

3

Do direito à saúde no Brasil: definições, amparo legal e excessos verificados

3.1

Aspectos gerais do direito à saúde no plano nacional

Para uma adequada compreensão do conceito de direito à saúde na amplitude consagrada pela carta constitucional de 1988¹, vale apresentar breve panorama histórico do tema.

Conforme exposição de Mariana Filchtiner Figueiredo², a primeira concepção de saúde, oriunda de povos primitivos, estaria ligada a uma explicação mágica da realidade, isto é, a doença decorreria da atuação de demônios e espíritos malignos. Tal concepção foi alterada na antiguidade grega, com Hipócrates, filósofo grego, que viveu no século IV a.C., que passou a identificar a influência de fatores ambientais na saúde dos indivíduos. Junto com a Idade Média, veio o retrocesso, e “a doença voltou a ser vista como castigo divino”³.

A partir do Renascimento, há uma progressiva restauração do pensamento clássico, culminando, com a efetivação do modelo Liberal burguês (séculos XVIII e XIX), na assunção pelo Estado da responsabilidade pela proteção à saúde, em muito por necessidades e pressões da nova ordem capitalista, que, com a urbanização crescente gerada pela Revolução Industrial e o correlato aumento e propagação exponencial de doenças, viu-se obrigado a garantir um mínimo de condições sanitárias à sua força de trabalho, sob pena de inviabilização do lucro e da estabilidade social e, conseqüentemente, do próprio modo de produção.

Finalmente, o século XX representou a consolidação desta tendência de centralização do dever de saúde no Estado, assim como de ampliação dos beneficiários e instrumentos de proteção e recuperação da saúde, tudo isso, acompanhado de uma crescente regulamentação internacional na matéria (especialmente após a II Grande Guerra).

¹ De forma a não desviar a atenção acerca do objeto principal do estudo, se utilizará, nesta remissão histórica, da análise já empreendida pela literatura nacional. Busca-se, também, evitar análises longas e que poderiam pecar por omissões, haja vista a necessidade de maior atenção à matéria de fundo da dissertação.

² FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op. cit., p. 77.

³ Ibid., p. 78.

Sueli Gandolfi Dallari identifica, neste histórico, um embate entre duas grandes correntes de pensamento que buscavam conceituar a saúde, envolvendo, de um lado, aqueles que *enfatizavam a compreensão da saúde como diretamente dependente de variáveis relacionadas ao meio ambiente, ao trabalho, à alimentação e à moradia* e, de outro, aqueles que pretendiam conceituar a saúde como *ausência de doenças*. Neste sentido pontua:

Buscaremos agora compreender, em grandes vãos, a evolução da conceituação da saúde durante a história da humanidade. Hipócrates, filósofo grego que viveu no século IV a.C., refere à influência da cidade e do tipo de vida de seus habitantes sobre a saúde e afirma que o médico não cometerá erros ao tratar as doenças de determinada localidade quando tiver compreendido adequadamente tais influências. Do mesmo modo, Paracelso, médico e alquimista suíço-alemão que viveu durante a primeira metade do século XVI, salientou a importância do mundo exterior (leis físicas da natureza e fenômenos biológicos) para a compreensão do organismo humano. Devido à sua experiência como mineiro, pôde mostrar a relação de certas doenças com o ambiente de trabalho. Também Engels, filósofo alemão do século XIX, estudando as condições de vida de trabalhadores na Inglaterra, nos albores da Revolução Industrial, concluiu que a cidade, o tipo de vida de seus habitantes e seus ambientes de trabalho são responsáveis pelo nível de saúde das populações.

Outra corrente de pensamento, entretanto, evolui no sentido de conceituar a saúde como sendo a ausência de doenças. Pode-se encontrar a origem de tal corrente nos trabalhos do filósofo francês do início do século XVII, Descartes, que, ao equiparar o corpo humano à máquina, acreditou poder descobrir a “causa da conservação da saúde”. Nessa linha de evolução, o século XIX enfatizou o caráter mecanicista da doença. Sob o predomínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado. Exatamente nesse momento os trabalhos de Pasteur e Koch, provando a teoria sobre a etiologia das doenças, fornecem, então, a causa que explica o defeito na linha de montagem humana.⁴

Com o fim da 2ª. Guerra Mundial, origem de verdadeira catástrofe humanitária, fatores políticos que culminaram com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) e de órgãos especiais, como a Organização Mundial de Saúde (OMS, 1946), permitiram a formulação de conceito, com pretensão de universal, para a saúde. Assim, de acordo com a definição estabelecida no preâmbulo da Constituição da OMS, saúde seria “o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não consiste apenas na ausência de doença ou

⁴ DALLARI, Sueli Gandolfi, *O conteúdo do direito à saúde*, p. 93.

enfermidade”⁵. Na verdade, verifica-se que houve uma deferência a ambas as correntes que se digladiavam, com prevalência da primeira.

No mesmo sentido do que até aqui se afirma, dando interpretação ampliada ao conceito de saúde, defende Lenir Santos que:

(...) não se pode mais considerar a saúde de forma isolada das condições que cercam o indivíduo e a coletividade. Falar, hoje, em saúde sem levar em conta o modo como o homem se relaciona com o meio social e ambiental é voltar à época em que a doença era um fenômeno meramente biológico, desprovido de qualquer outra interferência que não somente o homem e seu corpo.⁶

Tal conceituação estimula e concita os países a buscarem continuamente o bem-estar físico, mental e social de sua população, impedindo que a saúde seja tratada como de importância secundária, uma vez que esta só estará realizada (para a comunidade internacional) quando o Estado trabalhar, efetivamente, na busca do completo bem-estar.

Justamente por exigir a conjugação de diversos fatores para sua definição, que variam no tempo e no espaço, é que alguns doutrinadores se escusam de atribuir conteúdo certo e universal ao direito à saúde. Defendem que o conteúdo do direito à saúde apenas pode ser definido por cada comunidade, segundo seus interesses e condições, razão pela qual o próprio conceito estabelecido no instrumento regulador da OMS não se ateve a minúcias ou especificações. Neste exato sentido, colocam-se Sueli Gandolfi Dallari⁷ e Fernando Aith, de quem se transcreve a manifestação a seguir:

Em termos de hermenêutica jurídica, a complexidade e a amplitude do conceito oferecido pela OMS, que reconhece a essencialidade do equilíbrio interno entre os seres humanos e o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a compreensão da saúde, fazem com que o conceito de saúde somente possa ser determinado em cada realidade socioeconômica e cultural. Ou seja, para definir o conceito jurídico de saúde, é preciso analisar concretamente o contexto socioeconômico-cultural em que uma eventual violação ao direito à saúde ocorreu.⁸

⁵ OMS, 1946.

⁶ SANTOS, Lenir, *Direito à saúde, sistema único de saúde e a integralidade da assistência*, p. 148-9.

⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi, *op. cit.*, p. 96.

⁸ AITH, Fernando, *Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação*, p. 187.

Desta forma, cientes de que o conceito e o conteúdo de saúde devem ser buscados diante de cada sociedade, inicia-se a apreciação do ordenamento nacional.

Quando se pensa hoje em direito à saúde no Brasil, onde há uma profusão de normas, cujo ápice é a Constituição Federal de 1988, pode-se imaginar, equivocadamente, que se trata de direito há muito garantido e definido. Entretanto, na verdade, não se pode descuidar de que o Direito Sanitário, ramo do direito que estuda o direito à saúde, é de recente criação, desenvolvimento e consolidação, tanto no âmbito internacional, como no interno. Talvez esta percepção equivocada tenha origem no sentimento de essencialidade, fundamentalidade⁹, que o direito à saúde provoca, dado que a higidez física e mental é condição primeira para a efetivação dos demais direitos individuais ou sociais.

Conforme síntese apresentada por Luís Roberto Barroso¹⁰, a trajetória da saúde pública nacional passa por um período inicial, no qual a atividade do Estado se resumia ao combate a doenças epidêmicas e algumas ações sanitárias. A saúde curativa ficava a cargo de instituições privadas e da caridade. Apenas a partir da década de 30 do século XX, ocorre a formação de um sistema limitado e público de saúde curativa, estruturado por meio dos Institutos de Previdência (IAPs), de abrangência restrita aos trabalhadores vinculados ao respectivo instituto. Durante o regime militar, com a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), em 1966, representando a unificação dos antigos IAPs, manteve-se o modelo de caráter restrito do atendimento curativo, beneficiando apenas os trabalhadores (e respectivos dependentes), vinculados ao novo Instituto. Nesta época, portanto, grande contingente de indivíduos, porque excluídos do mercado formal de trabalho, continuavam a depender da caridade privada e dos poucos hospitais públicos gerais. Finalmente, com o processo de redemocratização, intensificou-se o debate acerca da universalização do serviço público de saúde, o que efetivamente ocorreu com a Constituição de 1988, através da criação do Sistema Único de Saúde (SUS), com o qual todos os brasileiros, independentemente de vinculação ao mercado formal de trabalho, tornaram-se

⁹ Conforme exposto no capítulo precedente, o direito à saúde é um direito social e fundamental.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 883-85.

possuidores de igual direito de atendimento, estando este sistema, desde então, em franca expansão.

Conforme se infere do relato histórico acima, apenas com a Constituição Federal de 1988 a saúde foi consagrada como direito fundamental social expreso (art. 6º, *caput*), tendo como titulares a generalidade da população. Antes disso, verificam-se meras referências ao tema relacionadas à distribuição de competências entre os entes federativos (art. 10, II da Constituição Federal de 1934; art. 16, XXVII da Constituição Federal de 1937; art. 5º, XV, *b* da Constituição Federal de 1946; art. 8º, XIV e XVII, *c* da Constituição Federal de 1967) ou, ainda, breves referências genéricas e restritas à saúde de grupos sociais limitados, como os trabalhadores (art. 121, § 1º, *h*) e as crianças (art. 138, *f*), ambas na Constituição Federal de 1934¹¹.

Além do processo de redemocratização nacional, cujo ápice se deu com a promulgação da Constituição de 1988, a evolução da proteção do direito à saúde no Brasil foi, em tudo, impulsionada pelo incremento da preocupação internacional nesta seara. Sobretudo após a tragédia humanitária representada pelos regimes nazistas e fascistas, bem como pela Segunda Guerra Mundial, buscou-se a consolidação de proteção mais efetiva à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos fundamentais. Neste esforço histórico, tem extremo relevo a criação de organizações internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU, 1945) e a Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946), bem como a celebração de tratados de abrangência mundial, que trouxeram importantes contribuições ao tema, direcionando sua evolução, tendo como exemplos mais

¹¹ Neste exato sentido, a análise empreendida por Flávia Bahia Martins: “No Brasil, a proteção constitucional do direito à saúde, como direito fundamental, ocorreu apenas em 1988, tendo em vista que os diplomas anteriores não deram a esse importante direito um grande destaque. As Constituições do Império (1824) e da República (1891) restaram silentes sobre a responsabilidade do Estado em relação ao direito fundamental à saúde. No texto da Constituição de 1934 havia, ainda que tímida, uma preocupação com a saúde do trabalhador (art. 121, § 1º, “h”) e também uma atenção sobre a mortalidade infantil e a higiene social e mental (art. 138, “f” e “g”). Em 1937, estabeleceu-se a proteção da saúde da criança (art. 16, XXVII) e o texto de 1946 determinava que a competência para legislar sobre a defesa e proteção da saúde seria da União (art. 5º, XV, “b”). As normas constitucionais durante o regime militar também não avançaram e se preocuparam com a fixação de competência legislativa, determinando que as leis federais seriam responsáveis pelo cuidado com a saúde” (MARTINS, Flávia Bahia, *O direito fundamental à saúde no Brasil sob a perspectiva do pensamento constitucional contemporâneo*, p. 75).

conhecidos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o Pacto dos Direitos Sociais, Culturais e Econômicos (1966).

Também é importante destacar o papel de relevo exercido pela 8ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em março de 1986, com intensa participação de autoridades públicas, organizações civis, grupos profissionais e partidos políticos, e que, por sua proximidade à Assembléia Constituinte de 1987, bem como pela consolidação de propostas de conformação da saúde no âmbito nacional (movimento sanitarista), exerceu nítida influência na redação final da nova Constituição Federal. Por sua importância histórica e utilidade como material interpretativo, cita-se relevante excerto de seu relatório final:

Em primeiro lugar, ficou evidente que as modificações necessárias ao setor saúde transcendem aos limites de uma reforma administrativa e financeira, exigindo-se uma reformulação mais profunda, ampliando-se o próprio conceito de saúde e sua correspondente ação institucional, revendo-se a legislação que diz respeito à promoção, proteção e recuperação da saúde, constituindo-se no que está convencionado chamar a Reforma Sanitária.
(...)

1- Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação e renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É, assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida.

2 - A saúde não é um conceito abstrato. Define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento de seu desenvolvimento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas.

3 - Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitária às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.¹²
(...)

É nítida a influência destas conclusões no processo constituinte que se instaurou no país logo após. O modelo então vigente estava superado, havendo um forte movimento social em prol da expansão (ou mesmo, universalização) do acesso à saúde em todos os níveis, partindo-se de um conceito abrangente, que

¹² BRASIL. 8ª. Conferência Nacional de Saúde. Relatório Final. Brasília: Ministério da Saúde/Conselho Nacional de Saúde. 1986.

exigia a busca de qualidade de vida e desenvolvimento social e econômico, como pressupostos de uma saúde plena.

Como síntese de todo este processo histórico, de lutas sociais e concessões governamentais, o constituinte de 1988 consagrou o direito à saúde como um daqueles direitos sociais e fundamentais (art. 6º, Capítulo II, Título II):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (redação original)¹³

Além disso, certamente visando conferir efetividade a tal direito, intimamente imbricado com o direito à vida e, por isso mesmo, condição prévia para o exercício da cidadania com dignidade, o constituinte, no título destinado à ordem social, trouxe uma série de dispositivos que, em seu conjunto, estabeleceram as linhas mestras do direito à saúde no âmbito nacional, definindo conceitos, princípios, fonte de custeio e a estrutura do novo modelo de saúde¹⁴.

Por fim, sobre o tema, ainda cabe destacar a previsão de competência comum às unidades federadas no que se refere à proteção da saúde dos portadores de deficiência (art. 23, II), da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre a proteção e defesa da saúde, em termos amplos (art. 24, XII), e dos Municípios, com a cooperação técnica e financeira da União e Estados, para prestar serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII).

Quatro conclusões principais podem ser obtidas da análise dos dispositivos constitucionais acima: a) adoção de um conceito de direito à saúde ampliado, nos termos preconizados pela OMS; b) previsão de criação do Sistema Único de Saúde, consagrando a total reformulação do sistema de saúde então vigente; c) atribuição ao Poder Público (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) da responsabilidade pela regulação, fiscalização, controle e execução, esta última, juntamente com a iniciativa privada, da saúde em termos amplos, e, d) participação da comunidade e da iniciativa privada na manutenção, desenvolvimento e execução do sistema de saúde.

¹³ Posteriormente, foram acrescentados ao *caput* deste artigo os direitos sociais à moradia (Emenda Constitucional nº 26 de 2000) e à alimentação (Emenda Constitucional nº 64 de 2010).

¹⁴ Para melhor compreensão do que aqui se afirma, sugere-se a leitura dos artigos 196 a 200 da Constituição Federal de 1988.

No que se refere ao conceito de saúde adotado pelo constituinte (art. 196), aceitou-se a tese de que a saúde, além de aspectos concernentes à cura de estados mórbidos ou de enfermidades, envolve, também, o controle das condições do meio ambiente, econômicas e sociais, pois apenas a atenção integrada a todos estes aspectos é capaz de garantir um real, efetivo e desejável estado de saúde. Tal conceito, conforme se evidencia a partir do até aqui analisado, representa a consagração do pensamento internacional predominante¹⁵, bem como dos ideais defendidos pelo chamado movimento sanitário e pela própria sociedade civil¹⁶.

Sobre o tema, Flávia Bahia Martins se pronuncia no mesmo sentido:

É importante destacar que o conceito de saúde adotado pelo constituinte de 1988 considera os fatores determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.) defendidos pelos sanitaristas. Além disso, impõe aos órgãos que compõem o SUS o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e, ao governo, o de formular políticas públicas condizentes com a melhoria de vida da população.¹⁷

Porém, mais importante do que definir um conceito foi a efetiva vontade do constituinte em formatar um sistema de saúde mais abrangente, abandonando o modelo até então vigente, caracterizado pela ineficiência, falta de coordenação e, em especial, pouca abrangência¹⁸.

Concretizando o texto constitucional, foram editadas uma série de leis, regulamentos e portarias, dentre as quais têm especial destaque a Lei nº 8.080/1990, que esmiuçou e traçou as principais características do Sistema Único de Saúde (SUS), dispondo acerca de seus objetivos, princípios e diretrizes, e a Lei

¹⁵ Lembre-se da carta de constituição da Organização Mundial de Saúde.

¹⁶ Cujo momento de maior evidência foi a já analisada 8ª Conferência Nacional de Saúde, em março de 1986.

¹⁷ MARTINS, Flavia Bahia, op. cit., p. 75-6.

¹⁸ Antes da Constituição de 1988, o sistema nacional de saúde, criado pela Lei nº 6.229/1975, encontrava-se fortemente segmentado. Os trabalhadores formais e seus dependentes, vinculados ao Regime de Previdência Social oficial (à época, INPS – Instituto Nacional de Previdência Social), faziam jus ao atendimento médico e hospitalar gratuito (ainda que em condições não adequadas), prestado pelo Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS), autarquia federal criada pela Lei nº 6.439/1977. A parcela da população alijada deste amparo “previdenciário” tinha dois caminhos: a rede particular de saúde ou a procura pelos poucos hospitais públicos e entidades assistenciais. Além da faceta curativa da saúde, sob a perspectiva da prevenção havia uma regulamentação um pouco mais desenvolvida e abrangente, com destaque para a oferta ampla de vacinas e sistema de vigilância sanitária (Leis nº 5.991/1973, 6.259/1975, 6.360/1976 e 6.437/1977), porém com o grave defeito da ausência de um verdadeiro sistema de saúde pública.

nº 8.142/1990, que tratou da participação popular na gestão do SUS e do financiamento de tal sistema¹⁹.

Dentre as diretrizes do SUS, as de maior interesse para o presente estudo são a universalidade de acesso (art. 7º, I, Lei nº 8.080/1990), a integralidade do atendimento (art. 198, II, CF/88 e art. 7º, II, Lei nº 8.080/1990) e a participação da comunidade (art. 198, III, CF/88 e art. 7º, VIII, Lei nº 8.080/1990).

As garantias da universalidade de acesso, isto é, a saúde devida a toda a população, e da integralidade do atendimento, que compreende a assistência médica, com prevalência das atividades preventivas, em todos os níveis de complexidade, consagram a pretensão de generalidade do novo sistema de saúde. Enquanto diretrizes, devem sempre pautar a ação do legislador e administrador público, em direção à realização cada vez mais ampla e abrangente da proteção e prestações em matéria de saúde. Tais diretrizes apresentam íntima relação com a isonomia, que aqui deve ser entendida em sua vertente material, isto é, garantir condições de saúde semelhantes a todos aqueles que estejam na mesma situação fática.

Não obstante sua importância, enquanto decisão política da comunidade, a universalidade e integralidade não podem ser interpretadas a partir de concepções absolutistas, a ponto de gerar deveres ilimitáveis em matéria de saúde. Conforme já se afirmou alhures, nota comum a todo e qualquer direito, seja individual ou social, fundamental ou não, é sua ínsita relatividade, decorrente, em especial, de sua coexistência com outros direitos na ordem jurídica ou da inexorável limitação de recursos (privados e públicos).

Lenir Santos deixa claro seu posicionamento acerca do caráter não absoluto da integralidade:

O direito à integralidade da assistência terapêutica não pode ser aleatório e ficar sob total independência reivindicatória do cidadão e liberdade dos profissionais de saúde para indicar procedimentos, exames e tecnologias não incorporados ao sistema, devendo a conduta profissional pautar-se por protocolos, regulamentos técnicos e outros parâmetros técnico-científico-biológicos. Esses documentos, orientadores do sistema, devem ser elaborados de forma que sejam capazes de

¹⁹ Para uma análise mais detalhada acerca da conformação legal do Sistema Único de Saúde, matéria que vai além dos limites metodológicos da presente dissertação, cf. BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde, *Para entender a gestão do SUS*, 2003; SANTOS, Lenir, op. cit., p. 152-179; AITH, Fernando, *Perspectivas do direito sanitário no Brasil: as garantias jurídicas do direito à saúde e os desafios para sua efetivação*, p. 201-220.

conjugar tecnologia, recursos financeiros e reais necessidades terapêuticas, sem acrescentar o que possa ser considerado supérfluo ou desnecessário nem retirar o essencial ou relevante.²⁰

E, após criticar o mercantilismo infiltrado na saúde, continua a sanitarista:

Nem todos os países ricos, que mantêm sistemas públicos de saúde de acesso universal, oferecem tudo para todos. Oferecem para *todos* aquilo que, com seriedade e de acordo com critérios técnicos, científicos, médicos e biológicos, entendem como necessário à garantia da assistência integral da coletividade, sem o excesso do mundo tecnológico-capitalista, que mais pretende vender que curar.²¹

Não se pode descurar que, cientes das limitações fáticas e jurídicas de uma concretização imediata e ilimitada do direito à saúde, a universalidade e integralidade foram positivadas como diretrizes, isto é, como instruções ou orientações a serem observadas no desenvolvimento e execução do Sistema Único de Saúde. Portanto, se é certo que o legislador e o administrador público devem perseguir tenazmente estes objetivos, a efetiva implementação do atendimento em saúde, seja nos aspectos de proteção, promoção ou recuperação, deve obediência aos regulares e legítimos procedimentos de elaboração de políticas públicas e estabelecimento de prestações por parte do Estado²².

Em um campo em que é impossível materialmente, para todo e qualquer Estado (desenvolvido ou em desenvolvimento), prestar tudo e para todos, deve-se concentrar o esforço dentro do âmbito do realizável, com a expansão do sistema de saúde de modo contínuo, progressivo e de acordo com a real vontade social. E é exatamente neste ponto que se evidencia a importância da terceira diretriz que se quer destacar, qual seja, a participação da comunidade.

Operacionalizada pela Lei nº 8.142/1990, através dos mecanismos das Conferências e Conselhos de Saúde, a participação da comunidade na gestão e desenvolvimento das ações do Sistema Único de Saúde assume lugar de enorme relevo, em especial, nas definições alocativas dos limitados recursos públicos. Cientes da impossibilidade de concretização ilimitada do direito à saúde, englobando tudo e todos, o legislador dividiu a responsabilidade pelas *escolhas*

²⁰ SANTOS, Lenir, op. cit., p. 166.

²¹ Ibid., p. 169.

²² Exatamente acerca da efetivação da integralidade, tramita o Projeto de Lei nº 338 de 2007, recentemente aprovado no Senado e remetido à apreciação da Câmara dos Deputados. Tal projeto, como exemplo de política pública, visa melhor especificar a extensão do princípio da integralidade no SUS, com especial atenção na definição das regras para fornecimento de medicamentos.

trágicas, isto é, pela definição do que deve (e pode) ser oferecido, com a comunidade. É justamente por isso que, quando chamado a intervir, o Judiciário precisa ter a preocupação em melhor conhecer o sistema e suas limitações, bem como as legítimas e democráticas opções sociais, que devem ser respeitadas, sobretudo quando construídas a partir da deliberação direta pela população.

Quanto ao que se acabou de afirmar, não se pretende realizar a apologia de uma defesa intransigente de toda e qualquer deliberação majoritária, pois, afinal, Estado de Direito e democracia exigem o respeito e a proteção das minorias. Mas não se pode admitir que, diante de um ambiente de escassez e de inúmeros interesses sociais contrapostos e auto-excludentes, não se dê qualquer valor ao trabalho de deliberação social. Quando não se busca o caminho do meio, quando não se delibera com responsabilidade e visão de conjunto, quando escolhas sociais legítimas são ignoradas em favor da vontade individual, é que surgem os abusos e equívocos mais graves por parte do poder público, aqui incluídos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Sobre a postura que se exige do Judiciário, Maria Célia Delduque e Mariana S. de Carvalho Oliveira assim expõem:

No entanto, a complexidade do setor da saúde exige do juiz uma adequada e proporcional decisão e nem sempre os tribunais pátrios analisam corretamente matérias envolvendo a saúde. Em matéria de saúde, é preciso buscar a clássica lição aristotélica de que a virtude está no meio termo, ou seja, o juiz deve reconhecer a dimensão do direito à saúde, mas não perder de vista os limites estruturais do setor e a compreensão dos atos administrativos que integram a política pública sanitária.²³

O SUS, na visão do constituinte, necessita da força social para sua concretização, seja por meios oficiais, como os previstos na Lei nº 8.142/1990, seja pela legítima pressão político-social que vem das ruas. Os necessários contornos da universalidade e integralidade devem ser construídos com participação popular intensa, podendo-se afirmar que não são ilimitados ou absolutos.

Acerca da importância da participação social na construção do SUS, as mesmas autoras citadas acima se pronunciam:

²³ DELDUQUE, Maria Célia e OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho, *Tijolo por tijolo: a construção permanente do direito à saúde*, p. 108.

A participação social para o planejamento e execução de políticas públicas concretizadoras do direito à saúde coaduna-se com a sua percepção jamais estática, mas em constante transformação devido às alterações mundiais, como o surgimento de novos vírus, novas formas de violência, mudanças comportamentais, como, por exemplo, nas relações sexuais e HIV/AIDS etc. a comunidade, em contato direto com essas transformações em seu dia-a-dia, é a protagonista mais indicada para suscitar questões públicas sanitárias.²⁴

Por fim, ainda no que pertine ao sistema de saúde brasileiro, cabe destacar que, além da legislação até aqui comentada, um sem número de outras leis, decretos, portarias, resoluções e atos legislativos e administrativos específicos foram e são editados em prol da regulamentação e funcionamento do sistema, constituindo, em seu conjunto, o objeto de estudo do direito sanitário²⁵.

À evidência, em razão de seu exponencial quantitativo e diversidade de assuntos abrangidos, referida legislação não será aqui abordada individualmente. Destaque deve ser dado apenas ao regramento legal e administrativo relativo à assistência farmacêutica, que tem na Lei nº 9.313/96 (medicamentos para portadores de HIV) e nas Portarias nº. 3.916/1998 (Política Nacional de Medicamentos) e 2981/2009 (lista de medicamentos fornecidos pelos entes públicos e responsabilidades), ambas do Ministério da Saúde, seus componentes de maior relevo. A importância deste subtema específico decorre do fato de quantitativo considerável de ações judiciais relativas à saúde envolverem a prestação estatal de medicamentos, *locus* em que se concentram debates atuais e de grande interesse jurídico e prático, como os limites, a correção e a influência das decisões judiciais, que envolvem medicamentos e outros tratamentos, sobre

²⁴ DELDUQUE, Maria Célia e OLIVEIRA, Mariana S. de Carvalho, op. cit., p. 109.

²⁵ Sobre esta profusão de atos regulamentadores, interessa citar pertinente passagem de Fernando Aith:

“O reconhecimento dado pelo art. 6º, que expressamente define a saúde como um direito humano fundamental, foi um avanço significativo para a proteção da saúde no Brasil e deu ensejo ao crescimento do Direito Sanitário no país. A importância da Constituição de 1988 para a consolidação do Direito Sanitário brasileiro é expressa, sobretudo, pelo Capítulo II do Título VIII da Constituição Federal, que trata da Ordem Social, com enfoque para a sua Seção II, que trata especificamente da Saúde (arts. 196 a 200).

A partir daí viu-se uma produção normativa nunca antes vista no que se refere ao tratamento do Direito Sanitário: destaquem-se as Leis que representam, em seu conjunto, o que se convencionou chamar de Lei Orgânica da Saúde (Leis 8.080 e 8.142, ambas de 1990); os diversos Códigos Sanitários Estaduais e Municipais; as Leis de criação das Agências Nacionais de Vigilância Sanitária (Lei n. 9.782/1999) e de Saúde Suplementar (Lei n. 9.656/1998); a recente Lei que criou a Hemobrás e também a recente Lei de Bioética (Lei n. 11.105/2005), entre outras diversas que tratam exclusivamente de assuntos relacionados com a promoção, proteção e recuperação da saúde no Brasil. Isso sem falar dos inúmeros regulamentos infralegais (Decretos, Portarias, Resoluções produzidos a partir dessa nova ordem normativa).” (AITH, Fernando Mussa Abujamra, *Consolidação do direito sanitário no Brasil*, p. 74).

outros princípios e institutos jurídicos, bem como sobre as políticas públicas formuladas.

Longe de afirmar que o SUS ou a política pública em matéria de saúde são perfeitos e acabados, o que decerto seria uma grande leviandade ante a verificação da realidade por demais preocupante, não se pode deixar de reconhecer que muito se fez ao longo destes pouco mais de 20 anos. Tivemos, por exemplo, a consolidação do SUS (um dos maiores sistemas de saúde pública do mundo), a elaboração de intensa produção normativa e a ampliação do acesso a este direito.

O poder público, se ainda não conseguiu atender aos anseios sociais²⁶, não pode ser acusado de estar omisso²⁷, sendo certo que a legítima atuação legislativa e administrativa devem ser tomadas a sério pelo Judiciário, quando chamado a decidir acerca de assuntos que envolvem a saúde. É com esta visão que se pretende desenvolver os itens e capítulos subseqüentes.

3.2

Absolutização e excessiva judicialização do direito à saúde: principais críticas identificadas

Tudo o que até aqui se desenvolveu teve como escopo tornar possível a análise dos principais problemas que são identificados como decorrentes de uma interpretação e concretização com feições absolutistas, que vêm sendo adotadas em matéria de saúde pública. Para a adequada consecução deste objetivo, não se pode ignorar a crescente intervenção do judiciário nesta seara, em fenômeno conhecido como “judicialização da saúde”, muitas das vezes não acompanhada de qualquer preocupação com a sistematicidade, isonomia e com a escassez de recursos materiais disponíveis.

No que se refere à tendência de absolutização do direito social à saúde, dando continuidade à tarefa já iniciada no capítulo anterior, pretende-se enfatizar,

²⁶ Ainda que na prática, sob certo ponto de vista, possa considerar-se impossível fazê-lo, ante a natural ilimitabilidade das pretensões humanas.

²⁷ Acerca da não omissão dos poderes públicos, assim se pronunciou Barroso: “(...) não seria correto afirmar que os Poderes Legislativo e Executivo encontram-se inertes ou omissos – ao menos do ponto de vista normativo – no que toca à entrega de medicamentos para a população. Ao contrário, as listas definidas por cada ente federativo veiculam as opções do Poder Público na matéria, tomadas – presume-se – considerando as possibilidades financeiras existentes.” (BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 889).

neste item, problemas específicos decorrentes da atuação judicial com esta característica, tudo sob a predominância de uma abordagem teórica.

Frise-se, como já dito anteriormente, que não se pretende questionar a juridicidade do direito à saúde, mas chamar a atenção para aspectos negativos de tal fenômeno, como seus excessos, falta de parâmetros seguros e razoáveis de orientação e controle de resultados. O direito à saúde, abstratamente considerado, é um direito público subjetivo do cidadão; a Constituição de 1988 não dá margem a dúvidas. Porém, tal não se confunde com sua ilimitabilidade, devendo ser evitadas decisões judiciais neste último sentido.

De modo a confirmar o que acima se afirmou, isto é, a magnitude e a maximização da intervenção do Judiciário na alocação de recursos públicos na área da saúde, utilizar-se-á de alguns números, de forma exemplificativa e cientes de suas limitações estatísticas²⁸: a) de acordo com informações obtidas no Ministério da Saúde, em 2008 a União gastou cerca de R\$52.000.000,00 (cinquenta e dois milhões de reais) com a aquisição de medicamentos por imposição judicial. Em 2002, este valor era de R\$2,2 milhões (dois milhões e duzentos mil reais)²⁹; b) conforme relato do Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, além deste gasto direto (preço do produto), em cada demanda judicial na qual a União é condenada a fornecer medicamentos, há um custo extra de cerca de R\$600,00 (seiscentos reais), gastos na operacionalização do procedimento (publicação do ato de dispensa de licitação e transporte do medicamento)³⁰; c) o Estado do Rio de Janeiro, segundo seu Subprocurador-Geral, no ano de 2008, gastou cerca de R\$29.000.000,00 (vinte e nove milhões de reais) no cumprimento de decisões judiciais, ao tempo em que a Procuradoria-Geral daquele Estado vem

²⁸ Frise-se, mais uma vez, o intuito meramente exemplificativo da menção, que por não consistir no objeto central da dissertação, ignorará suas eventuais deficiências metodológicas, como ausência de atualização monetária dos números, de identificação do destino dos gastos (se decorrentes de falhas na execução dos programas existentes ou da inexistência dos mesmos), dentre outros inúmeros fatores. Não obstante estes aspectos, que não podem ser ignorados, acredita-se que os dados numéricos apresentados contribuem, de alguma forma, para a compreensão da dimensão do problema, que continuará ser identificado e esmiuçado nos itens subsequentes.

²⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos. *DOSEMENSAL - Boletim do Departamento de Assistência Farmacêutica e Insumos Estratégicos do Ministério da Saúde*.

³⁰ SILVA, Edelberto Luiz da, *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal – tema: direito à saúde. Fala dos especialistas*.

recebendo cerca de 40 (quarenta) novas ações de medicamentos por dia útil³¹; d) o Estado de São Paulo já teve gastos superiores a R\$400.000.000,00/ano (quatrocentos milhões de reais por ano) para o fornecimento de medicamentos em atendimento a determinações judiciais³²; e) no ano de 2008, o programa de dispensação de medicamentos excepcionais do Estado de São Paulo (MEDEX) destinou R\$1.125.000.000,00 (um bilhão, cento e vinte e cinco milhões de reais) para atender 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) pessoas, enquanto, no mesmo período, as determinações judiciais geraram dispêndio de R\$350.000.000,00 (trezentos e cinquenta milhões de reais) para atender 33.000 (trinta e três mil) pessoas³³; f) em 2007, o Rio Grande do Sul gastou R\$6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais) mensais com ações judiciais de medicamentos, enquanto Minas Gerais gastou R\$40.000.000,00 (quarenta milhões de reais) no ano com essas ações^{34, 35}.

Não se pode negar a importância maiúscula do direito à saúde, pressuposto do direito à vida com dignidade, porém, tratar sua concretização de modo superficial, acaba por gerar conflitos insolúveis, que atingem, em cheio, a viabilidade de outros direitos de extrema importância social, sem os quais a vida humana não se realiza de forma plena.

Por outro lado, não se descartam os conflitos formados ao se buscar a concretização do direito à saúde dos diversos indivíduos. Diante de um modo de produção capitalista e do fosso existente entre os recursos materiais disponíveis e as pretensões ilimitadas dos seres humanos³⁶, escolhas e opções são necessárias, podendo-se qualificá-las de trágicas, dada a importância dos bens e valores envolvidos.

³¹ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar, *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal – tema: direito à saúde. Fala dos especialistas.*

³² ZAKIR, Alexandre Sampaio, *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal – tema: direito à saúde. Fala dos especialistas.*

³³ HOFF, Paulo Marcelo Gehm, *Audiência Pública no Supremo Tribunal Federal – tema: direito à saúde. Fala dos especialistas.*

³⁴ COLLUCCI, Cláudia, *Triplacam as ações judiciais para obter medicamentos.* Folha de São Paulo, São Paulo, 09 jan. 2009. Caderno Saúde.

³⁵ Para uma análise interessante acerca dos gastos em saúde pública, vide: MEDICE, André, *Breves considerações sobre a relação entre financiamento da saúde e direito sanitário no Brasil*, p. 243-78; CARVALHO, Gilson, *Financiamento Federal para a saúde no Brasil, 2000-2009*, p. 281-307.

³⁶ Fosso que, em matéria de saúde, apenas se amplia com a evolução tecnológica constante, não acompanhada de uma redução de custos. Sobre a questão dos crescentes custos médicos, cf. AMARAL, Gustavo e MELO, Danielle, op. cit., p. 87-92.

Muitas vezes, investir na instalação de um novo leito de UTI, destinado a tratamentos de saúde complexos, pode representar a ausência de recursos para a saúde preventiva, mais barata e abrangente. Ou fornecer determinado medicamento, mais caro e tecnologicamente avançado, porém de resultados pouco mais significativos do que os de geração anterior, pode prejudicar a não atenção devida a doenças típicas da pobreza, como a cólera, desnutrição, disenteria, hanseníase e pneumonia. São escolhas como estas, envolvendo a equação vida x vida, ou saúde x saúde, que devem ser enfrentadas a cada dia pelo poder público, exigindo responsabilidade e conhecimento adequado.

O desrespeito ao que até aqui se afirmou, evidenciado através de posicionamento no sentido do absolutismo do direito à saúde, não obstante sua nobreza axiológica, pode representar verdadeiro empecilho para a concretização adequada deste importante direito, uma vez que camuflam os problemas estruturais sabidamente existentes, desorganizam ainda mais a já nada organizada administração pública, além de acarretar a violação de diversos princípios e regras jurídicas, premissas de um ordenamento jurídico sólido e adequado para o desenvolvimento social em termos amplos.

Será justamente das críticas e dos problemas mais comuns, decorrentes da aplicação com feições absolutistas do direito à saúde, em especial quando do julgamento de lides individuais, que se tratará a seguir.

Deve-se destacar que a escolha das críticas e problemas a serem analisados teve em conta o que há de mais comum e recorrente nesta seara, considerada a análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema³⁷. A simples referência às mesmas não significa adesão, sob qualquer forma, ou aceitação da validade de cada uma das críticas de *per se*. Porém, fato é que, em seu conjunto, servem para demonstrar os graves problemas que uma interpretação ou concretização

³⁷ Em razão da adesão, já exposta acima, à juridicidade do direito fundamental social à saúde, não será abordada a crítica, recorrente, ligada ao suposto caráter programático de tais normas, por entendê-la incompatível com este posicionamento anterior. Para uma compreensão abrangente acerca do tema, que hoje encontra-se praticamente pacificado na doutrina e jurisprudência, vide: SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2003; BARROSO, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, 2006; SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2005; SARLET, Ingo Wolfgang, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*.

irrefletida podem causar, bem como fundamentam a necessidade de estabelecimento de parâmetros que as tornem mais racionais.

Por fim, deve ser esclarecido que o estudo dos problemas e críticas selecionados será feito a partir de grupos, definidos em função de suas evidentes relações. Acredita-se que tal providência trará ganhos metodológicos e sistemáticos ao tema.

3.2.1

Separação de poderes e déficit democrático

Crítica recorrente à intervenção judicial na efetivação do direito social à saúde é a suposta violação aos princípios democrático e da separação de poderes³⁸.

Segundo a parcela da doutrina que adere a este pensamento, ao atuar na concretização do direito à saúde, alterando programas e estabelecendo a alocação de recursos públicos, o Judiciário estaria exercendo escolhas eminentemente políticas, que, segundo o pensamento jurídico-político que se pode referir como mais tradicional, seriam tarefas conferidas ao legislador e ao chefe do Executivo, democraticamente eleitos. Estaríamos, assim, diante de uma extrapolação das competências e funções conferidas ao Poder Judiciário, mero intérprete e guarda da lei.

A tradicional separação de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário, cuja sistematização moderna tem como expoente Montesquieu, reservava ao

³⁸ A título exemplificativo, estas críticas são lembradas em trabalhos de Ingo Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang, *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*); Daniel Sarmiento (SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*); Fátima Vieira Henriques (HENRIQUES, Fátima Vieira, *Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional*, p. 843 e ss.) e no de Luis Roberto Barroso, do qual transcreve-se breve trecho pertinente:

“Uma terceira impugnação à atuação judicial na matéria, repetidamente formulada, diz respeito à intricada questão da *legitimidade democrática*. Não são poucos os que sustentam a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. Tais recursos são obtidos através da cobrança de impostos. É o próprio povo – que paga os impostos – quem deve decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos. E o povo pode, por exemplo, preferir priorizar medidas preventivas de proteção da saúde, ou concentrar a maior parte dos recursos públicos na educação das novas gerações. Essas decisões são razoáveis, e caberia ao povo tomá-las, diretamente ou por meio de seus representantes eleitos” (BARROSO, Luís Roberto., *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 892-893).

último uma função passiva ante os primeiros, por meio da qual controlaria a atuação ilegal (e inconstitucional) do Estado e dos particulares, interpretando a lei e as políticas públicas elaboradas pelo Legislativo e concretizadas pelo Executivo. Destaque-se que esta divisão não seria absoluta pois, de modo a conter abusos de cada um dos Poderes, haveria um sistema de mútuo controle (freios e contrapesos) e contenção entre eles³⁹.

Se, por um lado, esta visão mais tradicional do princípio da separação de poderes foi consagrada pelos movimentos constitucionalistas burgueses dos séculos XVII e XVIII como forma de limitação ao poder monárquico, por outro, serviu, juntamente com instituições da democracia representativa, para a contenção do poder constituinte do povo, tudo isto, sob a pretensão de garantir a estabilidade política, jurídica e social⁴⁰.

Talvez por sua gênese de instrumento estabilizador e de contenção social, o princípio da separação de poderes continua a ser tido como um pilar do Estado Democrático de Direito⁴¹, havendo forte resistência a situações que representem a assunção de funções, tradicionalmente deferidas a um Poder, pelos demais⁴². E é

³⁹ Victor Nunes Leal (LEAL, Victor Nunes, *Cinco Estudos*, p. 101-113) identifica em uma segunda etapa do pensamento de Montesquieu esta íntima e necessária relação entre os poderes (freios e contrapesos), que, segundo seu entendimento, entraria em contradição lógica com a primeira etapa da construção doutrinária do autor, isto é, com a própria separação de poderes, não obstante exercer importante função finalística (contenção das reivindicações das massas sociais). Os chamados federalistas, precursores da primeira fase do constitucionalismo americano, deram grande ênfase e desenvolvimento ao sistema de mútuo controle entre os poderes (*checks and balances*), apresentando inspiração eminentemente reacionária, com o principal objetivo de limitação do poder do parlamento.

⁴⁰ A preocupação burguesa com a estabilidade, através do desenvolvimento de instituições conformadas como democráticas, pode ser identificada nas obras de Emmanuel Joseph Sieyès (SIEYÉS, Emmanuel Joseph, *A Constituinte Burguesa: Que é o Terceiro Estado?*), Benjamin Constant (CONSTANT, Benjamin, *Princípios Políticos Constitucionais*, p. 104-105) e do trio de federalistas formada por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay (HAMILTON, A.; JAY, J.; MADISON, J., *Os Artigos Federalistas*, p. 104-105). Victor Nunes Leal (LEAL, Victor Nunes, *Cinco Estudos*, p. 104-105), Antônio Negri (NEGRI, Antônio, *O poder constituinte: ensaio sobre as alternativas da modernidade*, cap. IV) e Francisco de Guimaraens (GUIMARAENS, Francisco de, *O poder constituinte na perspectiva de Antônio Negri*, p. 81-109) bem identificam esta característica.

⁴¹ Vide sua consagração no texto constitucional de 1988 (art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário).

⁴² Na verdade, a separação de poderes no Brasil sempre apresentou a proeminência do Poder Executivo sobre os demais. Nos primeiros anos da nova ordem constitucional, tal situação restou muito evidente: através do uso abusivo de Medidas Provisórias, o Executivo assumiu as funções do Legislativo, diante de um Judiciário inerte e complacente. Interessante ver que os brados contra a violação da separação de poderes nesta época foram menos potentes do que aqueles ouvidos com a recente mudança de postura do Judiciário (ativismo judicial). Talvez a séria tentativa de concretização dos direitos fundamentais sociais, símbolo deste último movimento, tenha algo haver com isto...

isto, justamente, que se discute estar ou não ocorrendo diante da maior atuação judicial na concretização do direito à saúde, a qual, sob certos aspectos, pode ser tida como excessiva.

Soma-se a esta crítica de violação ao princípio da separação de poderes, o fato de que o Judiciário, em tese⁴³, não detém a mesma legitimidade democrática dos demais poderes, uma vez que seus membros não são escolhidos pela vontade popular.

Considerando que a nossa democracia atual é a do tipo representativa⁴⁴, na qual periodicamente os indivíduos (cidadãos) são chamados a eleger seus representantes no Legislativo e Executivo, a realização de opções políticas pelo Judiciário, composto no Brasil por membros concursados e outros indicados politicamente, tiraria do povo a responsabilidade final pelas escolhas trágicas.

Quando se debate acerca da legitimidade democrática da atuação judicial sobre políticas públicas, algumas grandes questões podem ser identificadas, quais sejam: poderiam os magistrados, enquanto agentes públicos não eleitos, modificar ou invalidar decisões tomadas pelo legislador ou pelo chefe do Poder Executivo, autoridades democraticamente sufragadas? Em caso positivo, as decisões da maioria representada não estariam sendo desconsideradas, com evidente violação ao princípio democrático? Por que a vontade ou posição dos membros do Poder Judiciário deve prevalecer sobre a dos representantes eleitos pelo povo? Como conciliar a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, seu correlato

⁴³ Se diz em tese, pois diante da crítica, diversos autores apresentam contra-argumentos, que, em razão de limitações metodológicas, não serão analisados. Vale apenas destacar o argumento de que a verdadeira democracia somente pode ser exercida por cidadãos preparados e instruídos adequadamente, razão pela qual, é imprescindível a garantia propiciada pelos direitos fundamentais. Neste sentido, ao colaborar com a efetivação dos direitos sociais, o Judiciário estaria assegurando as próprias condições da Democracia, capacitando o cidadão para uma participação política efetiva. Resta saber, se o preço cobrado não será alto demais, podendo-se vislumbrar os seguintes efeitos colaterais: violação a outros princípios constitucionais, como a legalidade e separação de poderes, crise institucional, despotismo judicial, enfraquecimento de movimentos populares, com a apatia política dos cidadãos, entre outros.

Para o interessado no tema, vale conferir a sistematização de argumentos em favor da legitimidade democrática do Judiciário, apresentada por: CAPELLETTI, Mauro, *Juízes Legisladores?*, p. 92-107.

⁴⁴ Não obstante as doutrinas clássicas da democracia atribuírem importância fulcral à participação popular direta nas decisões políticas do Estado, temos que aceitar que, seja por limitações estruturais, seja por evolução no conceito, o verdadeiro exemplo de democracia que temos hoje é aquela do tipo representativa, um “arranjo institucional para se chegar a decisões políticas que realiza o bem comum fazendo o próprio povo decidir as questões através da eleição de indivíduos que devem reunir-se para realizar a vontade desse povo”, nos dizeres de Schumpeter (SCHUMPETER, Joseph, *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, p. 313). Esta é a democracia real, a Poliarquia de Dahl (DAHL, Robert A., *Poliarquia*, p. 31).

respeito pelo Estado e o controle de constitucionalidade, com o respeito às deliberações democráticas?

Não se tem a pretensão de responder a todas estas questões, que, dada sua complexidade, mereceriam estudo individualizado e exclusivo. O mesmo se diga a respeito do embate entre procedimentalistas e substancialistas, no qual os primeiros, ao insurgirem-se contra o controle material exercido pelos juízes sobre o mérito de atos administrativos e conteúdo das leis, valem-se, como argumento, da suposta ilegitimidade democrática do Judiciário⁴⁵. São discussões de extrema importância que, entretanto, não estão contidas nas lindes do estudo proposto, que se interessa mais pela identificação de excessos e abusos na judicialização da saúde, consideradas as críticas a que tradicionalmente se sujeitam.

Desta forma, a título conclusivo, mesmo que se considere que as funções estatais não são distribuídas de modo absoluto entre os Poderes, havendo o exercício de atividades típicas de um Poder por outro⁴⁶, fato é que cada um deles deve continuar possuindo a primazia de sua função própria, sob pena de violação à opção constituinte (art. 2º, CF/88).

Para impedir a sobreposição indevida de um Poder sobre outro, as hipóteses excepcionais de atuação devem conter-se ao estabelecido na lei fundamental, respeitando e garantindo o exercício legítimo e democrático das atribuições próprias de cada Poder. Por outro lado, a legitimidade da intervenção judicial decorre da própria Constituição (artigos 5º, XXXV, 92 a 126, todos da CF). Portanto, a dúvida não pode se concentrar na possibilidade desta intervenção, mas apenas na extensão e forma da mesma.

A atuação judicial em matéria de saúde situa-se na tênue fronteira entre a omissão e a atuação excessiva, ambas inconstitucionais. Ao mesmo tempo em que o Judiciário não pode permanecer inerte frente ao sistemático desrespeito de Executivo e Legislativo aos direitos fundamentais sociais, deve haver parâmetros

⁴⁵ Sobre a polêmica entre as duas correntes mencionadas (procedimentalismo e substantivismo) vale conferir a análise empreendida por Ana Carolina Lopes Olsen (OLSEN, Ana Carolina Lopes, *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 269-292), boa fonte para início de pesquisa. Para leitura exemplar de posição procedimentalista: HABERMAS, Jürgen, *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v. I. Para a posição contrária, cf. CAPELLETTI, Mauro, op. cit.

⁴⁶ Como a edição de Medidas Provisórias pelo Executivo, a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito pelo Legislativo e a administração de seu pessoal pelo Judiciário, exemplificativamente.

para sua atuação e controle, pois as legítimas escolhas administrativas e legislativas devem ser prestigiadas. São os abusos que devem ser contidos.

O juiz não é administrador público, sobrevivendo vários problemas (jurídicos e fáticos) quando resolve avocar esta função, em especial, ao ignorar políticas públicas estabelecidas em um ambiente de escassez de recursos. Além disso, ao atuar desta forma, o Judiciário se coloca no alvo de críticas, muitas delas plausíveis, uma vez que ignora a distribuição de funções constitucionalmente definidas, substituindo Legislativo e Executivo na importante tarefa de realizar escolhas alocativas, ratificadas por um sistema de democracia representativa que atribuí legitimidade popular aos últimos.

3.2.2

Reserva do possível: limitações jurídicas (princípios e regras orçamentárias) e fáticas (materiais e financeiras)

A reserva do possível, assunto dos mais estudados quando se trata da aplicabilidade dos direitos sociais⁴⁷, apresenta íntima relação com o caráter não absoluto dos direitos, decorrente da existência de limitações fáticas e jurídicas à plena aplicabilidade dos mesmos.

Como já se afirmou, diante das pretensões e interesses infinitos dos seres humanos e dos recursos limitados, escolhas trágicas se fazem necessárias, uma vez que todos os direitos têm custos. Os direitos fundamentais, em que pese sua importância maior no ordenamento jurídico, estão igualmente sujeitos a restrições, de modo a conciliar, da melhor forma possível, os diversos interesses sociais. Estas restrições podem decorrer da natural inexistência de insumos materiais,

⁴⁷ O presente estudo se limitará a fornecer breve esboço do tema. Para maiores referências, diversas obras e estudos podem ser consultados, entre eles: TORRES, Ricardo Lobo, *O direito ao mínimo existencial*; OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit.; KRELL, Andreas, op. cit.; SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*; SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*; SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*; BARCELLOS, Ana Paula, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit.; SCAFF, Fernando Facury, *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*; CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *“Metodologia fuzzy” e camaleões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais*; TORRES, Silvia Faber, *Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas*; GOUVÊA, Marcos Maselli, *O Direito ao fornecimento estatal de medicamentos*; WEICHERT, Marlon Alberto, *O direito à saúde e o princípio da integralidade*.

recursos humanos e tecnológicos suficientes para atender a toda a demanda⁴⁸, bem como ser resultado de legítimas escolhas alocativas pelos órgãos democraticamente responsáveis, que priorizam determinados gastos públicos em detrimento de outros⁴⁹.

A expressão reserva do possível foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento que discutia a possibilidade de o Judiciário ampliar o número de vagas oferecidas nas Faculdades de Medicina de Hamburgo e Munique para estudantes aprovados no vestibular, mas classificados além do número de vagas disponíveis. É o famoso caso *numerus clausus*. Andreas J. Krell resume e analisa a decisão daquele Tribunal:

Essa teoria, na verdade, representa uma adaptação de um topos da jurisprudência constitucional alemã (...), que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição de disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade dos mesmos estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da composição dos orçamentos públicos.

Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses direitos a prestações positivas (*Teilhaberechte*) “estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade”. Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado estaria obrigado a criar a quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender a *todos* os candidatos.⁵⁰

Para melhor compreender esta posição, que aqui se denomina de tradicional, e que acaba tendo forte conexão com a menor efetividade dos direitos sociais, vale transcrever a síntese dos principais entendimentos acerca de reserva do possível, empreendida por Canotilho, ressaltando que o autor português não assente com a adoção irrestrita de quaisquer delas:

⁴⁸ Exemplo de limitação natural, que se relaciona com a impossibilidade lógica, é a inexistência de um direito imediato ao transplante de órgãos, decorrente da inexistência de doadores aptos e em número suficiente para atender a toda demanda. O mesmo se diga dos candidatos a adoção (considerando que a adoção é um direito), pois se o número de crianças e adolescentes órfãos for menor do que o número de interessados na adoção, não há nada o que possa ser feito, legitimamente, para que o direito de alguns não se veja frustrado.

⁴⁹ Restrição desta segunda espécie é identificada quando, diante das finitas disponibilidades financeiras do Estado, o legislador determina a construção de escolas de ensino fundamental, não sobrando verbas para ampliação do ensino superior público. Ou, quando opta pela atenção primária em saúde, em detrimento da expansão de leitos de UTI. Frise-se que apenas podemos falar em restrições legítimas, ainda que decorrentes de escolhas alocativas, diante da real limitação de recursos para realização ampla e irrestrita de todos os direitos. Quando esta limitação real ocorre, as restrições e escolhas são necessárias, não obstante sua tragicidade.

⁵⁰ KRELL, Andreas, op. cit., p. 52.

1. “Reserva do possível” significa a total desvinculação jurídica do legislador quanto à dinamização dos direitos sociais constitucionalmente consagrados.
2. Reserva do possível significa a “*tendência para zero*” da eficácia jurídica das normas constitucionais consagradoras de direitos sociais.
3. Reserva do possível significa *gradualidade* com dimensão lógica e necessária da concretização dos direitos sociais, tendo sobretudo em conta os limites financeiros.
4. Reserva do possível significa *insindicabilidade* jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação legislativa das normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais.⁵¹

Se é verdade que no Brasil, com a Constituição Federal de 1988, torna-se juridicamente inviável a adoção irrestrita dos conceitos acima apresentados, em especial, em face da fundamentalidade dos direitos sociais e da previsão de sua aplicabilidade imediata, não se pode chegar ao ponto de desconsiderar, por completo, as limitações que podem incidir sobre a exequibilidade dos direitos. Estas limitações podem ser reunidas em dois grandes grupos, as jurídicas e as fáticas, embasando, cada uma delas, considerações próprias acerca da reserva do possível, que deve ser entendida em sentido amplo, isto é, não restrita a considerações de ordem financeira.

Tradicionalmente, característica decorrente de sua própria origem, o conceito de reserva do possível na maioria das vezes é utilizado apenas diante dos direitos sociais⁵². Sob uma visão de que esta espécie de direitos apresenta elevado custo econômico de implementação e manutenção, inicialmente, restringe-se, no Brasil, o conceito de reserva do possível como forma de estabelecer uma limitação à aplicabilidade de tais direitos.

Conforme percuente análise empreendida por Ana Carolina Lopes Olsen, a adoção do conceito de reserva do possível no país se deu em um momento de

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, “*Metodologia fuzzy*” e *camaleões normativos*” na *problemática actual dos direitos econômicos, sociais e culturais*, p. 107.

⁵² Ao se referirem à reserva do possível, diversos autores limitam-se à análise dos direitos sociais, indicando, expressa ou implicitamente, que aquela limitação apenas se aplica a esta espécie de direitos. Certamente, este posicionamento decorre do entendimento tradicional, que liga a existência de custos apenas aos direitos prestacionais. Exemplificativamente: TORRES, Ricardo Lobo, *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*, p. 74; SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 569-574; QUEIROZ, Cristina, *Direitos fundamentais sociais*, p. 99; SCAFF, Fernando Facury, *Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos*. A mesma limitação pode ser extraída de passagem da obra de José Carlos Vieira de Andrade, quando o doutrinador português refere-se à situação de inerente escassez de recursos (materiais e jurídicos) à disposição do Estado “*para satisfazer as necessidades econômicas, sociais e culturais de todos os cidadãos*” (ANDRADE, José Carlos Vieira de, op. cit., p. 186).

crise do Estado de Bem-Estar Social e de escancarada influência dos ideais neoliberais. Assim, como forma de conter a dogmática constitucional de plena eficácia dos direitos fundamentais sociais, que ganhou decisivo impulso com a promulgação da Constituição Federal de 1988, importou-se a teoria alemã da reserva do possível, utilizando-a contra decisões judiciais que determinavam o cumprimento de prestações previstas nas novas normas⁵³.

A partir de considerações jurídicas e fáticas, disseminou-se o entendimento de que, ao contrário dos direitos individuais e políticos, os direitos sociais estariam sujeitos a sérias limitações financeiras e a uma realização progressiva, submetida a apreciações de cunho econômico e de políticas públicas⁵⁴.

Talvez por seu emprego indiscriminado, atécnico e ideológico quando de sua introdução no território nacional, a reserva do possível passou a sofrer forte rejeição de parcela da jurisprudência⁵⁵ e doutrina que viam nela mera tentativa do poder público em se desvencilhar do cumprimento de importantes prestações sociais. Neste exato sentido, identifica-se o posicionamento de Andreas J. Krell, que qualifica a adoção da reserva do possível no país como uma falácia, fruto da utilização acrítica de um conceito oriundo do direito constitucional comparado, sendo enfático ao discorrer:

Pensando bem, o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero; a subordinação aos “condicionantes econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”. Num país com um dos piores quadros de distribuição de renda do mundo, o conceito da “redistribuição” (*Umverteilung*) de recursos ganha uma dimensão completamente diferente.

(...)

(...) O mundo “em desenvolvimento” ou periférico, de que o Brasil (ainda) faz parte, significa uma realidade específica sem precedentes, à qual não se podem descuidadamente aplicar as teorias científicas nem as posições políticas

⁵³ OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 175-183.

⁵⁴ Deve-se fazer referência, novamente, à tese defendida por Holmes e Sunstein, de grande aceitação no plano nacional, segundo a qual, existem custos na implementação e realização de todo e qualquer direito, negativo ou positivo (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*). Uma vez aceita, entende-se que a reserva do possível, por lógica, poderia ser invocada diante de qualquer espécie de direito. Sob esta perspectiva, querer manter a aplicabilidade da reserva do possível apenas aos direitos sociais, mal oculta uma escolha política em prol dos direitos individuais, que sempre seriam privilegiados nas escolhas alocativas. Dada as exigências metodológicas para o desenvolvimento de tão instigante tema, fica aqui esta breve referência, vez que basta, neste momento, a compreensão ampla da reserva do possível, enquanto crítica formulada ao absolutismo dos direitos.

⁵⁵ Alguns exemplos jurisprudenciais serão analisados no último tópico deste capítulo.

transladadas dos países ricos. Assim, a discussão européia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado⁵⁶.

O argumento da falibilidade da adoção acrítica de conceitos jurídicos estrangeiros é de difícil resposta, ademais quando considerada a enorme diversidade de situações fáticas e sociais entre o Brasil e a Alemanha, assim como a constatação de que nosso país ainda não teria feito tudo o que lhe era possível, no campo político, para cumprir os mandamentos constitucionais. Soma-se a isso, a utilização ideológica e sem fundamentação adequada do conceito de reserva do possível, identificada acima. Porém, referidos elementos, em que pese sua importância, não bastam para a análise completa da aplicabilidade e utilidade do conceito de reserva do possível, uma vez que, além dos mesmos, o critério da ponderação de interesses na implementação de direitos e a real limitação de recursos, não podem ser desconsiderados.

A crítica, pura e simples, à adoção do princípio da reserva do possível não pode ser aceita, sem que se considerem todos os elementos envolvidos e sem que se indiquem meios viáveis de se lidar com o problema da escassez.

O Estado, frente às pretensões coletivas, termo aqui tomado em sentido amplíssimo, abrangendo todo e qualquer interesse dos cidadãos, como os direitos individuais, políticos e sociais, encontra-se inerentemente sujeito a restrições de ordem fática e jurídica, pois os recursos e instrumentos colocados à sua disposição são limitados. Se na própria Alemanha a jurisprudência viu-se obrigada a ceder frente a constatação da impossibilidade de concretização geral e irrestrita de prestações, desde que o Estado agisse razoavelmente, o que dizer do Brasil, país de condições sociais e econômicas muito inferiores, onde as exigências ao Estado podem atingir níveis elevadíssimos e, algumas vezes, irrealizáveis em seu conjunto. O direito nem sempre pode mudar a realidade, como lembra Ana Carolina Lopes Olsen:

De fato, não se pode negar que nem sempre a realidade se curva, pura e simplesmente, ao comando das normas. O elemento prescritivo do direito – e no caso, a normatividade da Constituição ao prever determinadas condutas materiais por parte dos agentes públicos – depende de uma certa correspondência entre

⁵⁶ KRELL, Andreas, op. cit., p. 54.

norma e realidade. Não se pode prescrever o impossível sob pena de se subjugar o texto constitucional à força dos fatos, tornando-o uma mera “folha de papel”, como já previra Lassale.⁵⁷

Também interessante citar que mesmo Andreas J. Krell, em que pese repudiar a adoção do conceito de reserva do possível no Brasil, se curva à realidade na seguinte passagem de sua obra:

Limitar normas constitucionais a expressar a realidade de fato seria a sua negação. Mas o Direito tem seus próprios limites e por isso não deve normatizar o inalcançável; ele se forma com elementos colhidos na realidade que precisam de ressonância no sentimento social. O equilíbrio entre esses dois extremos é que conduz a um ordenamento jurídico eficaz. Sempre será necessário que o texto constitucional tenha respaldo na realidade fático-social existente, para que seja obedecido.^{58, 59}

Portanto, a utilização do conceito de reserva do possível, desde que em bases bem fundamentadas e livres de cargas ideológicas, decorre da própria realidade, a qual impede a realização ampla e irrestrita de todas as pretensões e interesses sociais em conjunto, exigindo a análise, em concreto, da proporcionalidade da conduta estatal e de sua compatibilidade com o ordenamento constitucional e com a máxima efetividade possível dos direitos e interesses conflitantes, tudo isso, valendo-se da técnica da ponderação de valores.

Feitas estas considerações e retomando questão já afirmada acima, as limitações que dão margem à reserva do possível podem ser agrupadas em dois grupos: jurídicas e fáticas⁶⁰.

⁵⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 202.

⁵⁸ KRELL, Andreas, op. cit., p. 25-26.

⁵⁹ Gustavo Amaral também teve a oportunidade de se pronunciar acerca deste aspecto: “Também não nos parecem razoáveis máximas como ‘se está na lei é para ser cumprido’, pois a lei, não importa seu nível hierárquico ou a devoção que lhe emprestem os governantes, não consegue remover a escassez e, existindo ela, alguém deixará de ser atendido, alguém sofrerá dano ou mesmo morrerá” (AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 102).

⁶⁰ Além de bem definirem a mencionada dúplici dimensão da reserva do possível, Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo acrescentam mais uma, qual seja, a proporcionalidade da prestação: “A partir do exposto, há como sustentar que a assim designada reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, que abrange a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo; c) já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade. Todos os aspectos

A reserva do possível jurídica, em que pese apresentar diversas perspectivas, muitas vezes é lembrada por sua relação com normas de competência e orçamentárias. Da primeira espécie de normas, tratou-se no item anterior, quando da análise do princípio da separação de poderes⁶¹. Resta aqui, portanto, traçar breves considerações acerca dos argumentos da segunda espécie, isto é, as limitações jurídicas decorrentes das normas orçamentárias.

A destinação de recursos, na saúde pública, não é feita de modo arbitrário e aleatório pela Administração, ao sabor de prioridades ou conveniências conjunturais; ao contrário, como toda e qualquer despesa da Administração, há necessidade de prévia autorização e previsão orçamentária, chancelada pelo Poder Legislativo, delas não podendo o Administrador afastar-se, sob pena de violar os artigos 165, “*caput*” e parágrafos, e 167, incisos I, II, V, VI, VII e § 3º, todos da Constituição Federal.

Previstos os gastos, compete ao Poder Executivo a tarefa de organizar e planejar as despesas públicas, para quem foi outorgada, constitucionalmente, a prerrogativa de avaliar sua viabilidade material, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, e quais as prioridades administrativas.

referidos guardam vínculo estreito entre si e com outros princípios constitucionais, exigindo, além disso, um equacionamento sistemático e constitucionalmente adequado, para que, na perspectiva do princípio da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais, possam servir não como barreira intransponível, mas inclusive como ferramental para a garantia também dos direitos sociais de cunho prestacional” (SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 14-15).

O Estado, na realização de prestações positivas, não deve ser exigido de modo irrazoável ou desproporcional. Assim, poderia-se considerar como irrazoável a conduta de indivíduo que, mesmo com ótimas condições financeiras ou, detentor de plano de saúde, exigisse do Estado a realização de procedimento cirúrgico eletivo, ainda que, naquele momento, houvessem recursos fáticos disponíveis (ainda que escassos) e que tal atendimento não fosse proibido juridicamente. Silvia Faber Torres também identifica a ligação da reserva do possível com a razoabilidade (TORRES, Silvia Faber, *Direitos prestacionais, reserva do possível e ponderação: breves considerações e críticas*, p. 785-785). Acerca do princípio da proporcionalidade, voltar-se-á ao tema nos próximos tópicos.

⁶¹ Além da diversidade de funções entre os Poderes do Estado, a questão da competência envolve a divisão constitucional de atribuições legislativas e administrativas entre os diversos entes federativos (arts. 21 a 25, 30 e 32, todos da CF/88). Esta divisão, relativamente à efetivação do direito social à saúde, é mais um tema controvertido, o qual justificaria estudo monográfico específico. Acerca do mesmo, vale conferir, ainda que não exaustivas, as considerações expostas em FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 150-165; BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 885-890; e, GOUVÊA, Marcos Maselli, *O Direito ao fornecimento estatal de medicamentos*.

Além disso, sob esta mesma ótica, é imprescindível que todas as despesas públicas constem do Orçamento dos entes federativos, por força do princípio orçamentário da *universalidade*, consubstanciado no art. 165, § 5º, da Constituição Federal⁶². Portanto, para que um programa de governo seja implementado pelo Executivo, como o de fornecimento de medicamentos, por exemplo, é necessário que as despesas estejam inseridas no Orçamento anual, sob pena de violação à própria Constituição. Além de instrumento autorizativo dos gastos públicos, o orçamento exerce a importante função de planejamento e controle das despesas públicas, sendo instrumento essencial para a efetivação dos princípios constitucionais da legalidade e da eficiência⁶³.

A partir destas considerações, estar-se-ia diante de um dilema constitucional, pois a necessidade de realização ampla dos direitos fundamentais poderia entrar em choque com os procedimentos jurídicos disponíveis para a persecução deste objetivo. Ou, ainda, em termos mais concretos, poderia ser levantada a questão: o Judiciário tem legitimidade constitucional para determinar alterações alocativas, ou novos gastos, sem previsão orçamentária?

Diversos aspectos e elementos estão envolvidos na resposta à questão acima formulada, cuja solução se apresenta muito mais complexa do que o tratamento dispensado em algumas decisões jurisprudenciais que tiveram a oportunidade de abordar o tema. Escassez de recursos, relatividade dos direitos, fundamentalidade dos direitos sociais, legitimidade democrática, isonomia, capacidade institucional, segurança jurídica e organização/eficiência administrativa, são apenas os mais lembrados.

Exemplo de decisão que não toma em consideração todas estas variáveis e que acaba por consagrar posição radical no sentido da prevalência absoluta do direito à saúde sobre as normas orçamentárias constitucionais pode ser encontrado

⁶² Art. 165. *Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:*

(...)

§ 5º - *A lei orçamentária anual compreenderá:*

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

⁶³ Sobre a importância do Orçamento Público, vide as considerações em: AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle, op. cit., p. 92-95.

no julgamento proferido pelo STF, no RE 273834/RS, no qual o Ministro Celso de Mello chega a afirmar que

“A falta de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes. (...)Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246-SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), 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: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana (...)”.

Da mesma forma, pode-se considerar igualmente radical, posição no sentido de que as regras orçamentárias sempre devem prevalecer, ainda que ao custo da eliminação de direitos fundamentais. Exemplo desta última posição é identificado no julgamento empreendido pelo STJ no REsp 57614/RS.

Na verdade, diante de tamanhos e complexos problemas, talvez o melhor fosse admitir, desde logo, que não há uma solução *a priori* definida, seja em prol da prevalência absoluta dos procedimentos e legislação orçamentária, seja em favor de alterações alocativas irrestritas, promovidas pelo Judiciário.

Neste ponto, tem extrema pertinência o pronunciamento de Marcos Maselli Gouvêa, ao comentar decisão judicial que afastaria os princípios orçamentários, por considerá-los problemas secundários e burocráticos:

A atividade burocrática que cerca a implementação do fornecimento estatal de medicamentos (notadamente aquela ligada à previsão e ao controle orçamentários), de fato, pode ceder espaço a outras normas sobranceiras (prioritárias por imperativo constitucional ou jusfundamental) quando de sua aplicação, mas nem por isso deve ser considerado um "problema secundário" ou burocrático. O tom do aresto coligido, porém, parece olvidar que o orçamento público, ele também, é algo "previsto constitucionalmente", correspondendo aos importantes imperativos de transparência e racionalização da gestão financeira.⁶⁴

É preciso lembrar sempre, como razão para decidir, que, em vista das regras orçamentárias, a Administração, para dar cumprimento a decisões que deferem prestações de saúde não incluídas nas políticas públicas, precisa fazer a

⁶⁴ GOUVÊA, Marcos Maselli, op. cit.

reprogramação das verbas destinadas ao custeio de outras obrigações já assumidas no âmbito do SUS, gerando o risco de comprometer projetos regularmente e legitimamente concebidos, ensejando, assim, prejuízos a vários outros indivíduos, administrativamente contemplados, uma vez que se tratam de recursos finitos.

Além disso, ao se admitir a mitigação do regime constitucional dos precatórios para as prestações em saúde, a mesma postura poderia ser esperada em relação a diversos outros temas que interessam diretamente à vida, dignidade e bem-estar humanos⁶⁵. E por que apenas a saúde gozaria deste privilégio? Os juízes estariam legitimados a criar esta exceção? E outras? São questionamentos importantes e que justificam a análise da constitucionalidade e possibilidade jurídica da atuação judicial, em especial diante da já multicitada limitação dos recursos.

E é justamente diante da finitude dos recursos disponíveis e das limitações físicas, tecnológicas e materiais dos homens, que se pode falar acerca da reserva do possível sob outra perspectiva, qual seja, a fática.

Ninguém pode ser obrigado ao impossível, nem mesmo o Estado. Se não há tecnologia ou recursos econômicos suficientes para oferecimento de determinada prestação, por questão lógica, a mesma não pode ser exigida, qualquer que seja sua natureza. De nada adiantaria uma sentença judicial determinando que a União disponibilizasse no SUS uma vacina contra o HIV, uma vez que esta inexistente, até o momento. O mesmo ocorrendo com uma determinação de que todos os brasileiros poderiam escolher o hospital de sua preferência (incluindo do exterior) para serem atendidos à conta do SUS, situação, diante da qual, a insuficiência de recursos financeiros do Estado seria manifesta. Em ambos os exemplos, estaríamos diante de uma impossibilidade fática de realização das prestações.

Em situações extremas, como as acima narradas, é mais fácil a identificação e aceitação da incidência da reserva do possível. Os problemas mais complexos, entretanto, aparecem na resolução de casos cotidianos, nos quais, em razão de sua individualidade, é difícil a verificação de sua influência na ordem jurídica e na

⁶⁵ Afinal, o pagamento de indenização pelo Estado no caso de prisão e exposição equivocada de cidadão não poderia assumir ares de essencialidade e imediatidade, em especial diante de completa execração moral e profissional do indivíduo? E o que dizer das desapropriações, nas quais, muitas vezes, os indivíduos são alijados de sua propriedade (que pode ser única) tendo de aguardar décadas para serem indenizados de forma justa? A lista de exemplos semelhantes poderia se estender.

disponibilidade de caixa do Estado. O deferimento judicial de tratamento de saúde, não contemplado em qualquer política pública e a um custo arbitrado de R\$100.000,00 (cem mil reais) por pessoa, certamente, não iria inviabilizar, individualmente, o Orçamento federal; porém, caso se considere que referido tratamento poderia ser útil para um contingente de 50.000 (cinquenta mil) pessoas, ao custo total de R\$5.000.000.000,00 (cinco bilhões de reais), a questão dos limites financeiros ganha outro contorno. E são justamente cálculos e raciocínios globais como estes, imprescindíveis na elaboração de políticas públicas, que não podem ser ignorados pelo Judiciário ao decidir, pois este Poder também tem suas decisões vinculadas aos limites fáticos existentes, além de ter de se preocupar em não inviabilizar o exercício do mesmo direito por parte daqueles que não estão em juízo⁶⁶. Infelizmente, deve-se lembrar que não são criados recursos materiais por meio de liminares e outras decisões.

Portanto, a reserva do possível fática refere-se à efetiva disponibilidade material e econômica dos recursos necessários à satisfação dos direitos fundamentais⁶⁷, enquanto a reserva do possível jurídica relaciona-se com as normas jurídicas que incidem sobre o processo de consecução do gasto público, como são as normas de competência, tributação e orçamentárias.

A reserva do possível, como se vê, é muito mais do que a mera existência de disponibilidade financeira, alcançando diversas considerações, que podem apresentar-se como prejudiciais à plena realização do direito. Nesta esteira, conclui Ana Carolina Lopes Olsen⁶⁸ que a reserva do possível corresponderia a um verdadeiro dado da realidade, lembrando que o Direito não pode prescrever o impossível.

Como se afirmou no início deste tópico, talvez mais do que o mero conceito de reserva do possível, sua invocação indiscriminada e, em geral, atécnica como matéria de defesa dos órgãos públicos vem contribuindo para sua baixa aceitação pela jurisprudência nacional.

⁶⁶ Como bem destaca Cláudio Pereira de Souza Neto: “A verificação da insuficiência dos recursos públicos deve, contudo, considerar não só o caso concreto, mas também a totalidade de casos semelhantes. Deve-se ponderar se a decisão judicial seria exequível se a providência fosse universalizada”. (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 526-527).

⁶⁷ Marcos Maselli Gouvêa liga a reserva do possível fática a um contingenciamento financeiro, limitando-a, porém, aos direitos prestacionais (GOUVÊA, Marcos Maselli, op. cit.).

⁶⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes, op. cit., p. 201.

A reserva do possível não pode ser tomada como uma simples forma de limitação aos direitos sociais, uma *desculpa* do Estado para a não consecução de tais direitos⁶⁹. Da mesma forma que se entende que as limitações materiais e jurídicas devem ser levadas a sério, a própria reserva do possível deve ser tomada a sério por aqueles que a alegam, sendo imprescindível a comprovação de sua existência⁷⁰.

Apenas com a disponibilização de informações adequadas pelas partes envolvidas, em especial, pelo Poder Público, poderá o magistrado verificar as razões subjacentes ao não oferecimento de determinado tratamento ou medicamento pelo SUS, identificando, por este meio, tratar-se de omissão inconstitucional ou legítima opção administrativa, esta última, decorrente da inerente limitação de recursos disponíveis para atendimento de todas as pretensões existentes.

Com estes elementos e informações suficientes, o Judiciário poderá, na esteira do preconizado por Daniel Sarmiento⁷¹ e Paulo Gilberto Cogo Leivas⁷², e como forma de se alcançar termo adequado ao dilema apresentado, aplicar, plena e adequadamente, a técnica de decisão da ponderação de valores⁷³, pela qual serão considerados todos os elementos, jurídicos e fáticos, envolvidos.

Por fim, interessa mencionar exemplo recente do que pode ser considerada aplicação adequada e viável do princípio da reserva do possível pelo Judiciário.

No ano de 2009, o surgimento de uma nova doença denominada INFLUENZA A, causada pelo vírus H1N1, fomentou grande nível de interesse e preocupação por parte de governos, sociedade e organizações internacionais de saúde. Dada sua rápida propagação mundial e seu potencial lesivo desconhecido, referida doença tornou-se centro de discussões e ações mundiais, organizadas, em

⁶⁹ Conforme destaca Alexy, a reserva do possível, “no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, não pode levar a um esvaziamento do direito (ALEXY, Robert, op. cit., p. 515).

⁷⁰ Neste exato sentido, é o posicionamento de diversos autores nacionais. Por todos, vide: SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 572; SCAFF, Fernando Facury, *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos*; WEICHERT, Marlon Alberto, *O direito à saúde e o princípio da integralidade*, p. 127-137.

⁷¹ SARMENTO, Daniel, *A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos*, p. 573-574.

⁷² LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 99-101.

⁷³ Tema já abordado no Capítulo 2 desta dissertação.

especial, pela Organização Mundial de Saúde (OMS)⁷⁴. Justamente como um dos resultados deste esforço de contenção e prevenção da doença, desenvolveu-se, em prazo relativamente curto, vacina eficaz. Ocorre que, dada sua repercussão mundial e a limitação de recursos disponíveis (tempo, maquinário, funcionários, instalações, logística, entre outros) para a produção em massa da vacina, não foi possível ao Brasil, assim como à maioria dos países mundiais, a aquisição de doses suficientes para a vacinação da integralidade de sua população.

Justamente em razão da indisponibilidade parcial acima referida, o governo brasileiro, valendo-se de diretrizes cientificamente estabelecidas pela OMS e por especialistas nacionais, definiu que a distribuição das vacinas, em 2010, contra o vírus H1N1 visaria atender aos denominados grupos de risco (idosos, pessoas com saúde debilitada por outras doenças, grávidas, recém-nascidos, índios, população jovem e profissionais de saúde), restritos e prioritários. Através de legítima e fundamentada escolha administrativa, o Executivo estabeleceu parâmetros razoáveis, claros e impessoais de atuação.

A despeito da política pública existente e das peculiaridades acima destacadas, em especial a relacionada à limitação mundial de doses disponíveis, o Ministério Público Federal intentou ação civil pública contra a União e o Estado do Paraná, com o objetivo de condená-los a adquirirem e disponibilizarem doses de vacinas contra o vírus da INFLUENZA A (H1N1), em quantitativo suficiente à vacinação de toda a população do Estado do Paraná em 2010.

Em primeiro grau, a liminar foi deferida, determinando que a União, em 20 (vinte) dias, adquirisse quantitativo de vacinas suficientes para a imunização em massa de toda a população do Estado do Paraná, sob pena de incidência de vultosa multa diária. A União, ao interpor o pedido de suspensão de liminar, valeu-se de diversos argumentos, dentre os quais, a comprovação de que agia de acordo com consensos médicos nacionais e internacionais, bem como a inexistência, faticamente, de doses suficientes da vacina para atender a todos, sendo impossível adquirir novos lotes, imediatamente. Diante dos dados apresentados, onde evidenciava-se a impossibilidade fática do cumprimento da decisão, sem risco de desabastecimento para os grupos de maior risco, cientificamente escolhidos, o

⁷⁴ Para a análise de diversos aspectos que envolveram a doença, vale conferir o material disponível no sítio da OMS: <http://www.who.int/csr/disease/swineflu/en/index.html>. Acesso em 05.09.2010.

presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª. Região deferiu o pedido de suspensão da liminar, acolhendo, dentre outros argumentos, alegação de violação ao princípio da reserva do possível.^{75, 76}

É importante destacar que a manutenção da liminar deferida em primeira instância sob o fundamento de realização plena do direito à saúde da população paranaense, representaria verdadeira quebra dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, pois seu cumprimento se faria à custa da não vacinação de grupos prioritários de outras regiões do país, dada a situação de evidente limitação de recursos (vacinas) para todos.

Tomada com seriedade pelos envolvidos e bem fundamentada, a aplicação da reserva do possível apresenta plena utilidade e viabilidade prática, constituindo-se forma de garantir a exequibilidade global da ordem jurídica, coarctando excessos e situações que gerem a quebra da isonomia, considerada a escassez de recursos e a relatividade dos direitos.

3.2.3

Princípio da proporcionalidade

Tema amplamente abordado no âmbito do direito constitucional atual, o princípio da proporcionalidade tem íntima relação com a relatividade dos direitos fundamentais. Abstendo-se de apreciar sua origem, evolução e fundamentação

⁷⁵ Suspensão de liminar ou antecipação de tutela nº 0011099-66.2010.404.0000/PR, disponível em: < http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3427494&hash=1227c4f56ae7678fdd29366c23210b01>.

⁷⁶ Poderia-se especular se a postura adotada pelo Tribunal nesta ação se repetiria diante de lide individual com a mesma causa de pedir e objeto obviamente mais restrito (fornecimento da vacina ao autor da ação, ainda que não integrante dos grupos prioritários). Afinal, não se pode negar que em demandas desta última espécie é mais difícil para o juiz identificar a situação de escassez ou de impossibilidade no fornecimento da prestação solicitada, em face do gigantismo orçamentário do ente público e da dificuldade (ou despreparo) do Judiciário em realizar análises mais amplas, que ultrapassem o caso concreto (macrojustiça). Soma-se a isso a dificuldade do juiz, enquanto ser humano dotado de emoções, em negar a prestação requerida por indivíduo cuja identidade e sofrimento estão muito mais presentes do que nos frios números de uma ação coletiva (sobre este aspecto, cf. AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle, op.cit., p. 95-96). Não obstante estas dificuldades, defende-se que a reserva do possível, enquanto restrição fática e jurídica, tem aplicabilidade nas diversas ações judiciais, sejam lides individuais ou coletivas, pois o resultado do conjunto de ações individuais será semelhante ao de uma ação coletiva.

legal^{77, 78}, interessa a análise de suas principais características e de sua relação com a aplicação jurisprudencial do direito à saúde.

Tradicionalmente desenvolvido como forma de contenção do poder político (*proibição de excesso*), em especial, daquele proveniente do legislador, a proporcionalidade tem extrema importância como instrumento garantidor dos direitos fundamentais, uma vez que exige do Estado, moderação, pertinência e contenção na consecução de seus fins, que, além de legais, devem ser empreendidos do modo menos lesivo possível para o direito dos cidadãos. Referida concepção, estabelecida sob uma forma negativa e liberal, ligada à proteção dos clássicos direitos individuais contra o arbítrio estatal nas restrições aos direitos fundamentais, ganhou nova conformação, que subsiste ao lado da primeira. Trata-se da *proibição de insuficiência*, segundo a qual a proporcionalidade também deve ser investigada de uma maneira positiva quando diante de direitos prestacionais, isto é, sempre que exigida a ação estatal, esta deve se realizar de modo razoável, adequado e suficiente aos interesses protegidos. A realização dos direitos sociais melhor se liga a esta última concepção.

Mariana Filchtiner Figueiredo, ao empreender análise acerca das características do princípio da proporcionalidade, conclui que “o princípio da proporcionalidade apresenta caráter dúplice, ao menos no campo dos direitos fundamentais, por vigor tanto sob a forma de objeção, quanto de parâmetro mínimo de eficácia desses direitos”.⁷⁹

Sob a primeira perspectiva (*proibição de excesso*), portanto, o princípio da proporcionalidade atua como critério de harmonização do ordenamento jurídico,

⁷⁷ Aqui, aceita-se que o princípio da proporcionalidade vige em nosso ordenamento jurídico. Para o estudo destes temas, sugere-se a leitura das análises empreendidas por: SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 77-87; SCHOLLER, Heinrich, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha*; BARROSO, Luís Roberto, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*; GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Princípio da proporcionalidade e devido processo legal*.

⁷⁸ Da mesma forma, não se pretende aprofundar em discussões que envolvem as diferenças (ou semelhanças) entre proporcionalidade e razoabilidade. Enquanto para muitos, tratam-se de elementos sinônimos, para outros, são institutos que não se confundem. Outra questão polêmica, porém que não interessa diretamente à abordagem que se empreende, diz com discussões que envolvem a própria natureza jurídica da proporcionalidade. Em ambos os casos, utilizar-se-á dos entendimentos identificados como majoritários na doutrina e jurisprudência nacionais, isto é, proporcionalidade como princípio e como sinônimo de razoabilidade. Ótima sistematização das polêmicas pode ser encontrada em: Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 310-318.

⁷⁹ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 121.

impedindo que a aplicação desarrazoada de determinada norma aniquile outros elementos deste mesmo ordenamento. Sob a segunda perspectiva (*proibição de insuficiência*), representa proteção e garantia de efetividade dos direitos fundamentais, impedindo que se vejam frustrados em sua realização, sem qualquer motivação fática e jurídica suficiente. Ambas têm relação com a reserva do possível e com a proteção do núcleo essencial dos direitos, que servirão como parâmetros essenciais para a aferição, em concreto, da proporcionalidade.

Além de servir como norte para a concretização de todo e qualquer direito, a aplicação do princípio da proporcionalidade ganha em importância diante de situações de conflitos normativos, os quais exigem o sopesamento dos interesses envolvidos, haja vista que a proporcionalidade, em sentido amplo, é elemento essencial para a técnica da ponderação de valores⁸⁰. Esta ligação entre proporcionalidade e conflito normativo também é identificada por Willis Santiago Guerra Filho, ao afirmar que:

O princípio da proporcionalidade, **entendido como um mandamento de otimização do respeito máximo, na medida do jurídica e faticamente possível, a todo direito fundamental, em situação de conflito com outros(s)**, tem um conteúdo que se reparte em três “princípios parciais”(…) ⁸¹. (grifou-se)

Para melhor compreensão do princípio da proporcionalidade, doutrina e jurisprudência nacionais valem-se de sua divisão em três subprincípios, que devem ser analisados em fases progressivas e subsidiárias, quais sejam: a adequação (ou idoneidade), a necessidade (ou exigibilidade) e a proporcionalidade em sentido estrito (ou justa medida).

De acordo com a adequação, primeiro dos subprincípios que devem ser analisados para a aferição da proporcionalidade, a conduta estatal deve ser adequada ao objetivo constitucionalmente almejado pela lei, isto é, deve haver

⁸⁰ Daniel Sarmento atribui à proporcionalidade a função de “*atuar como pauta procedimental da ponderação de interesses*” (SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 78). Gustavo Binbenojm também identifica o princípio da proporcionalidade como idêntica-guia para a ponderação de valores (BINENBOJM, Gustavo, *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*, p. 153).

⁸¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Hermenêutica constitucional, direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 407.

uma correspondência entre os meios utilizados e os fins previstos⁸². Portanto, para a correta verificação da adequação, o intérprete deve analisar os fins perseguidos pela conduta estatal, bem como se estes possuem pertinência constitucional; e, a partir destas informações, identifica se a conduta presta-se, ao menos em abstrato, para a consecução destes fins. Uma vez identificada a inidoneidade do meio, desnecessária a análise dos demais subprincípios, para constatação de sua desproporcionalidade⁸³.

Exemplo de conduta inadequada seria o fornecimento de medicamento para cidadão que já veio a óbito ou a previsão de cirurgia para tratamento de simples resfriado. Em ambos os casos, os meios utilizados não servem para a obtenção do fim almejado, no caso, a cura das doenças.

O subprincípio da necessidade exige que, diante de diversas condutas adequadas, seja escolhida a que menor lesão causar aos envolvidos ou, ainda, na precisa síntese de Luís Roberto Barroso, “*impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados*”⁸⁴. O controle da necessidade de determinada conduta exige a análise comparativa entre os diversos meios igualmente adequados, de modo a identificar o que impõe menores perdas aos demais direitos fundamentais ou a iguais direitos fundamentais de outros cidadãos.⁸⁵

De modo a reduzir a inerente relatividade deste subprincípio e alcançar maior operacionalidade prática, Canotilho acresce à análise da necessidade os seguintes elementos:

⁸² Para Virgílio Afonso da Silva, uma conduta apenas seria inadequada se sua utilização não contribuísse em nada para o atingimento do objetivo pretendido (AFONSO DA SILVA, Virgílio, *O proporcional e o razoável*, p. 36-37).

⁸³ Scholler destaca esta característica: “*A adequação representa a relação com a realidade empírica e deveria ser aferida em primeiro lugar, ainda que o critério da necessidade tenha a maior relevância jurídica. Meios que são adequados podem, mas não precisam ser necessários. Em contrapartida, meios necessários serão sempre adequados*” (SCHOLLER, Heinrich, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional e Administrativo da Alemanha*).

⁸⁴ BARROSO, Luis Roberto, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional*.

⁸⁵ Vale citar, também, passagem de Juan Carlos Gavara de Cara acerca do tema: “*El principio de necesidad cuestionam em definitiva, si es obligatoria una restricción de derechos fundamentales y si es imprescindible para su configuración. Cualquier intervención debe dirigirse a dejar lãs mayores posibilidades de ejercicio al derecho fundamental. Si se juzga cuál es la forma menos perjudicial de intervención, se está juzgando único y exclusivamente em comparación a otros instrumentos o médios de intervención em los derechos fundamentales*”. (GAVARA DE CARA, Juan Carlos, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: La garantía Del contenido esencial de los derechos fundamentales em La Lei Fundamental de Bonn*, p. 305).

a) a *exigibilidade material*, pois o meio deve ser o mais “poupado” possível quanto à limitação dos direitos fundamentais; b) a *exigibilidade espacial* aponta para a necessidade de limitar o âmbito da intervenção; c) a *exigibilidade temporal* pressupõe a rigorosa delimitação no tempo da medida coactiva do poder público; d) a *exigibilidade pessoal* significa que a medida se deve limitar à pessoa ou pessoas cujos interesses devem ser sacrificados.⁸⁶

Para a definitiva compreensão do princípio da necessidade, é mais fácil a identificação de situação em que a mesma não se faz presente. Vale-se, para tanto, do multicitado exemplo de que a utilização de canhões para matar pardais é conduta adequada, isto é, é apta a atingir o fim almejado, porém, é desnecessária, uma vez que consiste em meio extremamente gravoso, quando comparado com outros meios igualmente adequados. Em matéria de saúde, exemplo de meio desnecessário seria a amputação da perna de determinado paciente para fulminar com problema de unha encravada. É verdade que estes são exemplos extremos e absurdos, porém servem ao fim de fixar as principais características do subprincípio estudado.

Por fim, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, que apenas é analisado diante de condutas adequadas e necessárias, exige a verificação dos benefícios concretos decorrentes da conduta realizada. Avalia-se a equação custo-benefício, colocando de um lado os benefícios da conduta e de outro os ônus que acarreta aos demais indivíduos e ao próprio ordenamento jurídico. Uma conduta apenas pode ser considerada proporcional em sentido estrito quando o bônus supera o ônus em nível tal, que justifique o último⁸⁷.

⁸⁶ CANOTILHO, Joaquim José Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 270.

⁸⁷ Não obstante adotar-se, nesta dissertação, a clássica subdivisão do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), por honestidade metodológica cabe mencionar a existência de relevante (e minoritária) corrente doutrinária que critica a utilização da proporcionalidade em sentido estrito como critério válido e constitucional de solução de conflitos normativos, em especial pela suposta ausência de elementos racionais para sua definição, isto é, para a realização da ponderação. Neste sentido, representativa é a opinião de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, p. 224-232), os quais negam racionalidade e aplicabilidade à proporcionalidade em sentido estrito, uma vez que inexistiriam critérios axiológicos, objetivos ou cientificamente comprovados, capazes de orientar a ponderação. Para os autores, não tendo a Constituição estabelecido critérios jurídicos para a solução dos conflitos, cabe precipuamente ao legislador a realização das escolhas de acordo com critérios políticos; ao Judiciário não cabe intervir no legítimo campo de discricionariedade do legislador, devendo atuar apenas diante de argumentos racionais que permitam identificar incompatibilidades entre lei e Constituição (através do exame de adequação e necessidade), sob pena de usurpação de competência do Legislativo e violação aos princípios da separação de poderes e democrático. Daniel Sarmiento (SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 141-152), ao analisar as críticas dirigidas à ponderação de interesses, apresenta uma série de

O entendimento acima é endossado por Robert Alexy, que identifica a “máxima da proporcionalidade em sentido estrito” com a lei do sopesamento (ou ponderação), segundo a qual, “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro”.^{88, 89}

Daniel Sarmento, ressaltando a simplicidade da metáfora utilizada, discorre acerca do tema em referência:

Na verdade, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito convida o intérprete à realização de autêntica ponderação. Em um lado da balança devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e no outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela. Se a balança pender para o lado dos interesses tutelados, a norma será válida, mas, se ocorrer o contrário, patente será a sua inconstitucionalidade.⁹⁰

Exemplo simples de aplicação da proporcionalidade em sentido estrito poderia ser extraído de conduta hipotética, através da qual o Estado, diante de propagação de novo vírus, não letal e para o qual não existe vacina, decide por determinar o confinamento, por tempo indeterminado, de todos os infectados e aqueles que tenham entrado em contato com a doença. Se, por um lado, a conduta poderia passar pelo crivo dos subprincípios da adequação (meio apto de contenção da doença) e da necessidade (inexistência de outros meios com a mesma eficácia), a análise da proporcionalidade em sentido estrito logo demonstraria tratar-se de conduta desproporcional, pois a ponderação entre a grave restrição à liberdade dos indivíduos superaria os benefícios auferidos pela saúde pública.

Portanto, a partir do afirmado acerca dos subprincípios acima, pode-se concluir que uma conduta (ações ou omissões) apenas será proporcional se for

argumentos que rebatem o alegado subjetivismo, irracionalidade e ausência de legitimidade democrática do processo ponderativo. Os mesmos argumentos podem justificar a utilidade, constitucionalidade e legitimidade do critério da proporcionalidade em sentido estrito, que é aceito e aplicado de modo majoritário pela doutrina e jurisprudência nacionais.

⁸⁸ ALEXY, Robert, op. cit., p. 350 e 593.

⁸⁹ Esta correspondência com a lei da ponderação (ou com o método da ponderação de bens), também é destacada por inúmeros autores: cf. QUEIROZ, Cristina, op. cit., p. 169; GAVARA DE CARA, Juan Carlos, op. cit., p. 310; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 350; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 78. Em sentido contrário, ressaltando a diferença entre ambos: FIGUEIREDO, Mariana Filtchiner, *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*, p. 128.

⁹⁰ SARMENTO, Daniel, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 89.

apta a realizar os fins a que se destina, for a menos gravosa dentre as possíveis e suas conseqüências benéficas compensarem as desvantagens que acarreta.

Assim como já se afirmou acerca da técnica da ponderação de valores, o princípio da proporcionalidade não se coaduna com interpretações que pugnam pela definição, *in abstracto*, de direitos absolutos. A proporcionalidade, ao exigir a consideração atenta das situações concretas, põe-se na linha de frente contra os excessos e a absolutização dos direitos fundamentais.

O Judiciário, enquanto Poder integrante e decorrente do Estado, da mesma forma que o Executivo e o Legislativo, deve obediência aos princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, dentre eles a proporcionalidade. De pouco adiantaria impedir ou corrigir as violações praticadas por estes últimos, se o Judiciário, encarregado constitucionalmente de tão importante tarefa, estabelecesse, ainda que na solução de casos concretos e individuais, situações nitidamente desproporcionais, em razão dos prejuízos que causam a terceiros, ou mesmo, a toda a sociedade.

Conforme será analisado em item posterior deste capítulo, identificam-se diversos exemplos na jurisprudência nacional, nos quais, sob a pretensão e justificativa da plena realização do direito social à saúde, determinam-se soluções aparentemente desproporcionais, que não resistem a uma análise apurada quanto à sua necessidade e proporcionalidade em sentido estrito⁹¹.

É justamente em função de todos estes fatores que a violação ao princípio da proporcionalidade pode ser aceita como uma séria crítica à interpretação de feições absolutistas do direito social à saúde.

3.2.4

Isonomia, acesso ao judiciário e impessoalidade

⁹¹ A própria reserva do possível, como afirmado no subtópico anterior, relaciona-se com o princípio da proporcionalidade, pois do Estado não se pode exigir condutas desproporcionais ou irrazoáveis. Por outro lado, a proporcionalidade serve como contenção à invocação indiscriminada daquele princípio, pois, sob o aspecto positivo, o Estado deve realizar ao máximo os direitos fundamentais (proibição de insuficiência) e, para muitos, garantindo um mínimo existencial.

Outra crítica, muito consistente, acerca da judicialização absolutista e excessiva do direito à saúde é a que se refere à violação ao princípio da igualdade (ou isonomia).

Princípio constitucional expreso, previsto no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, a igualdade, também referida como isonomia, observou grande evolução em sua conceituação.

Restringindo o período de análise àquele iniciado com as Revoluções Burguesas dos séculos XVIII e XIX, marco do fenômeno jurídico conhecido como constitucionalização, podemos identificar duas fases básicas que envolveram a compreensão do importante princípio.

Inicialmente, em obediência a uma lógica que buscava regular (e limitar) a atuação estatal sobre a liberdade dos indivíduos, consagrou-se o princípio da igualdade sob uma lógica formal, restrita ao que se convencionou denominar como “igualdade perante a lei”.

Neste sentido, assevera Joaquim Barbosa Gomes:

Concebida para o fim específico de abolir os privilégios característicos do *ancien regime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na posição social, essa concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX.⁹²

Esta concepção da igualdade, apresentando íntimas relações com a teoria liberal, passou a ser duramente criticada pelos movimentos sociais, que viam na mesma uma forma mal disfarçada de manutenção do *status quo*, pois, se por um lado previa ao indivíduo a possibilidade jurídica em abstrato, por outro, não garantia as condições para a execução destas possibilidades. Consolidou-se cada vez mais o entendimento de que a garantia de igualdade perante a lei não significava, sob qualquer hipótese, a igualdade real e aspirada. Neste sentido é a narrativa de Carmem Lúcia Antunes Rocha, a seguir transcrita:

Por essa constatação histórica irrefutável é que, desde a década de 60, especialmente, começou a se fazer patente aos que tinham olhos com que ver claro que o Direito Constitucional acanhava-se em sua concepção meramente formal do princípio denominado isonomia, despojado de instrumentos de promoção da igualdade jurídica como vinha sendo, até então, cuidado. Concluiu-se, então, que

⁹² BARBOSA GOMES, Joaquim B., *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, p. 2.

proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica.

(...)

Urgia, pois, que se promovesse constitucionalmente, por uma remodelação da concepção adotada pelo sistema normativo democrático, a igualdade jurídica efetiva, a dizer, promotora da igualação. Os iguais mais iguais que os outros já tinham conquistado o “privilégio” da igualdade. E os desiguais, ou aqueles histórica e culturalmente desiguados, sujeitos permanentes do Direito formal, mas párias do Direito aplicado, que não conseguiam ascender à igualdade jurídica desejada?⁹³

Assim, finalmente, quando da consagração dos direitos sociais (*lato sensu*), ocorreu verdadeira revolução do conceito de igualdade, que, ao lado da já consolidada igualdade formal, passou a exigir a igualdade material para sua plena realização. O Estado, agora, deveria ter outra postura: de mero ator passivo passou a ser também fomentador da igualdade real, isto é, deveria trabalhar em prol das mesmas oportunidades e condições para a generalidade dos cidadãos.

É aqui, obviamente, que o tema se conecta com a questão das prestações materiais do Estado. Para garantir a almejada igualdade material, diante de uma sociedade desigual, cabe ao Estado, através de prestações positivas, propiciar as condições necessárias ao desenvolvimento social, ou ao menos, o mínimo necessário para que o indivíduo possa sobreviver com dignidade e buscar, com suas próprias forças, a melhoria de sua condição de vida e de sua família. É precisamente neste sentido que devem ser pensados direitos como saúde, educação e assistência social⁹⁴.

As necessidades sociais no Brasil são amplíssimas, exigindo-se do Estado postura fundamentalmente ativa na persecução da igualdade material, isto é, na garantia de condições equânimes para a busca do desenvolvimento social. Por outro lado, os recursos, em especial aqueles em poder do Estado, são finitos. Pretensões ilimitadas e recursos escassos: mais uma vez o problema se apresenta⁹⁵.

⁹³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*. Revista Trimestral de Direito Público, p. 284.

⁹⁴ Não obstante o caráter negativo de tais direitos, que coexiste com o positivo (característica já destacada em outra oportunidade), é exclusivamente este último que interessa neste momento.

⁹⁵ Os recursos são escassos e finitos, não sendo suficientes para realizar, imediatamente, todas as pretensões e expectativas em um nível desejável e com igualdade. Há de ser rechaçada uma

Admitida a juridicidade do direito fundamental social à saúde, pode (deve) o Judiciário atuar no sentido de sua concretização, reprimindo omissões inconstitucionais dos administradores públicos, assim como condutas que de alguma forma representem desvios dos fins constitucionais. Tal atuação tem que ser, porém, pautada em critérios claros e objetivos, além de ser construída com responsabilidade, sistematicidade e respeito constitucional.

Se não se pode mais aceitar do magistrado uma posição meramente passiva e tímida diante dos problemas sociais, isso não significa, por outro lado, que o Judiciário deva se imiscuir no papel constitucional reservado aos outros Poderes, nem que possa desconsiderar o plano geral traçado pelo legislador constituinte.

O direito à saúde, nos termos dos artigos 6º, *caput*, 196, *caput*, ambos da Constituição Federal de 1988, e artigo 7º, IV da Lei nº 8.080/1990, deve ser realizado segundo o princípio da igualdade, considerando o acesso às ações e serviços de saúde. Isso significa a proibição de privilégios e discriminações entre os cidadãos, que merecem receber do Estado as mesmas possibilidades, tudo isso em busca da realização da igualdade material. É com este pensamento acima que o magistrado deve atuar no caso concreto. Não por capricho, justiça ou adesão a determinada ideologia, mas, pura e simplesmente, por imposição constitucional, formatada através do princípio da igualdade.

O que até aqui se expôs pode ser formatado em uma regra básica, observável pelo poder público em todas as suas formas: o que não pode ser oferecido para a integralidade dos indivíduos que estejam na mesma situação fática, não deve ser oferecido para um grupo limitado. Todos ou nenhum⁹⁶, esta a

espécie de senso comum criado, o qual inebria a argumentação jurídica acerca do tema, segundo o qual o Brasil seria um país rico, onde o problema adviria apenas do mal gasto público e da corrupção. Segundo rápida e restrita pesquisa na Divisão de Estatísticas da ONU (disponível em <<http://unstats.un.org/unsd/snaama/selCountry.asp>>, acesso em 26/05/2010), a renda *per capita* brasileira, em 2008, girava em torno de US\$8.000,00, enquanto em países como Japão, Estados Unidos, Alemanha, França, Espanha, Austrália, Canadá e Noruega, superavam o patamar de US\$30.000,00. Considerando a frieza dos números, a ótica capitalista mundial e os enormes problemas sociais, como a desigualdade, a serem enfrentados pelo Brasil, evidente que o argumento da abundância de recursos se esvai. Da mesma forma, atribuir à corrupção todo o peso da complexa e difícil situação social nacional, significa desconsiderar a ausência fática de recursos para a integralidade das pretensões, não obstante seja certo a enorme prejudicialidade do primeiro fato. Portanto, ficam claras as razões pelas quais a retórica simplista e equivocada da suficiência de recursos deve ser abandonada. Posicionamento neste sentido pode ser encontrado em TIMM, Luciano Benetti, *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?*, p. 54-5.

⁹⁶ Considerada a mesma situação fática dos envolvidos.

regra que pode ser extraída do princípio da igualdade aplicado ao direito à saúde, à qual o Judiciário deve maior atenção⁹⁷.

Exatamente neste sentido, é a lúcida exposição de Fátima Vieira Henriques:

Todavia, é numa segunda conotação que a igualdade de acesso e assistência pode servir como importante critério limitador das demandas por prestações sanitárias, sobretudo quando individuais: se todos os usuários do sistema público de saúde devem receber cuidados idênticos e gozar dos mesmos serviços, vedado está o deferimento judicial de medida individual que não possa – por conta de sua inviabilidade econômica ou porque imediatamente excludente de direito alheio – ser estendida a todos que se encontrem em situação similar.

(...)

Conseqüentemente, se a igualdade de acesso e assistência fosse levada a sério, demandas individuais por medicamentos importados ou tratamentos médico-cirúrgicos no exterior extremamente custosos dificilmente teriam sucesso, na medida em que, ante seu usualmente altíssimo impacto orçamentário, impossível conceder tais providências a todos os pacientes que viessem a postulá-las.⁹⁸

A mesma percepção tem Paulo Gilberto Cogo Leivas, que reconhece que os “recursos escassos exigem a observância de um tratamento igualitário. Do contrário, direitos fundamentais sociais de outras pessoas poderiam ser violados”⁹⁹. Luiz Octávio Ferraz e Fabíola Sulpino Vieira também defendem a necessidade de observância da equidade nas prestações estatais em saúde, princípio que não pode ser ignorado pelo Judiciário, diante da escassez de recursos disponíveis¹⁰⁰. O mesmo para Gustavo Amaral, para quem “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça”¹⁰¹.

Assim, ao deferir com aodamento toda e qualquer demanda individual que envolva prestações de saúde, o Judiciário coloca-se diante da possibilidade concreta de violar a igualdade entre os cidadãos, pois, diante dos evidentes recursos humanos e materiais escassos, as pretensões individuais entram,

⁹⁷ Exemplos de decisões judiciais que a ignoram serão analisados no próximo item deste capítulo.

⁹⁸ HENRIQUES, Fátima Vieira, *Direito prestacional à saúde e atuação jurisdicional*, p. 822.

⁹⁹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo, op. cit., p. 106.

¹⁰⁰ FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit., p. 239-245.

¹⁰¹ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 18.

necessariamente, em conflito, sendo essencial, nesta circunstância, planejamento coletivo e a seriedade no tratamento da coisa pública.¹⁰²

O magistrado deve ter a consciência de que, quando defere uma liminar, determinando que o poder público arque com tratamento experimental de altíssimo custo, ou mesmo forneça novo medicamento ainda não integrado aos protocolos clínicos do SUS, estará alterando a alocação de recursos em prol daquele único cidadão, o que, na maioria das vezes, se dará em prejuízo da coletividade, que será alijada de verbas que deveriam ser distribuídas com observância da igualdade.

À mesma conclusão chega Ana Paula de Barcellos:

Ao mesmo tempo em que tais prestações são concedidas a autores isolados de ações judiciais, centenas de pessoas morrem sem atendimento adequado na rede pública de saúde por falta de prestações que, por certo, estariam compreendidas no conceito de mínimo existencial. Talvez a omissão na oferta de tais prestações seja imputável a outras razões – que podem ir desde prioridades inconstitucionais na alocação de recursos, má gestão, até a prática de crimes -, que não guardem relação alguma com o custo gerado pela decisão judicial referida. É impossível não considerar, entretanto, que a verba necessária ao cumprimento da decisão judicial sai de uma mesma rubrica e reduz os recursos disponíveis para o atendimento do restante da coletividade.¹⁰³

Toda a situação aqui destacada, isto é, a escassez de recursos e o efetivo risco de violação direta ao princípio da isonomia em razão de decisões judiciais que concretizam, aleatoriamente, o direito à saúde, ganha mais um agravante: os problemas de acesso ao Judiciário.

Em obra que dedica ao tema mais abrangente de acesso à Justiça, Paulo Cesar Santos Bezerra expõe o que considera os principais obstáculos de acesso ao processo, os quais penalizam, em especial, as camadas mais pobres da população.

¹⁰² Daí a proposta de priorização das ações coletivas, onde questões de macrojustiça, custos, escassez, viabilidade e planejamento, ao contrário do que ocorre, em regra, nas demandas individuais, podem ser melhor analisadas. Além do que, qualquer decisão que se possa ter como mais abrangente, tem maior possibilidade de respeito ao importante princípio da igualdade. Neste sentido, por todos, vide: BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 897-902 e BARCELLOS, Ana Paula de, *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata*, p. 815-825.

¹⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de, *O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletivas e abstrata*, p. 820.

Após identificar a própria estrutura normativa complexa, como um dos fatores que prejudicam o acesso amplo à justiça¹⁰⁴, em passagem sintética, completa:

(...) Os obstáculos que impedem o acesso dessa maioria à justiça são: deficiência de instrução, baixo índice de politização, estado de miséria absoluta ou hipossuficiência econômica grave, mínimo poder de mobilização e nenhuma organização.¹⁰⁵

O caráter elitista de acesso ao Judiciário também foi identificado por Cláudio Pereira de Souza Neto, que, valendo-se de pesquisas já realizadas¹⁰⁶, conclui que há uma predominância da classe média na obtenção de providências jurisdicionais favoráveis, o que propicia concentração de renda através do Judiciário, com a efetiva diminuição da capacidade estatal de prover serviços para os cidadãos mais pobres.¹⁰⁷

O mesmo fenômeno é identificado por Luís Roberto Barroso na seguinte passagem:

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as *desigualdades* econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial. Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita de medicamentos mais serviria à classe média que aos pobres. Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média.¹⁰⁸

A partir disto, pode-se concluir que, havendo sérias evidências de que o acesso ao judiciário brasileiro encontra-se fortemente restrito para as classes menos favorecidas, mais difícil se torna acreditar que a concretização do direito à saúde por meio deste Poder, em especial, por demandas individuais, guarda o necessário respeito ao princípio constitucional da igualdade material, que, a toda

¹⁰⁴ BEZERRA, Paulo Cesar Santos, *Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*, p. 103.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 111.

¹⁰⁶ Além daquelas citadas pelo autor, outra pesquisa interessante e que, igualmente, identifica maior concentração de autores oriundos das classes mais ricas, em ações que envolvem medicamentos, pode ser encontrada em: CHIEFFI, Ana Luiza e BARATA, Rita Barradas, *Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade*, 2009.

¹⁰⁷ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*, p. 533-4.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 895.

evidência, encontra-se sendo violado pela excessiva judicialização que incide sobre o tema.

Por fim, de modo a exaurir o assunto tratado neste tópico, cumpre tecer breves considerações acerca de críticas atinentes à influência das decisões judiciais em matéria de saúde sobre o princípio da impessoalidade.

Princípio ao qual se encontra vinculada toda a Administração Pública¹⁰⁹, a impessoalidade está prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Na doutrina especializada, podem ser identificados múltiplos significados atribuídos ao mesmo, que, na análise de Anizio Pires Gavião Filho¹¹⁰, perpassam pela sua equiparação, pura e simples, com princípios como a legalidade, finalidade e igualdade, devendo ser entendido, em sentido amplo, como conformador dos deveres de objetividade, neutralidade e imparcialidade da Administração Pública.

Sobre a conceituação do princípio em referência, Emerson Garcia destaca as duas concepções mais recorrentes na doutrina:

(...) Tal princípio, previsto no art. 37, *caput* e § 1.º, da Constituição, deve ser concebido em uma dupla perspectiva. Em um primeiro sentido, estatui que o autor dos atos estatais é o órgão ou a entidade, e não a pessoa do agente (acepção ativa). Sob outra ótica, torna cogente que a Administração dispense igualdade de tratamento a todos aqueles que se encontrem em posição similar, o que pressupõe que os atos praticados gerem os mesmos efeitos e atinjam a todos os administrados que estejam em idêntica situação fática ou jurídica, caracterizando a imparcialidade do agente público (acepção passiva). Com isto, preserva-se o princípio da isonomia entre os administrados e o princípio da finalidade, segundo o qual a atividade estatal deve ter sempre por objetivo a satisfação do interesse público, sendo vedada qualquer prática que busque unicamente a implementação de um interesse particular.¹¹¹

É justamente neste segundo sentido mencionado, qual seja, em sua íntima relação com o princípio da igualdade, que a impessoalidade interessa ao presente estudo.

Nesta perspectiva, por impor à Administração Pública, em todos os níveis e Poderes, tratamento igual aos que se encontram na mesma situação fática e

¹⁰⁹ O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou em favor do entendimento de que o princípio da impessoalidade vincula todos os Poderes. Cf. STF ADI n. 2472/RS, Rel. Min. Maurício Correa, Rel. p/Acórdão Min. Marco Aurélio, j. 01/04/2004.

¹¹⁰ GAVIÃO FILHO, Anizio Pires, *O princípio da impessoalidade*.

¹¹¹ GARCIA, Emerson, *O Ministério Público e a defesa do princípio da impessoalidade*.

jurídica, o princípio da impessoalidade acaba sendo violado nos mesmos moldes já identificados quando da análise do princípio da igualdade.

Desta forma, pode ser entendido que, quando o Judiciário defere prestações positivas em saúde, sem sequer se preocupar com a viabilidade de sua extensão geral, cria desigualdades e prejuízos aos cidadãos não beneficiados pelas decisões, maculando o princípio em questão¹¹².

3.2.5

Problemas de planejamento, eficiência e desorganização administrativa

O último conjunto de críticas que será abordado diz respeito aos problemas decorrentes da suposta ausência de preparo técnico por parte dos membros do Poder Judiciário para lidar com questões que influenciam, direta ou indiretamente, políticas públicas. Em outros termos, questiona-se até que ponto o Judiciário ostenta capacidade para decidir acerca de assuntos que dizem com a alocação dos escassos recursos públicos, suprimindo ou substituindo os órgãos tradicionalmente legitimados (Executivo e Legislativo).

De acordo com esta linha de pensamento, ao Judiciário faltariam os necessários elementos técnicos e a visão global para tomar decisões responsáveis acerca dos gastos públicos e que não trouxessem, como efeito colateral, a desorganização administrativa, problemas de planejamento ou violação ao importante princípio da eficiência¹¹³.

¹¹² Também acerca do tema, cf. o interessante posicionamento de: LUPION, Ricardo, *O direito fundamental à saúde e o princípio da impessoalidade*, p. 315-18.

¹¹³ Luís Roberto Barroso bem sintetiza este conjunto de críticas, merecendo transcrição a passagem:

“42. Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. São comuns, por exemplo, programas de atendimentos integral, no âmbito dos quais, além de medicamentos, os pacientes recebem atendimento médico, social e psicológico. Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, freqüentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

43. No contexto da *análise econômica do direito*, costuma-se objetar que o benefício auferido pela população com a distribuição de medicamentos é significativamente menor que aquele que seria

Decisões casuísticas, tomadas através da tradicional estrutura processual brasileira, isto é, onde prevalecem lides individuais, com instrução probatória restrita, têm enorme potencial gerador de iniquidades, com violação da isonomia e desestruturação de programas de governo, os quais, é de se esperar, foram elaborados segundo complexos estudos técnicos, que envolveram, certamente, sua viabilidade financeira e opções políticas dos órgãos legitimados constitucionalmente, considerada a existência de outros interesses igualmente relevantes¹¹⁴.

Mais uma vez, para ratificar o que se disse, vale-se das palavras de Luciano Benetti Timm, que, após atribuir ao Executivo a tarefa de, mediante políticas públicas racionais e eficientes, que levem a sério o gasto público, promover os direitos sociais e a assistência social prevista na Constituição¹¹⁵, se manifesta acerca do despreparo do Judiciário para tal objetivo:

Ademais, o Poder Judiciário porque preso a um processo judicial (e de seus princípios como a demanda, o contraditório, a ampla defesa) não pode fazer planejamento, que deve ser a base das políticas públicas, como já defendido, pois esta permite visualizar objetivos, prever comportamentos e definir metas. Somente um planejamento sério, que envolva profissionais da área de administração, economia e contabilidade poderá permitir eficiência no emprego de recursos

obtido caso os mesmos recursos fossem investidos em outras políticas de saúde pública, como é o caso, por exemplo, das políticas de saneamento básico e de construção de redes de água potável. Em 2007, por exemplo, no Estado do Rio de Janeiro, já foram gastos com os programas de Assistência Farmacêutica R\$ 240.621.568,00 – cifra bastante superior aos R\$ 102.960.276,00 que foram investidos em saneamento básico. Tal opção não se justificaria, pois se sabe que esta política é significativamente mais efetiva que aquela no que toca à promoção da saúde. Na verdade, a jurisprudência brasileira sobre concessão de medicamentos se apoiaria numa abordagem individualista dos problemas sociais, quando uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos deve ser concebida como política social, sempre orientada pela avaliação de custos e benefícios.

(...)

45. Por fim, há ainda a crítica técnica, a qual se apóia na percepção de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. O Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública. O juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública”.

(BARROSO, Luís Roberto, *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 894-96).

¹¹⁴ Sobre a desestruturação de políticas públicas por decisões judiciais que as ignoram, vide: VIEIRA, Fabiola Sulpino, *Ações judiciais e direito à saúde: reflexão sobre a observância aos princípios do SUS*.

¹¹⁵ TIMM, Luciano Benetti, op. cit., p. 57. Canotilho também apresenta preocupação com o tema (CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *“Bypass” social e o núcleo essencial de prestações sociais*, p. 267-268).

públicos (ou seja, como já dito, atingindo um maior número de pessoas com o mesmo recurso proveniente de tributação).¹¹⁶

Há uma forte percepção de que o Judiciário brasileiro não seria o *locus* mais adequado para a resolução de problemas de alta complexidade técnica ou científica, por lhe faltar capacidade institucional^{117, 118} para tanto. Carece o magistrado de tempo, conhecimento e capacidade para compreender, adequadamente, as conseqüências de uma decisão proferida acerca de políticas públicas.

O Judiciário, assim, estaria preparado e aparelhado para atuar diante do que muitos autores identificam como microjustiça, ou seja, a justiça do caso concreto. Diante de problemas individuais é difícil imaginar qualquer impossibilidade de ordem fática para a execução da decisão judicial, como, da mesma forma, é extremamente dificultoso identificar influências negativas para a política pública decorrentes daquela simples decisão. Entretanto, conforme bem exposto por Gustavo Amaral¹¹⁹, um somatório de escolhas individuais racionais pode produzir um resultado coletivo irracional. Trabalhar assim, pensando apenas no caso concreto, na microjustiça, pode consistir em um sério problema para o necessário planejamento da atividade administrativa.

¹¹⁶ TIMM, Luciano Benetti, op. cit., p. 59.

¹¹⁷ Luís Roberto Barroso entende que a *capacidade institucional* envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria (BARROSO, Luís Roberto, *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*).

¹¹⁸ A preocupação com a *capacidade institucional* dos juízes não é exclusivamente nacional, valendo transcrever passagem da consagrada obra de Holmes e Sunstein, na qual abordam a questão sob a ótica americana:

(...) For one thing, cost-consciousness in the Field of rights enforcement presents a serious challenge to the judiciary, precisely because it demands attention to a board range of competing demands upon the public budget, while judges are necessarily riveted to a particular controversy, narrowly defined. Without paying serious attention to possible alternative users of scarce taxpayer dollars, for instance, American judges regularly compel big-city governments to dole out millions of taxpayers' dollars in tort remedies. Is this a democratic and morally responsible way to expend scarce resources? Why should this money not be spent on public education or public health?

We cannot even ask such questions, it should be noted, until we candidly acknowledge the cost of rights. The fact that American courts – the principal guardians of our most precious liberties – are poorly positioned to make intelligent allocative decisions in a reason to worry about the implications of judicial decision-making for a responsible system of public finance. But since judges are entrusted by law with the task of protecting costly rights, students of adjudication cannot reasonably ignore the cost of rights. (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R, *The cost of rights: why liberty depends on taxes*, p. 224-225).

¹¹⁹ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 97.

Faltam preparação, instrumentos, recursos técnicos e, algumas vezes, vontade e coragem¹²⁰ ao Judiciário para buscar a efetivação da macrojustiça. Falta perceber que cada decisão judicial, proferida sem consideração de dados como a escassez de recursos, o princípio da igualdade ou a repercussão global do conjunto das decisões judiciais individuais, além de sérias repercussões aos indivíduos não beneficiados pelas mesmas, acarreta desorganização administrativa e perda da eficiência.

Exatamente neste sentido, é a avaliação de Ana Paula de Barcellos:

(...) o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de *microjustiça* –, o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a *macrojustiça*. Ou seja: ainda que fosse legítimo o controle jurisdicional das políticas públicas, o jurista não disporia do instrumental técnico ou de informações para levá-lo a cabo sem desencadear amplas distorções no sistema de políticas públicas globalmente considerado.¹²¹

Em uma época na qual tanto se exige do Estado adequação e eficiência¹²² no gasto do dinheiro público, deve-se tomar em relevo a participação do Judiciário nesta seara. Até que ponto a justa preocupação com a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, do direito à saúde, historicamente negligenciado na cultura político-jurídica nacional, pode justificar intervenções açodadas e sem adequada investigação de suas repercussões nas políticas públicas legitimamente desenvolvidas? Os efeitos adversos desta atuação, como a desorganização administrativa, a quebra da isonomia e da eficiência, não seriam mais prejudiciais

¹²⁰ Vontade e coragem aqui entendidos no sentido de disposição em suplantar o conformismo, sentimento comum ao ser humano, alterando o *status quo* coletivo em direção à efetivação generalizada dos ideais constitucionais.

¹²¹ BARCELLOS, Ana Paula, *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*.

¹²² Sobre a eficiência, princípio constitucional expresso (art. 37, *caput*, da CF/88, na redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19 de 1998), vale referência a conceito abrangente elaborado por Alexandre de Moraes: “Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social.” (MORAES, Alexandre de, *Direito constitucional*, p. 317). Também para compreensão do princípio, cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Princípio da eficiência*).

do que os benefícios? São estas as grandes e importantes questões que devem ser analisadas.

Para que as críticas expostas neste tópico tenham alguma viabilidade teórica, devem ser interpretadas tendo em conta a estrutura de nosso ordenamento jurídico. Assim, elas não podem ser entendidas, sob qualquer hipótese, como a afirmação de que o Judiciário não pode intervir para corrigir equívocos manifestos, ações ou omissões inconstitucionais, pois não há dúvida de que esta importante atribuição lhe foi conferida pelo constituinte. Na verdade, o que se exige é uma maior atenção, responsabilidade e preocupação com as conseqüências das decisões, com a escassez de recursos e com a consolidação de um sistema regular, isonômico e abrangente de saúde pública.

Além da necessária mudança de postura e formação dos magistrados, é possível que a solução a este complexo problema passe pela restrição à prolação de decisões em lides individuais, com o correlato estímulo a ações coletivas, pela criação de Varas especializadas em direitos fundamentais sociais e, ainda, pela estruturação do Judiciário com corpos técnicos especializados, que, mediante sua interação com seus paradigmas do Executivo e Legislativo, possam fornecer dados seguros e mais abrangentes para a prolação da decisão.

Porém, antes do que apontar soluções para o complexo problema, este trabalho tem por escopo identificá-lo, chamando a atenção para sua existência e extensão, muitas vezes ignoradas, propositalmente ou não, pela doutrina e jurisprudência. Acredita-se que esta identificação, considerando um ambiente de crescente e assistemática judicialização da saúde, onde os excessos e o absolutismo vêm se tornando cada vez mais comuns, é o primeiro passo para a tomada de posição constitucionalmente mais adequada.

3.3

Análise da jurisprudência nacional: abusos e excessos

Uma vez expostas as principais críticas teóricas à aplicação, com feições absolutistas, do direito à saúde, pretende-se, a partir de agora, identificá-las na prática, comprovando que os excessos e abusos, a que já se fez inúmeras referências, estão disseminados em nossa cultura jurídica. Para tanto, utilizar-se-á

da análise de exemplos jurisprudenciais, selecionados nos mais diversos tribunais e instâncias judiciárias do país.

Como na maior parte das vezes os problemas decorrentes do absolutismo do direito à saúde apresentam-se interligados e, por esta exata razão, cumulados, seria extremamente complexa a tarefa de identificar exemplos jurisprudenciais específicos e exclusivos de cada um destes problemas. Além disso, qualquer tentativa neste sentido correria o risco de tornar o estudo repetitivo, pois decisões judiciais idênticas seriam analisadas em momentos, e sob perspectivas, diversas.

É justamente por razões como as expostas que não se identificará cada um dos problemas individualmente, optando-se por listar e destacar, em conjunto e na medida em que detectados, alguns dos excessos jurisprudenciais, presentes quando da efetivação do direito social à saúde, com destaque para as ações que envolvem prestações materiais positivas, como fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos. Para tanto, serão selecionadas algumas decisões, que, seja por sua importância, seja por seu claro posicionamento em prol do absolutismo da saúde pública, servem para a exemplificação de tudo o que até aqui se afirmou, destacando que este estudo não tem por preocupação dados estatísticos ou com a prevalência quantitativa dos posicionamentos mencionados.

Delimitados os objetivos, inicia-se a tarefa pela análise de acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, da lavra do Ministro Celso de Mello, utilizado como precedente em diversas manifestações acerca do tema da efetivação do direito à saúde. Trata-se de julgamento proferido em sede de agravo regimental no Recurso Extraordinário 271.286, cuja ementa vai a seguir transcrita:

E M E N T A: 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 consequência 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.

(RE 271286 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/09/2000, DJ 24-11-2000 PP-00101 EMENT VOL-02013-07 PP-01409)

Além da peremptoriedade da ementa acima transcrita, que vincula os direitos à saúde e à vida, dando contornos irrestritos à assistência farmacêutica (direito classificado como público, universal e igualitário) e aduzindo a plena aplicabilidade do direito à saúde, interessa, ainda, a menção a excerto extraído do voto condutor do acórdão, proferido pelo Ministro Celso de Mello¹²³:

Tal como pode enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (**Pet 1.246/SC**), entre proteger a **inviolabilidade** do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo **inalienável** assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput” e art. 196), 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: aquela que **privilegia** o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, **notadamente** daqueles **que têm acesso**, por força de legislação local, ao programa de distribuição **gratuita** de medicamentos, instituído em favor de **pessoas carentes**. (grifos no original)

¹²³ O Ministro reafirma este posicionamento em diversas oportunidades, inclusive, recentemente, em voto proferido quando do julgamento de Agravo regimental na suspensão de liminar nº 47 (SL 47-AgR/PE, 2010).

Nesta passagem, que não constou da ementa do acórdão em referência, o magistrado expõe uma posição extremista em prol da prevalência absoluta dos direitos à vida e à saúde, quando confrontado com questões orçamentárias e financeiras do Estado, que o Ministro qualifica de secundárias. Ao prescrever, mediante afirmação abstrata, que o conflito sempre se resolve em favor de uma das opções possíveis, no caso, do direito à saúde, pode-se afirmar que Celso de Mello abandona a técnica de decisão da ponderação de valores, em favor da premissa do absolutismo do direito à saúde, a qual, por outro lado, tem o efeito de isentar o julgador de justificar, no caso concreto, o posicionamento adotado em favor deste último direito¹²⁴. Além disso, qualificar de secundário o interesse financeiro parece consistir em tentativa de subverter, por meio de palavras, a realidade, diversas vezes já lembrada neste trabalho, de limitação de recursos materiais e humanos, bem como do regime de produção capitalista adotado por nossa Constituição¹²⁵. Recursos financeiros não podem ser considerados secundários, se são justamente eles que garantem a realização material dos direitos fundamentais, sendo certo que as necessidades e pretensões humanas são superiores à disponibilidade de recursos existentes.^{126, 127}

Entendimentos como o da decisão mencionada, embasam as críticas formuladas à violação da reserva do possível que, em alguns acórdãos, chega a ser afastada em abstrato, isto é, sem qualquer consideração real acerca da repercussão

¹²⁴ Se o resultado da resolução do conflito normativo já está definido em abstrato, sendo sempre o mesmo, como propugna o Ministro, não tem lugar a ponderação de interesses. Casos como estes dão margem à arbitrariedade do julgador, pois, tornando inútil qualquer argumentação em sentido contrário, permite a prevalência irrestrita de sua vontade. Sob certo sentido, aqui tem aplicação a crítica do déficit democrático do Judiciário para realizar escolhas alocativas.

¹²⁵ Igual entendimento, no sentido da prevalência absoluta do direito à saúde frente ao “burocrático” e “secundário” orçamento público, pode ser encontrado em diversas decisões do mesmo Tribunal. A título exemplificativo, cf. RE 342413, relatora Min. Ellen Gracie; ADI 1595, relator Min. Nelson Jobim; AgRg no RE 393175, rel. Min. Celso de Mello; RE 195192, relator Min. Marco Aurélio; STA 223 (informativo de jurisprudência do STF nº 61/2008). O mesmo entendimento é repetido nos mais diversos Tribunais e instâncias judiciais nacionais, contentando-se com referência a acórdão prolatado pelo STJ (AgRg na MC 11805/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha).

¹²⁶ Este descompasso entre recursos disponíveis e necessidades humanas pode ser identificado no exemplo mencionado ao final do item 3.2.2 deste trabalho (Suspensão de liminar ou antecipação de tutela nº 0011099-66.2010.404.0000/PR – TRF 4ª. Região), onde ratificou-se a impossibilidade material de fornecimento da vacina contra o vírus H1N1 para toda a população brasileira.

¹²⁷ Frise-se que o posicionamento aqui defendido, não significa adesão a qualquer tese de impedimento absoluto de prevalência do direito à saúde sobre o orçamento público. Admite-se tal possibilidade, desde que tal conduta seja embasada, casuisticamente, em ponderações fáticas sérias e concretas, bem como em argumentação jurídica, que leve em conta o caráter relativo de todos os direitos existentes.

financeira da decisão¹²⁸. Nestes casos, parece que se consideram infinitos os recursos públicos, algumas vezes atribuindo sua escassez ao seu mau emprego e à corrupção¹²⁹. Sobre argumentos “não jurídicos” deste último tipo, Gustavo Amaral responde com propriedade:

Dizer que o Estado tem verbas nem sempre bem empregadas, muitas vezes consumidas com fraudes é constatação feita a partir do noticiário dos jornais que, d.m.v., tem o mesmo valor jurídico do que dizer, também a partir de notícias de jornal, que há máfias por trás da “indústria de liminares de medicamento”: nenhum. Isso pode ter emprego em discursos panfletários, em discurso de justificação de decisões cujo fundamento é outro, talvez não explicitado, numa linha de realismo jurídico pela qual o magistrado decide por sua convicção e cria um pálio de justificação. Tal como não se acaba com inflação por decreto, não é por liminar ou sentença que se consegue retirar do “desvão” a verba mal empregada ou desviada e se prestigia os fins públicos. Nelson Rodrigues disse certa vez que “o desenvolvimento não se improvisa”. O processo civilizatório e a superação do patrimonialismo também não.¹³⁰

Sob fundamento diverso, decisão proferida no Superior Tribunal de Justiça, pelo Ministro Edson Vidigal¹³¹, afasta, igualmente, o argumento da limitação de recursos financeiros do Estado. Nesta decisão, considera-se que não se identifica lesão à economia pública, diante da diminuta repercussão financeira proveniente da determinação de fornecimento de medicamento a um único paciente. Fica evidente, nesta passagem da decisão, a aplicação da denominada microjustiça, isto é, a justiça que se preocupa apenas com o caso concreto.

É evidente que, quando considerada apenas a lide em julgamento, qualquer gasto individual com medicamentos será irrisório frente ao gigantismo do orçamento público. O problema, porém, está no conjunto das decisões no mesmo sentido, que podem, sim, inviabilizar ou comprometer, juntas, o orçamento¹³².

¹²⁸ Cf. AgRg no REsp 878441/RS, Rel. Eliana Calmon, STJ; Apelação / Remessa necessária nº 2007.71.11.001297-4, Rel. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, TRF 4ª. Região; Reexame necessário nº 0005500-15.2007.8.19.0061, Rel. Marcia Ferreira Alvarenga, TJRJ

¹²⁹ Como se tais práticas perniciosas, indubitavelmente existentes, pudessem ser combatidas desta forma. Na verdade, o que ocorre é que a corrupção subsiste intacta, enquanto as já desfalcadas verbas públicas, destinadas à saúde da generalidade da população e segundo políticas públicas genéricas, são realocadas para o cumprimento de decisões judiciais, beneficiando um indivíduo, muitas vezes em detrimento da coletividade.

¹³⁰ AMARAL, Gustavo, *Direito, Escassez & Escolha – critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*, p. 141. Luciano Benetti Timm também critica esta espécie argumentativa, considerando-a equivocada (TIMM, Luciano Benetti, op. cit., p. 54-5).

¹³¹ Suspensão de segurança nº 1.548, Rel. Edson Vidigal, STJ.

¹³² Exemplo interessante, que permite visualizar, em concreto, a problemática que envolve a aplicação da micro e da macrojustiça, é fornecido por Fabíola Sulpino Vieira (VIEIRA, Fabíola Sulpino, op. cit.). Em seu estudo, a autora, valendo-se de dados estatísticos oficiais acerca da

Como já se teve a oportunidade de afirmar¹³³, trabalhar assim, pensando apenas no caso concreto, na microjustiça, pode consistir em um sério problema para o necessário planejamento da atividade administrativa.

Cabe aqui destacar que o posicionamento identificado no Recurso Extraordinário 271.286 influenciou, enormemente, parcela do Judiciário nacional, que passou a deferir, em um sem número de hipóteses, toda e qualquer prestação postulada em matéria de saúde. Pode estar aqui a origem do que se identifica como fenômeno da absolutização do direito à saúde no Brasil. De uma situação de completa omissão na intervenção e efetivação judicial do direito à saúde, migrou-se, açodadamente, sem maiores preocupações com sua fundamentação teórica, para o outro extremo, no qual políticas públicas são frequentemente ignoradas e são deferidas as mais diversas prestações, sem preocupação com suas repercussões financeiras, bem como com as demais normas jurídicas vigentes.

Além da situação acima relatada e de modo a demonstrar o que aqui se considera excesso ou abuso na aplicação judicial do direito à saúde, vale a

hepatite viral crônica – tipo C no Brasil, estima o montante de gastos necessários para fornecimento do medicamento Interferon Peguilado de forma ampla para a população. Por seu interesse, vale citar os seguintes trechos do estudo:

“(...) A prevalência da hepatite viral crônica C no Brasil é estimada em 1% da população geral. A população brasileira, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), era de 186.770.562 de pessoas em julho de 2006. Portanto, cerca de 1.867.706 delas possuem o vírus da hepatite C por esta aproximação. Supondo-se que o SUS trate 25% (466.927) dessas pessoas com o medicamento interferon peguilado e como o tratamento deve ser feito com a aplicação de 180 mcg, uma vez por semana durante 48 semanas e, o preço da seringa preenchida de 180 mcg é de R\$ 1.107,49 (valor em junho de 2006), o custo estimado é de 24,8 bilhões de reais.

Se esta situação tivesse acontecido, este valor corresponderia a 64% do gasto total executado pelo Ministério da Saúde em 2006 (38,8 bilhões de reais). Ou seja, dois terços do orçamento federal da saúde seriam gastos para a oferta de um único produto farmacêutico com cobertura de 0,25% da população. Isso significa que é preciso empregar critérios adequados para alocação dos recursos da saúde e não que não se deve tratar os pacientes de hepatite viral crônica C. Daí a importância da política, pois diante do limite financeiro do Estado é preciso determinar como as ações e serviços de saúde serão realizados, em observância aos princípios constitucionais e do SUS. Nesse aspecto, a existência de critérios claros para determinar a incorporação das novas tecnologias é fundamental e, uma vez incorporada, é imprescindível o estabelecimento de outros para orientar o seu uso de forma racional.”

Se é verdade que, algumas das aproximações estatísticas utilizadas no estudo podem ser questionadas, como, por exemplo, o tempo de tratamento, posologia e a própria recomendação/utilidade do medicamento para parcela tão considerável da população, não se pode desconsiderar as reais e vultosas repercussões financeiras decorrentes de sua eventual inclusão na lista de medicamentos gratuitos fornecidos pelo SUS. Por outro lado, é evidente, que seu fornecimento a apenas um indivíduo, beneficiado por decisão judicial, não tem a capacidade de por em risco o orçamento público. Desta forma, cabe considerar até que ponto é justo e correto fornecer, às expensas do SUS, medicamento, cuja viabilidade financeira, no caso de disponibilização geral, é extremamente questionável. São exatamente questões como esta que o Judiciário não pode se furtar de enfrentar.

¹³³ Item 3.2.5.

referência, de modo meramente casuístico e exemplificativo, a alguns posicionamentos judiciais de interesse.

Não é incomum a prolação de decisões judiciais que, sob a justificativa da irrestringibilidade do direito à saúde, determinam que o Estado forneça medicamentos sequer registrados na Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA). Neste exato sentido, as decisões a seguir transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. AIDS. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. AUSÊNCIA DE REGISTRO NA ANVISA. - Sendo dever do Estado a prestação de assistência farmacêutica aos necessitados, inclusive medicamentos para tratamento de doenças graves que não estejam registrados na Agência Nacional de Segurança Sanitária - ANVISA, resta presente a verossimilhança das alegações. - Incorre, no caso, qualquer tratamento privilegiado, assegurado simplesmente o direito à vida através das atividades que são inerentes ao Estado e financiadas pelo conjunto da sociedade por meio dos impostos pagos pelo próprio cidadão. - Prequestionamento quanto à legislação invocada estabelecido pelas razões de decidir. - Apelações e remessa oficial improvidas. (TRF4, AMS 2002.70.00.071559-0, Terceira Turma, Relator José Paulo Baltazar Junior, DJ 23/06/2004)

PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA SOLIDÁRIA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS.

1. Admite-se, excepcionalmente, o deferimento de liminar satisfativa quando tal providência seja imprescindível para evitar perecimento de direito, o que, na espécie, se justifica para garantir o indispensável tratamento de saúde do paciente. A proibição contida na § 3º do art. 1º da Lei 8.437/92 deve ser analisada à luz da Constituição da República, em observância ao princípio da efetividade da jurisdição e da razoabilidade.

2. A responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos, que decorre da garantia ao direito à vida, à saúde e à dignidade da pessoa humana, é constitucionalmente atribuída ao Estado, solidariamente com os entes federativos (CF, arts. 196 e 198, § 1º). Incensurável, assim, a decisão que determinou à União, juntamente com o estado da Bahia, o fornecimento de medicamento necessário ao tratamento da saúde do Autor (menor, portador da Síndrome de Hunter -Mucopolissacaridose tipo II, que litiga sob o pálio da assistência judiciária). Precedentes.

3. O fato de o medicamento em questão não possuir registro junto à ANVISA é insuficiente para afastar a responsabilidade dos entes federativos quanto ao seu fornecimento, tendo em vista que, no caso concreto, há laudo médico atestando a necessidade do uso do mencionado remédio para tratamento da saúde do Agravado.

4. Agravo regimental da União desprovido.

(AGA 2008.01.00.016411-5/BA, Rel. Desembargador Federal Fagundes De Deus, Quinta Turma, e-DJF1 p.492 de 17/04/2009) (grifou-se)

Além de usurparem o legítimo exercício da atividade administrativa, com teórica violação aos princípios da separação de poderes e da legalidade¹³⁴, tais decisões podem colocar em risco a vida do beneficiário da decisão e a própria segurança pública, ao introduzir, no país, substâncias e produtos cuja segurança, confiabilidade e eficiência ainda não foram comprovados. Ademais, o deferimento de produtos que mais tarde se mostram ineficientes configura gasto público desnecessário, prejudicando o montante disponível para o SUS.

Ainda acerca da determinação do fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA, vale mencionar acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um dos mais pródigos em decisões judiciais envolvendo medicamentos. No julgamento do agravo de instrumento nº 6615075300, aquele Tribunal manteve decisão liminar que determinava ao poder público o fornecimento do medicamento denominado Iressa (princípio ativo: Gefitinib), não registrado pela ANVISA. Justamente acerca deste medicamento, em caso análogo o Superior Tribunal de Justiça preferiu afastar os argumentos da segurança, legitimidade administrativa e legalidade da restrição ao seu uso no país, mantendo a obrigação estatal de seu fornecimento ao litigante (particular)¹³⁵.

Além da desconsideração das atribuições da Agência de Vigilância Sanitária, o que chama mais atenção nos acórdãos mencionados é a ausência de substanciosas análises fáticas e jurídicas para a tomada das decisões. Era de se esperar que, ao se colocar de modo contrário à manifestação do órgão competente para avaliação da eficácia e segurança da introdução de novos medicamentos no país, houvesse, no mínimo, a preocupação dos magistrados em constatar erro, omissão ou inaplicabilidade no trabalho da Agência. Ao não fazê-lo, afastando sem maiores considerações o impedimento da ausência de registro do medicamento no país, os acórdãos referidos, sob a justificativa da amplitude

¹³⁴ Acerca do tema, a Lei n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina em seu artigo 12 que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”. O artigo 16 da referida Lei estabelece os requisitos para a obtenção do registro, entre eles, que o produto seja reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se propõe. O Art. 18 ainda determina que, em se tratando de medicamento de procedência estrangeira, deverá ser comprovada a existência de registro válido no país de origem. Já a Lei nº 9.782/99, outorga a competência para registro, fiscalização e regulação de medicamentos à ANVISA.

¹³⁵ AgRg na SS 1.408/SP, Rel. Min. Edson Vidigal.

conferida pelo constituinte ao direito à saúde, contribuem para uma situação de insegurança e excessos na concretização deste importante direito.

Outra situação identificada, que atinge a organização administrativa estatal e os princípios da proporcionalidade e da isonomia, refere-se à postura judicial em demandas relativas ao diabetes, doença cujo tratamento no âmbito do SUS é regulado por normas específicas.

Para adequada compreensão das críticas aqui formuladas, indispensável é o conhecimento da Lei nº 11.347/2006, que cuida da distribuição de medicamentos e materiais necessários ao controle da diabetes, valendo, por sua especialidade, transcrever o seguinte artigo:

Art. 1º Os portadores de diabetes receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde - SUS, os medicamentos necessários para o tratamento de sua condição e os materiais necessários à sua aplicação e à monitoração da glicemia capilar.

§ 1º O Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, selecionará os medicamentos e materiais de que trata o caput, com vistas a orientar sua aquisição pelos gestores do SUS.

§ 2º A seleção a que se refere o § 1º deverá ser revista e republicada anualmente ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos, tecnologias e produtos no mercado.

§ 3º É condição para o recebimento dos medicamentos e materiais citados no caput estar inscrito em programa de educação especial para diabéticos.

(grifou-se)

Dando cumprimento ao determinado no art. 1º, § 1º, o Ministério da Saúde editou a Portaria nº 2.583, de 10 de outubro de 2007, na qual estabelece os medicamentos e insumos para o tratamento no âmbito do SUS. Por sua vez, a Portaria GM 3.237, de 24 de dezembro de 2007 define as responsabilidades pelo financiamento entre os gestores, sendo do Ministério da Saúde a responsabilidade pelo financiamento das insulinas NPH e Regular e, para os Estados e Municípios, os insumos.

Referida lei, portanto, assegurou a disponibilização gratuita, pelo SUS, de medicamentos e produtos, definidos em atos administrativos posteriores, destinados ao tratamento e controle da diabetes. Ocorre, entretanto, que a mesma lei vinculou o fornecimento dos mesmos à inscrição do enfermo em Programa de educação especial para diabéticos (Programa de Educação para Diabéticos).

Diante das regras mencionadas, pode-se afirmar que o Poder Público regulamentou, no âmbito do SUS, o programa de fornecimento de medicamentos e insumos, destinados ao controle da diabetes, sendo certo que, no exercício de sua constitucional função administrativa, optou por determinados medicamentos e insumos, exigindo dos enfermos comprometimento com o tratamento e contínuo acompanhamento médico, por meio da inscrição em programa de educação especial.

Uma vez identificada a existência de efetiva política administrativa, que, ao menos em tese, dá concretude aos dispositivos constitucionais relativos à saúde, era de se esperar que o Judiciário resguardasse a efetividade e legalidade desta política específica, além de realizar o controle de sua constitucionalidade, em abstrato e em concreto. Para tanto, indispensável seria a análise da proporcionalidade das escolhas administrativas, assim como de sua eficiência à luz do caso concreto, como, na hipótese, estabelecer se as insulinas oferecidas pelo SUS são eficazes para o controle da doença de indivíduo específico.

Porém, a conduta que se entende constitucionalmente mais prudente e indicada nem sempre é aquela adotada pelo Judiciário nacional. Na linha do entendimento que vê a saúde como direito absoluto, identificam-se decisões que afastam¹³⁶ ou, simplesmente, ignoram¹³⁷ a política administrativa, sem expor

¹³⁶ Exemplo paradigmático de decisão que, afasta a política administrativa existente, pode ser identificado em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde, em apelação interposta pelos entes federados réus, manteve-se decisão de primeira instância, que os condenava a fornecer medicamento e insumos para controle da diabetes. A peculiaridade da ação é que, a maioria dos produtos vindicados, eram fornecidos administrativamente pelo SUS, mediante a participação do indivíduo no programa legal de educação de diabetes, tendo-lhe sido negados em razão de sua recusa na inscrição em referido programa. O Tribunal, mesmo sem qualquer consideração acerca da legitimidade, proporcionalidade ou constitucionalidade da exigência administrativa, determinou o fornecimento dos medicamentos sem a necessidade de inscrição no programa (Apelação Cível nº 1.0024.06.192902-2/002, Rel. Wander Marotta). No mesmo sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Apelação nº 0284791-32.2008.8.19.0001 - 2009.001.05922, Rel. Luiz Fernando de Carvalho; APELAÇÃO Nº 0201490-90.2008.8.19.0001, Rel. NANJI MAHFUZ) e de seu congênere paulista (Apelação Cível nº 813.454-5/2-00, Rel. Oswaldo Luiz Palu). Ao afastar, sem maiores considerações, a exigência de participação do indivíduo em programa de acompanhamento do enfermo, as decisões judiciais mencionadas desestruturam e enfraquecem a política pública existente. Mais grave é que o fazem sem qualquer ponderação entre os eventuais problemas gerados pela exigência administrativa e os benefícios individuais e gerais daí decorrentes; simplesmente, consideram que a amplitude do direito à saúde não admite maiores exigências administrativas.

¹³⁷ Mais comum do que decisões que afastam, sem maiores considerações, exigências legais para deferimento do medicamento pleiteado, como, no exemplo, a inscrição do doente em programa de controle da diabetes, são as decisões que, simplesmente, ignoram a existência da política pública. Nestes casos, deferem-se os medicamentos pleiteados pela parte autora, estando eles presentes ou não nas listas oficiais previamente elaboradas pelos administradores públicos, com base em vagas

qualquer fundamento relevante para tanto, a não ser a abstrata invocação de uma suposta extensão ampla do direito à saúde.

Em outras oportunidades, chega-se a determinar ao ente público réu, através de mandado de segurança, que forneça medicamentos não contemplados em políticas públicas existentes, aceitando-se como provas pré-constituídas simples receituários e relatórios médicos, produzidos unilateralmente e de modo particular pelo impetrante, os quais os impetrados não têm como contraditar, em razão das peculiaridades do procedimento especialíssimo adotado, que não admite dilação probatória. Nestes casos, há clara adoção de um conceito de direito à saúde absoluto, impassível de regulamentações e restrições, segundo o qual, todo e qualquer medicamento é devido pelo Poder Público, independentemente de seu custo e das opções administrativas tomadas, cujos critérios técnicos de escolha e questões relativas à limitação orçamentária sequer são tomados em séria análise por esta vertente jurisprudencial.

O comportamento identificado acima pode ser classificado como excessivo ou abusivo, estando sujeito a diversas das críticas expostas anteriormente neste estudo, em especial, sua contribuição para a desorganização administrativa, ineficiência, quebra da isonomia entre indivíduos em idêntica situação fática, desproporcionalidade na exigência imposta ao Estado, além, é claro, da teórica violação ao princípio da reserva do possível, uma vez que os custos envolvidos e a disponibilidade financeira do Estado, em regra, não são sequer cogitados.

Apesar da gravidade dos fatos acima relatados, talvez o caso mais evidente de quebra da isonomia entre os indivíduos na implementação do direito à saúde através do Judiciário seja identificado em decisões, por meio das quais determina-

referências ao caráter amplo e irrestrito do direito à saúde. Não se identifica qualquer preocupação em analisar a adequação das políticas públicas existentes, a eficiência dos tratamentos oferecidos pelo SUS, a viabilidade financeira do fornecimento dos medicamentos pleiteados ou qualquer outro elemento que pudesse fundamentar um juízo de ponderação, recomendável diante dos inúmeros conflitos normativos que podem ser identificados na espécie. Exemplificativamente, cf. acórdãos nos quais esta postura é identificada: AI nº 2008.01.00.035382-3/BA, Rel. Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, TRF 1ª. Região; AC 2008.33.10.000231-3/BA, Rel. Fagundes de Deus, TRF 1ª. Região; Apelação Cível nº 1.0024.05.858672-8/001, Rel. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, TJMG; Apelação / Reexame Necessário nº 990.10.134907-8, Rel. Marrey Uint, TJSP; AI nº 0038561-79.2009.8.19.0000 - 2009.002.29481, Rel. Luiz Fernando de Carvalho, TJRJ.

se em favor do demandante a realização imediata de transplante, a despeito de sua posição na fila nacional de espera pelo órgão¹³⁸.

A tragicidade concreta da decisão, nestes casos, é patente, uma vez que, em face da escassez de órgãos disponíveis para transplante, o benefício do contemplado com a decisão judicial se dá em direto prejuízo de inúmeros outros indivíduos, cuja espera pelo transplante é maior e cuja gravidade da doença sequer é tomada em consideração pelo magistrado. Em outros termos, pode-se estar coarctando a vida de indivíduo que aguardava, regularmente, na fila de espera, em prol de outro que, por sorte ou competência, foi contemplado por decisão na via jurisdicional. Em casos como estes, a regular (e trágica) escolha administrativa é ignorada sem que para tanto se considerem suas gravíssimas conseqüências, que podem incluir a morte de indivíduo que aguardava na fila de espera pelo órgão.

Reafirme-se mais uma vez, que quando da seleção dos exemplos abordados, não se preocupou com aspectos estatísticos, como o quantitativo de decisões no universo pesquisado ou o fato de tratarem-se posições majoritárias. Na verdade, procurando excluir posições isoladas, contentou-se com a identificação de decisões que permitiram melhor explorar as críticas teóricas sistematizadas no item anterior deste capítulo.

É certo que os exemplos destacados, longe de exaurirem todos os possíveis e teóricos excessos identificados quando da efetivação do direito à saúde pelo Judiciário nacional, servem para demonstrar a existência do problema e a necessidade de se debaterem caminhos, que tragam maior segurança e efetividade à aplicação de tão importante direito. Será justamente de alguns destes possíveis caminhos que se tratará no capítulo subsequente.

¹³⁸ Identificam-se exemplos de tal postura em: Apelação cível com revisão nº 613.923.5/5-00, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, TJSP; Agravo Interno 176495 (2009.02.01.007423-4), Rel. Reis Friedi, TRF 2ª. Região.