cem por cento) das pessoas que vivem com o vírus HIV no país, cerca de 170.000 (cento e setenta mil).

Desse modo concluiu o estudo que esse êxito na política de acesso universal ao tratamento antirretroviral, executada pelo Poder Público, apenas foi possível pelos seguintes fatores: 1 – Participação ativa das ONGs através de ações judiciais, a fim de garantir distribuição gratuita e universal aos portadores do vírus HIV; 2 – A possibilidade de serem produzidos medicamentos no próprio país, através de laboratórios públicos e privados, o que viabilizou a comercialização destes em valores inferiores aos oferecidos por empresas multinacionais; 3 – As criações das leis nº. 9.313/96 (lei Sarney) e a nº. 9.279/96 (lei de propriedade industrial), sendo que esta última viabilizou a produção local de medicamentos a preços acessíveis.

[...] Frente a esta realidade infere-se que a tutela coletiva, quando manejada de maneira responsável e prudente, pode influenciar o Poder Público, no tocante a gênese e execução das políticas públicas.

Interessante registrar que, mesmo após a superveniência de legislação específica (ou seja, havendo já estabelecida uma política pública), muitos pacientes não encontravam respaldo suficiente nas ações governamentais à efetivação das terapias protocolares da doença.

Sob esse enfoque, a atuação do Judiciário fora decisiva, muito embora, nesse caso concreto, se estivesse diante de hipótese em que o direito fundamental à saúde se encontrava regulado por lei infraconstitucional (vale dizer, diante da existência de uma política pública posta em prática) e, portanto, indiscutivelmente exequível do Estado o cumprimento de dita obrigação, uma vez que, nos dizeres de Atienza e Manero⁸⁶, a legislação ordinária tratou de **especificar os meios para o atingimento do fim previsto constitucionalmente**. Essa, aliás, é a situação na qual ninguém duvida de que se trata de direito subjetivo individual, em que o cidadão tem o poder de exigir do Estado que cumpra a obrigação detalhadamente assumida na regulamentação da norma constitucional.

Diante do exemplo, faz-se coro à conclusão de Fernando Gomes de Andrade⁸⁷ quando afirma veemente:

[...] não basta existir norma infraconstitucional que regule os direitos insculpidos na Constituição e denominados “programáticos”, é preciso vontade política para concretizá-los e, quando da inércia dos demais poderes, o Judiciário é o último *front* para a plena concretização dos direitos prestacionais e, pelo que verificamos, em nome da dignidade da pessoa humana e calcada nos direitos de fraternidade, há uma efetiva concretização de tais direitos.

Como último *front* à concretização do direito ao adequado tratamento da Síndrome, tem-se a primeira decisão colegiada, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 16/11/1999, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, que, negando seguimento ao trânsito de recurso extraordinário, consignou:

SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. (AI 238328/RS, j. 16.11.1999)

Na sequência, após precedentes da lavra do Min. Marco Aurélio (RE 195192, j. em 22.02.00) e do Min. Maurício Correa (RE 259508, j. em 08.08.00), o Recurso

⁸⁶ ATIENZA; MANERO, 2016.

⁸⁷ ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos de fraternidade como direitos fundamentais de terceira dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Amicus Curiae*. v. 8, n. 8, 2011, p. 13.

Extraordinário n. 271286, da relatoria do Min. Celso de Mello, discutiu diversos aspectos que circundam a questão do direito constitucional à saúde e a suposta colisão com outros princípios previstos na Carta Magna. O acórdão encontra-se assim ementado:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.** Precedentes do STF.⁸⁸

⁸⁸ RE n. 271286/RS, relator Min. Celso de Mello, j. em 12.09.2000, grifo nosso.

Note-se que o paradigmático julgado, reconhecendo o **direito subjetivo** do paciente soropositivo ao tratamento medicamentoso de sua enfermidade, fora proferido em um contexto de **desrespeito às políticas públicas já instituídas acerca da temática**, ocasião em que se depara muito mais com uma discussão acerca de um **descumprimento parcial do dever do Estado ou até mesmo de um cumprimento discriminatório de uma obrigação positiva, a toda evidência justificável**.

Desse modo, diante de uma política pública vigente em todo o território nacional, não se sustenta o descumprimento por parte de município ou Estado da Federação sob pena de ver-se judicializada a questão.

Contudo, a conclusão de que o direito à saúde configura, sem ponderações, um direito subjetivo concreto (e, portanto, exigível do Estado o tratamento necessário a toda e qualquer enfermidade) passou a ser correntemente utilizada como parâmetro para a solução de casos extremamente difíceis, nos quais, além de não haver políticas públicas preexistentes, propõe-se erroneamente a colisão entre o direito fundamental à saúde e as questões orçamentárias, burocráticas, obviamente de somenos importância quando sopesadas com o direito à vida ou à dignidade do doente.

Do corpo do mencionado acórdão, extrai-se precisamente a “colisão” entre o direito fundamental (e subjetivo) à saúde e o interesse financeiro e secundário do Estado, do que se concluiu e sempre se poderá concluir a prevalência do direito à saúde. Isso porque há inegavelmente o deslocamento do verdadeiro conflito existente e, por consequência, da própria estrutura ponderativa que justifica a conclusão do voto e que costuma ser, sem maiores reflexões, referendada pela doutrina e jurisprudência pátria.

Em trabalho monográfico a respeito do tema, Pedro da Silva Moreira⁸⁹ propõe uma análise mais detida acerca do que realmente está em jogo em decisões dessa monta:

A dificuldade, nesse sentido, habita no preenchimento do princípio que limita a caracterização do direito à saúde como um direito definitivo. A compreensão do desprezioso princípio da “competência orçamentária do legislador” deve ser trabalhada não

⁸⁹ MOREIRA, Pedro da Silva. **Eficácia normativa dos princípios constitucionais**: o caso do direito à saúde. [Monografia]. URS: Porto Alegre, 2010, p. 47-48.

apenas do ponto de vista formal, mas também sob o ângulo material, sob a análise das consequências, sob o que – de fato – representa essa competência. A colisão entre um direito fundamental atrelado ao direito à vida e um princípio que protege uma formalidade é, não no caso concreto, mas já em abstrato, desigual, e, por isso, não está sequer informada pela teoria dos princípios, em nenhuma daquelas ideias expostas no início deste trabalho. Essa colisão não necessita ser colocada diante de um caso concreto, no qual sejam avaliadas as possibilidades fáticas e jurídicas, tendo em vista que o princípio é um mandamento de otimização. Posta da maneira apresentada por Leivas, seguindo a interpretação de Alexy, e do modo tratado pelo Ministro Celso de Mello, no voto exposto, o direito à saúde prevalece sempre diante desse conflito, deixando de ser, assim, um mandamento de otimização, dependente de aspectos fáticos, para ser, na verdade, um princípio absoluto, aplicado como regra jurídica. O que está, então, por trás da ponderação? Qual é a efetiva, real e inconveniente ponderação?

Na tentativa de (re) posicionar a verdadeira ponderação a ser feita nas demandas individuais de saúde, destacadamente nas quais se reclamam medicamentos ou procedimentos ainda não oferecidos pelo sistema (situações realmente complexas), o Ministro Luiz Roberto Barroso⁹⁰, manifestando-se em audiência pública sobre a matéria, pontua:

Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. **O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.**

Sob essa perspectiva, vê-se claramente a relevância, sobretudo no Brasil (pela forma com que o direito fundamental à saúde é majoritariamente entendido), de um aprofundamento maior sobre a temática, cujo resultado, intui-se, pode levar à conclusão de que toda a generalização na matéria leva à incompreensão do problema, ou melhor, dos diferentes problemas decorrentes da efetividade normativa desse direito social.

Assim, percebe-se a enorme influência dos precedentes acerca da SIDA ou AIDS na matéria, a ponto de deslocar a compreensão do direito à saúde de um

⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 2 setembro 2015, grifo nosso.

nítido princípio diretriz (nas palavras de Atienza e Manero) a um princípio em sentido estrito, absoluto.

Dessa realidade resulta que, em vez de tratar o dispositivo constitucional (art.196) concernente à promoção, proteção e recuperação da saúde da população brasileira como um compromisso assumido pelo Estado e a ser concretizado ao máximo possível – ponderando-se circunstâncias fáticas e jurídicas, seja pelo Poder Legislativo, seja pelo Judiciário (segundo a teoria de Alexy) –, o Judiciário passou a tratá-lo como razão definitiva, como princípio em sentido estrito, compreendê-lo como regra, à qual devem os fatos ser subsumidos.

A partir dessa intelecção, perdeu-se de vista a importância do interesse coletivo, tornando as discussões a respeito do direito à saúde um tópico eminentemente individual.

Com essa conformação, o direito à saúde passou a ser entendido como um direito subjetivo a uma prestação positiva do Estado e aplicado como se regra fosse pelos Tribunais pátrios.

Vê-se, a título de exemplo:

1) APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO GRATUITO DE FÁRMACO. RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERATIVOS PELO FUNCIONAMENTO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. DEVER DE PROMOÇÃO, PREVENÇÃO E RECUPERAÇÃO DA SAÚDE DOS CIDADÃOS. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. DESNECESSIDADE, ADEMAIS, DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA DO DEMANDANTE.

"O direito à saúde, nem na Carta Política, tampouco em legislação infraconstitucional, tem seu exercício condicionado ou limitado à comprovação de pobreza ou hipossuficiência daquele que requer a assistência do Estado" (Agravo de Instrumento nº 2008.054686-1. Relator Desembargador José Volpato de Souza, julgado em 24/05/2009).

INSURGÊNCIA CONHECIDA E DESPROVIDA. RECURSO INTERPOSTO PELO ESTADO.

ALEGAÇÃO DE QUE NÃO SERIA VIÁVEL O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SUS. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO BEM EVIDENCIADAS.

"Demonstrada a efetiva necessidade de medicamento específico, cumpre ao ente público fornecê-lo, estando o fármaco padronizado ou não para a moléstia da paciente" (Apelação Cível nº 2009.024064-9, de Laguna. Rel. Des. Jaime Ramos, julgado em 25/06/2009).

APONTADA AUSÊNCIA DE DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ESPECÍFICA PARA A AQUISIÇÃO DE FÁRMACOS.

IRRELEVÂNCIA. BEM MAIOR A SER PROTEGIDO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INSUBSISTÊNCIA.

"A falta de dotação orçamentária específica não pode servir de obstáculo ao fornecimento de tratamento médico ao doente necessitado, sobretudo quando a vida é o bem maior a ser protegido pelo Estado, genericamente falando. [...]"

Não há como falar em violação ao Princípio da Separação dos Poderes, nem em indevida interferência de um Poder nas funções de outro, se o Judiciário intervém a requerimento do interessado titular do direito de ação, para obrigar o Poder Público a cumprir os seus deveres constitucionais de proporcionar saúde às pessoas, que não foram espontaneamente cumpridos" (Apelação Cível nº 2015.016525-4, de Braço do Norte. Rel. Des. Jaime Ramos, julgado em 14/05/2015).

[...] APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁹¹

2) APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE FÁRMACOS. DECRETO DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

[...] APELO DO ENTE MUNICIPAL. [...] DIREITO À SAÚDE. EXEGESE DOS ARTS. 6º E 196 DA CF/88, E 153 DA CE/89. [...] APELO DA AUTORA. COMBATE À CONCESSÃO PARCIAL DOS MEDICAMENTOS PELA EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE À DOENÇA. INEFICÁCIA DOS MEDICAMENTOS DISPONIBILIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. [...] RECURSO DA MUNICIPALIDADE DESPROVIDO E PARCIALMENTE PROVIDO O DA AUTORA E O REEXAME OFICIAL.

É inegável que a garantia do tratamento da saúde, que é direito de todos e dever dos entes públicos, pela ação comum da União, dos Estados e dos Municípios, segundo a Constituição, inclui o fornecimento gratuito de meios necessários a preservação a saúde a quem não tiver condições de adquiri-los. [...] Demonstrada a efetiva necessidade de medicamento específico, cumpre ao ente público fornecê-lo, estando o fármaco padronizado ou não para a moléstia da paciente [...] (TJSC, AC n. 2009.024064-9, de Laguna, rel. Des. Jaime Ramos, j. 25-06-2009).⁹²

3) REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. ESTADO E MUNICÍPIO NO PÓLO PASSIVO. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERADOS. AUTOR IDOSO PORTADOR DE DOENÇA PULMONAR. ENFERMIDADE E HIPOSSUFICIÊNCIA RECONHECIDAS. OBRIGAÇÃO DOS ENTES ESTATAIS DE FORNECER O FÁRMACO DE USO CONTÍNUO INDISPENSÁVEL AO TRATAMENTO. MEDICAMENTO NÃO PADRONIZADO. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDICAÇÃO FORNECIDA PELO SUS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA. IRRELEVÂNCIA. CONDENAÇÃO

⁹¹ TJSC. AC n. 2015.018024-9, relator Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 01.12.2015, grifo nosso.

⁹² TJSC. AC n. 2015.017729-7, relator Des. Edemar Gruber, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 26.11.2015, grifo nosso

GENÉRICA. INOCORRÊNCIA. CONTRACAUTELA SEMESTRAL DEVIDA. RECURSOS DESPROVIDOS

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético - jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida (Min. Celso de Melo) (Agravo de Instrumento n. 2010.062159-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Jaime Ramos).

Suficientemente demonstrada a moléstia e a impossibilidade de o enfermo arcar com o custo do medicamento necessário ao respectivo tratamento, surge para o Poder Público o inafastável dever de fornecê-lo gratuitamente, assegurando-lhe o direito fundamental à saúde (Apelação Cível n. 2012.018477-4, de Otacílio Costa, rel. Des. Sônia Maria Schmitz).⁹³

4) FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS A PESSOA PORTADORA DE DOENÇAS GRAVES E CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE SAÚDE À POPULAÇÃO. ENUNCIADO N.º 16 DAS CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DESTE TRIBUNAL. PRELIMINAR REJEITADA. PRESCRIÇÃO FORMALIZADA POR MÉDICO ESPECIALISTA. IRRELEVÂNCIA DE OS FÁRMACOS NÃO SE ENCONTRAREM INSERIDOS NOS PROTOCOLOS CLÍNICOS E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. DESCUMPRIMENTO DE DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA OU À SAÚDE (CF, ARTS. 6.º E 196) QUE PERMITE A CHAMADA "JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS".

A prestação de assistência à saúde é direito de todos e dever do Estado, assim entendido em sentido amplo, coobrigando União, Estados e Municípios, podendo a ação ser dirigida em face de qualquer um desses entes federados, em conjunto ou separadamente (Enunciado n.º 16 das Câmaras de Direito Público desta Corte). É certo, além disso, que, se um ente federado por força de decisão judicial executar ação ou serviço de saúde, que pela legislação infraconstitucional não seja de sua alçada, poderá se compensar financeiramente com aquele outro legalmente responsável, pois o financiamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é realizado por todos eles (§ 1.º do art. 198 da CF e inciso XI do art. 7.º da Lei Federal n.º 8.080/1990).(2) "Eventual ausência do cumprimento de formalidade burocrática não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou a minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento" (STJ, 2.ª Turma, RMS n.º 11.129/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, j. em 02.10.2001).(3) A medicina é ciência que não trabalha com soluções únicas ou absolutas. Os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, como fundamento para indeferir o fornecimento de medicamentos, são genéricos e podem não representar a melhor

⁹³ TJSC. AC n. 2015.012826-3, relator Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 07.04.2015.

alternativa, sendo digno de maior confiança o diagnóstico e a prescrição realizados pelo médico que atende o paciente, de modo que "Comprovado por atestado médico que o impetrante deve fazer uso do medicamento solicitado, certo é que tem ele direito líquido e certo a que este lhe seja fornecido pelo Estado" (TJPR, 5.^a CCv. MandSeg. n.º 662.652-2, Rel. Juiz Eduardo Sarrão, j. em 27.07.2010). (4) A inexistência de previsão orçamentária não justifica a recusa ao fornecimento de remédio a pessoa portadora de doença grave e carente de recursos econômicos, visto tratar-se de dever do Estado, em sentido amplo, e direito fundamental do cidadão. Nessa perspectiva mais abrangente, do enfoque constitucional dos direitos e deveres envolvidos no caso concreto, afasta-se a discricionariedade dos atos administrativos, permitindo-se a chamada "judiciabilidade das políticas públicas", impondo-se ao Poder Público a superação de eventuais obstáculos através de mecanismos próprios disponíveis em nosso ordenamento jurídico, pois, no plano das políticas públicas, onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissiva ou omissiva em face da autoridade e/ou do órgão competente.(5) A multa cominatória é simples meio de coerção porque por ela não se visa uma punição, mas o cumprimento da obrigação imposta, isto é, não interessa à Justiça sua aplicação em proveito da parte, mas o cumprimento da obrigação imposta e, por conseguinte, a efetividade do provimento jurisdicional, notadamente porque no caso em exame o bem jurídico constitucionalmente tutelado é a "saúde", que constitui direito fundamental do cidadão (CF, arts. 6.º e 196) [...] ⁹⁴

5) APELAÇÃO REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o Poder Público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da CF. 2. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os Entes Federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela Constituição, cabendo tanto à União, quanto ao Estado ou ao Município. 3. Tratando-se de demanda que visa o fornecimento de medicamento inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde da parte requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia, com a prescrição do tratamento apropriado, e a ausência de recursos financeiros da parte autora para custear o tratamento. 4. A prescrição do tratamento pelo médico assistente do paciente é suficiente para que o Poder Público preste assistência à saúde, de modo que os argumentos relativos ao uso inadequado de medicamentos sem comprovação da sua eficácia não constitui óbice ao dever prestacional do Estado determinado pela Constituição. 5. É legítima a atuação do Poder Judiciário quando, por ação ou omissão do Poder Público, existe a ameaça de violação aos direitos

⁹⁴ TJPR. AC n. 14.1410824-2, relator Des. Adalberto Jorge Xisto Pereira, Quinta Câmara Cível, j. em 17.11.2015.

fundamentais garantidos pela Constituição, principalmente a vida digna, sobre os quais se alicerça o Estado Democrático de Direito. 6. É inviável a substituição dos fármacos prescritos para o demandante, pois o médico que acompanha o paciente é quem possui as melhores condições de avaliar o seu estado de saúde e a necessidade de prescrever o tratamento adequado para a cura da enfermidade diagnosticada, não podendo prevalecer o entendimento demonstrado em parecer emitido pelos técnicos da SES em situação diversa e sem contato com o doente. Portanto, não existe a possibilidade de determinar a disponibilização dos medicamentos constantes na lista do SUS indicados como tratamento alternativo de eficácia similar para a doença de mesma CID do autor, conforme defendido pelo Estado. 7. Somente o profissional que assiste o caso possui os elementos necessários para determinar qual o tratamento apropriado para a cura ou o controle dos sintomas da doença, sendo o responsável pela indicação dos fármacos e seus efeitos no combate à evolução da patologia diagnosticada. 8. Descabe ao Poder Judiciário fazer esse tipo de avaliação, pois em se tratando de demanda que visa o fornecimento de medicamento inacessível e imprescindível à preservação da vida e da saúde da requerente, é suficiente a demonstração da existência da moléstia, com a prescrição do tratamento apropriado, e a ausência que recursos financeiros da autora para custear o tratamento. 9. É possível o fornecimento do medicamento exclusivamente pela sua Denominação Comum Brasileira (DCB), sem configurar seu paciente. Inteligência do artigo 3º da Lei 9.787/99. 10. De acordo com a Lei nº 8.121/1985 e decidido pelo Órgão Especial desta Corte na ADI nº 70038755864 e no IIn nº 70041334053, são devidas as despesas processuais, exceto as de oficial de justiça. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA, NO MAIS, EM REEXAME NECESSÁRIO.⁹⁵

Em comentários de Moreira⁹⁶ à jurisprudência do Tribunal gaúcho (semelhante à colacionada da Corte catarinense, como visto), merece destaque o seguinte trecho:

Por todo o exposto ao longo dos capítulos anteriores, sobretudo em relação às singelas considerações efetuadas nos itens antecedentes, a impropriedade dessa linha decisória, amplamente majoritária no TJ/RS, é decorrência lógica das premissas estabelecidas neste trabalho, não sendo – portanto – necessário repetir as razões pelas quais ocorre o equívoco. Mas vale sublinhar que desconsiderar a escassez de recursos, conforme se observa dos julgados mencionados, equivale a ter fé, crença, de que há recursos financeiros para todas as necessidades de saúde, em sua completa e absoluta integralidade. Além disso, afirmar a existência de um direito à saúde que se materializa de maneira imediata e incondicionada equivale a negar substância à teoria dos princípios,

⁹⁵ TJRS. Apelação e Reexame Necessário n. 70067455279, relator Des. Sergio Luiz Grassi Beck, Primeira Câmara Cível, J. em 04.12.2015.

⁹⁶ MOREIRA, 2010, p. 60.

afastando a justificação da decisão judicial de uma base teórica consistente, já que esta postura decisória acaba negando o caráter de princípio ao direito fundamental social à saúde, inevitavelmente esvaziando a ideia de mandamento de otimização.

Por fim, e aqui se manifesta uma preocupação relevante, tratar o direito à saúde como um direito subjetivo individual, aplicado por meio da estrutura concernente às regras (*Se A, então B, sendo A apenas a necessidade do tratamento e, por vezes, a carência de recursos que integra a necessidade*), conduz à redução significativa do juízo de fato e, como consequência, da instrução probatória, transformando a matéria, inexplicavelmente, em matéria de direito, implicando – não raro – julgamento antecipado da lide. Isso provoca uma preocupante tendência de que se produzam decisões padronizadas, seja na primeira ou segunda instância, de modo que as ações sobre medicamentos, de peculiar complexidade, terminem por integral o rol dos modelos prontos, já que a análise sobre a existência ou não do direito – na concepção aqui apresentada – é deveras singela.

Destoando da jurisprudência dominante, a 22ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, resgatando a diferenciação entre princípio diretriz (direito fundamental à saúde, assegurado a todos) e regra (após regulamentado o princípio legal ou administrativamente), manifestou-se em alguns julgados, dentre os quais se copia na íntegra o seguinte:

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. LISTAS PÚBLICAS. PROVA PERICIAL. 1. A assistência terapêutica, no âmbito do SUS, compreende a dispensação de medicamentos e a realização de procedimentos em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, adotados em protocolos e diretrizes terapêuticas. 2. A assistência farmacêutica compreende apenas os medicamentos constantes das relações de medicamentos instituídas pelos gestores do SUS. 3. **O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente. Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais. 4. As políticas públicas do SUS sujeitam-se ao controle judicial. Mas, não basta a mera afirmação da necessidade do uso do medicamento ou da realização do procedimento para obrigar o Poder Público custear o tratamento não incluído no SUS. A ineficácia ou a inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS exige a ampla produção de provas. Precedente do STF. Hipótese em que a prova pericial não prova a inexistência ou inadequação dos fármacos fornecidos pelo SUS.**

Recurso provido.⁹⁷

Cumprir destacar, em arremate ao presente capítulo, que os precedentes que inauguraram a discussão sobre a concretização do direito fundamental à saúde (sobretudo o primeiro deles do Supremo Tribunal Federal), versando acerca do fornecimento de medicação para o tratamento dos pacientes soropositivos, foram precedidos por normas específicas⁹⁸, de modo a tornar evidente o direito subjetivo reclamado em todas as demandas em face de algum descumprimento do Estado.

Não obstante o registrado, a jurisprudência a partir desse marco teórico passou a interpretar todo e qualquer direito reclamado na matéria como um direito subjetivo individual, havendo, do outro lado, uma obrigação de prestação positiva do Estado – **a uma ação fática** –, desimportando outros fatores jurídicos ou práticos. Vale ressaltar que a hermenêutica dominante do direito à saúde passa a delinear-lo como regra, como razão definitiva e exclusiva, descabendo falar-se em ponderação.

A título de exceção, menciona-se o entendimento mais recente da Corte gaúcha, ainda que minoritário, no sentido de reconhecer um **direito subjetivo coletivo a uma prestação positiva por parte do ente estatal**, mas de natureza normativa – **uma ação normativa** –, ou seja, o direito de exigir-se a edição de norma apta à concretização do direito fundamental perseguido, apontando, como salienta Moreira⁹⁹, um novo caminho a percorrer, ventilando “alguma possibilidade de irradiação jurisprudencial futura”.

De todas as considerações desenvolvidas no precedente gaúcho, destacam-se a preocupação com os limites da atividade judicial, com a independência e separação dos Poderes, a discricionariedade da administração pública, sem esquecer, por óbvio, do controle judicial sobre esta última. Além disso, presente também no voto, o devido sopesamento entre escassez e políticas públicas.

O próximo capítulo tratará dessas celeumas, com foco específico nas noções de mínimo existencial e máximo possível, objetivando conciliar a atuação jurisdicional a partir da distinção entre direito individual e direito coletivo e direito a uma prestação fática e direito a uma prestação normativa.

⁹⁷ Apelação Cível n. 70045467016, Vigésima Segunda Câmara Cível, relatora Des^a Maria Isabel de Azevedo Souza, J. em 27.10.2011, grifo nosso.

⁹⁸ Exemplo concreto é a Lei 9.313, de 13 de novembro de 1996, que dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores de HIV.

⁹⁹ MOREIRA, 2010, p. 62.

4 OS LIMITES DA ATUAÇÃO JUDICIAL NA ÁREA DA SAÚDE – CONSIDERAÇÕES FUNDAMENTAIS ACERCA DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DO MÁXIMO POSSÍVEL

Como se discutiu até o presente momento, os direitos fundamentais sociais possuem uma dimensão objetiva (negativa) imediata, identificada por Ferrajoli¹⁰⁰ como a esfera do “não decidível”, haja vista que vincula o legislador, bem como o administrador público e o Poder Judiciário, ao respeito e à impossibilidade de supressão ou de contrariedade ao que fora constitucionalmente consagrado. Todavia, possuem também uma vocação prospectiva (positiva), ou seja, devem ser realizados progressivamente em compasso com o crescimento e as riquezas do país.

No caso específico da saúde, note-se que a criação e estruturação do Sistema Único de Saúde (SUS) não esgotam os esforços em prol da concretização desse direito fundamental na sociedade brasileira, e a prova disso são as inúmeras ações judiciais que assolam o país desde as décadas passadas.

Tal fenômeno evidencia a tensão trazida pelo Estado Constitucional de Direito ao Poder Judiciário e, a partir dessa inexorável realidade, a necessidade de balizar a atuação jurisdicional, notadamente diante dos postulados de harmonia entre os Poderes, de realização e respeito aos direitos fundamentais e de igualdade substancial.

Em artigo específico sobre a matéria, Barroso¹⁰¹ apresenta diagnóstico do direito à saúde no Brasil, historiando que, se por um lado os direitos sociais perderam a caracterização de projetos políticos dirigidos aos Poderes Executivo e Legislativo, ganhando aplicabilidade direta e imediata pelo Judiciário, de outro, o sistema apresenta fissuras e ameaça ruir frente aos exageros e decisões emocionais que se proliferam no tema, notadamente as que obrigam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis, ameaçando sucumbir da própria “cura”. Em suas palavras:

¹⁰⁰ FERRAJOLI, 2015.

¹⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. **Revista de Direito Social**. n. 34 abr/Jun. Porto Alegre: Notadez, 2009.

Tais excessos não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde pública, desorganizando a atividade administrativa e impedindo a alocação racional dos escassos recursos públicos. No limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo.¹⁰²

Com esse alerta em mente, mostra-se mais que o necessário. Portanto, é preciso, urgente até, repensar a atuação judicante frente ao excesso de demandas (normalmente com vistas à obtenção de medicamentos ou terapias), tanto do ponto de vista teórico como prático, vale-se dizer, das consequências sociais e políticas da judicialização da saúde no Brasil.

O trecho citado pontua questões relevantíssimas ao equacionamento do que se pode entender como uma racional prestação jurisdicional na temática, dentre elas destacam-se a relação de equilíbrio entre os Poderes – com repercussão direta e imediata no ideal democrático –, a crescente individualização das demandas em detrimento da criação de políticas públicas coletivas e, por fim, o eventual desequilíbrio resultante da judicialização, vulnerando o primado da igualdade substancial, corolário do Estado Constitucional de Direito.

Neste capítulo, então, pretende-se problematizar todas essas questões a fim de vislumbrar quais delas são superáveis e quais devem servir de limite à concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário.

Como primeiro ponto, elege-se a separação dos Poderes, porquanto frequentemente apontada como malferida pela atuação dos julgadores na matéria, ensejando o que muitos denominam como “ativismo judicial”¹⁰³, conforme analisado

¹⁰² BARROSO, 2009, p. 12.

¹⁰³ Registre-se que, segundo Barroso, a expressão “ativismo judicial” (*judicial activism*) fora cunhada nos Estados Unidos e utilizada pela primeira vez pelo jornalista Arthur M. Schlesinger Junior, ao escrever sobre a atuação da Suprema Corte americana durante o período do “New Deal” (entre 1954 e 1969), marcada por uma jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais. Contudo, tal neologismo fora apropriado pela reação conservadora, ganhando forte conotação negativa, vindo a ser equiparada ao exercício impróprio do poder judicial. Para o autor, depurada a questão ideológica, o ativismo judicial pode ser entendido como uma maior participação do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais. (BARROSO, Luis Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Constitucional: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Público**. n. 55. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 45).

a seguir.

4.1 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DIREITO E DEMOCRACIA: A TENSÃO ENTRE OS PODERES EXECUTIVO, LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

A questão relativa à separação dos Poderes deita profundas raízes no pensamento humano, ocupando a atenção de pensadores como Platão e Aristóteles, passando por Locke e Montesquieu, embora se atribua a este último o lastro teórico da tripartição dos Poderes com suas consequentes funções, tal qual se apresenta na atualidade.¹⁰⁴

Na concepção desenvolvida por Montesquieu, deve-se repartir entre órgãos diversos o poder estatal, atribuindo-lhes reciprocamente a função de impedir eventuais abusos por parte dos demais.

Essa concepção chegou a ser considerada como a doutrina máxima do exercício da soberania, a exemplo do ocorrido na Revolução Francesa, como preconizado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sob o enunciado: “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Note-se que a contemporaneidade tratou de superar o mito da separação estanque entre os Poderes, responsável pelo ideário do “juiz boca da lei”, ao mesmo tempo em que a ideia de limitação da soberania pela distribuição dos Poderes estatais a diferentes órgãos foi paulatinamente mitigada.

Segundo Marcelo Novelino¹⁰⁵, o princípio hoje não apresenta a mesma força ou rigidez, “[...] porquanto a ampliação das atividades estatais impôs novas formas de inter-relação entre os poderes, de modo a estabelecer uma colaboração

¹⁰⁴ Acerca da separação dos poderes, escreve o autor: “A liberdade política, em um cidadão, é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem sobre a sua segurança; e para que se tenha esta liberdade é preciso que o governo seja tal que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. 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.” (MOSTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 168).

¹⁰⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 374.

recíproca.”

Inspirado nesta noção (de *checks and balances*), o art. 2º da CFRB de 1988 determina: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”¹⁰⁶.

Novamente nas palavras do autor, deve-se interpretar a independência e harmonia, nos termos da Constituição, muito mais como um sistema de *checks and balances* do que uma separação absoluta de funções entre os Poderes:

Por não haver uma “fórmula universal apriorística” para este princípio, é necessário extrair da própria constituição o traço essencial da atual ordem para fins de controle de constitucionalidade. A independência entre eles tem por finalidade estabelecer um sistema de “freios e contrapesos” para evitar o abuso e o arbítrio por qualquer dos Poderes. A harmonia se exterioriza no respeito às prerrogativas e faculdades atribuídas a cada um deles.¹⁰⁷

Em suma, por independência e harmonia deve-se entender a busca por um equilíbrio de forças necessária à realização do bem da coletividade, sobretudo rechaçando possíveis arbitrariedades cometidas em detrimento dos governados.

Desse modo, pode-se pretender superar as críticas dirigidas à atuação do Poder Judiciário no Estado Constitucional de Direito, formuladas sob o manto do princípio democrático, apontando-a como desrespeitosa à clássica noção de separação dos Poderes.

Nessa mesma linha seguem os críticos do chamado ativismo judicial (por eles definido resumidamente como usurpação de competência pelo Poder Judiciário, referindo-se aos juízes que “legislam”), voltando-se à ideia de soberania popular e vontade da maioria. Esta, em um sistema representativo, se operacionaliza mediante a eleição periódica de um chefe do Poder Executivo e dos membros do Legislativo, detentores do poder político – pois legitimados como maioria – em um dado momento histórico. Por sua vez, os componentes do Poder Judiciário são selecionados, em regra, por critérios exclusivamente técnicos, razão por que não representam, na versão tradicional de democracia, o governo da maioria, traduzido mais fielmente (ao menos em tese) pela atuação dos outros dois Poderes eletivos.¹⁰⁸

¹⁰⁶ BRASIL. Constituição (1988).

¹⁰⁷ NOVELINO, 2012, p. 374-375, grifo do autor.

¹⁰⁸ No caso brasileiro, deve-se ressaltar que a escolha dos membros das Cortes Superiores é feita pelo Chefe do Poder Executivo, e, por isso goza, pelo menos em tese, de certo respaldo da vontade popular.

Nesse contexto, afirma-se, consoante primado da democracia representativa, a competência do Legislativo e do Executivo para a elaboração das leis e das políticas públicas, inclusive quanto à alocação de recursos na área da Saúde, não faltando quem, a exemplo de Rafael Bicca Machado¹⁰⁹, rechace por completo a interferência do Judiciário nessa seara, sob o argumento de que, na falta de mandato popular dos juízes, as decisões acerca dos direitos prestacionais vulnerariam o próprio princípio democrático da separação dos Poderes.

Em vértice oposto, explica Oliveira Neto¹¹⁰, com base na teoria garantista de Ferrajoli, que a legitimidade do Judiciário decorre de sua precípua função de garantia dos direitos fundamentais, de modo a deslocá-la da clássica ideia de **democracia política** ao paradigma de **democracia constitucional**, própria do Estado Constitucional de Direito. Desse modo, a atuação jurisdicional, calcada na concretização e na intangibilidade dos direitos fundamentais, conquista seu novo papel, deveras diverso do desempenhado no sistema liberal, nada relacionado com a vontade da maioria.

Confira-se a seguinte passagem do autor:

O que se pode extrair disso é uma mudança fundamental que se dá com a alteração na concepção do Estado de Direito – e sua passagem para um Estado Constitucional de Direito – e a compreensão do Garantismo não mais como apenas uma mera proteção dos direitos de liberdade em relação ao Estado, ou diante dele, entendimento histórico da expressão. Se antes era assim entendido, o que gerava uma função jurisdicional típica do liberalismo calcada na ideia de separação dos poderes, agora a concepção de Garantismo representa uma forma de identificar a Democracia constitucional própria do Estado Constitucional de Direito (IBANHES, 2005, p. 61).

Isso explica sua raiz penal e a ampliação para a garantia de todos os demais direitos fundamentais, legitimando e justificando a atuação judicial para essa proteção – já que o sistema constitucional atual impõe de maneira vinculante uma Teoria Crítica do Direito, não mais limitada e na ocultação das divergências entre o ser e o dever ser, mas que problematiza o Direito, perdendo o juiz seu papel tradicional imposto pela visão kelseniana do ordenamento.¹¹¹

Vale afirmar, a propósito, que os direitos fundamentais são, por sua natureza,

¹⁰⁹ MACHADO. Rafael Bicca. Cada um em seu lugar: cada um com sua função. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. **Revista de Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 43.

¹¹⁰ OLIVEIRA NETO, 2011.

¹¹¹ Ibidem, p. 132-133.

contramajoritários, como se extrai das considerações de Alexy¹¹² acerca da polêmica entre o princípio democrático e os direitos fundamentais:

A necessária colisão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais significa que o problema da divisão de competências entre o legislador com legitimação democrática direta e responsabilidade – em razão da possibilidade de não-reeleição – e o tribunal constitucional apenas indiretamente legitimado democraticamente e não destituível eleitoralmente, é um problema inevitável e permanente. [...]

Contudo, tal problema não se afigura insolúvel, pois, segundo o próprio autor, a resposta está na consideração acerca da importância constitucional conferida ao direito, no sentido de não se conceber deixar a decisão sobre ele para a maioria parlamentar, seja pensando no legislador de hoje, bem como no do futuro. São nesses exatos termos que se defende a natureza contramajoritária dos direitos fundamentais. Em suas palavras, deve-se “[...] saber se e em que medida eles são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre eles não possa ser deixada para a maioria parlamentar simples”¹¹³.

Ora, uma vez que, segundo Barroso¹¹⁴, o Estado Constitucional de Direito gravita em torno dos direitos fundamentais e, sobretudo, da dignidade da pessoa humana, enquanto “centro de irradiação dos direitos fundamentais, sendo frequentemente identificada como núcleo essencial de tais direitos”, nada a estranhar que pela atuação do Judiciário se afirmem e concretizem cada vez mais tais direitos (notadamente os diretamente afetos à dignidade).

Questiona-se, entretanto, quais os limites concretos para essa atuação (porquanto se sabe não ser ilimitada), destacadamente quanto aos direitos prestacionais (que reconhecem obrigações positivas do Estado), caso em que há repercussão econômica e, conseqüentemente, nas políticas públicas do país.

Precisamente nesse ponto as opiniões divergem drasticamente. De acordo com o texto de Edilson Pereira Nobre Jr¹¹⁵, nos países latino-americanos (chamados “em desenvolvimento”), a jurisdição constitucional deve se abster um pouco mais das questões que envolvam conseqüências econômicas, restringindo-se à garantia

¹¹² ALEXY, 2011, p. 447.

¹¹³ ALEXY, 2011, p. 448.

¹¹⁴ BARROSO, 2009, p. 19.

¹¹⁵ NOBRE JR, Edilson Pereira. Ativismo Judicial: possibilidades e limites. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 55. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92.

das prerrogativas sociais mínimas necessárias à dignidade da pessoa humana, atentando-se para o fato de que a distribuição das riquezas e a eleição de políticas públicas devem ser prioritariamente tratadas pelo Legislativo e Executivo. Nesse sentido, afirma o autor:

Por isso, é de ser afirmado que a atuação do Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais há de pautar-se pela existência de normas que portem densidade normativa suficiente, ou quando indispensável assegurar-se o mínimo existencial.¹¹⁶

Em defesa de uma atuação consciente e responsável do Judiciário, Ari Timóteo dos Reis Júnior¹¹⁷, pondera:

A separação dos poderes é pedra angular de todo Estado Democrático de Direito, de delicada configuração ante a especialização de funções concebida pelo *checks and balances*. A acumulação de poderes desborda no arbítrio e desprezo dos direitos e garantias fundamentais. A quebra do equilíbrio entre os órgãos superiores do Estado arrastaria consigo todas as instituições democráticas e direitos de liberdade e igualdade.

Portanto, descabem argumentos irresponsáveis que se apegam em uma realização a qualquer preço de direitos a prestações positivas pelo Estado, sem considerações financeiras e orçamentárias. A função de traçar as políticas públicas é conferida ao Poder Legislativo, que têm melhores condições do que qualquer outro de avaliar como e quando implementá-las, regulamentando as normas de eficácia limitada que consagram os direitos sociais, culturais e econômicos e alocando os recursos cabíveis para tanto. Há liberdade de conformação pelo Legislativo, existindo uma reserva legislativa sobre a questão que, no âmago da separação de poderes, não está sujeita à interferência dos demais poderes.

Este é o cerne da reserva do possível. Na conformação dos direitos a prestações materiais positivas o Judiciário não pode interferir em razão de serem os recursos limitados e insuficientes para atendimento geral, o que determina decisões disjuntivas que incumbem ao legislador ante a separação de poderes.

No entanto, também não se olvida o autor de que o Poder Legislativo, como órgão constituído, limitado e condicionado pela Constituição, a ela se submete, devendo-lhe obediência, nos termos prescritos pelo legislador originário (reconhecendo, portanto, sua força vinculativa).

¹¹⁶ NOBRE JR, 2011, p. 92.

¹¹⁷ REIS JÚNIOR, Ari Timóteo dos. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Ano 17, n. 86. maio/jun 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 22-23.

Isso equivale a afirmar que a liberdade do Poder Legislativo não é absoluta, especialmente no que concerne à obrigação na edição de normas integradoras que concretizem direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões.

Conclui, então, suas digressões afirmando:

As normas de eficácia limitada dependem de integração legislativa para serem aplicadas, mas isto não significa que sejam desprovidas de qualquer eficácia, sob pena de negarmos a sua condição jurídica. Tais normas produzem um mínimo de efeitos, como, por exemplo, estabelecem dever para o legislador infraconstitucional de editar as leis regulamentadoras, condicionam a legislação futura que não poderá ir na contramão dos programas constitucionalmente estabelecidos, ab-rogam legislação anterior incompatível e constituem sentido teleológico para interpretação, integração e aplicação de normas jurídicas.

A falta de edição da norma integrativa de sua eficácia caracteriza o que chamamos de síndrome da inefetividade das normas constitucionais, autorizando o manejo de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, porque tal omissão será inconstitucional por contrariar o dever de legislar sobre o assunto.¹¹⁸

Na tentativa de identificar e agrupar as divergências doutrinárias acerca dos limites da atuação judicial em matéria de prestações positivas pelo Estado, Reis Júnior¹¹⁹ enumera as possíveis teses em três: a) os que entendem que podem ser tutelados pelo Judiciário os direitos fundamentais em qualquer hipótese; b) os que dizem ser passível de tutela imediata os direitos de liberdade (negativos), enquanto os sociais (positivos) dependeriam de lei disciplinadora e de alocação de recursos orçamentários prévios (reserva do possível); e, finalmente, c) os que entendem imediatamente tuteláveis os direitos fundamentais sociais, independente de lei regulamentadora, desde que ligados à noção de mínimo existencial, enquanto os demais se submeteriam à reserva do possível.

Comunga-se da terceira corrente, razão por que se mostra imprescindível aprofundar o conceito de mínimo existencial, correlacionando-o com a ideia de dignidade da pessoa humana, liberdade jurídica e fática e igualdade, contrapondo-o à noção de máximo desejável e de reserva do possível.

Antes, porém, cumpre um fechamento ao problema da separação dos Poderes.

¹¹⁸ REIS JÚNIOR, 2009, p. 23.

¹¹⁹ Ibidem, p. 24.

Quer-se crer que a verdadeira questão a ser enfrentada nos casos difíceis envolvendo a temática da saúde no país não se refere propriamente à extrapolação do Judiciário da sua área de atuação. As complexidades próprias do mundo contemporâneo, identificadas por alguns filósofos como pós-modernidade, somadas ao fato de uma Constituição analítica, acabam por conformar o fenômeno da juridicização da vida, ou seja, como a Carta Magna do país, em toda sua prolixidade, trata de incontáveis aspectos da vida humana, temáticas que antes habitavam a seara da política ou da sociologia tornaram-se jurídicas e, por isso, houve uma inegável ampliação da importância do Poder Judiciário e de sua participação no cenário nacional.

Recrimina-se, isso sim, a intervenção desarrazoada e ilimitada do Judiciário na área da Saúde, porquanto nesse ponto irresponsável, na medida em que fragiliza o primado da igualdade no Estado constitucional, tão ou mais caro ao sistema democrático do que o clássico axioma da separação dos Poderes, corolário do Estado liberal.

Desse modo, conclui-se que a atuação do Judiciário voltada à afirmação da dignidade da pessoa humana jamais será exagerada ou descabida, muito menos vulneradora da separação dos Poderes. Igualmente, havendo o descumprimento de uma política pública estabelecida, como se percebe na hipótese de ações que reclamam medicamentos constantes nas listagens do SUS, sua intervenção mais que salutar é certamente devida. O que não se pode conceber é que o Poder Judiciário, à revelia da sociedade e dos demais Poderes, arrogue-se da eleição de prioridades nacionais e da efetivação das políticas públicas na área da Saúde, fato ensejador de desequilíbrios e desigualdades ante a escassez dos recursos financeiros, situação ilustrada por Clève¹²⁰ como a metáfora do cobertor curto, em que, ao ser puxado para cobrir a parte superior do corpo, deixa descoberta a inferior e vice-versa.

Considerando-se as parciais conclusões do tópico, resta investigar o que vem a ser o mínimo existencial e seus desdobramentos e repercussões na esfera de atuação do Poder Judiciário.

¹²⁰ CLÈVE, 2003, p. 158.

4.2 A IMPORTÂNCIA DAS NOÇÕES DE MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, LIBERDADE E IGUALDADE

Quase que intuitivamente, costuma-se concatenar a ideia de mínimo existencial com a de dignidade da pessoa humana. E não sem razão.

Compõe o ideário de mínimo existencial a reunião de diferentes dimensões da existência humana, compreendendo o ser em toda a sua complexidade, englobando, inclusive, suas necessidades materiais e não apenas espirituais, morais ou estéticas. Enfim, busca-se um entendimento ontológico do homem.

Assim, quando se defende um direito fundamental ao mínimo existencial, está se afirmando, em outras palavras, que precisam ser asseguradas as condições básicas de vida digna ao ser humano.

Nesse sentido, conforme as lições de José Afonso da Silva¹²¹:

Repetiremos aqui o que já escrevemos de outra feita, ou seja, que a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. “Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] **o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais**, ou invocá-la para construir a ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trata de direitos econômicos, sociais e culturais”. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará à realização da justiça social (art. 193), à educação, ao desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205), etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.

Normalmente, quando se discute o mínimo existencial, pensa-se automaticamente nos direitos sociais: moradia, saúde, educação, entre outros. Porém, também os direitos de primeira dimensão ligam-se intimamente à noção de mínimo existencial, como bem salienta Alexy¹²², ao discernir a liberdade jurídica da fática (consoante tratado no Capítulo 3, item 3.1.1, do presente estudo).

¹²¹ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 38-39, grifo nosso.

¹²² ALEXY, 2011.

A partir dessa premissa epistemológica, cabe afirmar, como o faz efetivamente Barroso¹²³, que a liberdade e a igualdade estão fundamental e umbilicalmente intrincadas à dignidade humana, porquanto somente se realizam materialmente quando observado o mínimo existencial, ou seja, garantidas as condições elementares à subsistência digna, em termos de educação, moradia, saúde e renda “[...] que permitam em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público”.

Convém lembrar, nessa senda, que compreende papel dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário a concretização dos direitos fundamentais na maior extensão possível, observado como parâmetro mínimo o núcleo essencial desses direitos – a dignidade humana, doravante sintetizado como **mínimo existencial**.

Note-se que a noção de mínimo existencial, embora não definida com essa designação, já aparece na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas (ONU), datada de 1948, cujo art. XXV proclama um direito a um nível mínimo de vida a fim de garantir a existência digna:

Art. XXV - Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.¹²⁴

Na Constituição brasileira¹²⁵, vê-se que até mesmo a ordem econômica se submete à noção básica de mínimo existencial, consoante explicitado pelo art. 170, ao dispor: “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”.

¹²³ BARROSO, 2009, p. 19

¹²⁴ **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS** (1948). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2016.

¹²⁵ BRASIL. Constituição (1988).

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo¹²⁶ anotam a crescente tendência doutrinária e jurisprudencial de reconhecer “exigibilidade judicial de posições subjetivas ligadas à tutela do mínimo existencial” – entendida como algo além da mera sobrevivência física, alcançando “a garantia de condições materiais mínimas para uma vida saudável (ou o mais próximo disso, de acordo com as condições pessoais do indivíduo) e, portanto, para uma vida com certa qualidade”.

Importante anotar, no entanto, a confusão que usualmente se faz em termos de submissão dos direitos fundamentais sociais aos ditames da reserva do possível.

Cumprido, neste momento, resgatar a origem histórica da teoria da “reserva do possível” no cumprimento de direitos fundamentais. Tal equacionamento fora sedimentado pelo Tribunal Constitucional Alemão quando, ao analisar uma Reclamação Constitucional de um grupo de jovens que apontava desrespeito à Lei Maior – direito ao ensino superior – pela ausência de vaga em curso universitário, entendeu que tal direito fundamental deveria ser concretizado na medida do possível, ou seja, dentro dos limites do que se pode racionalmente exigir da sociedade e do Estado, não configurando, portanto, direito absoluto¹²⁷.

Registre-se que originalmente tal teoria não se apresenta necessariamente atrelada às condições materiais para a realização do direito, senão de traçar parâmetros à satisfação por parte do Estado de prestações positivas, vinculando as pretensões apresentadas à noção de razoabilidade da exigência formulada.

Contudo, transposta à realidade brasileira, acabou por ser consagrada apenas no aspecto do materialmente possível, transcendendo até mesmo a razoabilidade da pretensão deduzida.

Compreensível que tenha se dado dessa forma na sociedade brasileira,

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_no_s_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em: 16 dezembro 2015.

¹²⁷ Segundo relato de Renata Corrêa Severo, a apreciação pela Corte Constitucional Federal Alemã de demanda proposta por estudantes que não haviam sido admitidos em escolas de medicina em Hamburgo e Munique em face da política de limitação de vagas em cursos superiores, aplicada na Alemanha na década de 1960, gerou posicionamento inovador na hermenêutica do art. 12 da Constituição Alemã, o qual prescreve que “ todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”. Ao decidir o caso, referida Corte entendeu que a satisfação do direito a prestações positivas, tal qual expresso na pretensão em destaque, sujeitar-se-ia à reserva do possível, ou seja, quando observados os limites do que razoavelmente (entendido aqui como pretensão embasada racionalmente) pode o indivíduo esperar da sociedade e do Estado. (SEVERO. Renata Corrêa. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. **Fórum Administrativo** – Direito Público - FA. Ano 1, n. 1. mar 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 28).

especialmente sob a circunstância de que os direitos sociais mais básicos (mínimo existencial) carecem de concretude e os recursos apresentam-se como insuficientes para realizá-los.

Todavia, o parâmetro do que se pode razoavelmente esperar da sociedade e do Estado (ainda mais sob a concepção de solidariedade social ou de fraternidade) não deveria ser de todo abandonado pelo Judiciário, notadamente diante das peculiaridades e do contexto de escassez no caso brasileiro, o que evidencia certos pleitos como completamente irreais (até mesmo para a realidade alemã!) e, nessa medida, ensejadores de agravamento das desigualdades sociais.

É preciso que se esclareça desde logo a importância da distinção entre pretensões versando sobre a garantia de direito ligado ao mínimo existencial e, por excelência, à noção de dignidade da pessoa humana, daquelas voltadas à implementação do máximo prometido em termos de saúde pública.

Retornando aos ensinamentos de Alexy¹²⁸, a dignidade da pessoa humana configura direito absoluto, tanto que, diante de situações concretamente avaliadas, não se discute sua precedência ou não sobre outras normas, mas apenas se foi ou não violada.

Com base nessa proposição, defende-se que há um direito subjetivo de exigir prestações positivas do Estado para a efetivação do mínimo existencial, não se configurando óbice oponível a essa obrigação a cláusula ou teoria da reserva do possível, destinada apenas a modular políticas públicas na concretização do máximo prometido.

Nesses termos, a atuação do Judiciário pauta-se pela garantia do mínimo existencial e/ou pela obediência às políticas públicas existentes na área da Saúde, situações em que a reserva do possível não deve ser ponderada, porquanto ferida a própria dignidade humana ou a regra regulamentadora do direito em foco.

É o que, em outras palavras, se extrai das decisões do Supremo Tribunal Federal, a seguir enumeradas:

1) O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua

¹²⁸ ALEXY, 2011.Consultar p. 24 deste trabalho.

promoção, proteção e recuperação”. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.¹²⁹

2) [...] No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes.

Esse dado pode ser importante para a construção de um critério ou parâmetro para a decisão em casos como este, no qual se discute, primordialmente, o problema da interferência do Poder Judiciário na esfera dos outros Poderes.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir 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.

[...]

O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão.

Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia.

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

[...]

Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente.

¹²⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 887734, relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 25.08.2015, grifo nosso.

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial.

Situação diferente é a que envolve a inexistência de tratamento da rede pública. Nesses casos, é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos novos tratamentos ainda não testados pelo Sistema Único de Saúde Brasileiro. [...]

Parece certo que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar.

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Esse é mais um dado incontestável, colhido na Audiência Pública – Saúde.¹³⁰

Além da dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial comporta entrecruzamento com o que Alexy¹³¹ chama de liberdade fática, vale repisar, a prerrogativa jurídica corroborada pelas circunstâncias materiais a pautar a atuação do indivíduo no meio social. Ou melhor, a liberdade fática assegura que o titular de uma liberdade jurídica possua condições concretas ou possibilidades reais de fazer aquilo que lhe é permitido ou facultado, ensejando uma obrigação positiva por parte do Estado e não apenas negativa, como ocorre na liberdade jurídica.

Assim, quando se demanda em torno de direito que diz respeito à esfera do mínimo existencial, desloca-se a discussão para o malferimento de um direito subjetivo de primeira dimensão – liberdade –, cuja justiciabilidade é manifesta.

¹³⁰ Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175, relator Min. Gilmar Mendes, Plenário, julgado em 17.03.2010, grifo do autor.

¹³¹ ALEXY, 2011. A respeito do tema, conferir p. 43 deste trabalho.

Coisa diversa acontece quando a demanda de saúde aponta para a consecução de fármaco ou terapia extravagante, sem prévia política pública instituída e, muitas vezes, de eficácia não comprovada ou de custo elevadíssimo por não ser disponibilizado no país, dentre inúmeras hipóteses de pleitos frequentes na Justiça. Nesses casos, tem-se, em regra, uma pretensão nitidamente voltada à concretização do máximo prometido constitucionalmente em termos de saúde pública.

Precisamente diante da abissal diferença entre o pleito voltado ao **mínimo existencial** daquele pretendendo o **máximo possível** (equacionamento entre o **máximo desejável** e a **reserva do possível**), mostra-se de importância ímpar a teoria de Alexy¹³² ao discernir princípio de regra e suas formas de aplicação (e, mais especificamente, de Atienza, no que concerne à distinção entre princípios em sentido estrito e princípios diretrizes).

Logo, percebe-se que a metodologia da ponderação dos valores jusfundamentais, denominada por Alexy¹³³ de “máxima da proporcionalidade”, merece substancial relevo na atuação judicial destinada ao equacionamento das demandas na área da Saúde, porquanto permite sopesar eventual colisão de princípios antagônicos (proporcionalidade em sentido estrito), além das circunstâncias fáticas do caso concreto (necessidade e adequação).

Em complemento à teoria e metodologia de Alexy¹³⁴, Atienza e Manero¹³⁵ ressaltam que somente os princípios diretrizes podem ser cumpridos na medida do possível (e, por consequência, ser interpretados como mandamentos de otimização).

Cabe lembrar o que foi tratado no Capítulo 3 desta dissertação, concernente à distinção entre regra e princípio (diretriz).

Segundo Atienza e Manero¹³⁶, a principal distinção entre regras e princípios (diretrizes) como razão de agir evidencia-se na medida em que as regras são razões peremptórias independente de seu conteúdo e, portanto, verificadas as condições de sua aplicação (suporte fático da regra), deve o julgador utilizar-se da subsunção para atribuir a consequência prevista no comando normativo. Descabe, na hipótese de regra, falar em ponderação do julgador, porquanto tal operação (opção) já fora

¹³² ALEXY, 2011.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ ATIENZA; MANERO, 2016.

¹³⁶ Ibidem.

realizada politicamente pelo legislador, “[...] enquanto que (sic) os princípios os fazem como razões de primeira ordem, que devem ser ponderadas com outras razões”¹³⁷. Vale afirmar, portanto, que as regras, diferentemente dos princípios, são mandados ou comandos definitivos.

Baseado em tudo o que foi exposto até o momento, faz-se coro à proposta de solução aventada por Alexy¹³⁸, quando, ao tratar dos direitos fundamentais sociais sob o ponto de vista de sua justiciabilidade (direito subjetivo do cidadão de exigir judicialmente prestações positivas por parte do Estado), os liga a uma ideia-guia que, no aspecto formal, remete à natureza contramajoritária dos direitos fundamentais e, no substancial, à dignidade da pessoa humana.

Conforme a explicação detalhada do constitucionalista alemão Alexy¹³⁹:

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação dos poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também de outros direitos fundamentais sociais e de outros interesses coletivos.

[...]

O modelo não determina quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem. Mas ele diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para a sua existência e conteúdo. [...]

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma permanente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica.

¹³⁷ ATIENZA; MANERO, 2016, p. 60.

¹³⁸ ALEXY, 2011.

¹³⁹ Ibidem, p. 511-512, grifo nosso.

Ressalva, entretanto, as enormes repercussões financeiras mesmo se tratando do mínimo existencial, notadamente, como é o caso do Brasil, quando muitas pessoas demandam esses direitos mais básicos. Segundo Alexy¹⁴⁰:

Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando muitos deles necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio orçamentário do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto. Direitos individuais podem ter peso maior do que razões político-financeiras.

Ainda, em tempo, discorre o autor acerca da importância da garantia do mínimo existencial em tempos de crise. Apesar de contextualizar seus escritos na realidade alemã, vale a transcrição da seguinte passagem, quer pela atualidade, quer pela adequação ao contexto nacional:

A extensão do exercício dos direitos fundamentais sociais aumenta em crises econômicas. Mas é exatamente nesses momentos que pode haver pouco a ser distribuído. **Parece plausível a objeção de que a existência de direitos fundamentais sociais definitivos – ainda que mínimos – tornaria impossível a necessária flexibilidade em tempos de crise e poderia transformar uma crise econômica em uma crise constitucional.** Contra essa objeção é necessário observar, em primeiro lugar, que nem tudo aquilo que em um determinado momento é considerado direito social é exigível pelos direitos fundamentais sociais mínimos; em segundo lugar, que, de acordo com o modelo aqui proposto, os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos; e, em terceiro lugar, que é exatamente nos tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, de posições sociais parece ser imprescindível.¹⁴¹

Em resumo, o modelo apresentado se assenta na ideia de sopesamento. Isso porque se parte da premissa de que o que é devido *prima facie* seja mais amplo daquilo que é devido definitivamente (após a operação do sopesamento).

Assim, de acordo com a proposta de Alexy¹⁴², o indivíduo passa a ter um direito definitivo à prestação (fática ou normativa, ressalte-se) quando o princípio da liberdade fática (ligado à noção de dignidade) tem um maior peso em detrimento dos demais princípios formais ou das condições materiais colidentes, conjuntamente

¹⁴⁰ ALEXY, 2011, p. 513.

¹⁴¹ Ibidem, p. 513, grifo nosso.

¹⁴² Ibidem.

considerados, a exemplo do que ocorre em relação ao mínimo existencial, consoante afirmado anteriormente.

Importante esclarecer, como bem o faz Alexy¹⁴³, que correspondem aos direitos *prima facie* os deveres estatais *prima facie*, especialmente no sentido de que deve o Estado zelar para que a liberdade jurídica dos indivíduos se traduza, ao máximo possível, em liberdade fática.

Nesse aspecto, alerta que os deveres estatais *prima facie*, embora sejam excedentes, ou seja, sujeitos a recortes provenientes de ponderação (neste trabalho defendido como respeitantes ao máximo prometido constitucionalmente), não deixam de ser vinculantes:

Seria um equívoco considerar os deveres *prima facie*, na parte em que a eles não correspondam deveres definitivos, ou seja, no âmbito excedente como juridicamente não-vinculantes [...]. A existência de uma diferença fundamental entre deveres *prima facie* e deveres jurídicos não vinculantes é perceptível no fato de que deveres *prima facie* têm que ser considerados no sopesamento, enquanto isso não ocorre no caso dos deveres jurídicos não vinculantes. Para a não satisfação de um dever *prima facie* é necessário que haja, do ponto de vista jurídico, razões aceitáveis; para a não satisfação de um dever não vinculante, não. Caso não existam razões aceitáveis para a sua não satisfação, um dever *prima facie* pode levar a um dever definitivo; um dever não vinculante nunca poderia fazê-lo.¹⁴⁴

Reforça o autor a identificação entre vinculação dos deveres *prima facie* e controle judicial, observando, entretanto, que não pode ser objeto de análise do tribunal constitucional “saber se foi satisfeito tudo aquilo que o dever *prima facie* exige, mas tão somente se foi satisfeito o que lhe resta, como dever definitivo, em face de deveres *prima facie* colidentes”, ou ainda determinar quando, diante do sopesamento entre princípios colidentes e circunstâncias fáticas, “o dever *prima facie* foi satisfeito em grau suficiente”¹⁴⁵.

Conclui vaticinando:

A competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido. Mas os princípios contêm exigências normativas endereçadas ao legislador mesmo além desses limites. Um legislador que satisfaça princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos

¹⁴³ ALEXY, 2011.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 518.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 519.

fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo, e, por isso, não pode ser obrigado a tanto por um tribunal constitucional.¹⁴⁶

Encaminhando o presente capítulo ao seu desfecho, embora longe de concluir de forma definitiva a celeuma, acredita-se que, excetuando as pretensões a prestações positivas que dizem respeito ao mínimo existencial, todo o conteúdo restante, extraível do art. 196 da CRFB de 1988, submete-se à metodologia da ponderação, nos termos defendidos por Alexy¹⁴⁷.

Tal inteligência nega a aplicação dos direitos prestacionais como regra, ou seja, na base da subsunção:

Embora o art. 5º, § 1º, da CF/1988, estabeleça a aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, o postulado da aplicabilidade imediata dos direitos sociais prestacionais não pode resolver-se com a dimensão de tudo ou nada. O seu alcance depende do caso concreto, ou seja, de uma norma especificamente considerada. Este aspecto guarda crucial relevância com a efetividade de prestações positivas com que se relaciona a reserva do possível, visto que as normas que as preveem se hospedam normalmente em normas dependentes de integração legislativa.¹⁴⁸

Em sentido semelhante, resume Marcelene Carvalho da Silva Ramos¹⁴⁹:

Diante disso, é plausível concluir que o art. 5º, § 1º, CF, contém um postulado de otimização das normas consagradoras dos direitos fundamentais, inclusive dos direitos sociais – neles compreendido o direito fundamental à saúde – impondo aos Poderes Públicos a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais, vinculando-os. Assim, a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos fundamentais sociais impõe aos poderes públicos a realização destes direitos por meio de medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas.

Ainda, sob a perspectiva de Alexy¹⁵⁰, Reis Júnior¹⁵¹ assevera:

O reconhecimento de direitos a prestações positivas exige que eles sejam imprescindíveis ao princípio da liberdade fática e que o

¹⁴⁶ ALEXY, 2011, p. 519.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ REIS JÚNIOR, 2009, p. 18.

¹⁴⁹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. O direito fundamental à saúde na perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. **Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná**. Curitiba, n. 1, 2010, p. 65.

¹⁵⁰ ALEXY, op. cit.

¹⁵¹ REIS JÚNIOR, 2009, p. 27-28.

princípios da separação de poderes (incluindo a reserva parlamentar legislativa em matéria de gastos públicos) seja atingido somente de maneira diminuta.

Afirma a existência de um direito a prestações positivas básicas, indispensáveis para uma vida com dignidade que consubstanciam um mínimo existencial. O interesse deve ser tão fundamental que a necessidade de seu respeito, sua proteção ou seu fomento se deixe fundamentar pelo Direito. Tal fundamentalidade justifica a prioridade sobre todos os escalões do sistema jurídico, portanto, também perante o legislador.

Deve haver um mínimo de segurança material a ser garantido por direitos fundamentais, evitando-se o esvaziamento da liberdade pessoal e garantindo uma liberdade real. Assim, o reconhecimento do mínimo existencial sempre deverá prevalecer, mesmo quando em conflito com o princípio da reserva do possível e do princípio democrático, que não são absolutos.

A partir desse enfoque, pretende-se delinear os limites da atuação judicial correlacionando-os aos extremos do mínimo existencial e do máximo desejável.

No extremo compreendido pelo mínimo existencial (ligado à dignidade humana e liberdade fática ou quando houver patente desrespeito a uma política pública já instituída), afirma-se haver um direito subjetivo a uma prestação positiva do Estado, nesse caso fática, de modo que a intervenção judicial pode e deve se dar de forma contundente, aplicando-se o direito à saúde na base do tudo ou nada (como regra).

De certa forma, reflete o pensamento preponderante na Corte Suprema do país, do qual se extrai, a título exemplificativo, o precedente:

1) RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O

INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOUTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.¹⁵²

Em vértice oposto, tratando-se de pretensão voltada à implementação do máximo desejável, deve-se interpretar o direito à saúde como um mandamento de otimização a ser concretizado por políticas públicas na maior medida possível, de modo que, para a atuação judicial, se recomenda prudência, aplicando-se a metodologia sugerida por Alexy¹⁵³, ou seja, a ponderação entre os demais princípios jurídicos colidentes (como, por exemplo, a igualdade), além das circunstâncias fáticas relevantes (a exemplo da cláusula da reserva do possível). Isso porque, na maioria dos precedentes, o que se percebe é que os magistrados, ao ponderarem, acabam por eleger os princípios jurídicos colidentes de forma equivocada, resultando, geralmente, em uma colisão entre o direito à saúde de alguém *versus* a política orçamentária do Estado.

A verdadeira questão que subjaz ao julgamento dos casos difíceis e que poucos se dispõem a enfrentar é a contraposição do direito à saúde de um (aquele que demanda em uma ação individual) em detrimento da saúde de vários

¹⁵² Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745745/MG. Relator Min. Celso de Mello, julgado em 02.12.2014, grifo nosso.

¹⁵³ ALEXY, 2011.

(consoante analogia do cobertor curto), com profunda e imediata repercussão no primado da igualdade.

Barroso¹⁵⁴, no discurso proferido em Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal acerca da saúde, alerta a respeito do tópico:

Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política pública coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia da igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais. [...] **Desenvolveu-se certo senso comum que é preciso enfrentar, que o Judiciário, no caso da judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação dos poderes. Infelizmente esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.**

Repise-se que não se está afirmando que o Judiciário não deve agir diante das hipóteses de inexistência de políticas públicas ou ainda no caso de sua ineficiência. O que se pretende construir é uma interferência mais efetiva em prol da influência que esse Poder deve exercer na edificação das políticas públicas, a fim de colaborar com os demais Poderes na missão constitucional que lhes é comum de concretizar a saúde no país ao máximo desejável e possível de forma contínua e progressiva.

No próximo capítulo, tratar-se-á desse enfoque.

¹⁵⁴ Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublica/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>.
Acesso em: 25 janeiro 2016, grifo nosso.

5 A COLETIVIZAÇÃO DAS DEMANDAS NA ÁREA DA SAÚDE EM PROL DA IMPLEMENTAÇÃO DO MÁXIMO POSSÍVEL: DO PARADIGMA DEFENSIVO (DA TUTELA) AO DO EXERCÍCIO COLETIVO DO DIREITO FUNDAMENTAL

Iniciou-se o presente estudo com as considerações sobre uma nova dimensão de direitos consagrados em sede constitucional – para além do indivíduo e de sua própria geração (direitos coletivos ou difusos) – originando o chamado Constitucionalismo Fraternal, premissa que se retoma como basilar neste capítulo.

Nesse rumo, ao prescrever o direito à saúde, abrangendo as esferas de sua promoção, proteção e recuperação, inclusive no que tange aos ditames sanitários e nutricionais para o asseguramento da qualidade de vida, do equilíbrio do meio ambiente e do progresso social (viés preventivo), lê-se o comprometimento estatal não apenas com a geração presente, mas também com as futuras, em um constante movimento de devir.

Inegável que o projeto constitucional refere-se a uma progressiva concretização desse direito fundamental, até mesmo porque o próprio avanço da ciência e da tecnologia engendra novos medicamentos, terapias e condutas capazes de assegurar cada vez mais e melhor (inclusive em maior escala) a saúde da população.

Pode-se, com essa reflexão, afirmar que há uma promessa constitucional do máximo desejável, entendendo-se tal conceito como um horizonte a todo tempo mutável. Explica-se: o compromisso constitucionalmente assumido é o de concretizar ao máximo o direito à saúde dos indivíduos e das gerações presentes e futuras, consideradas as possibilidades do país em termos de riquezas, crescimento e recursos financeiros. Por essa razão, o máximo prometido submete-se à reserva do possível, diferentemente do mínimo existencial, conforme assentado anteriormente.

Sem se distanciar dessa premissa, pretende-se demonstrar a natureza coletiva ou difusa das pretensões voltadas à concretização do máximo desejável,

enquanto a violação do mínimo existencial reverbera na esfera mais íntima e privada do indivíduo, ferindo sua dignidade.

Da mesma forma que a dimensão individual do direito fundamental à saúde mereceu destaque nos capítulos anteriores (3 e 4), focar-se-á, neste capítulo derradeiro, em seu âmbito coletivo/difuso.

Sob essa óptica, parte-se da tutela coletiva do direito à saúde nos moldes tradicionais, passando pelas inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, até se alcançar a superação da posição reativa para a de verdadeiro exercício do direito coletivo à saúde.

Para melhor compreender o que se pretende demonstrar neste tópico, convém retomar o aspecto histórico das tutelas coletivas, a exemplo da ação popular, herdada do pragmatismo romano, passando pelo período das codificações no Brasil, no qual se pretendeu aniquilar a noção de coletivo, substituindo-a pela concepção dicotômica de público e privado.

Nesse sentido, relembra José Isaac Pilati¹⁵⁵ que, nos tempos dos jurisconsultos clássicos, havia diversas ações e interditos de cunho popular, por meio dos quais os cidadãos de reputação ilibada podiam apresentar-se como demandantes e cujo interesse coletivo preferia, inclusive, o de cunho meramente pessoal.

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr¹⁵⁶, na mesma linha de intelecção, sinalizam a ação popular romana, na defesa da coisa pública, como decorrência do forte vínculo e sentimento que o romano possuía em relação aos bens públicos, notadamente pela profunda convicção de que a coisa pública (a República) pertencia ao cidadão, ou melhor, à coletividade de cidadãos. Diante dessa visão, interessava à República que muitos fossem os defensores de sua causa.

Corroborando o breve retrospecto, Daniel Amorim Assunção Neves¹⁵⁷ indica que, para os países de tradição romano-germânica, tal qual o Brasil, a origem da tutela coletiva se confunde com a das ações populares do Direito Romano. Em sua visão, as ações populares romanas podem ser explicadas pela definição elástica do papel do Estado de então, motivo pelo qual o cidadão romano concebia a *res publica*

¹⁵⁵ PILATI, José Isaac. Função social e tutelas coletivas: contribuição do Direito Romano a um novo paradigma. **Jurisprudência Catarinense**. v. 106, 2004, p. 189.

¹⁵⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil** - Processo coletivo. 7. ed. Salvador: Jus Podivum, 2012, p. 25.

¹⁵⁷ NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

como pertencente a todo o povo romano, considerados coproprietários dos bens públicos e, assim, legitimados para pretender sua defesa que, a despeito de vincular todos os demais, não deixava de significar uma pretensão relativa a direito próprio dos cidadãos autores. De acordo com a linha do tempo dada pelo autor:

No início, a ação popular romana voltava-se a pretensão predominantemente de caráter penal, com pedidos de caráter inibidor de conduta lesiva e com a cominação de multa ou alguma espécie de pena pecuniária a ser admitida por parte do transgressor. Com o desenvolvimento do instituto, a ação popular romana passou a tutelar cada vez mais situações de direito transindividual, ainda que fortemente relacionada à defesa das coisas públicas e de caráter sacro. Ações *pro libertate*, para a defesa da liberdade, *pro tutela*, na defesa de interesses do pupilo, e *ex lege Hostilia*, para a proteção dos bens de ausente vítima de furto, eram ações que se justificavam pelo interesse geral no cumprimento da lei, o que demonstra o interesse transindividual dos interesses tutelados.

Com a queda do Império Romano, as *actiones populares* do direito romano não resistiram ao direito bárbaro, permanecendo não aplicáveis durante o período feudal, sem reentrância nas monarquias absolutistas, tampouco no direito canônico. Significa que o direito intermédio representou um período sombrio para as ações coletivas, sendo apontado pela doutrina como marcos do renascimento da ação popular a Lei Comunal, de 30 de março de 1836, na Bélgica, e a Lei Comunal, de 18 de julho de 1837, da França, que teriam servido de base para a ação popular eleitoral italiana de 1859.¹⁵⁸

No Brasil, apesar da tímida existência da ação popular, de vigência compreendida entre o período Imperial e o início da República, época das Ordenações do Reino, Didier e Zaneti¹⁵⁹ sinalizam o seu aniquilamento com o Código Civil de 1916, legislação que, como sinal do seu tempo, expressava o individualismo, a propriedade privada, a autonomia da vontade e o direito de agir do lesado (direito subjetivo individual) como base do sistema jurídico.

Acerca da reflexão, vale transcrever a seguinte passagem:

O direito ao processo como conhecemos hoje foi fortemente influenciado pelo liberalismo e pelo iluminismo. A partir do século XVII, com a difusão do método cartesiano e da lógica racionalista na

¹⁵⁸ NEVES, 2014, p. 01.

¹⁵⁹ Desse modo, a Codificação de 1916, comprometida com a completude e exclusividade do sistema, rechaçou qualquer possibilidade de tutela coletiva, vinculando textualmente (em seu art. 76) legítimo interesse para propor uma ação à defesa de um interesse moral ou econômico do demandante ou sua família. Somente na Constituição de 1934, há expressa menção à ação popular, ainda que suprimida pela Carta de 1937. Restabelecida pela Constituição de 1946, manteve-se nos textos constitucionais subsequentes, destacadamente no da CRFB de 1988, elencada como direito fundamental (art. 5º, LXXIII). DIDIER JR.; ZANETI JR., 2012.

Europa continental, foi cristalizada a ideia da propriedade individual, da autonomia da vontade e do direito de agir como atributos exclusivos do titular do direito privado, único soberano sobre o próprio destino e do direito subjetivo individual (base de todo o sistema). Só ao titular do direito lesado cabia decidir se propunha ou não a demanda. Era o início dos Estados-Nação, da vinculação da jurisdição à soberania estatal e da futura “Era dos Códigos”. Neste projeto jurídico não havia mais espaço para o direito da coletividade no sistema, as preocupações sistemáticas voltavam-se apenas para o indivíduo, a formação de sua personalidade jurídica, seus bens, suas relações familiares e a sucessão patrimonial.¹⁶⁰

Inegável que a promulgação de uma constituição democrática e de cunho social no país (a CRFB de 1988), alinhando diversos novos direitos aos já consagrados como fundamentais, propiciou a (re) descoberta da tutela coletiva como forma de efetivação e concretização constitucional.

Somado a isso, deve-se também aos estudos dos processualistas brasileiros, com clara influência italiana, o resgate e a evolução das tutelas coletivas, inclusive com influência da *class actions* norte americana (vide CDC), cuja raiz deriva das ações coletivas de classes do direito anglo-saxão.

Independentemente de seu acidentado histórico no direito brasileiro, a tutela coletiva é hoje consagrada tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional, a exemplo da ação popular, da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, e das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos entre outras. Pode-se, ainda, reconhecer um campo bastante fértil a futuros desdobramentos desse tipo de tutela, haja vista o tanto que tende a se desenvolver no atual estágio da sociedade contemporânea, notadamente a partir do paradigma fraternal. Freddie e Zaneti¹⁶¹ apontam, segundo opiniões de processualistas como Nelson Nery Jr e Rosa Maria Nery, as ações de controle de constitucionalidade (Ação Direita de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade) como uma modalidade crescente de tutela coletiva, porquanto para o controle abstrato das normas inexistente interesse subjetivo individual, mas difuso, de toda a coletividade na higidez da norma federal ou estadual em comparação com o texto da CRFB.

Antes de assentar o direito à saúde no quadro dos direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos e individuais homogêneos), cumpre uma breve definição de tutela coletiva, bem como de direitos coletivos.

¹⁶⁰ DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 26.

¹⁶¹ Ibidem, p. 45.

Tutela jurisdicional coletiva pode ser entendida como a:

[...] proteção que se confere a uma situação jurídica coletiva ativa (direitos coletivos *lato sensu*) ou a efetivação de situações jurídicas (individuais ou coletivas) em face de coletividade, que seja titular de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres ou estado de sujeição coletivos).¹⁶²

De outro vértice, denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero do qual decorrem como espécies os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.¹⁶³

Segundo a classificação doutrinária proposta, são **direitos difusos** (a teor do art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC) os entendidos como transindividuais (também definidos como metaindividuais, porque são pertencentes a uma coletividade), indivisíveis (consideram-se em sua totalidade), possuindo como titulares pessoas não individualizáveis (sujeitos indeterminados) que, sem relação jurídica precedente, apresentam-se ligados por circunstância de fato, tal qual a ofensa ao meio ambiente ou à moralidade administrativa, afetando um número incalculável de pessoas (dependendo até de futuras gerações), de modo que a coisa julgada decorrente de sentença de procedência nesse tipo de demanda será sempre *erga omnes*, atingindo a todos de maneira idêntica.¹⁶⁴

Por sua vez, os **direitos coletivos *stricto sensu*** materializam-se (consoante a regra do art. 81, parágrafo único, inciso II, do CDC) quando há direitos transindividuais, de natureza indivisível, de determinado grupo, classe ou categoria de pessoas (determináveis, registre-se) ligadas entre si por relação jurídica base preexistente à lesão. Nesse caso, a coisa julgada será ultrapartes, ainda que limitada ao agrupamento em questão.¹⁶⁵

Ao final, mas não menos importante, tem-se os **direitos individuais homogêneos** como uma categoria de direitos coletivos, que respondem ao fenômeno da massificação das relações jurídicas, conferindo ao direito individual uma clara dimensão coletiva em razão da sua padronização, ou melhor, de sua homogeneidade. De acordo com Didier e Zaneti¹⁶⁶, a gênese desse tipo de direito

¹⁶² DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 44.

¹⁶³ Ibidem, p. 75.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 76.

¹⁶⁵ Ibidem, p. 76.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 78.

está na *class actions for damages* do direito norte-americano. Caracterizam-se, portanto, na dicção do CDC, como decorrentes de uma origem lesiva comum, ou seja, o nascimento do direito é consequência da própria lesão ou ameaça de lesão a ligar as partes em uma relação jurídica pós-conduta comissiva ou omissiva do lesante.

Reforça-se que o fato de se poder individualizar as pessoas prejudicadas não retira a possibilidade e conveniência da ação coletiva, sobretudo pelo caráter uniforme da pretensão conjunta a fomentar um provimento genérico na demanda, cuja eficácia *erga omnes* permite, ainda em sede de liquidação de sentença, a reclamação individualmente perseguida de certas peculiaridades de cada prejudicado.¹⁶⁷

Em suma, trata-se de albergar em uma tese jurídica geral, relativamente a determinado fato, interesses de inúmeras pessoas prejudicadas que, sem essa possibilidade, teriam que reclamar suas pretensões individualmente.

Pois bem, com base nesse panorama, certamente sem esgotá-lo, mas, antes, situando os tipos de direitos e tutelas coletivas no país, passa-se à análise do direito fundamental à saúde e seu enquadramento como um direito de abrangência coletiva.

Nos capítulos antecedentes, tratou-se destacadamente do direito à saúde em seu âmbito mais primário, aqui denominado de mínimo existencial que, por se referir às necessidades mais básicas a serem satisfeitas pelo Estado, situa-se na esfera dos direitos de primeira e segunda dimensões (liberdade e igualdade). Muito já se disse acerca de seu contorno e sua sindicabilidade junto ao Poder Judiciário. O que se pretende agora é delinear o direito à saúde em todo o seu alcance constitucional, vale-se dizer, desvelar seu caráter coletivo, alçando-o à terceira dimensão dos direitos fundamentais.

5.1. O DIREITO À SAÚDE E SUA DIMENSÃO COLETIVA: EM PROL DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO

¹⁶⁷ DIDIER JR., ZANETI JR., 2012, p. 79.

O direito à saúde, por sua natureza e propósito prospectivo e progressivo, demonstra ser, essencialmente, um direito coletivo, sem negligenciar, todavia, o respeito à concretização, no plano individual, do mínimo existencial.

A propósito do afirmado, vale transcrever os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁶⁸:

Os direitos fundamentais da terceira dimensão, também denominados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos (família, povo, nação), e caracterizando-se, conseqüentemente, como direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A saúde pública, assim entendida a partir da leitura do art. 196 da Constituição, em todo o seu âmbito de proteção, configura-se direito difuso, por excelência, ainda que permita ser pleiteada como direito individual (homogêneo).

Sob esse viés, considera-se esse direito social fundamental como de eficácia progressiva, devendo sua tutela ser assegurada por meio dos instrumentos processuais voltados a concretizar os direitos prestacionais diante da inércia do Poder Público.

Clève¹⁶⁹ defende, pois, a necessidade de potencialização de instrumentos como “[...] a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o mandado de injunção [...]” como mecanismos de concretização dos direitos sociais. Todavia, reconhecendo a fragilidade dos mencionados meios processuais, notadamente do primeiro (controle objetivo) e do último (controle subjetivo), aposta nos mecanismos processuais já consagrados no país, especialmente as ações coletivas, com relevante destaque à ação civil pública.

Em suas palavras:

O manejo da ação civil pública pode trazer importante contribuição para a efetivação dos direitos fundamentais, especialmente quando

¹⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 48.

¹⁶⁹ CLÈVE, 2003, p. 158.

voltada para a implementação das políticas necessárias à realização progressiva dos direitos.¹⁷⁰

A ação civil pública tem se mostrado, na conjuntura atual, forte instrumento na concretização do direito à saúde, especialmente em um contexto no qual até mesmo as políticas públicas já instituídas carecem de cumprimento regular, não desafiando, nesse passo, o manejo da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, da arguição de descumprimento de preceito fundamental ou do mandado de injunção.

Projeta-se para o futuro uma importância ainda maior a esse instrumento de defesa dos direitos coletivos (individuais homogêneos, transindividuais e difusos), principalmente no que concerne à efetivação do máximo prometido.

Em que pesem essas considerações, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em comparação ao Diploma anterior (Lei n. 5869/73), de cunho marcadamente individualista, avança muito pouco em prol de uma tutela processual coletiva, deixando, inclusive, de sistematizar melhor institutos esparsos como a ação civil pública.

Dentre as justificativas comumente levantadas para tal realidade, releva-se a de que tramitava na Câmara dos Deputados, concomitantemente ao Anteprojeto de Código de Processo Civil, o Projeto de Lei n. 5.139/2009, voltado à revisão da Lei da Ação Civil Pública e à instituição de um Sistema Único Coletivo, capaz de ordenar as ações coletivas à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, notadamente para proporcionar a racionalização do processo e do julgamento dos conflitos de massa.¹⁷¹

¹⁷⁰ Ibidem, p. 158

¹⁷¹ O Projeto de Lei n. 5.139/2009 teve alterações, em seu texto original, formuladas pela Comissão de Juristas do Ministério da Justiça e, posteriormente, foram realizadas mudanças pela Casa Civil da Presidência da República, seguindo o texto para exame do Congresso Nacional e apresentação de sugestões por instituições que se demonstrarem interessadas. O relator do projeto, o Deputado Antônio Carlos Biscaia, apresentou, então, parecer substitutivo ao projeto de lei, em setembro de 2009. Em novembro, foi apresentado o terceiro substitutivo ao projeto de lei da ação civil pública, incorporando 17 alterações, que resultaram dos debates travados no âmbito da Subcomissão Especial instituída para apreciar a matéria. Após inúmeros debates na Subcomissão Especial, constituída para analisar o projeto, esse provocou discussões na Câmara dos Deputados, e, em 4 de março de 2010, adveio uma nova versão do Projeto n. 5.139/2009, acolhendo algumas emendas propostas e trazendo ao texto modificações, como o fim da previsão de submissão da sentença de improcedência ao reexame necessário e a previsão de crime para o retardamento ou omissão injustificados de dados técnicos essenciais à propositura de uma ação civil pública. No dia 17 de março de 2010, o referido projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, em uma votação por maioria, de 17 votos a 14, ao fundamento de falta de debate e de discussão pública. Aqui, podemos ver mais um retrocesso para a tutela coletiva em nossa história, vez que o referido projeto acolhia diversas teses doutrinárias e jurisprudenciais, além de ser fruto do trabalho de inúmeras entidades representativas, como forma de tentar pôr fim às polêmicas e às

Lastimável ter-se perdido a oportunidade de sistematizar no Novo Código de Processo Civil o processo verdadeiramente coletivo, inaugurando-se um paradigma de jurisdição participativa, com ampla possibilidade de construção das soluções dos chamados conflitos de alta complexidade (dentre os quais se destacam os conflitos coletivos na saúde)¹⁷², superando a lógica do processo civil tradicional e imprimindo um viés preventivo às eventuais lesões de direitos.

A despeito do registro, e ainda que com um “pé no passado”, o novo Diploma Processual alça alguns voos panorâmicos sobre o paradigma jurídico da pós-modernidade que, na definição de Pilati¹⁷³, afunilando os conceitos gerais e adaptando à realidade do direito, significa a (re) descoberta da titularidade coletiva em contraposição à noção da modernidade de estatização do público, separando o Estado da Sociedade e alçando-o a uma posição hierárquica superior. Admite-se, portanto, a coexistência de três classes de bens: bens públicos, bens privados (individuais) e bens coletivos.

Nas palavras do autor:

A Pós-Modernidade Jurídica não é, pois, uma proclamação de direitos e muito menos um conjunto inane de princípios hermenêuticos, ao sabor da Modernidade. É uma nova prática, legitimada pela Constituição; e que reclama a necessidade de operar uma nova realidade jurídica. Uma Teoria Pós-Moderna do Direito, que redefina objetos, sujeitos e processos, e abra espaço para novas práticas jurídicas em favor do Estado, dos Indivíduos e da Sociedade; que reintroduza na mediação do Direito a dimensão coletiva, a começar pela ampliação da classificação dos bens. Ao lado dos bens públicos e privados da Modernidade, inaugura-se uma terceira classe, que são os bens coletivos constitucionais: aqueles pertencentes à Sociedade, e que se pautam e exercem no

lacunas existentes, como a simplificação das regras de competência e a criação de um cadastro coletivo de ações. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Incidente de Conversão da ação individual em coletiva no CPC projetado**: Exame Crítico do Instituto. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 5 maio 2016).

¹⁷² PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 9. Na visão desse autor, o Judiciário precisa promover uma mudança na sua cultura jurídica a fim de poder enfrentar os conflitos de maior complexidade, entendidos estes como os conflitos coletivos ou de expressiva repercussão social. Em suas palavras: “O direito material e processual que praticamos está voltado para o plano individual estanque; não temos, ou melhor, ainda não desenvolvemos um tipo de processo que alcance e deduza em juízo a verdadeira extensão dos conflitos; que os enfrente desde a causa, na fonte das mesmas demandas repetitivas, dos grandes litigantes e dos grandes vazios jurídicos que escarnecem da Justiça”.

¹⁷³ PILATI, 2015.

âmbito da soberania participativa. Os bens passam a ser públicos, privados e coletivos.¹⁷⁴

Passa-se, pois, ao exame desses novos institutos introduzidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

5.2 INSTRUMENTOS TENDENTES À COLETIVIZAÇÃO DE CERTAS DEMANDAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: PRÓS E CONTRAS NO CASO ESPECÍFICO DA ASSISTÊNCIA À SAÚDE

Como já exposto anteriormente, a Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (NCPC), deixa muito a desejar no que concerne à construção do novo paradigma participativo para o exercício dos direitos coletivos, a partir da soberania compartilhada (art. 1º, inciso I, parágrafo único, da CRF/88)¹⁷⁵.

No entanto, algumas novidades trazidas por esse novo Diploma merecem destaque, especialmente as que guardam relação com a dimensão coletiva do processo civil e, em última instância, com o cerne do presente capítulo, ou seja, com a conformação de um novo modelo jurídico para atender à questão da saúde pública no país.

Sob esse prisma, não se pode deixar de analisar a tentativa de coletivização da demanda individual quando, segundo os critérios legais, é perceptível a sua complexidade ou evidente a repercussão geral na sociedade, além de situada a ofensa na dimensão coletiva do direito em foco, ultrapassando a esfera meramente privada do demandante.

Talvez pela falta de aprofundamento da ideia ou mesmo pela ausência de debates acerca do instituto, o dispositivo que introduziu a novidade na ordem processual – **incidente de coletivização da demanda individual** – acabou sendo vetado, conforme será explanado a seguir.

¹⁷⁴ Ibidem, p. 25.

¹⁷⁵ Segundo José Isaac Pilati, em razão do reconhecimento de uma terceira categoria de bens, os bens coletivos, necessariamente se inclui, na condição de sujeito de direito, o Sujeito Coletivo, demandando, portanto, a construção de um novo paradigma jurídico que, na óptica do autor, perpassa necessariamente por um processo administrativo participativo, por lei participativas (a exemplo do plano diretor) e, por fim, mas não menos importante, um Judiciário disposto à democratizar o processo judicial, tornando-o participativo nos casos autorizados constitucionalmente, como no do SUS (Lei n. 8080/90). PILATI, 2015, p. 26.

5.2.1 A previsão do artigo vetado que possibilitava a coletivização da demanda individual no Novo Código de Processo Civil

Um dos institutos que visava à coletivização das demandas individuais de repercussão social, de incontestável relevância para a análise deste trabalho, acabou sendo vetado, após grande polêmica em torno de suas consequências.

Conforme a previsão original do art. 333 do Novo Código de Processo Civil, esta era a redação proposta:

Art. 333. Atendidos os pressupostos da relevância social e da dificuldade de formação do litisconsórcio, o juiz, a requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública, ouvido o autor, poderá converter em coletiva a ação individual que veicule pedido que:

I - tenha alcance coletivo, em razão da tutela de bem jurídico difuso ou coletivo, assim entendidos aqueles definidos pelo art. 81, parágrafo único, incisos I e II, da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e cuja ofensa afete, a um só tempo, as esferas jurídicas do indivíduo e da coletividade;

II - tenha por objetivo a solução de conflito de interesse relativo a uma mesma relação jurídica plurilateral, cuja solução, por sua natureza ou por disposição de lei, deva ser necessariamente uniforme, assegurando-se tratamento isonômico p/ todos os membros do grupo.

Segue, na sequência, o argumento oficial do veto:

Veto: Poderia levar à conversão de ação individual em ação coletiva de maneira pouco criteriosa, inclusive em detrimento do interesse das partes. O tema exige disciplina própria para garantir a plena eficácia do instituto. Além disso, o novo Código já contempla mecanismos para tratar demandas repetitivas. No sentido do veto manifestou-se também a OAB.

Na opinião de Cássio Scarpinella Bueno¹⁷⁶, o veto não possui fundamentos suficientemente fortes a justificá-lo, porquanto baseado no mero receio da má compreensão ou da má aplicação do novo instituto, não afetando, de modo algum, a tutela aos direitos individuais:

A tutela adequada e suficiente do interesse das partes, inclusive do “direito individual” que justificou o rompimento da inércia jurisdicional,

¹⁷⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 249-250.

estava expressa nos §§ 6º, 7º e 9º do art. 333,¹⁷⁷ no amplo contraditório a ser travado antes da conversão (*caput*, §§ 5º e 10º do art. 333¹⁷⁸) e, até mesmo, no limite procedimental da transformação da ação individual em coletiva (inciso I do § 3º do art. 333¹⁷⁹) para preservar a fluidez do processo individual originário).

Quanto ao entendimento de que o tema merece “disciplina própria” (e o art. 333 não lhe dava uma, de forma suficiente?) e que o Novo CPC já trata de “mecanismos para tratar demandas repetitivas”, cabe afirmar que, infelizmente, tem prevalecido o entendimento em direção ao esvaziamento e ao enfraquecimento dos processos individuais que têm início na primeira instância. O veto do art. 333 é prova segura e mais recente disto, como suas próprias razões evidenciam. Tanto que as “demandas repetitivas” do novo CPC são, de acordo com o art. 928, aquelas provenientes dos Tribunais de cima para baixo.¹⁸⁰

E, conclui o mesmo autor, afirmando que o art. 333, combinado com o art. 139, inciso X (possibilidade de agravo da decisão que coletiviza ou não a demanda judicial individual), teria o condão de completar a tutela jurisdicional de direitos e interesses coletivos, ao lado de outras técnicas, reduzindo, significativamente, o número de processos no Judiciário, “motivo de tanto aplauso quando o tema são os mecanismos verticalizados de coletivização, inclusive o Incidente de Resolução das Demandas Repetitivas”¹⁸¹.

De outro vértice, corroborando as razões do veto, tem-se na doutrina de José Rogério Cruz e Tucci¹⁸².

A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado

¹⁷⁷ “[...] § 6º O autor originário da ação individual atuará na condição de litisconsorte unitário do legitimado para condução do processo coletivo. § 7º O autor originário não é responsável por nenhuma despesa processual decorrente da conversão do processo individual em coletivo. [...] § 9º A conversão poderá ocorrer mesmo que o autor tenha cumulado pedido de natureza estritamente individual, hipótese em que o processamento desse pedido dar-se-á em autos apartados.”

¹⁷⁸ “[...] § 5º Havendo aditamento ou emenda da petição inicial, o juiz determinará a intimação do réu para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias. [...] § 10. O Ministério Público deverá ser ouvido sobre o requerimento previsto no *caput*, salvo quando ele próprio o houver formulado.”

¹⁷⁹ “[...] § 3º Não se admite a conversão, ainda, se: I – já iniciada, no processo individual, a audiência de instrução e julgamento [...]”

¹⁸⁰ BUENO, 2015, p. 249-250.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 250, grifo do autor.

¹⁸² TUCCI, José Rogério Cruz e. **Paradoxo da Corte** - um veto providencial ao Novo Código de Processo Civil! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 5 maio 2016.

a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material.

Assim, firme nesse postulado, acredito que deve ser combatida qualquer tentativa de romper o paradigma da inércia da jurisdição, com a imposição de um processo de matriz autoritária, que, a pretexto de prestigiar os princípios fundamentais da duração razoável e da economia processual, vulnere o direito individual do cidadão, a exemplo, aliás, da regra – agora solenemente vetada – do artigo 333 do CPC, na redação então aprovada no Senado Federal, que regrava o disparatado incidente de coletivização da demanda individual.

Ainda que se possa ponderar os argumentos contrários ao incidente vetado, a verdade é que a coletivização da demanda individual na área da Saúde permitiria traçar um panorama geral da situação, bem como questionar, com maior propriedade e profundidade, a incompletude da listagem oficial do SUS, os impactos orçamentários de sua ampliação, entre outros temas recorrentes que, discutidos em ações individuais, nunca chegam a ser apreciados em sua totalidade, permanecendo o problema original de que decorrem diversas outras demandas individuais e assim por diante.

Há uma experiência semelhante, introduzida pelo Protocolo 14, de 2009, na Corte Europeia dos Direitos do Homem, que consiste, basicamente, na ideia de coletivização de uma demanda individual (desde que respeitados os critérios legais).

Em resumo, quando um cidadão provoca a jurisdição da Corte Europeia, tendo em vista ofensa perpetrada por um dos países signatários da Convenção Europeia para a tutela dos direitos humanos, a demanda (individual na origem) pode ser coletivizada ao exclusivo arbítrio da Corte, cujo mote será examinar melhor a matéria e, ao final, condenar o Estado demandado a regulamentá-la, de modo geral, ou seja, para todos os cidadãos potencialmente interessados.¹⁸³

O Incidente da Coletivização da Demanda Individual poderia ser um excelente instrumento, considerado o paradigma participativo na saúde, de ampliação do debate e, sobretudo, de concretização do primado da isonomia, sem favorecimento

¹⁸³ Na lição de José Rogério Cruz e Tucci, tal coletivização sofre, também, no âmbito internacional, severas críticas: “Já sob outro enfoque, à luz da comparação jurídica, tem sido muito criticada uma novidade, introduzida pelo Protocolo 14, de 2009, no âmbito da Corte Europeia dos Direitos do Homem (Tribunal de Estrasburgo), consistente no processo de “arrêt pilote” – julgamento piloto”. TUCCI, José Rogério Cruz e. **Paradoxo da Corte** - Um veto providencial ao Novo Código de Processo Civil! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Disponível em: 5 maio 2016.

dos indivíduos que acessam mais facilmente ao Judiciário, nem sempre os mais carentes.

Malgrado o insucesso, há ainda outra possibilidade de coletivização da demanda. O denominado Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), atualmente em vigor, representa técnica de **coletivização pelo julgamento** que, coexistindo com a possibilidade de **coletivização pelo ajuizamento** da demanda (consoante leis específicas da tutela coletiva), tem como pretensão primeira uniformizar a solução das demandas repetitivas, entre elas, destacadamente, as relativas à saúde pública.

Tramitam hoje no Estado de Santa Catarina aproximadamente vinte e cinco mil demandas relativas à saúde em geral, a maioria de cunho individual, sendo crível presumir a diversidade de entendimentos e disparidade das soluções dadas a casos absolutamente idênticos, caracterizando verdadeira “loteria” jurídica o julgamento em um ou outro sentido.¹⁸⁴

Somente, em 2015, foram propostas 9.976 novas demandas, estabelecendo uma média de 831 novas ações a cada mês. Em 2016, nos três primeiros meses do ano (janeiro, fevereiro e março), registraram-se 2.883 novos pleitos na área da assistência à saúde, muitos deles tratando da mesma temática.¹⁸⁵

Diante dessa realidade, o IRDR pode representar um avanço à prestação jurisdicional célere e mais efetiva.

A título de informação, registre-se que foi admitido o primeiro IRDR no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em 11/05/2016, versando sobre a exigibilidade ou não de hipossuficiência do paciente que reclama a dispensação de medicamentos contra os entes públicos e ainda se devem ser diferenciados os casos de insumos padronizados daqueles fora da listagem oficial.

5.2.2 O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas

O Novo Código de Processo Civil inaugura importante instrumento jurídico em prol da coerência, isonomia e segurança jurídica para o tratamento das demandas

¹⁸⁴ O número de demandas pendentes na área da Saúde em geral é alarmante no Estado de Santa Catarina (e, imagina-se, nos outros Estados da Federação). No primeiro grau, foram encontrados 23.624 processos e, nas Câmaras de Direito Público, 1.842 processos, além dos 55 processos pendentes em outros Órgãos Julgadores desse Tribunal.

¹⁸⁵ Sistema MEJUD e SGM, da Secretaria de Estado da Saúde.

repetitivas, pretendendo sua uniformização e, em última instância, a estabilização das relações sociais, essencial ao Estado Democrático de Direito.

A seguir, o teor do dispositivo:

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:
 I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
 II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

Segundo a doutrina de José Miguel Garcia Medina, o incidente é cabível quando se verifica existir controvérsia, **unicamente de direito**, que se replica em diversas demandas, interessando a solução da referida questão aos litigantes, em primeiro lugar, mas servindo indubitavelmente a um propósito maior, qual seja, "[...] a realização de valores constitucionais, sobretudo o da segurança jurídica"¹⁸⁶.

Com esse intuito, o instituto processual pretende concentrar os processos que "[...] versem sobre uma mesma questão de direito no âmbito dos tribunais e permitir que a decisão a ser proferida nele vincule todos os demais casos que estejam sob a competência territorial do tribunal julgador"¹⁸⁷.

O rito estabelecido pelo IRDR permite que o órgão indicado no Regimento Interno de cada Tribunal para uniformizar sua jurisprudência seja o competente para admitir, processar e julgar o IRDR (no prazo máximo de um ano), fixando a tese jurídica e, ao mesmo tempo, decidindo o recurso específico que o originou:

Art. 978. O julgamento do incidente caberá ao órgão indicado pelo regimento interno dentre aqueles responsáveis pela uniformização de jurisprudência do tribunal.
 Parágrafo único. O órgão colegiado incumbido de julgar o incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso, a remessa necessária ou o processo de competência originária de onde se originou o incidente.

Prescreve ainda ampla divulgação e publicidade acerca da instauração do Incidente¹⁸⁸, podendo, inclusive, o relator chamar Audiência Pública¹⁸⁹ a fim de construir solução multidisciplinar à controvérsia.

¹⁸⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 1324.

¹⁸⁷ BUENO. 2015, p. 613.

¹⁸⁸ Art. 979. A instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça.

Nas demandas envolvendo a dispensação de medicamentos e terapias protocolares ou não constantes do rol do SUS¹⁹⁰, por sua especificidade transbordar o conhecimento jurídico, a ouvida de especialistas e pessoas ligadas à área mostra-se de grande valia ao órgão julgador do Incidente, inclusive com perspectiva

§ 1º Os tribunais manterão banco eletrônico de dados atualizados com informações específicas sobre questões de direito submetidas ao incidente, comunicando-o imediatamente ao Conselho Nacional de Justiça para inclusão no cadastro.

§ 2º Para possibilitar a identificação dos processos abrangidos pela decisão do incidente, o registro eletrônico das teses jurídicas constantes do cadastro conterà, no mínimo, os fundamentos determinantes da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados.

§ 3º Aplica-se o disposto neste artigo ao julgamento de recursos repetitivos e da repercussão geral em recurso extraordinário.

[...]

Art. 982. Admitido o incidente, o relator:

I - suspenderá os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitam no Estado ou na região, conforme o caso;

II - poderá requisitar informações a órgãos em cujo juízo tramita processo no qual se discute o objeto do incidente, que as prestarão no prazo de 15 (quinze) dias;

III - intimará o Ministério Público para, querendo, manifestar-se no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 1º A suspensão será comunicada aos órgãos jurisdicionais competentes.

§ 2º Durante a suspensão, o pedido de tutela de urgência deverá ser dirigido ao juízo onde tramita o processo suspenso.

§ 3º Visando à garantia da segurança jurídica, qualquer legitimado mencionado no art. 977, incisos II e III, poderá requerer, ao tribunal competente para conhecer do recurso extraordinário ou especial, a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos em curso no território nacional que versem sobre a questão objeto do incidente já instaurado.

§ 4º Independentemente dos limites da competência territorial, a parte no processo em curso no qual se discuta a mesma questão objeto do incidente é legitimada para requerer a providência prevista no § 3º deste artigo.

§ 5º Cessa a suspensão a que se refere o inciso I do caput deste artigo se não for interposto recurso especial ou recurso extraordinário contra a decisão proferida no incidente.”

¹⁸⁹Art. 983. O relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

§ 1º Para instruir o incidente, o relator poderá designar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

§ 2º Concluídas as diligências, o relator solicitará dia para o julgamento do incidente.

¹⁹⁰O Sistema Único de Saúde, baseado na medicina de evidência, disponibiliza diversos medicamentos previamente selecionados com base na eficácia e segurança, compondo, assim, a listagem oficial denominada RENAME- *Relação Nacional de Medicamentos*, subdividida em Relação Nacional de Medicamentos do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, Relação Nacional de Medicamentos do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica e Relação Nacional de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica. Este rol é atualizado frequentemente, consoante os avanços técnicos na área e novas descobertas científicas. Por intermédio do Ministério da Saúde, mais especificamente da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias – CONITEC, novas drogas podem ser incorporadas às listagens oficiais, desde que: (a) sejam avaliadas cientificamente as opções terapêuticas disponíveis no mercado para a melhor escolha possível; (b) sejam verificadas a eficácia e segurança do medicamento submetido à incorporação; (c) haja baixa probabilidade de que novos estudos mudem as vantagens apresentadas pela nova tecnologia em relação às demais; (d) seja observado o “melhor benefício - menor risco” e o melhor “custo-efetividade. Cumpre esclarecer, por fim, que tal incorporação é regulada pela Lei n. 12.401, de 28 de abril de 2011 (que altera a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990), dispondo sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/30/Rename-2014-v2.pdf>>. Acesso em: 5 maio 2016.

de sedimentar tese jurídica capaz de apaziguar boa parte dos conflitos até então tratados às migalhas.

Sob esse aspecto em particular, a Audiência Pública, tanto em sede administrativa, quanto legislativa ou judiciária (hipótese do IRDR), representa, nos dizeres de Pilati¹⁹¹, a última fronteira para a construção do paradigma jurídico da pós-modernidade, baseado na ideia de decisão participativa e construída a partir da realidade, ou seja, analisando-se o conflito em sua totalidade.

Aliás, a temática envolvendo Audiência Pública mostra-se tão relevante, que dela se ocupa a parte final da presente dissertação, elencando-a como possível solução ao problema da judicialização da saúde no país, além de servir ao balizamento da atuação do Poder Judiciário na matéria, sob a perspectiva da soberania compartilhada.

Sem pretensão de esgotar a polêmica, mas honrando o intuito propositivo do trabalho, passa-se a uma singela tentativa de sistematização da intervenção judicial na saúde, corroborando a tendência evidenciada no Novo Código de Processo Civil de uniformidade dos julgados de casos similares e de respeito ao primado da segurança jurídica e da igualdade.

5.3 PARAMETRIZANDO A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA ÁREA DA SAÚDE

A fim de cumprir o propósito de dar tratamento isonômico aos casos idênticos ou muito similares, que na matéria relativa à postulação de medicamentos, cirurgias ou tratamentos médicos em geral mostram-se comuns, enumeram-se algumas premissas, a título de parâmetro à atuação do Judiciário, com base nos escritos de Barroso¹⁹².

5.3.1 Ações individuais

Segundo as conclusões de Barroso¹⁹³, em demandas individuais, o Poder Judiciário deveria restringir sua atuação à efetivação da obrigação estatal de

¹⁹¹ PILATI, 2015.

¹⁹² BARROSO, 2009, p. 36-42.

¹⁹³ Ibidem, p. 36.

disponibilizar os medicamentos ou as terapias constantes do rol elaborado pelos entes federativos.

Isso porque, na visão do autor, se estaria assegurando a universalidade das prestações e preservando a isonomia no atendimento aos cidadãos, independentemente de seu acesso maior ou menor ao Judiciário. De outro vértice, conforme o argumento democrático, seria evitada a ingerência desse Poder na tomada de decisões com repercussão no orçamento público e, em última instância, na eleição de prioridades e de políticas públicas, alijando-se a participação popular ainda que indireta (como acontece ao se eleger os representantes do Poder Legislativo), privilegiando-se o casuísmo judicial.

Em que pesem tais reflexões, estende-se um pouco mais além. Assim, acredita-se que, nas ações individuais versando sobre pretensões básicas, ligadas à noção de mínimo existencial (ainda que sem a devida regulamentação pelas políticas públicas), não se pode negar efetividade ao direito perseguido, notadamente por sua íntima correlação com a dignidade da pessoa humana e com os postulados da liberdade fática e da igualdade substancial.

Com efeito, havendo desrespeito a políticas públicas já instituídas (leia-se não fornecimento de medicamentos ou terapias protocolares, já padronizadas), deve-se concretizar o direito à saúde na base do tudo ou nada, ou seja, sem efetuar ponderações ou contraponto, especialmente com a cláusula da reserva do possível (até porque, como se afirmou anteriormente, mostra-se mais do que razoável, esperado até, exigir-se do ente estatal o cumprimento do estabelecido juridicamente). Na hipótese de malferimento à dignidade, igualdade substancial ou liberdade fática (mínimo existencial), a tutela individual é cabível, devendo-se, no entanto, ponderar com os demais princípios, inclusive relevando discutir a reserva do possível, que, **repise-se, não se limita a examinar questões orçamentárias, mas também o que legitimamente pode esperar o cidadão do Estado.**

Quaisquer outras pretensões que não se alinhem ao descumprimento de uma política pública já delimitada ou desafie o mínimo existencial do indivíduo devem ser deduzidas por meio das ações coletivas, de cujo rol se destaca a ação civil pública.

5.3.2 Ações coletivas

As pretensões versando sobre alteração das listas de medicamentos fornecidos pelo SUS, segundo Barroso¹⁹⁴, deveriam ser objeto de ações coletivas e/ou ações abstratas de controle de constitucionalidade.

Tal assertiva é fundada na concepção do autor de que, se por um lado descabe ao Judiciário deferir a litigantes individuais medicamentos não incluídos nas listagens oficiais, de outro, nada impede a discussão judicial de dito rol. No entanto, o autor propõe que a revisão seja feita apenas no “[...] âmbito de ações coletivas (para defesa de direitos difusos ou coletivos e cuja decisão produz efeitos erga omnes no limite territorial da jurisdição de seu prolator)” ou, ainda “[...] por meio de ações abstratas de controle de constitucionalidade, nas quais se venha a discutir a validade”¹⁹⁵.

O principal argumento a amparar tal parâmetro é o de que, em discussões coletivas ou abstratas, exige-se um aprofundamento do inteiro contexto da política pública aplicada, além de facilitar o dimensionamento dos reais custos para a sua ampliação ou modificação, com bases mais concretas das possibilidades existentes para tanto.

Interessante observar também que, nesse caso, se evitaria efetivar a microjustiça (para um caso concreto) em detrimento da macrojustiça (considerando-se outras necessidades relevantes, somado ao problema da limitação de recursos *versus* demandas ilimitadas). Sob essa perspectiva, Barroso¹⁹⁶ manifesta-se:

Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macrojustiças.

Por fim, ao endossar a reflexão de Barroso,¹⁹⁷ ressalta-se que a produção de efeitos *erga omnes* preserva o primado da universalidade e da igualdade no atendimento à população, baluartes do SUS.

Ainda, na concepção do autor, poder-se-ia elencar, na hipótese de alteração das listas de medicamentos disponibilizados pelo sistema público de saúde, alguns

¹⁹⁴ BARROSO, 2009.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 39.

¹⁹⁶ BARROSO, 2009, p. 39.

¹⁹⁷ *Ibidem*.

parâmetros complementares, capazes de orientar as decisões judiciais na temática, quais sejam: a) o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos; b) o Judiciário deverá optar por substâncias disponíveis no Brasil; c) o Judiciário deverá optar pelo medicamento genérico, de menor custo; e d) o Judiciário deverá considerar se o medicamento é indispensável para a manutenção da vida.

Tais balizas devem orientar não somente as alterações e inclusões de novos insumos e terapias nas demandas coletivas, mas também em demandas individuais versando sobre fármacos ou tratamentos não padronizados que repercutam na esfera do mínimo existencial e, em última instância, na dignidade, igualdade material e liberdade fática do cidadão.

Em tempo, complementando o que foi elencado, sobreleva-se a necessidade de ampliar e aprofundar o debate na área da Saúde, pluralizando e politizando a discussão com a inclusão de inúmeros agentes sociais e especialmente admitindo a existência desse novo sujeito de direito, o sujeito coletivo.

Corroborando essa intuição, destaca-se a tese desenvolvida por Fernanda Vargas Terrazas¹⁹⁸ de que, como os direitos sociais são direitos essencialmente coletivos, a garantia deles de forma individualizada – que ocorre normalmente quando há a atuação do Judiciário – faz com que haja tratamento diferenciado. E, ao contrário do que se imagina, essa diferenciação não é feita em benefício das pessoas que não possuem voz política, mas sim daquelas já consideradas no processo político.

Essa conclusão é embasada por uma pesquisa empírica levada a efeito junto aos pacientes atendidos pelo Fornecimento para Ação Judicial (FAJ) que, embora não seja um órgão na estrutura jurídica da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, consiste em uma estrutura física organizada para a entrega mensal de medicamentos determinados pela justiça aos litigantes em processos judiciais em face do ente estatal.

Após a captura e o cruzamento de uma série de dados das pessoas atendidas no FAJ, notadamente faixa de renda, escolaridade, tipo de moradia, ser ou não usuária habitual do SUS, entre outros, conclui a autora que a judicialização

¹⁹⁸ TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres.** Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8047/6837>. Acesso em: 1º maio 2016, p. 80.

da saúde não colabora com a democratização do sistema público de saúde, tampouco com o ideal de justiça social ou de fraternidade. Ao contrário, sua hipótese é no sentido de que fragiliza ainda mais o grande grupo de indivíduos excluídos politicamente, destacadamente porque não se consegue superar o modelo tradicional de solução de conflito, sendo ele próprio fator complicador do problema: a solução individualizada de uma questão coletiva.¹⁹⁹

Assim, acaba por criticar ferrenhamente a judicialização na matéria, especialmente no modelo tradicional de demanda individual, pois, em sua concepção, nenhum indivíduo pode titularizar um direito subjetivo sobre uma dessas coisas em particular (saúde, educação, moradia etc.):

[...] pela mesma razão que um condômino não tem um direito subjetivo exclusivo e excludente sobre uma parte qualquer de um bem condominial *pro indiviso*. O exercício de seus respectivos direitos está condicionado à possibilidade de exercício simultâneo e na mesma extensão do direito dos outros condôminos. Dessa forma, os direitos sociais, por terem o caráter de generalidade e serem usufruídos coletivamente, a fim de que haja um acesso igualitário aos respectivos bens sociais, não se ajustam à ideia de individualização. Isso porque, toda vez que um indivíduo tem acesso a um bem não distribuído aos demais – nas mesmas condições –, ele está recebendo um tratamento diferenciado – um privilégio –, o que é incompatível com a ideia de igualdade e de justiça.²⁰⁰

Ora, encampando-se a ideia da pesquisadora de que a saúde, como bem coletivo, merece um tratamento diferenciado pela complexidade e diversidade de interesses envolvidos, capaz de equacionar e construir decisão para a coletividade e não para os indivíduos, forçoso reconhecer a limitação do processo judicial clássico, individual e fragmentado na busca pela macrojustiça.²⁰¹

¹⁹⁹ Na pesquisa empírica empreendida pela autora, percebeu-se que 97% dos entrevistados embasaram seus pleitos judiciais a partir da prescrição de médico particular. Dentre os entrevistados, 89% disseram terem sido orientados pelo próprio médico a promover a ação judicial reclamando a dispensação do medicamento não padronizado pelo SUS. Ainda, 62% das demandas foram conduzidas por advogado particular. Por fim, 96% dos entrevistados atestaram utilizar o SUS somente para receber a medicação em foco, ou seja, não utilizam os serviços médicos do sistema público. Em matéria de renda, o maior percentual, correspondendo a 38% dos beneficiados, recebem de 2 a 5 salários mínimos. Dos entrevistados, 58% possuem o ensino médio e 40%, o ensino superior. Dos pacientes ouvidos, 96% possuem casa própria quitada, enquanto 18% encontram-se pagando as prestações da casa própria.

²⁰⁰ TERRAZAS. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8047/6837>. Acesso em: 1º maio 2016, grifo da autora.

²⁰¹ Ibidem. A autora demonstra que, assim como acontece com o Estado de Santa Catarina, o Estado de São Paulo gastou muito mais proporcionalmente falando com o cumprimento de decisões judiciais

Para Terrazas²⁰², a questão crucial é superar o mito de que as ações de medicamento realizam a justiça social, quando, o que se percebe, interpretando os dados de sua pesquisa empírica, é justamente o contrário.

do que com dispensação ordinária de medicamentos aos usuários do sistema de saúde. Eis suas considerações: “A Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo gastou, no ano de 2006, apenas com o cumprimento das decisões judiciais da comarca da capital de São Paulo (das pessoas que são atendidas no FAJ), R\$ 65 milhões para atender cerca de 3.600 pessoas. Em comparação, no mesmo ano, com o Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional (cuja execução é de responsabilidade estadual), a Secretaria de Saúde gastou R\$ 838 milhões para atender 380 mil pessoas. Isso significa que no Programa de Medicamentos de Dispensação Excepcional foram gastos, em média, R\$ 2.205,00/ano por usuário, enquanto com o cumprimento das determinações judiciais foram gastos, em média, R\$ 18.000,00/ano por beneficiado.” (TERRAZAS. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8047/6837>. Acesso em: 1º maio 2016.)

²⁰² Extrai-se do texto: “Em relação ao tipo de estabelecimento de saúde no qual foi feita a prescrição do medicamento solicitado, os resultados indicam que a maioria (60,63%) dos beneficiados por decisões judiciais foi atendida em serviços de saúde privados. Quanto aos condutores das ações, um primeiro ponto a destacar é que 60% dos entrevistados tiveram suas ações propostas por serviços particulares – advogados ou associações. Nesse sentido, merece atenção a atuação das ONGs e demais associações nesse papel. Dos entrevistados, 21,25% apontaram essas instituições como condutoras da ação judicial que propuseram. Em um primeiro momento, essa informação poderia sugerir uma boa organização e estruturação da sociedade civil na proteção dos direitos de determinados grupos (“portadores da doença X”). Considerável parcela desses 21,25%, porém, não sabia informar o nome da associação/ONG que lhe prestou assistência judiciária ou, não obstante conhecesse seu nome, nunca havia frequentado tal instituição, não sabia onde era sua sede etc. O contato era feito por meio de telefone, correio e e-mails. Além disso, os entrevistados não pagavam nenhum tipo de mensalidade ou contribuição para essas associações desconhecidas ou pouco conhecidas. Cruzando os dados das ações que foram conduzidas por associações/ONGs com a dos medicamentos solicitados (tabela 15), constatou-se que das 34 pessoas que disseram que o condutor da sua ação judicial havia sido uma associação/ONG, 23 haviam solicitado medicamentos para artrite reumatoide (67,65%). Coincidentemente, eram os solicitantes desses medicamentos específicos que não sabiam informar o nome da associação/ONG que lhe prestou o serviço de assistência jurídica. Enquanto na contagem geral 60% dos entrevistados eram oriundos da rede privada, quando são analisados somente aqueles que solicitaram medicamentos oncológicos, 84% dos entrevistados são oriundos da rede privada.

A distribuição das faixas de renda também muda. Há maior concentração nas faixas de dois até cinco salários mínimos e nas de mais de cinco salários mínimos. Modo como o entrevistado classifica sua vizinhança. Somando as opções “classe média” e “classe média baixa”, cerca de 70% dos entrevistados classificaram sua vizinhança como de classe média. Esse número parece retratar de forma fiel o grupo que predomina como propositor das ações. Pessoas razoavelmente informadas, que utilizam a rede privada na atenção à saúde, mas que, quando precisam de um medicamento de custo mais elevado – que não conseguem pagar ou que pagariam com dificuldade –, recorrem ao SUS. Isso porque este deve garantir seu direito à saúde, que nesse caso é composto por uma única prestação estatal: o fornecimento de medicamentos de custo elevado.

Primeiramente, e partindo das impressões obtidas durante a realização da pesquisa empírica, destaca-se que, independentemente de qualquer variável, aqueles que obtêm uma decisão judicial favorável ao fornecimento de medicamentos são cidadãos privilegiados. Isso porque eles têm acesso a bens diferenciados e a um tratamento distinto daqueles normalmente oferecidos aos usuários do SUS.

Recebem frequentemente os medicamentos considerados mais modernos e a falta dos medicamentos, quando ocorre, é prontamente sanada. Outro filtro a selecionar esse público diferenciado é o acesso à informação. Isso porque para chegar até o Poder Judiciário e conseguir uma decisão favorável, além de poder pagar por um advogado ou ter assistência judiciária gratuita – acesso à Justiça –, é preciso antes saber que existe esse caminho. Sendo assim, quem vai até um juiz para conseguir medicamentos, normalmente possui um nível de instrução ou renda que lhe permite ter a informação de que por meio de uma ação judicial é possível obter medicamentos gratuitamente do SUS”. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres.** Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8047/6837>. Acesso em: 1º maio 2016).

5.4 A AUDIÊNCIA PÚBLICA COMO FORMA DE POLITIZAÇÃO E DEMOCRATIZAÇÃO DA TEMÁTICA NAS TRÊS ESFERAS DE PODER

Ao retomar a noção de saúde pública como direito coletivo por excelência, é imprescindível repensar a forma pela qual se delibera e decide sua concretização, bem como se solucionam os conflitos decorrentes de sua ineficácia no meio social.

Figurando a saúde pública ao lado e em complemento a um meio ambiente sadio (com qualidade de vida!) como um bem coletivo, na concepção defendida por Pilati²⁰³, dever-se-ia primar por um processo decisório participativo nas três esferas de poder, pois, “em face da CRFB/88, os bens coletivos já não são monopólio da soberania representativa, que os tratava como mero caso de polícia entre Estado e infrator”.

Diante dessa nova realidade (ou melhor, complexidade), afirma o autor à urgência de um “[...] devido processo legal participativo pós-moderno[...]”, apto a construir a “[...] solução coletiva de direito aplicável à espécie; como se fosse um condomínio social, que contempla, ouve, e ao decidir, procura atender a todos os interesses, distribuindo de forma justa os ônus e bônus sociais”²⁰⁴.

Essa, aliás, é a verdadeira feição do SUS, extraído-se dos arts. 196 a 200 da CRFB o fundamento participativo da assistência à saúde pública.

Novamente, recorrendo-se aos ensinamentos de Pilati²⁰⁵, vale a transcrição da seguinte passagem:

Na verdade, o SUS é um sistema participativo, e o papel do Judiciário nesse caso, primordialmente, é de garantir que o SUS funcione como SUS, com participação. [...] o SUS deve estar habilitado a resolver o assunto de acordo com a natureza democrático-participativa do SUS; como propriedade de todos os brasileiros, então, o SUS não se coaduna com um processo constante de intervenção judicial autocrática tradicional.

Eis a grande complexidade do processo judicial participativo. Esse caso do SUS permite observar que o Judiciário brasileiro e o próprio SUS ainda não tomaram as devidas providências, comuns (no plano do *ius edicendi*), para um funcionamento participativo do sistema. As soluções individuais caso a caso – à moda tradicional e com as limitações do paradigma – só tem prolongado a agonia das instituições, e da população, em benefício muitas vezes de criminosos e corruptos. Da mesma forma, bens coletivos como

²⁰³ PILATI, 2015, p. 27.

²⁰⁴ Ibidem, p. 27.

²⁰⁵ PILATI, 2015, p. 67.

patrimônio histórico e cultural, ambiental, além do SUS e outros, são problemas e objetos de processo participativo e *o ius edicendi* deve ser exercido pelos órgãos envolvidos; tais bens pertencem ao Judiciário, ao Ministério Público, às autoridades do mesmo modo que pertencem à Sociedade. Não se restringem ao poder de polícia tradicional, como na ordem constitucional anterior a 1988.

Daí o porquê de o autor defender, sem menosprezo da importância da ação civil pública para a defesa dos interesses coletivos, a necessidade de se avançar em termos de **exercício dos bens coletivos**²⁰⁶. Isso porque o mencionado instrumento processual conserva o caráter reativo (punitivo) à lesão já ocorrida ou ameaça de lesão contra o bem coletivo, mas não dá conta do amplo exercício desses bens, erigidos constitucionalmente como coletivos autônomos, papel atribuído à Audiência Pública.

Desse modo, patente a necessidade de um novo paradigma, apto a construir soluções mais isonômicas e democráticas.

Pilati²⁰⁷ identifica a Audiência Pública como a mais genuína expressão da democracia participativa, utilizando-se da expressão “soberania compartilhada” para designar o verdadeiro propósito de sua realização.

Nesses termos, defende a sua relevância nas três esferas de Poder:

O processo legislativo refere-se à elaboração das leis participativas, ou seja, aquelas leis que têm por objeto dispor sobre bens coletivos constitucionais. A deliberação e aprovação travam-se no campo da Sociedade; a representação parlamentar, no caso, referenda ou rejeita (o que lembra a *auctoritas patrum* do Senado romano do período republicano). No processo administrativo participativo, da mesma forma: a autoridade do Poder Executivo convoca e preside à deliberação de exercício de direito sobre bem coletivo, mediante audiência pública, homologando a decisão respectiva; sem participação a decisão é ilegítima, e sem a homologação não vale. Não é diferente em relação ao processo judicial, quando a deliberação participativa for judicializada; o juiz acionado limita-se a garantir a participação, e quando assue a deliberação é para conduzi-la e homologar o resultado final (pois que o bem pertence aos litigantes coletivamente e não ao Estado, que ele representa no ato).²⁰⁸

Trata-se, portanto, de superar o caráter defensivo do direito (normalmente estampado em uma demanda coletiva, baseada na infração ou lesão ao direito) para

²⁰⁶ Ibidem, p. 43.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ PILATI, 2015, p. 42.

focar em seu aspecto prospectivo, ou seja, no que Pilati²⁰⁹ defende como sendo propriamente uma nova forma de exercício do direito coletivo e, por isso, de repercussão nas três esferas de Poder, e não apenas no Judiciário.²¹⁰

Em Santa Catarina uma iniciativa interessante merece menção, na medida em que busca aprofundar os debates acerca da saúde pública no Estado, inaugurando um diálogo multidisciplinar na esfera judicial, a teor do que propõe o Conselho Nacional de Justiça.²¹¹ Seguindo a recomendação do Conselho Nacional de Justiça

²⁰⁹ Ibidem.

²¹⁰ A partir dos resultados da Audiência Pública nº 4, realizada pelo STF em maio e abril de 2009, o CNJ constituiu um grupo de trabalho (Portaria n. 650, de 20 de novembro de 2009). Os trabalhos do grupo culminaram na aprovação da Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010, pelo Plenário do CNJ que traça diretrizes aos magistrados quanto às demandas judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em 6 de abril de 2010, o CNJ publicou a Resolução n. 107, que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução das demandas de assistência à Saúde – Fórum da Saúde. O Fórum da Saúde é coordenado por um Comitê Executivo Nacional (Portaria n. 8 de 2 de fevereiro de 2016) e constituído por Comitês Estaduais. A fim de subsidiar com informações estatísticas os trabalhos do Fórum, foi instituído, por meio da Resolução 107 do CNJ, um sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde, chamado Sistema Resolução 107. Após realizar dois encontros nacionais, o Fórum da Saúde ampliou sua área de atuação para incluir a saúde suplementar e as ações resultantes das relações de consumo (disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/forum-da-saude>).

²¹¹ Acerca do tema, registre-se o conteúdo da Resolução n. 31, do CNJ, de 30.03.2010: “[...] *Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que:*

a) até dezembro de 2010 celebrem convênios que objetivem disponibilizar apoio técnico composto por médicos e farmacêuticos para auxiliar os magistrados na formação de um juízo de valor quanto à apreciação das questões clínicas apresentadas pelas partes das ações relativas à saúde, observadas as peculiaridades regionais;

b) orientem, através das suas corregedorias, aos magistrados vinculados, que:

b.1) procurem instruir as ações, tanto quanto possível, com relatórios médicos, com descrição da doença, inclusive CID, contendo prescrição de medicamentos, com denominação genérica ou princípio ativo, produtos, órteses, próteses e insumos em geral, com posologia exata;

b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei;

b.3) ouçam, quando possível, preferencialmente por meio eletrônico, os gestores, antes da apreciação de medidas de urgência;

b.4) verifiquem, junto à Comissão Nacional de Ética em Pesquisas (CONEP), se os requerentes fazem parte de programas de pesquisa experimental dos laboratórios, caso em que estes devem assumir a continuidade do tratamento;

b.5) determinem, no momento da concessão de medida abrangida por política pública existente, a inscrição do beneficiário nos respectivos programas;

c) incluam a legislação relativa ao direito sanitário como matéria individualizada no programa de direito administrativo dos respectivos concursos para ingresso na carreira da magistratura, de acordo com a relação mínima de disciplinas estabelecida pela Resolução 75/2009 do Conselho Nacional de Justiça;

d) promovam, para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - UNACON ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia - CACON;

II. Recomendar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM, à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho - ENAMAT e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados;

(Recomendação n. 43 da Presidência), por meio do Convênio n. 174/2015 entre o Poder Judiciário (Tribunal de Justiça de Santa Catarina) e a Secretaria de Saúde de Santa Catarina, foi instalado, como projeto piloto, o Núcleo de Apoio Técnico/SC – NAT/SC, com objetivo principal de fornecer subsídios técnicos aos magistrados para o julgamento das ações que buscam compelir o Estado ao fornecimento de medicamentos e componentes nutricionais, viabilizando a troca de informações entre diferentes áreas do conhecimento.

Há, ainda, a intenção de estender o Convênio a outras comarcas, além da comarca da Capital, de forma gradativa, consoante ampliação da relevância desse diálogo institucional e de saberes. Registre-se, para tanto, que referido Núcleo procura congrega conhecimento científico específico na área da saúde, de modo a embasar as decisões judiciais sobre dispensação de terapias, insumos e complementos nutricionais, além de sobrelevar o viés coletivo da saúde. A iniciativa visa, ainda que de forma incipiente, preparar o Judiciário para a subsequente especialização de Varas Estaduais e Federais para processar e julgar ações que objetivem o acesso à saúde pública.²¹²

Por último, pretendendo chegar-se às considerações finais e retomando as teorias constitucionais contemporâneas, ousa-se afirmar que a distância a separar as bases teóricas do neoconstitucionalismo e do garantismo não chega a constituir um hiato na definição do direito fundamental à saúde, bem como quais são os limites à atuação racional do Judiciário na temática.

5.5 CONCILIANDO O NEOCONSTITUCIONALISMO (OU CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA) E O GARANTISMO NA ATUAÇÃO JUDICIAL EM MATÉRIA DE SAÚDE PÚBLICA

Do ponto de vista da atuação do Judiciário na matéria sob a óptica garantista de Ferrajoli²¹³, por mais que o autor defenda ser o direito à saúde, a exemplo dos demais direitos sociais fundamentais, um princípio regulativo (e não diretivo), tal fato não significa reconhecer uma obrigação prestacional por parte do Estado em toda e

b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria;”

²¹² Esse é o teor da Recomendação n. 43 do CNJ, conforme DJE/CNJ n. 157/2013, de 21.08.2013.

²¹³ FERRAJOLI, 2015, p.123-127.

qualquer demanda apresentada nessa seara. Ou seja, nem toda pretensão estará automaticamente albergada na regra. Exige-se, para operar a subsunção, a violação de uma proibição ou um dever correspondente ao princípio invocado. A propósito da assertiva, deve-se lembrar que, embora o autor condene a ponderação entre princípios colidentes, recomenda a ponderação dos fatos a fim de orientar o processo de subsunção à regra violada.

Nas hipóteses, portanto, das garantias constitucionais positivas, vale-se da **teoria da completude** para reconhecer a existência de uma lacuna legislativa e, por conseguinte, na violação constitucional por omissão da obrigação de concretizar o direito fundamental em destaque, por meio de uma **legislação de atuação**, consistente na introdução das garantias “[...] primárias e secundárias faltantes, que o princípio da completude impõe ao legislador e que integra a garantia constitucional primária positiva dos direitos constitucionalmente estabelecidos”²¹⁴.

De certo modo, reconhece o autor um direito subjetivo à concretização legislativa da garantia constitucional concernente aos direitos sociais prestacionais.

Segundo Ferrajoli²¹⁵:

Não menos importantes que as garantias constitucionais negativas são as garantias constitucionais positivas, impostas pelo princípio da completude e indevidamente negligenciadas pela doutrina, embora indispensáveis à efetividade dos direitos fundamentais constitucionais estabelecidos e, sobretudo, dos direitos sociais a prestações positivas: como a educação, a saúde e a previdência. Elas consistem no dever dirigido ao legislador, em respeito a tais direitos, de produzir uma legislação de atuação: em suma, na obrigação de introduzir garantias legislativas, primárias e secundárias, correspondentes aos direitos fundamentais constitucionalmente estipulados.

Na mesma direção de outros tantos direitos sociais, como a moradia, a educação, a previdência social e o trabalho, o direito à saúde exige a concretização por uma lei de atuação que estabeleça sua garantia, não se podendo considerar, a exemplo do que ocorre com os direitos patrimoniais, que esta se estabeleça simultaneamente ao próprio direito garantido.²¹⁶

Acerca do tema, discorre Ferrajoli²¹⁷:

²¹⁴ FERRAJOLI, 2015, p. 78.

²¹⁵ Ibidem, p. 75.

²¹⁶ Ibidem, p. 79.

²¹⁷ Ibidem, p. 79.

Isto vale, evidentemente, para todos os direitos sociais, como o direito à saúde ou à educação, e para os próprios direitos de imunidades de lesões penais, os quais, na falta de uma legislação social em matéria de assistência sanitária ou de ensino, ou das normas penais que proibam e punam suas violações, ou das garantias processuais relativas à liberdade individual – isto é, na falta de garantias fortes, sejam primárias ou secundárias – estão destinadas a permanecer no papel. Mas certamente não diremos, nestes casos, que não existem obrigações correspondentes aos direitos constitucionalmente estipulados e que, portanto, com base na noção de direito subjetivo tais direitos não existem. Na verdade, existe a obrigação constitucional, que, porém, apenas o legislador pode satisfazer, de introduzir garantias fortes, isto é, de colmatar as suas lacunas: uma obrigação que materializa e satisfaz, como garantia constitucional positiva, a tese teórica no nexo de implicação entre direitos e garantias. Acrescento que é esta a principal tarefa da política, que não se exaure nas atividades conexas à esfera do indecidível, mas inclui, sobretudo, a implementação da esfera do não decidível [...].

Ao mencionar o caso brasileiro em específico, ressalta-se a importância da introdução de garantias fortes aos direitos fundamentais sociais, como se percebe no trecho a seguir:

Limito-me a recordar a obrigação dos governos, introduzida pela Constituição brasileira, de respeitar, com efeito, precisos percentuais orçamentários relativos aos direitos sociais, isto é, a obrigação de destinar quotas mínimas da despesa pública à satisfação dos direitos sociais e, em particular, dos direitos à saúde e à educação. Graças a esta inovação, a garantia fraca da genérica obrigação do legislador de introduzir, sem qualquer vínculo quantitativo, leis destinadas a conferir efetividade aos direitos sociais se transformou em garantia forte da obrigação de destinar, para a satisfação de tais direitos, ao menos determinadas quotas do orçamento; **com o resultado de que as lacunas relativas à falta de introdução de tais leis, de per se insuscetíveis de reparação pela via jurisdicional, foram transformadas em antinomias, reparáveis por intermédio de iniciativas e ações dos órgãos do Ministério Público, como violações à Constituição.**²¹⁸

Com efeito, o entendimento mais recente da Corte gaúcha acerca de pleito relativo à saúde, mais especificamente exigindo medicamento não padronizado, reconhecendo um **direito subjetivo coletivo a uma prestação positiva por parte do ente estatal**, mas de natureza normativa – **uma ação normativa** –, alinha-se perfeitamente com o pensamento garantista.

²¹⁸ FERRAJOLI, 2015, p. 78-79; 133-222, grifo nosso.

Há certo grau de convergência desse pensamento com o de Alexy²¹⁹, quando distingue o direito subjetivo do cidadão em face do Estado de exigir uma ação positiva estatal fática ou normativa. Entende-se tratar de ação normativa quando o direito subjetivo consiste em ter, em face do Estado, um direito a que este crie uma norma, apta ao asseguramento pleno do direito fundamental em voga, ainda que em matéria de saúde tenda a definir a obrigação como sendo uma prestação fática, que pode ou não ser efetivada pela confecção de uma lei.

Assim, cumpre registrar que, ao arripio da teoria garantista defendida por Ferrajoli²²⁰, interpretar o art. 196 da CRFB de 1988 como regra, isto é, entender que todo e qualquer medicamento ou terapia requerida corresponde a uma obrigação estatal positiva e, portanto, deve ser “garantida” (leia-se aplicada imediatamente pelo Poder Judiciário), corresponde a um indesejável incremento do poder jurisdicional em usurpação da obrigação constitucional destinada ao legislador de introduzir garantias fortes aos direitos fundamentais sociais, tal qual o direito à saúde.

Aliás, a nítida separação entre direito e moral, base central da teoria garantista, rechaça, de forma ainda mais veemente, o chamado ativismo judicial, na medida em que submete a atividade jurisdicional aos estritos ditames da lei.

Causa, portanto, estranheza quando, em decisões judiciais de concessão de medicamentos não padronizados ou de cirurgias a serem realizadas no exterior, com custos estratosféricos, por exemplo, o julgador se valha da teoria garantista a fim de fundamentar seu processo decisório.

Relembre-se que, para o autor italiano, a prática jurisdicional justifica-se pelo exercício da subsunção, competindo ao juiz pequena margem de discricionariedade interpretativa com relação à parcela de indeterminação da linguagem legal.

De certo modo, os dois constitucionalistas trabalhados com maior afinco nesta pesquisa, um de matriz principialista (Alexy) e outro garantista (Ferrajoli), apesar das dissonâncias nos fundamentos de suas teorias, bastantes profundas, diga-se de passagem, não chegam a divergir quanto ao resultado encontrado ao fim e ao cabo das diferentes trajetórias de seus pensamentos.

É certo, também, que a teoria principialista confere maior margem de liberdade à atuação judicial, na medida em que admite a ponderação entre as normas fundamentais, a ser operada no caso concreto, efetivando-o na maior extensão

²¹⁹ ALEXY, 2011, p. 202.

²²⁰ FERRAJOLI, 2015.

possível. Contudo, não se confunde tal metodologia com o voluntarismo e subjetivismo judicial, a toda evidência incompatíveis com o Estado Constitucional de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Longe de se alcançar consenso, pretendeu-se, ao longo deste trabalho, evidenciar algumas polêmicas e problematizar algumas das soluções engendradas até este ponto do longo caminho que ainda resta a percorrer em direção à concretização e ao efetivo exercício popular e coletivo do direito fundamental à saúde.

De início, enfrenta-se a questão de uma nova dimensão de direitos que, ao lado de um novo tipo de constitucionalismo e de Constituição, enseja maior e mais significativa atuação do Poder Judiciário.

Nesse contexto sociojurídico, erige-se a saúde como direito social fundamental que, em sua dimensão individual, guarda consonância com a noção de mínimo existencial, com profunda e inseparável conexão com os princípios da dignidade, da igualdade material e da liberdade fática, reclamando tutela judicial própria, vale dizer, aplicada na base do tudo ou nada.

Igualmente merece tutela individualizada e na base do tudo ou nada o descumprimento das políticas sociais previamente definidas, descabendo, nesses casos, ponderar entre o direito ao recebimento de terapias ou insumos padronizados pelo SUS e o argumento da reserva do possível, pois se entende como reserva do possível não apenas as questões orçamentárias, mas, sobretudo, propõe-se a retomada de seu conteúdo original, derivado do Direito Alemão, consubstanciado no que pode ou deve o indivíduo razoavelmente esperar do Estado.

É evidente que pode o cidadão racional e razoavelmente esperar do Estado a concretização do mínimo existencial, até porque, sem isso, sem essa garantia, nem mesmo se pode cogitar de um Estado Democrático de Direito.

Todavia, é inegável que o direito fundamental à saúde mostra-se mais complexo do que isso, porquanto possui alcance muito maior que a efetivação do mínimo existencial. Configura, nessa perspectiva abrangente, um compromisso de se atingir o máximo possível em termos de promoção, proteção e recuperação da saúde no país, observadas as bases da universalidade e isonomia, verdadeiros pilares do próprio SUS.

Buscou-se, assim, distinguir a atuação judicial, especialmente seus limites, atrevido-se até a uma tentativa de parametrização, conforme a discussão

privilegiasse direito individual (mínimo existencial ou descumprimento legal) ou direito coletivo (versando sobre o máximo prometido ou ainda o máximo desejável).

Afirmou-se, nesse ponto, que somente no último caso cabe ponderar valores jusfundamentais, nos termos definidos por Alexy²²¹ e complementados por Atienza e Manero²²², a fim de resolver eventuais colisões entre princípios fundamentais, consideradas as condicionantes de fato e de direito, destacadamente a teoria da reserva do possível (em sua concepção primária).

Por último, mas não menos importante, pretendeu-se afirmar a dimensão e a natureza coletiva do direito à saúde, sinalizando-se a urgência na construção de um novo paradigma, capaz de proporcionar seu verdadeiro exercício como tal e não apenas refletir a preocupação com sua tutela coletiva, ao lado da individual.

Valendo-se da doutrina de José Isaac Pilati²²³, tratou-se da Audiência Pública, nas três esferas de Poder, como sendo a última fronteira à resolução das questões mais intrincadas da temática proposta nesta pesquisa.

Entendeu-se que, ao lado da evolução das tutelas coletivas, notadamente após a introdução de novos instrumentos na Lei Processual Civil recentemente em vigor, precisa-se ainda avançar um pouco mais, ampliando e, por que não afirmar, politizando a questão da saúde pública no Brasil.

Como se mencionou, o tema, em toda a sua amplitude e abrangência, não foi esgotado, tampouco se teve a pretensão de fornecer todas as respostas. Pretendeu-se, sim, formular algumas perguntas incômodas e defrontar com algumas “certezas” construídas jurisprudencialmente que, ao contrário do que se possa supor, fazem parte do problema e não de sua solução.

A solução, quer parecer, passa primeiro pela compreensão da complexidade do tema e, como não poderia deixar de ser, pela busca de um novo modelo de atuação legislativa, executiva e judiciária, pautada pela convicção de tratar a saúde de um bem coletivo por excelência e, nessa lógica, exigir a ampliação do debate, a democratização e a universalização do acesso a esse direito fundamental, passando, necessariamente, pela participação popular.

²²¹ ALEXY, 2011.

²²² ATIENZA; MANERO, 2016.

²²³ PILATI, 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos de Fraternidade como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Amicus Curiae**, v. 8, n. 8, 2011.

ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Law E-journal Panóptica**, 2016.

ATRIA, Fernando. **¿Existen derechos sociales?** Disponível em: <<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales-fernando-atrria.pdf>>. Acesso em: 15 setembro 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed., 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Constituição, Democracia e Supremacia Constitucional: Direito e Política no Brasil Contemporâneo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 55. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**. n. 34 abr/jun. Porto Alegre: Notadez, 2009.

_____. Manifestação em Audiência Pública. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 2 setembro 2015.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUENO. Cássio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARRIÓ, Genaro R. **Principios jurídicos y positivismo jurídico**. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. 3. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. **Boletim Científico** – Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8, jul/set, 2003.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS (1948). Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil** - Processo coletivo. 7. ed. Salvador: Jus Podivum, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos humanos**. O constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução: Alexandre Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. **Desafios e dilemas dos grandes países periféricos: Brasil e Índia**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003473291998000100006>. Acesso em: 5 abril 2016.

MACHADO. Rafael Bicca. Cada um em seu lugar: cada um com sua função. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). Apontamentos sobre o atual papel do Poder Judiciário brasileiro, em homenagem ao ministro Nelson Jobim. **Revista de Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thompson, 2005.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Pedro da Silva. **Eficácia normativa dos princípios constitucionais: o caso do direito à saúde** [Monografia]. URGs: Porto Alegre, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de processo coletivo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

NOBRE JR, Edilson Pereira. Ativismo Judicial: possibilidades e limites. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 55. São Paulo: Malheiros, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. **Os direitos fundamentais e os mecanismos de concretização: o garantismo e a estrita legalidade como resposta ao ativismo judicial não autorizado pela Constituição Federal** [Tese]. UFSC: Florianópolis, 2011.

PILATI, José Isaac. **Audiência Pública na Justiça do Trabalho**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____. Função social e tutelas coletivas: contribuição do Direito Romano a um novo paradigma. **Jurisprudência Catarinense**. v. 106.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Incidente de conversão da ação individual em coletiva no CPC projetado**: exame crítico do instituto. Disponível em: <<http://www.processoscoletivos.net/revista-eletronica/63-volume-4-numero-3-trimestre-01-07-2014-a-30-09-2014/1459-incidente-de-conversao-da-acao-individual-em-acao-coletiva-no-cpc-projetado-exame-critico-do-instituto>>. Acesso em: 5 maio 2016.

REIS JÚNIOR, Ari Timóteo. A teoria da reserva do possível e o reconhecimento pelo Estado de prestações positivas. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Ano 17, n. 86, maio-jun 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SARDÀ, Clara Marquet. Estado Social, Direitos Sociais e Princípios no sistema Consitucional da Espanha. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SERRAMALERA, Mercè Barcelò i (orgs.). **Direitos fundamentais em estados compostos**. Tradução: Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Unoesc, 2013.

SANTOS, Maurício de Melo. **O combate à epidemia de HIV/Aids no Brasil e o papel das organizações não governamentais**. Disponível em: <<http://www.revistahospitaisbrasil.com.br/artigos/o-combate-a-epidemia-de-hiv-aids-no-brasil-e-o-papel-das-organizacoes-nao-governamentais/>>. Acesso em: 9 setembro 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais** – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde nos 20 anos da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudilanciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_Tania_10_04_09.pdf>. Acesso em: 16 dezembro 2015.

SEVERO. Renata Corrêa. O princípio da reserva do possível e a eficácia das decisões judiciais em face da Administração Pública. **Fórum Administrativo** – Direito Público - FA. Ano 1, n. 1. mar 2001. Belo Horizonte: Fórum, 2001, p. 28.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: RT, 1982.

_____. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. *Novos Estudos Jurídicos*. v. 8, n. 2, maio/ago 2003.

TERRAZAS, Fernanda Vargas. **O Poder Judiciário como voz institucional dos pobres.** Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/8047/6837>. Acesso em: 1º maio 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Paradoxo da Corte** - um veto providencial ao Novo Código de Processo Civil! Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-17/paradoxo-corte-veto-providencial-cpc>>. Acesso em: 5 maio 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil** – Ley, derechos, justicia. Tradução: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2002.