



## DEPARTAMENTO DE DIREITO

### **MESTRADO EM DIREITO**

Concretização Judicial do Direito à Saúde: um contributo à sua efetivação no Brasil a partir das experiências jurisprudenciais no Direito Comparado e nas matrizes teóricas portuguesas

Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Autónoma de Lisboa,  
para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Kassio Nunes Marques

Orientadora: Professora Doutora Constança Urbano de Sousa

**Janeiro de 2015**

**Lisboa**

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

Constituição do Brasil, art. 196, *caput*.

## **Agradecimento**

Rui Barbosa fez uma indagação em um de seus famosos discursos: “Senhor, por que nos deste uma língua tão pobre na gratidão?”.

Para não permanecer na ingratidão, agradeço a Deus - do qual todas as coisas dependem – pela vida, e que, com a sua infinita bondade, concedeu-me a oportunidade de experimentar a inefável sensação de galgar mais esta experiência.

Meu especial e carinhoso agradecimento aos meus pais, Raimundo Marques e Carmen Dolores, a quem tenho a oportunidade de, ainda em vida, demonstrar gratidão e os reverenciar pelas lições de vida que serviram para plasmar a minha personalidade e fincar o balizamento do meu caráter, realçando em cores vivas a minha fé nos princípios da honradez e da moral. A eles muito devo da minha formação.

Agradeço a minha avó Venina e a minha madrinha Toinha, *in memoriam*, pela incansável demonstração de amor.

À minha mulher, Socorro Marques, companheira e mãe incansável, sempre solidária no atendimento das minhas obrigações familiares e profissionais, sem cuja colaboração dificilmente teria êxito nos embates que travei no curso da minha vida. A ela a minha eterna gratidão, pela compreensão, pelo incentivo e pelo integral apoio que sempre me ofereceu.

Aos meus filhos, Karson, Kevin e Kauan, razão da minha vida, pelas alegrias que me têm proporcionado, não obstante, as minhas omissões, muitas vezes involuntárias, ao não poder lhes dedicar as atenções devidas.

À minha irmã Karine e minha sobrinha Anne Kaline, em nome das quais agradeço aos demais familiares e amigos que de alguma forma contribuíram para este trabalho.

A todos, o meu muito obrigado.

Resumo: O advento do Estado Constitucional de Direito foi marcado por uma mudança radical de postura dos poderes públicos, que passaram a ter como *telos* de suas atividades a efetividade dos direitos fundamentais. Neste aspecto, a jurisdição constitucional assumiu um papel destacado no Brasil, sobretudo no que diz respeito à concretização dos direitos sociais por meio de prestações individuais; a atuação do Judiciário, todavia, pode vir a produzir injustiças maiores do que a justiça que se visa a obter, se não orientada por critérios racionais e se não realizada em harmonia com os demais Poderes. Assim, a presente dissertação se ocupa de buscar no Direito Comparado parâmetros para a atuação para o Poder Judiciário brasileiro, visando a estabelecer critérios de controle das decisões judiciais relativas ao tema das concessões de medicamentos pelo Estado, tendo em vista a necessidade conciliação entre a escassez de recursos públicos e a imperiosa efetividade do direito à saúde. Para isso, o trabalho busca apoio, mais enfaticamente, nas jurisprudências colombiana e sul-africana, e se socorre da matriz teórica portuguesa.

Palavra-Chave: direito à saúde; medicamentos; jurisdição constitucional; Direito Comparado; Brasil; África do Sul; Colômbia; Portugal.

Abstract: The advent of the Constitutional State of law has been characterized by a radical change of attitude of public authorities, which now have as a telos of their activities the effectiveness of fundamental rights. In this respect, the constitutional jurisdiction in Brazil has assumed a prominent role, especially regarding the realization of social rights by means of individual demands; the role of the judicial power, however, is likely to produce greater injustice than the justice that it seeks to obtain, if not guided by rational criteria and if not done in harmony with the other Powers' activities. Thus, this thesis goal is to seek, in Comparative Law, standards for the Brazilian judicial power's performance, aiming to establish control criteria of judicial decisions relating to the topic of drugs concessions by the state, with a view to reconciling the needs shortage of public resources and the urgent implementation of the right to health. In order to achieve such goals, the job is supported by the Colombian and South African jurisprudence, and is based mostly on the Portuguese theoretical matrix.

Key-words: right to health; drugs concession; constitutional jurisdiction; Comparative Law; Brazil; South Africa; Colombia; Portugal.

## Índice Geral

### Introdução

#### **Capítulo I – Os desafios da implementação do direito à saúde:a sua força normativa e o papel do Estado no ambiente constitucional contemporâneo**

1. O Estado do Bem-Estar Social, as Políticas Públicas da Saúde e o Advento da Jurisdição Constitucional.....	11
2. A Superação do Debate Acerca da Natureza Programática do Direito à Saúde.....	20
3. A Divisão Funcional dos Poderes do Estado e a Compreensão Substancialista das Democracias Constitucionais Contemporâneas.....	34

#### **Capítulo II – Direito à saúde no contexto do princípio da reserva do possível**

4. Os Custos do Direito à Saúde e a Nova Leitura do Princípio da Reversa do Financeiramente Possível.....	42
5. Os Custos do Direito à Saúde e seus Impactos Federativos: Estudo de Caso sobre a Experiência do Estado Brasileiro do Piauí.....	49

#### **Capítulo III – Concretização do direito à saúde: diversas perspectivas**

6. A Tensão com o Princípio da Igualdade Decorrente de Decisões Individuais Concedendo Pleitos Relativos ao Direito à Saúde.....	54
6.1 O Caráter Coletivo da decisão da Corte Constitucional da África do Sul sobre o Tratamento contra a AIDS.....	60
6.2 As Decisões Individuais da Corte Constitucional da Colômbia.....	65
6.3 As Decisões Individuais do Judiciário brasileiro quanto ao Tratamento da AIDS.....	70
7. O Sistema Único de Saúde como Garantia Institucional e a Concepção Portuguesa de Garantias Institucionais.....	79
8. Omissão Inconstitucional.....	83
8.1 A Condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos decorrente da Omissão na Proteção à Saúde de Grupo Vulnerável.....	88
8.2 Omissão quanto a outros Direitos Sociais cujo Impacto Compromete o Direito à Saúde.....	96

## **Capítulo IV – Critérios para a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde**

9. A Proteção Constitucional aos Grupos Vulneráveis.....	101
10. Aferição da Integridade do Executor das Políticas Públicas de Saúde.....	106
11. Atualização Judicial das Listas de Medicamentos decorrente de Defasagem.....	107
12. A Negociação Política dos Custos dos Medicamentos como Elemento Excepcional de Concretização do Direito à Saúde.....	113
Considerações Finais.....	118
Bibliografia.....	124

## **Introdução**

O presente trabalho observou a intensa judicialização brasileira de fatos da vida relativos ao direito à saúde. Após certa consolidação do papel transformador da Constituição Federal de 1988, o Judiciário brasileiro passou a ingressar em várias demandas individuais relativas aos mais variados aspectos do direito à saúde, estatuído, inicialmente, no artigo 6º da Constituição, como um direito social.

A partir dessa observação, problemas apareceram, tais como a potencial deturpação do papel do Poder Executivo como formulador e implementador de políticas públicas da saúde. A partir do momento em que o Judiciário começa a se projetar como árbitro legítimo a dirimir conflitos individuais voltados para demandas reprimidas por serviços médicos, a missão do Poder Executivo começaria a ser suprimida? Esse foi um dos problemas sobre os quais esse trabalho se debruçou.

Nada obstante não tenha havido a pretensão de realizar um estudo detalhadamente comparativo entre o Brasil e Portugal, esses dois países, com suas trajetórias constitucionais marcadas por elementos comuns, dão o tom de boa parte das argumentações aqui expostas. Isso fez com que a ligação teórica e jurisprudencial do Brasil com Portugal pudesse ser lembrada em vários momentos, notadamente quando foi necessário incursionar com maior profundidade a roupagem dos chamados direitos sociais, notadamente o direito à saúde.

A pretensão, portanto, é apresentar a roupagem teórica da qual se reveste o direito à saúde nessa quadra da história constitucional no Brasil, considerando marcos importantes da literatura especializada, nesse ponto, iluminado por autores portugueses que têm tido uma acolhida extraordinária no Brasil. Daí não ser exagero lançar, logo no subtítulo, a pretensão de analisar o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil a luz da literatura lusitana. Há, sim, conexão.

Após expor os marcos teóricos, o trabalho pretende fazer uma revisão da jurisprudência brasileira relativa a casos marcantes de judicialização do direito à saúde. Nada obstante o foco trabalho seja o Brasil, seria provinciano recusar outras experiências institucionais importantes, a exemplo do que ocorreu na África do Sul por meio de um frutífero diálogo entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário daquele país, buscando solucionar o grave problema da AIDS.

Para que a compreensão dos casos trabalhados no trabalho, pretende-se apresentar os traços mais relevantes da jurisdição constitucional contemporânea, marcada pelo *ethos* da força normativa da Constituição, fiel no primado da concretização do texto constitucional como forma de implementar um projeto de vida em sociedade realizado pela Assembléia Nacional Constituinte.

Vale recordar que a prática constitucional brasileira passou por diversas mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988. O surgimento da nova Carta marcava o fim de um longo período de ditadura militar e estabelecia o marco histórico do Estado Constitucional de Direito, sintonizado com a redemocratização.

A partir daquele momento, já era possível vislumbrar os grandes desafios a serem enfrentados pelo poder público a fim de pôr em prática o plano constitucional. O extenso catálogo de direitos sociais demandaria, sobretudo, larga quantia de recursos financeiros da Fazenda Pública para que fosse efetivado, pois de acordo com Jorge Miranda,

“A efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais não depende apenas da aplicação das normas constitucionais concernentes à organização económica. Depende, também, e sobretudo, dos próprios factores económicos, assim como – o que nem sempre é suficientemente tido em conta – dos condicionalismos institucionais, do modo de organização e funcionamento da administração pública e dos recursos financeiros.”<sup>1</sup>

Era a chegada tardia, no Brasil, do mais intenso estágio de estado do bem-estar social que a experiência constitucional desse país teve contato.

Também o Poder Judiciário, especificamente, enfrenta diariamente desafios intensos no trato dos direitos sociais. Estes desafios, não raro, têm sido encarados pelos juízes, que, em grande medida, têm adotado uma postura ativa no sentido da concretização dos direitos sociais – a despeito da conflituosidade entre esta postura e o princípio da separação dos poderes, suscitada por parte da doutrina e da jurisprudência. Isso se dá, segundo parte da doutrina, em virtude do cenário constitucional marcado pela omissão legislativa no âmbito das políticas públicas.

O Brasil abraçou, por meio do Supremo Tribunal Federal, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais por meio da adoção de novos paradigmas na interpretação constitucional – dentre eles, a atribuição de normatividade aos princípios,

---

<sup>1</sup>MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. V. 4. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 348

a expansão da jurisdição constitucional e o reconhecimento de força normativa à Constituição – que passariam a nortear a atuação judicial no importante papel de concretização do projeto constitucional.

Em todo o território brasileiro, de fato, a magistratura tem se mostrado uma protagonista no processo de concretização dos direitos fundamentais – de modo geral – e do direito à saúde – de modo específico. Há, no presente trabalho, demonstrações consistentes de que a quantidade de ações relativas ao acesso à saúde ajuizadas anualmente cresceu exponencialmente.

No entanto, também fica demonstrado que a falta de coordenação e harmonia entre as ações do Poder Judiciário, no fenômeno conhecido como “judicialização da saúde”, e do Poder Executivo, na implantação de políticas públicas, pode oferecer riscos relevantes para o cidadão que aguarda a prestação social.

Se, por um lado, a existência de um quadro de omissão constitucional e precariedade na prestação de serviços públicos – peculiar à prática constitucional brasileira – instaurado em torno das políticas públicas designadas para a efetivação do direito à saúde não deve impedir o Judiciário de, quando provocado, promover o desembaraço à efetivação do direito fundamental dos jurisdicionados, a falta de gerência da magistratura em termos de gestão orçamentária, por outro lado, pode provocar efeitos nocivos às políticas públicas já em andamento, podendo, eventualmente, produzir injustiças maiores que a justiça que se pretendia produzir.

Não convém que o cidadão, a quem o Estado tem o dever constitucional de garantir o acesso à saúde, se veja prejudicado na fruição do direito à saúde em virtude da ação ineficiente do poder público.

Neste contexto, a presente dissertação se ocupa de empreender estudo a respeito das peculiaridades que permeiam o tema da efetividade do direito à saúde. Para tanto, ciente do caráter universal da ciência jurídica e respeitoso a cunho global do qual se reveste cada vez mais a academia portuguesa serão analisadas as experiências constitucionais de Estados em que foi possível verificar êxito nas medidas traçadas para o aperfeiçoamento da prestação social do direito à saúde, marcadamente os casos da África do Sul e da Colômbia.

O que se pretende, como resultado deste empreendimento acadêmico, é fornecer subsídios à atuação do poder público brasileiro a partir do aprendizado

extraído do direito comparado na promoção do direito à saúde, buscando apoio, também, nas matrizes teóricas e na jurisprudência portuguesas.

Cumpre, aqui, iniciar a exposição, tratando, a princípio, da concepção contemporaneamente atribuída aos direitos sociais e ao papel da jurisdição constitucional na implementação daqueles.

## **Capítulo I – Os desafios da implementação do direito à saúde: a sua força normativa e o papel do Estado no ambiente constitucional contemporâneo**

### **1. O Estado do Bem-Estar Social, as Políticas Públicas da Saúde e o Advento da Jurisdição Constitucional**

Antes de passar a discorrer sobre as políticas públicas e, especificamente, as políticas públicas da saúde, é importante recordar as bases do chamado estado do bem-estar social sem o qual não se estaria discutindo com tamanho denodo as propostas de concretização do direito à saúde no seio de uma sociedade complexa.

Paulo Bonavides diz que o Estado-social representa “uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal”, conservando “sua adesão à ordem capitalista”<sup>2</sup>.

A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Portugal salazarista foram “Estados Sociais”. Também o foi “a Inglaterra de Churchill; os Estados Unidos, em parte, desde Roosevelt; a França, com a Quarta República, principalmente; e o Brasil, desde a Revolução de 1930”<sup>3</sup> – diz Bonavides.

Estado social foi, por último, na órbita ocidental, “a República Federal Alemã, que assim se confessava e proclamava textualmente em sua Constituição, adotada em Bonn, antes da unificação”<sup>4</sup>. Bonavides registra que:

“Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes a mais estreita dependência de seu poder econômico, político e social, em suma,

---

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 184.

<sup>3</sup> *Ibidem.*

<sup>4</sup> *Ibidem.*

estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social”<sup>5</sup>.

Trata-se do compromisso com a garantia de um mínimo existencial ou de prestações estatais que assegurassem certa previdência aos indivíduos.

No Brasil, foi a Constituição de 1934 que apontou, pela primeira vez, em seu preâmbulo, a necessidade de assegurar o “bem-estar social e econômico”. O propósito foi absolutamente mantido pela Constituição Federal de 1988.

Já na realidade portuguesa, J. J. Gomes Canotilho afirma que a escolha pela “opção socialista” se deu por diversos fatores, que, ainda hoje – apesar de a ideologia socialista ter sido extinta pelas sucessivas reformas constitucionais –, se encontram expressos ou implícitos na Constituição da República Portuguesa, dentre eles:

“a) a democracia social e económica é indissociável do problema da reconversão da estrutura dos meios de produção num sentido socialista (art. 9.º/d);

b) a democracia social é uma questão de trabalho intimamente ligada às classes trabalhadoras (cfr. arts. 59.º e 60.º);

c) a democracia social e económica com base no princípio socialista é uma forma de reacção e contraposição a relações de produção capitalista (cfr. primitivos arts. 89.º e 96.º), que, entre nós, se alicerçaram frequentemente em sistemas políticos autoritários e fascizantes (cfr. Preâmbulo);

d) a democracia social e económica assente na apropriação coletiva dos principais meios de produção é uma forma de garantia da efectivação de direitos sociais, económicos e culturais (art. 9.º/d).”<sup>6</sup>

Portanto, em Portugal, o princípio da democracia social, econômica e cultural decorre do princípio da democracia, orientado pela ideologia socialista.

Passada essa breve recordação acerca da acepção do estado do bem-estar social, é de todo relevante tratar das políticas públicas em si e, especialmente, das políticas públicas voltadas para a concretização do direito constitucional à saúde.

“Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém”<sup>7</sup> – diz o Juramento de

---

<sup>5</sup> *Idem*, p. 186.

<sup>6</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 335.

<sup>7</sup> O Juramento de Hipócrates foi atualizado em 1948 pela Declaração de Genebra.

Hipócrates. Segundo Ronald Dworkin, ele introduz o Princípio do Resgate, pelo qual “a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto teria menor importância e deveria ser sacrificado em favor desses dois bens”<sup>8</sup>.

A sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida. É a essência da ética médica.

O Princípio do Resgate tem colocado diante dos estados do bem-estar social o desafio de concretizar o direito à saúde em sociedades cada vez mais complexas, notadamente em metrópoles urbanas hiper-populosas.

Não bastasse esse desafio, que já é enorme, há também a necessidade de lidar com demandas por remédios sofisticados, equipamentos de tecnologia de ponta e tratamentos experimentais realizados por grupos de estudiosos ao redor do mundo.

Durante a Audiência Pública da Saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o professor associado da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Raul Cutait, lembrou que Hipócrates falou, há 2.500 anos, que o objetivo maior da medicina é o bem do paciente, razão pela qual se deve devolver a saúde às pessoas. Para isso, o médico deve agir de acordo com as possibilidades e de acordo com seus conhecimentos, evitando o mal e as injustiças.

Segundo Cuait, essa aspiração “deixou de ser algo que só o médico pensa, mas a população como um todo, a sociedade civil e o governo constituído”<sup>9</sup>.

A partir do momento que as constituições iniciaram a introdução, em seus textos, dos direitos sociais, inevitavelmente as políticas públicas e todas as suas peculiaridades passaram a ser alvo da consideração do Poder Judiciário. Não há razão suficiente, agora, para tentar afastar as políticas públicas dos ramos do direito.

Duncan Kennedy questiona a tentativa de separar o direito da análise de políticas públicas:

“Os professores ensinam absurdos quando convencem os alunos de que o raciocínio jurídico é diferente, enquanto método de se obter resultados corretos, do discurso ético e político em geral (isto é, da análise de políticas públicas). É verdade que os advogados dispõem de técnicas argumentativas

---

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 434.

<sup>9</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 266-267.

especiais para descobrir lacunas, conflitos e ambiguidades nas regras, para questionar decisões judiciais amplas e limitadas, e para produzir argumentos sobre políticas públicas favoráveis e contrários. Contudo, trata-se aqui apenas de técnicas argumentativas. Não existe nunca uma ‘solução jurídica correta’ que não seja outra senão a solução ética e politicamente correta de um determinado problema jurídico. Em outras palavras, tudo que é ensinado, com exceção das regras formais em si e das técnicas argumentativas para manipulá-las, é formulação de políticas públicas e nada mais. Segue-se que é artificial a distinção feita em sala de aula entre o caso jurídico não problemático e o caso que se volta para preocupações com políticas públicas; cada um poderia muito bem ser ensinado da maneira contrária”<sup>10</sup>.

Já Richard Posner afirma que “o juiz de um caso difícil é mais um formulador de políticas públicas do que um advogado convencional e, dentro de sua esfera de liberdade ou discricionariedade, pode ser tão livre de regras quanto um legislador”<sup>11</sup>. Para ele, “a decisão dos casos jurídicos difíceis é, muito frequentemente, uma forma de análise de políticas públicas, e não o produto de uma metodologia específica de raciocínio jurídico”<sup>12</sup>.

Esse ponto tratado por Duncan e Posner é de fundamental importância, porque problematiza um tabu em boa parte da teoria constitucional, que é exatamente o fato de as políticas públicas, nas democracias constitucionais contemporâneas, comporem, sim, o quadro de sindicabilidade da jurisdição constitucional, não somente no que diz respeito à análise do seu procedimento, mas, como não poderia deixar de ser, quanto ao seu conteúdo, sua substância e, até mesmo, a qualidade das políticas públicas.

Segundo Richard Posner, “o juiz deve fazer uma escolha entre políticas públicas, e a escolha é ditada pelos resultados do levantamento e da avaliação das consequências das opções alternativas para o Estado de Direito, para as partes, para a economia, para a ordem pública, para a civilização, para o futuro, para a sociedade”<sup>13</sup>.

Por esta ótica, a jurisdição constitucional sempre será chamada a deliberar acerca de fatos gerados em decorrência de políticas públicas reclamadas pelos textos

---

<sup>10</sup> KENNEDY, Duncan. Conferir o capítulo 2, *Legal education as Training for Hierarchy*, p.54-78, in *The Politics of Law: A progressive Critique*, organizado por David Kairys, New York: Pantheon, 1982.

<sup>11</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 175.

<sup>12</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 179.

<sup>13</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 178.

constitucionais, razão pela qual não haveria escândalo na sindicabilidade de demandas particulares, individuais, como o acesso a um medicamento, a partir do momento em que há, na Constituição, a exortação à implementação de uma política que, em seu bojo, se apresenta deficitária quanto à entrega de um instrumento necessário à concretização de um direito constitucionalmente protegido. Durante a Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza, também o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa, afirmou que “o papel da jurisdição constitucional, neste contexto, se mostra importante no sentido de determinar as políticas públicas, definidas pela própria Constituição, a serem implementadas pelos órgãos públicos omissos, a fim de se conferir eficácia a esses direitos constitucionalmente garantidos”<sup>14</sup>.

Deixar faltar medicamentos é uma conduta omissiva que esvazia uma declamação da Constituição e que, por tal razão, não pode ser negligenciada pela jurisdição constitucional.

Todavia, a temática da concretização judicial do direito à saúde tem gerado críticas relativas à possibilidade de tumulto institucional decorrente da utilização incriteriosa do Judiciário no processo de formulação e implementação das políticas.

Para Virgílio Afonso da Silva, “embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar ‘histórias de sucesso’ na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o Judiciário desempenha nessa área”<sup>15</sup>.

Isso porque, “da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa”<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup>Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2u3lzEJ54gA>>. Acesso em: 11 de Setembro de 2014, às 14h01min.

<sup>15</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, p. 587/599. In *Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 592

<sup>16</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, p. 587/599. In *Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 592

O processo de construção de uma indumentária institucional asseguradora de direitos decorre do esforço da sociedade por meio da luta política. É a natural motivação guiada por interesses.

A partir do momento que a sociedade comprehende a necessidade de satisfazer seus anseios por segurança, o direito à saúde costuma ser o primeiro item de qualquer pauta política. Contudo, nas sociedades complexas consolidadas neste século, aliadas à expansão quantitativa e qualitativa da jurisdição constitucional, não parece factível negligenciar o papel que esse braço importante do Estado assume nas discussões acerca da concretização de todos os direitos sociais, mormente o direito à saúde.

Neste contexto, a linha teórica de John Hart Ely parece oferecer uma possibilidade de construção de uma macro-discussão acerca da sindicabilidade, ou não, das políticas públicas de saúde pelo Poder Judiciário.

Para Ely, o Judiciário “não esteve orientado pelo desejo de parte da Corte de reivindicar alguns valores substantivos particulares, que houvesse determinado como importantes ou fundamentais, mas sim pelo desejo de assegurar que o processo político – que é onde propriamente se identificam, pesam e ajustam tais valores – estivesse aberto a pessoas de todos os pontos de vista em condições que se aproximam da igualdade”.<sup>17</sup>

Não é exagero afirmar que muitas vezes a atuação da jurisdição constitucional corrige falhas inerentes ao próprio processo político, seja porque não possibilita a consideração e respeito necessário a grupos vulneráveis, seja porque, simplesmente, desconsidera os pleitos legítimos formulados e até acatados pela política pública, mas que, posteriormente, não ganha plena implementação.

Os ideais de mitigação das dores do ser humano não são meramente médicos, mas universais, podendo encontrar raízes no próprio constitucionalismo. Essa comoção diante dos dramas trazidos com o direito à saúde é mencionada por Ana de Paula Barcellos, que destaca o sentimento do juiz ao apreciar um caso concreto:

“Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades

---

<sup>17</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 98.

do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica”<sup>18</sup>.

Contudo, ela entende que, além desse choque individual, há ainda uma perplexidade maior causada pela surpresa com a realidade global das políticas públicas de saúde: “um levantar de olhos e um olhar ao lado, todavia, embora não seja capaz de diminuir o drama humano envolvido nessas situações, revela outros dramas e proporciona um enfoque mais global do problema”<sup>19</sup> - afirma.

Mesmo apontando possíveis efeitos colaterais no que se convencionou chamar de judicialização da saúde, Ana Paula de Barcellos termina por admitir o caos na saúde pública brasileira:

“(...) o que dizer das milhares de mães que morrem no momento do parto porque os hospitais públicos do três níveis federativos não as assistem? Ou que dizer das crianças que morrem antes do primeiro aniversário por falta de acompanhamento pediátrico básico? Ou daquelas que morrem em decorrência de doenças relacionadas com a falta de saneamento, ou as vítimas de malária, hipertensão, diabetes, doenças de chagas, etc.”<sup>20</sup>

A impressão que se tem é que falta Estado para a implementação satisfatória do direito à saúde. Esta convicção é dividida com Duncan Green, para quem “a prestação de serviços públicos decentes é uma das funções essenciais de um Estado efetivo, tanto para desenvolver uma economia dinâmica como para preservar sua legitimidade”<sup>21</sup>.

Green registra que “os investimentos sociais em saúde, educação, água limpa e saneamento são um luxo para países que conseguiram crescer; eles são, na verdade, precursores desse crescimento e também possibilitam que seus benefícios sejam mais equitativamente distribuídos. Esses serviços são os elementos básicos de uma vida decente, consagrados como direitos universais pelas Nações Unidas.”<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> BARCELLOS, Ana Paulo de. *O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*, p. 221/249, in *Perspectivas Constitucional Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. Organizadores: Sidney Guerra & Lílian Balmant Emerique, p. 221.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> BARCELLOS, Ana Paulo de. *O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*, p. 221/249, in *Perspectivas Constitucional Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. Organizadores: Sidney Guerra & Lílian Balmant Emerique, p. 221.

<sup>21</sup> GREEN, Duncan. *Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo*. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 43.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

Apesar das recentes conquistas no campo econômico, o Brasil é um país que, na área social, padece de muitos problemas. Sua desigualdade social piora ainda mais o quadro, fazendo com que a maioria da população dependa da implementação de políticas públicas, especialmente na área da saúde.

Segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano (*HDR – Human Development Report*), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil tem o 9º maior PIB do mundo, se medido em dólar PPP (*purchasing power parity*) e a quarta maior taxa de desigualdade social do mundo<sup>23</sup>.

O Relatório Mundial da Saúde, Ano 2000, da Organização Mundial da Saúde (OMS), apresentou a classificação dos 191 países membros, no que diz respeito à prestação de serviços à saúde. Ela levou em consideração cinco itens:

- “1. O nível global de saúde da população, avaliando a expectativa de vida;
- 2. A prestação de serviços às populações carentes, enfatizando desigualdades sociais;
- 3. O nível global de resposta ao Sistema de Saúde. A satisfação do usuário, o funcionamento do Sistema e a concentração e a distribuição dos serviços foram analisados;
- 4. A capacidade de resposta do Sistema, na qual se quantifica a facilidade ou dificuldade de acesso aos serviços;
- 5. A divisão de carga financeira, na qual o financiamento e os gastos dos pobres e dos ricos com a Saúde são avaliados.”<sup>24</sup>

O Brasil ficou em 125º lugar. Seis anos depois, o país passou a acirrar seus indicadores com outros países. Segundo o PNUD (2006), a desigualdade de renda no Brasil é apenas melhor que a de países africanos como Serra Leoa ou Namíbia.

Diante desse quadro, com uma Constituição que ao mesmo tempo em que fala em direito à saúde para todos, assegura o amplo e irrestrito acesso à prestação

---

<sup>23</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justicáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in idem, p. Nota 1: p. 587.

<sup>24</sup> A íntegra do Relatório está disponível em [http://www.who.int/whr/2001/en/whr01\\_en.pdf](http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf). Acesso fev. 2011.

jurisdicional, parece intuitivo supor que o resultado seria o deslocamento, para o Judiciário, de todas as demandas não acolhidas pela esfera político-representativa.

Na Europa, Alemanha, França, Espanha ou Itália assegura-se, pela via legislativa, o direito à saúde à toda a população. Há infraestrutura administrativa e jurisdicional especializada para garantir a concretização dos deveres sociais do Estado, seja mediante sua prestação por parte do Estado (Inglaterra), seja pelo Estado com a colaboração dos particulares (Alemanha ou Espanha). Há uma justiça especializada: a jurisdição social. As cortes constitucionais cumprem uma mera função de controle, só intercedendo em casos excepcionais. Na América Latina, de forma particularmente interessante, o governo venezuelano implementou o Sistema Nacional de Grandes Missões, que é operado por organizações mais funcionais, sem tanta burocracia, no sentido de uma administração paralela aos Ministérios tradicionais; e, nesse contexto, o direito à saúde foi concretizado durante a Missão Bairro Adentro, que teve o “intuito de levar assistência médica e sanitária pelo governo da Venezuela junto com o governo de Cuba que já atendeu 20 milhões de Venezuelanos em diferentes setores de nosso país – especialmente nos setores das classes sociais mais humildes.”<sup>25</sup>

Mesmo assim, segundo Ingo Sarlet, na Alemanha houve caso relativo à distrofia muscular, a síndrome de Duchene, no qual se reconheceu “a necessidade de o Estado pagar um tratamento alternativo, mas que se comprovou eficiente, no caso, e não estava escrito nos protocolos do Conselho Nacional, para o cidadão que estava pleiteando esse medicamento”<sup>26</sup>.

Ou seja, mesmo em países como a Alemanha, o direito à saúde tem surgido como um elemento desafiador para as autoridades, diante do surgimento de uma medicina de altíssima tecnologia capaz de gerar o diagnóstico cada vez mais variado de doenças outras desconhecidas pela literatura médica.

Quando o que está em discussão é o direito à saúde, a realidade brasileira, notadamente no que diz respeito às carências sociais, se aproxima de países como a

---

<sup>25</sup>Juiz da Suprema Corte da Venezuela, Juan Jose Nuñez Calderon, durante a Reunião da Subcomissão para a América Latina para a Comissão de Venezuela. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2u3lzEJ54gA>>.

<sup>26</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 79.

África do Sul e Colômbia, que enfrentam desafios semelhantes às nações que incorporaram constituições repletas de direitos sociais.

O que o Judiciário brasileiro está fazendo é tentando entregar ao Estado o seu papel primordial de criador e executor de políticas públicas voltadas para a saúde. Todavia, essa missão não tem sido executada sem tensionamentos constantes entre os poderes, tumultos administrativos e perplexidades institucionais.

Para Luís Roberto Barroso, “o sistema (da judicialização da saúde) começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismos diversos”<sup>27</sup>.

Isso porque, “no limite, o casuísmo da jurisprudência brasileira pode impedir que políticas coletivas, dirigidas à promoção da saúde pública, sejam devidamente implementadas”.<sup>28</sup>

É exatamente em razão de ponderações como esta que o trabalho pretende se debruçar acerca do cenário de implementação do direito à saúde neste início de século, considerando as experiências de países como o Brasil, a Colômbia e a África do Sul, percorrendo as ricas literatura e jurisprudência portuguesas, cuja monumental acolhida em todo o mundo deve servir de guia em muitos momentos desta jornada.

A partir do próximo capítulo, o trabalho trará os pontos de maiores dificuldades em relação ao tema, passando, em seguida, a indicar eventuais alternativas compatíveis com os estados constitucionais contemporâneos, ainda que haja o constante receio de enfrentamento de crises econômicas ou mudança de escolhas públicas.

## **2. A Divisão Funcional dos Poderes do Estado e a Compreensão Substancialista das Democracias Constitucionais Contemporâneas**

“A abordagem da Corte ajuda a evitar demandas fragmentadas e em série concernentes a circunstâncias similares, e também permite à Corte exigir a melhoria

---

<sup>27</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 2.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

dos programas de governo, mesmo quando não haja remédio individual adequado”<sup>29</sup> – afirma Eric C. Christiansen, em alusão à África do Sul.

A posição, contudo, tem feito surgir um debate insolúvel, envolvendo o clássico da teoria da Constituição, que é a concepção de separação dos poderes.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, “o que é compreendido como a ‘teoria da separação de poderes’ é, no entanto, uma simples visão enviesada das idéias de Montesquieu, aplicada a um regime presidencialista, em uma sociedade que é infinitamente mais complexa do que aquela tida como paradigma”<sup>30</sup>.

Baseia-se em um capítulo de “Espírito das Leis”, no qual se descreve o sistema político inglês de meados do século XVIII: “isso tem muito pouco em comum com as democracias presidencialistas contemporâneas”<sup>31</sup> – assevera Virgílio Afonso da Silva.

Tem sido reputado superado no Brasil o propósito de se negar a análise de políticas públicas de saúde pelo Judiciário ao argumento de que se estaria diante de violação ao postulado da separação dos poderes. Virgílio Afonso da Silva pontua que “o argumento baseado puramente na separação de poderes não parece ser digno de nenhuma análise mais apurada”<sup>32</sup>.

Já não mais se cogita de abordar a questão da legitimidade do Judiciário quando se discute a concretização do direito à saúde: “deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma idéia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que não será considerada”<sup>33</sup> – registra Virgílio, arrematando: “O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta”<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. *Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*. Columbia Human Rights Law Review. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. Coordenada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 689.

<sup>30</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais, p. 587/599. In Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 590/591.

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

Neste sentido, asseverou o então Ministro do Supremo Tribunal Federal Joaquim Barbosa, durante a Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza, que o STF reconheceu em diversas decisões que não há sequer de se falar, “nesses casos (políticas públicas determinadas pela própria Constituição), em violação do princípio da separação dos poderes, já que, em face da omissão dos poderes Legislativo e Executivo, a ação do Poder Judiciário se dá em observância à supremacia da Constituição”<sup>35</sup>.

Este é um debate cuja matriz teórica é riquíssima no Brasil, abrindo margem para o debate clássico entre ativismo judicial versus auto-contenção ou, então, entre a concepção substancialista de democracia constitucional versus a visão proceduralista.

Para Gustavo Binenbojm define os substancialistas como aqueles defensores da “jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais”<sup>36</sup>, enquanto os proceduralistas seriam os que acreditam numa “jurisdição constitucional como instrumento e defesa do procedimento democrático”<sup>37</sup>.

Enquanto Lênio Streck visualiza um embate<sup>38</sup>, Mônica Clarissa caminha por trilha conciliatória: “substancialismo e proceduralismo não se afiguram como lógicas excludentes, senão como lógicas complementares e interdependentes”<sup>39</sup>.

No início da década de 80, John Hart Ely publicou “Democracy and distrust: a theory of judicial review”<sup>40</sup>. O trabalho trouxe uma criativa visão sobre a democracia, intitulando-a de procedural, pela qual se concilia o poder entregue ao Judiciário com a essência democrática de governo da maioria. Em sendo as leis o retrato da vontade da maioria, como permitir que uma minoria não eleita anule tal decisão?

Hans Kelsen alimentava a possibilidade do exercício, por um corpo de juízes integrantes de um tribunal e desprovidos de mandatos populares, de um controle de

---

<sup>35</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2u3lzEJ54gA>>.

<sup>36</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 24.

<sup>39</sup> LEAL, Mônica Clarissa Henning. *Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática: uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007. p.201.

<sup>40</sup> ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Harvard: Harvard University Press, 1981.

constitucionalidade das leis aprovadas pela maioria. Inspirado por esse ambiente, Ely constrói um raciocínio que trilha o caminho segundo o qual a única forma de compatibilizar o poder dos julgadores com a vontade da maioria é conferir aos tribunais o mister de controlar meramente a regularidade do processo legislativo.

Jürgen Habermas, uma década depois, surge defendendo a teoria proceduralista de democracia, de modo diverso de Ely, pois usa um tom universalista.

Com a teoria do discurso, Habermas sustenta que “só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos que possuem os mesmos direitos”<sup>41</sup>. Todos devem participar de forma igualitária, sem que haja superposição de uns aos outros. Não é suficiente que os cidadãos tenham direitos, eles precisam ter as mesmas condições para o exercício destes direitos.

Não basta que o direito seja resultado de um procedimento adequado para que ele se revista de legitimidade do princípio democrático. Para Habermas os membros da sociedade, devem ser os autores e os destinatários do direito, para que as regras criadas por eles próprios os vincule e tendo maior aceitação, evitando assim conflitos decorrentes do seu cumprimento. Todavia, o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem adotado postura, no que diz respeito ao direito à saúde, diversa da concepção proceduralista.

O caminho trilhado pela Corte tenta fazer com que a sociedade se guie pelos comandos da Constituição voltados aos direitos fundamentais, sem permitir que interesses circunstanciais, geralmente guiados por agentes interessados particularmente numa ou outra posição, tenham força para romper o contrato firmado pela sociedade quando da firmado pela sociedade quando da Assembléia Nacional Constituinte. Esta também é a opinião de Karl Popper<sup>42</sup>.

Nesta linha, Cass Sunstein<sup>43</sup>, concebe a criação e utilização de mecanismos como o *check and balances* no processo deliberativo à luz da jurisdição constitucional. Entende que desta forma o processo democrático pode ser renovado e fortificado.

---

<sup>41</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1. p. 157

<sup>42</sup> POPPER, Karl R. *Conjecturas e refutações*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. Vale a leitura do item 17 intitulado A opinião pública e os princípios liberais.

<sup>43</sup> SUNSTEIN, Cass R. *Designing Democracy: What Constitutions do*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

Pela tese proceduralista, não tem o intérprete constitucional a possibilidade de ser um aplicador de princípios de justiça, pois é um fiscal do correto funcionamento do processo político. Ronald Dworkin, analisou com propriedade o outro lado da visão proceduralista: a teoria substantiva da Constituição.

Dworkin<sup>44</sup> rebate a argumentação que seria antidemocrática a postura de um tribunal que interfira no debate polêmico de questões socialmente relevantes e que contenham uma elevada carga política. Para ele, a melhor solução nem sempre é obtida pela via democrática.

Cita como exemplo a decisão que consente ou não o aborto. Para Dworkin, essa questão não deveria ser decidida na via democrática, uma vez que inevitavelmente atrairia discussões de aspecto moral, que devem ser evitadas, já que a predominância da vontade de uma maioria tida como conservadora violaria a sua teoria de igualdade de representação. Se decidida por juízes, estes aspectos possivelmente não teriam o mesmo peso na formação do seu convencimento.

No mesmo toar, John Rawls também não vislumbra neste exercício hermenêutico dos tribunais de interpretação das liberdades e direitos basilares um ôbice ao processo democrático. Para ele, ainda que as decisões do poder judiciário sejam vinculantes (*stare decisis*) nada obsta que sejam elas debatidas como regras de políticas gerais num “fórum público de princípios”<sup>45</sup>, pela sociedade diretamente ou através de seus representantes.

Deve ser um consequência natural que, sempre quando uma decisão judicial sobre tema polêmico provoque discussões políticas, no curso dela o seu mérito seja debatido pela sociedade em sede de princípios constitucionais, pois o debate público terá um papel pedagógico essencial.

Neste sentido, fala Luís Roberto Barroso:

“A democracia não se assenta apenas no princípio majoritário, mas, também, na realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios. A tutela desses valores, direitos e procedimentos é o fundamento de

---

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1996, p. 13.

<sup>45</sup> RAWLS, John *apud* KELLY, Erin (Org.) *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 209.

legitimidade da jurisdição constitucional. Partindo dessas premissas, parece plenamente possível conciliar democracia e jurisdição constitucional, que se defenda uma noção procedural da Constituição – que privilegia a definição das regras do jogo político, cuja observância legitimaria os resultados produzidos -, quer se opte por um modelo substancialista – no qual certas opções materiais já estariam predefinidas”<sup>46</sup>.

Não porque uma Corte Constitucional concretiza os comandos contidos na Constituição e impor o cumprimento de suas decisões aos demais poderes que a ativista.

Alexander Hamilton, na sua obra *O Federalista*<sup>47</sup>, defende a supremacia da Constituição e o papel reservado à Suprema Corte no processo de aplicação do direito constitucional, ressaltando que a postura de o Judiciário declarar nula uma lei aprovada pelo Legislativo, interpretando a Constituição, não significa qualquer preponderância de um poder ao outro. E justifica sua posição afirmando que a vontade do povo consagrada na Constituição exige maior dignidade do que a vontade de seus representantes, consignadas nas leis ordinárias.

Já para os Substancialistas<sup>48</sup>, as Constituições devem consagrar os direitos fundamentais, os princípios e os fins públicos que resguardem os valores sociais: liberdade, justiça e igualdade. A jurisdição constitucional teria muito mais instrumental para lidar com a questão da concretização do direito à saúde, pois estaria em sintonia com o propósito de cumprir a força normativa<sup>49</sup> da Constituição, implementando valores impregnados de grande relevância, sem ativismo judicial.

Diante do embate entre essas duas legítimas concepções quanto ao modo de desenvolver a democracia constitucional, é possível que se avance em direção à

---

<sup>46</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 58.

<sup>47</sup> HAMILTON, Alexander et al. *The Federalist: a commentary on the Constitution of United States*. New York: Random House, 1937, p. 505.

<sup>48</sup> Substancialistas: RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Belknap Press, 1999. / RAWLS, John. *Liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000 / DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1997. / DWORKIN, Ronald. *Freedom's law: the moral reading of the American constitution*. Cambridge: Harward University,1996. / DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Procedimentalistas: ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995. / HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.1 / HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedural da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

<sup>49</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

realidade portuguesa para que, então, se torne compreensível a linha teórica e jurisprudencial desenvolvida no país no que diz respeito à sindicabilidade judicial do direito constitucional à saúde.

J. J. Gomes Canotilho revela que o Judiciário português tem postura conservadora quanto à judicialização do direito à saúde. Segundo com a auto-contenção judicial, entende-se que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”.<sup>50</sup>

A visão de Canotilho parece encampar a proposta proceduralista de democracia constitucional, uma vez que, para ele, o Judiciário não precisa se manter afastado da apreciação dos atos do Executivo e do Legislativo, podendo promover o controle jurisdicional dentro dos limites de conhecimento dos juízes a respeito dos vícios daqueles atos: “cabe-lhes conhecer dos vícios de constitucionalidade dos actos normativos mas não dos vícios de mérito (oportunidade política dos actos e uso do poder discricionário pelo Parlamento e Governo)”.<sup>51</sup>

Canotilho devota muito relevo no princípio da democracia econômica, social e cultural, dotado do mesmo *status* constitucional dos princípios do estado de direito e da democracia política.<sup>52</sup> Para ele: “[o] princípio da democracia económica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade económica e social conformadora das estruturas socioeconómicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática.”<sup>53</sup> Seria um “*mandato constitucional juridicamente vinculativo* que limita a *discretionariedade legislativa* quanto ao ‘se’ da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao ‘como’ da sua concretização”.

Canotilho é taxativo ao negar a possibilidade de o Judiciário, em Portugal, satisfazer pretensões individuais imediatas por meio de imposição ao poder público de

---

<sup>50</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1309. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 335 – 354, 473 – 484, 519, 1308.

<sup>51</sup> CANOTILHO, 2003, p. 1309. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 1309.

<sup>52</sup> “O princípio da democracia econômica, social e cultural é] garantido contra leis de revisão substancialmente perversoras”. (CANOTILHO, 2003, p. 337).

<sup>53</sup> (cfr. Ac TC 189/90) CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 338.

uma conduta positiva (fornecimento de medicamentos, por exemplo): “o princípio da democracia econômica e social é tão-somente um *princípio jurídico fundamental objectivo* e não uma *norma de prestação subjectiva*. A favor desta consideração milita o facto de a democracia econômica e social ser uma tarefa do legislador e não dos tribunais. Estes não teriam, na aplicação do princípio da democracia social e económica, qualquer medida racional que os auxiliasse na tarefa de decisão.”<sup>54</sup> – diz.

A missão do princípio da democracia econômica e social seria impulsionar o Legislativo e o Executivo no sentido da criação e aplicação dos mecanismos satisfativos, no âmbito coletivo, dos direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, ou de fazê-lo adotar uma postura abstencionista, a fim de se fazer cessar violação ao núcleo essencial do direito subjetivo do indivíduo.

“Esses casos são aqueles em que se pode falar de inconstitucionalidade da lei por violação do princípio da socialidade”.<sup>55</sup>

Todavia, no que diz respeito à concretização do direito à saúde, Luís Roberto Barroso afirma: “havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção”<sup>56</sup>. Isso porque, “o constitucionalismo significa, em essência, limitação do poder e supremacia da lei. Democracia, por sua vez, em aproximação sumária, traduz-se em soberania popular e governo da maioria. Entre constitucionalismo e democracia podem surgir, eventualmente, pontos de tensão: a vontade da maioria pode

---

<sup>54</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 343.

<sup>55</sup> Art. 283º - Inconstitucionalidade por omissão 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. São eles: “(1) no caso de arbitraría inactividade do legislador (inconstitucionalidade por omissão), os cidadãos possam dirigir-se aos órgãos que, no nosso sistema, têm competência para suscitar a questão da inconstitucionalidade por omissão (cfr. art. 283º) com o fim de obterem uma ‘recomendação’ a favor da concretização legislativa das ‘imposições constitucionais de legislar’ contidas no princípio da democracia económica e social; (2) no caso de particulares situações sociais de necessidade, justificadoras de uma imediata pretensão dos cidadãos a partir do princípio da defesa de condições mínimas de existência inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana (cf. Ac TC 509/2002, DR, I, 12/3); (3) no caso de o legislador intervir restritivamente na legislação social existente sacrificando o mínimo de existência do cidadão” (CANOTILHO, 2003, p. 343).

<sup>56</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 21.

ter de estancar diante de determinados conteúdos materiais, orgânicos ou processuais da Constituição”<sup>57</sup>.

De acordo com Barroso, “o Chefe do Executivo e os membros do Legislativo são escolhidos pelo voto popular e são o componente majoritário do sistema. Os membros do Poder Judiciário são recrutados, como regra geral, por critérios técnicos e não eletivos: [...] a idéia de governo da maioria se realiza, sobretudo, na atuação do Executivo e do Legislativo, aos quais compete a elaboração de leis, a alocação de recursos e a formulação e execução de políticas públicas, inclusive de educação, saúde e segurança etc”<sup>58</sup>.

Quem apresenta um contraponto às idéias ilustradas pelas transcrições do pensamento de Luís Roberto Barroso é Richard Posner, para quem “a autoconstrução judicial, no sentido de hesitação em derrubar as decisões de outros ramos do governo, pode ser parte da concepção que o juiz tem da boa sociedade”, pois “o juiz que concebe seu papel nos casos difíceis como o de um formulador de políticas públicas, e não o de canal de decisões sobre políticas públicas tomadas em outras partes do sistema político, não precisa, a esse propósito, ser um ativista judicial”<sup>59</sup>.

Segundo Richard Posner, a auto-contenção judicial é uma teoria política, não um resultado de um raciocínio jurídico: “podem determinar quão ampla é a área de discricionariedade do juiz, mas não irão determinar quão ousado ou tímido o juiz deve ser nessa área ao tomar decisões que incomodem outros segmentos do governo”<sup>60</sup>.

Para ele, outras maneiras de tentar estabilizar a doutrina jurídica incluem o princípio da auto-contenção do juiz, as regras que limitam as circunstâncias em que os juízes se consideram livres para anular casos anteriores (isto é, o *stare decisis*) e a conversão de testes de múltiplos fatores em fórmulas ou algoritmos: “Nenhum desses artifícios irá fechar totalmente a área aberta, e todos se baseiam em juízos sobre políticas públicas que podem ser e são contestados”<sup>61</sup> – arremata Posner.

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 10.

<sup>58</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 11.

<sup>59</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 177.

<sup>60</sup> POSNER, Richard. *Idem*, p. 177.

<sup>61</sup> POSNER, Richard. *Idem*, p. 180.

Se, por um lado, não se nega o grau de eficácia que deve haver no comando constitucional que assegura o direito à saúde, por outro, se critica a postura de juízes ao concederem os pleitos que lhe são formulados pela parcela desassistida da sociedade.

Virgílio Afonso da Silva pondera que a previsão constitucional de direitos sociais não pode ser encarada como simples ‘lírica constitucional’, ou seja, como sendo um comando sobre o qual não há nenhuma consequência jurídica concreta.

Todavia, para ele, também não é possível que direitos sociais sejam tratados como se tivessem a mesma estrutura que têm os direitos individuais (civis e políticos), “fazendo com que juízes ignorem as políticas públicas já existentes nessas áreas, concedendo, de forma irracional e individualista, medicamentos, tratamentos de saúde<sup>62</sup>” a todos os que recorrem ao Judiciário.

Fica claro que se está transitando por um tema repleto de divergências e sutilezas, por meio do qual as nações tentam definir a forma mais apropriada de exercer o postulado de busca pelo bem comum em harmonia com o tecido constitucional. Falar do direito à saúde coloca inevitavelmente no foco dos debates as concepções mais genuínas de democracias constitucionais e, claro, suas limitações.

Na Constituição da Índia, no seu art. 37, ao falar de direitos sociais, diz-se que “as disposições contidas nesta Parte não devem ser efetivadas por nenhuma Corte, mas os princípios aqui estabelecidos são, entretanto, fundamentais para o governo do país e deve ser um dever do Estado aplicar esses princípios ao elaborar as leis”.

O constituinte estabeleceu previsão acerca do conteúdo meramente programático dos direitos sociais, não só endereçando-os exclusivamente ao governo do país, mas vedando, taxativamente, a inserção, do Poder Judiciário, nas discussões relativas à concretização do direito à saúde. Não foi o que aconteceu no Brasil.

E não é só a Constituição da Índia que traz um dispositivo afastando o Poder Judiciário do debate acerca da concretização de direitos sociais.

A Constituição Irlandesa de 1937, no art. 45, voltado aos direitos sociais, diz que “os princípios de política social pretendem ser para a orientação geral do *Oireachtas* [Legislativo Irlandês]. A aplicação desses princípios na elaboração das leis

---

<sup>62</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais, p. 587/599. In Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 588.

deve ser tarefa do *Oireachtas* exclusivamente, e não deve ser cognoscível por nenhuma Corte sob qualquer das disposições desta Constituição”. O Judiciário se afasta do debate da saúde em razão da imposição constitucional.

Por sua vez, p art. 101 da Constituição da Naníbia diz que “os princípios da política de estado contidos neste Capítulo não devem ser, por si sós, exigíveis legalmente por qualquer Corte, mas deve, entretanto, guiar o governo na elaboração e aplicação das leis para dar eficácia aos objetivos fundamentais dos referidos princípios”.

Portanto, a ideia atual a respeito da divisão funcional dos poderes do Estado não parece trazer argumentos suficientes a ponto de demonstrar o equívoco em o Judiciário apreciar, em razão do seu dever de guarda da Constituição, caso envolvendo o direito à saúde. O que deve ser analisado, claro, é a forma com que esta missão institucional tem sido desempenhada e as suas consequências na coletividade e no próprio tecido constitucional.

Sempre vem à tona o argumento acerca da possibilidade, ou não, de se sindicar direitos sociais. A Corte Constitucional da África do Sul tem o caso *The Government of The Republic of South Africa versus Irene Grootboom* (04.10.2000).

O debate girou em torno da concretização da Seção 26 da Constituição, que tratava de moradia, com o seguinte enunciado: “todos têm o direito ao acesso a moradia adequada e o Estado deve tomar razoáveis medidas legislativas e outras, dentro dos recursos disponíveis para alcançar a realização progressiva desse direito”. Também abordava a Seção 28 que dispunha: “cada criança tem direito a (...) nutrição básica, abrigo, assistência médica básica e serviços sociais”.

A Corte afastou a questão da justiciabilidade ou não dos direitos sociais. Para ela: “a questão é, portanto, não se os direitos sócios-econômicos são justicáveis, mas como efetivá-los no caso concreto”.

Parece superado, também no Brasil, o argumento segundo o qual é vedada a sindicabilidade judicial das políticas públicas. O STF pacificou posição a respeito. Julgando a ADI 820/RS (Rel. Min. Eros Grau), a Corte entendeu:

“A determinação de aplicação de parte dos recursos destinados à educação na ‘manutenção e conservação das escolas públicas estaduais’ vinculou a receita de impostos a uma despesa específica – afronta ao disposto no art. 167, inciso IV, da CB/88. 6. Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do § 2º do art. 202 da Constituição do

Estado do Rio Grande do Sul, bem como da Lei estadual nº 9.723, de 16 de setembro de 1992.”

Ainda dentro da possibilidade de questionamentos quanto às políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo, interessante questão surgiu quando do julgamento de Ação ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores – PT, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B e pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT.<sup>63</sup>

Os partidos apontavam inércia do Presidente da República em envidar esforços no sentido de erradicar o analfabetismo no Brasil, em afronta ao disposto nos arts. 6º, 23, V, 208, I, e 214, I, todos da Constituição Federal.<sup>64</sup>

O STF definiu, nesse caso, que não haveria como se afirmar ter havido inércia do Presidente da República de modo a se lhe imputar providência administrativa que ainda não tivesse sido por ele adotada e que poderia ser suprida pela procedência da ação, nada obstante a Corte tenha reconhecido que o Brasil ainda tem muito a fazer em termos de compromisso constitucionalmente imposto de erradicar o analfabetismo, até mesmo para que os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, a sua liberdade, a igualdade de oportunidades possam ser efetivados.

Jorge Miranda esclarece que, como resultado da fiscalização realizada pelo Tribunal Constitucional ou por órgão homólogo seu, geralmente são proferidas decisões que se apresentam de três maneiras distintas: a) decisões interpretativas, b) decisões limitativas e c) decisões aditivas.

Quanto às decisões aditivas, elas “consistem na adição de um segmento de lei ao dispositivo legal que não seja, de todo, conforme à Constituição. A adição deste

---

<sup>63</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 1.698 (Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Cármel Lúcia).

<sup>64</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: (...) V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;”. “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (...)” “Art. 214. A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo.”

segmento ao dispositivo legal é, basicamente, aquilo que lhe faltava para ser, integralmente, conforme à Constituição”<sup>65</sup>.

Miranda afirma ainda que se distinguem das decisões aditivas as decisões *integrativas*, pois ao passo que estas complementam os dispositivos legais ‘insuficientes’ – “no que diz respeito à sua conformidade com a Constituição – com preceitos constitucionais diretamente aplicáveis, nas decisões aditivas, o órgão fiscalizador formula – implícita ou indiretamente – uma regra complementar”<sup>66</sup>.

Ele mostra a conexão entre as decisões aditivas e o princípio da igualdade: “via de regra, é para expandir os efeitos da igualdade que se adicionam preceitos complementares aos dispositivos legais insuficientes, que, por seu turno, haviam deixado de englobar indivíduos em situação semelhante àqueles pertencentes ao grupo que a mesma lei beneficiou”<sup>67</sup> - registra.

As decisões aditivas são adotadas pelo Tribunal Constitucional, contudo, não passam sem críticas, em razão da colisão: princípio da igualdade x auto-contenção judicial.

Para Rui Medeiros, faltaria às sentenças aditivas legitimidade, pois elas invadiriam a esfera de competência constitucionalmente atribuída ao legislador ordinário, havendo uma afronta ao princípio democrático e à separação dos poderes:

“Ainda que se admitisse que a proibição do retrocesso pudesse impedir a decisão de inconstitucionalidade de uma lei que concretizasse em termos discriminatórios uma norma constitucional, daí não se retiraria uma legitimidade geral dessas decisões, pois não se vislumbraria como uma lei inconstitucional poderia condicionar a actuação futura do legislador legitimado democraticamente. Substituindo a vontade do legislador por outra, elas só em casos excepcionais seriam de aceitar e deveriam ser limitadas na medida do possível.”<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, ps. 726 a 748.

<sup>66</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, ps. 726 a 748.

<sup>67</sup> Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v. g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ónus (v. g., uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontram na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem os preceitos da igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adoptam o segundo termo da alternativa. MIRANDA, 2002, p. 745.

<sup>68</sup> MIRANDA, 2002, ps. 746 e 747.

Em resposta, Jorge Miranda mostra que não há que se falar em violação de preceito orgânico (formal) disposto na Constituição, tendo em vista que “há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-formais”<sup>69</sup>.

Outra perspectiva refutada por Jorge Miranda é a de que haveria afronta à separação dos poderes: o Tribunal – ou o órgão homólogo – não exerce função de legislador quando profere decisões aditivas, afirmando em seguida que sua atividade somente se realiza mediante provocação – encontra-se adstrita ao pedido – e em observância a critérios de interpretação e construção jurídica, pautados na hermenêutica constitucional – e não em observância a critérios políticos, pois a atividade exercida é de natureza eminentemente jurisdicional, normativamente vinculada, o que não enseja violação à separação dos poderes<sup>70</sup>.

Parece não ser de todo acertado afirmar que a jurisdição constitucional não está habilitada para concretizar o direito à saúde. Quando os críticos questionam a legitimidade da jurisdição constitucional para ingressar nesse debate o que se questiona, de verdade, é a própria razão de ser do *judicial review*.

Isso porque, é inerente aos Estados constitucionais o controle do exercício de poder por meio de uma corte constitucional ou de um tribunal que lhe faça às vezes.

Ademais, como mostrado pelo magistério de Jorge Miranda há inúmeras situações nas quais a forma mais apropriada de proteger a Constituição é por meio da utilização de técnicas de decisão por parte da jurisdição constitucional que insira, ainda que temporariamente, no ordenamento jurídico, dispositivos cuja ausência, ou má redação, compromete, irremediavelmente, a harmonia constitucional.

As sentenças aditivas simbolizam a criatividade judicial diante dos dilemas constantes apresentados no seio de uma sociedade complexa por meio da qual se entrega ao Poder Judiciário um contingente cada vez maior de relações variadas todas elas protegidas constitucionalmente.

Por fim, Eric C. Christiansen diz que, quando se questiona a legitimidade da jurisdição constitucional para ingressar no debate acerca da concretização do direito à saúde, o que se defende é que esta instância não teria condições de interpretar valores

---

<sup>69</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 726-748.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

sociais, uma vez que se trata de um corpo não eleito desautorizado a interferir “na alocação de recursos públicos – uma tarefa essencialmente legislativa”<sup>71</sup>. Segundo ele:

“... a preocupação primordial é que a elaboração e a indicação de uma solução num caso de direitos sociais sejam muito semelhante ao papel tradicional do Poder Legislativo de decidir políticas e criar e implementar programas. Considerar tais direitos como justicáveis seria intrometer-se necessária e indevidamente na seara do Poder Legislativo – mais obviamente quando um tribunal invalida um ato legislativo concernente ao bem-estar e determina uma linha de ação diferente para o Estado.”<sup>72</sup>

### **3. A Superação do Debate Acerca da Natureza Programática do Direito à Saúde**

O direito à saúde foi contemplado pela Constituição Federal de 1988. O Poder Executivo, contudo, costuma interpretar os artigos 196, 197 e 198 como normas programáticas, dependentes de regulamentação para que possam irradiar seus efeitos.

No Brasil, o art. 196 da Constituição Federal diz: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Já o art. 197 dispõe: “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

O art. 198 trata das diretrizes que organizam as ações e serviços públicos de saúde que integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único.

José Afonso da Silva introduziu a idéia de norma constitucional de eficácia plena, norma constitucional de eficácia limitada e norma constitucional de eficácia contida, além das chamadas normas programáticas.

---

<sup>71</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. *Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*. Columbia Human Rights Law Review. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justicáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010. Coordenada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 664.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

Para José Afonso da Silva, a saúde é dever do Estado: “aí, não impõe propriamente uma obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que as prescrições têm eficácia reduzida...”<sup>73</sup>.

A presente afirmação marcou uma geração inteira no Brasil, que, durante décadas, debateu, no plano acadêmico, dogmático e jurisprudencial, os reais efeitos do direito à saúde constitucionalmente previstos. Prevaleceu, durante longo período, o raciocínio de José Afonso da Silva, segundo o qual a Constituição simplesmente estava chamando a atenção para uma meta a ser seguida pelo Poder Executivo, da forma que lhe conviesse, não podendo, o Judiciário, sindicar esse bem da vida.

Potencializando esta classificação, O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso afirma:

“A primeira e mais freqüente crítica oposta à jurisprudência brasileira se apóia na circunstância de a norma constitucional aplicável estar positivada na forma de norma programática. O artigo 196 da Constituição Federal deixa claro que a garantia do direito à saúde se dará por meio de políticas sociais e econômicas, não através de decisões judiciais. A possibilidade de o Poder Judiciário concretizar, independentemente de mediação legislativa, o direito à saúde encontra forte obstáculo no modo de positivação do artigo 196, que claramente defere a tarefa aos órgãos executores de políticas pública”.<sup>74</sup>

Apesar de o Brasil ter tomado como tradição a caracterização de José Afonso da Silva que qualificou o direito à saúde como norma programática, esse reduto se rendeu à concepção contemporânea de estado constitucional e, principalmente, de força normativa da Constituição. Neste aspecto, Virgílio Afonso da Silva indaga “qual seria a diferença, no plano da eficácia ‘estritamente jurídica’, entre, de um lado, uma norma que garanta o sufrágio universal e eleições livres, cujo voto tenha valor igual para todos e, de outro, uma norma que garanta a todos o direito à saúde?”<sup>75</sup>

Na idéia defendida por José Afonso, a diferença seria simples: “a primeira seria uma norma de eficácia plena, e que não depende, portanto, de regulamentação para

---

<sup>73</sup> SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83/84.

<sup>74</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 22.

<sup>75</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 232

produzir os efeitos pretendidos; enquanto a segunda seria uma norma de eficácia limitada, cuja produção plena de efeitos depende de atuação estatal”<sup>76</sup>.

Neste ponto, Virgílio Afonso da Silva inicia suas discordâncias: “no plano do texto constitucional nada as diferencia e no plano da possibilidade de produzir os efeitos desejados a diferença eventualmente existente não se encontra na dicotomia necessidade/desnecessidade de regulamentação e de ação estatal”<sup>77</sup>.

Então indaga: Quais são as condições necessárias para que a norma expressa pelo art. 14 (sufrágio universal e eleições livres) produza os efeitos desejados?

Ele lembra que “poder-se-iam mencionar, por exemplo, a criação e a manutenção de seções eleitorais e de juntas de apuração, a organização e manutenção de um órgão responsável pela organização e o bom funcionamento das eleições (no caso brasileiro, o TSE), a elaboração de uma legislação eleitoral e partidária que impeça fraudes ou um sistema não competitivo de partidos, a criação e a manutenção de alguma forma de financiamento partidário – dentre tantas outras”<sup>78</sup>.

Ele esclarece que “sem tudo isso, o mero texto constitucional é desrido de qualquer possibilidade de produzir efeitos”<sup>79</sup>.

Novamente se afasta da proposta de José Afonso da Silva.

O questionamento que Virgílio Afonso da Silva faz em seguida, é: quais são as condições necessárias para que a norma expressa pelo art. 6º (direito à saúde) produza os efeitos desejados? Ele responde: “a construção de hospitais e a contratação de médicos para o serviço público de saúde, a elaboração de uma legislação que discipline a forma de financiamento e de utilização desse serviço público e a definição de prioridades no combate a doenças”<sup>80</sup>.

Portanto, nem uma nem outra das normas são bastantes em si mesmas. Todas elas dependem da ação estatal para produzir efeito. A diferença está não no plano jurídico-analítico, mas no plano jurídico-empírico. No que diz respeito ao caráter meramente programático do direito à saúde, José Afonso da Silva está errado.

Virgílio Afonso da Silva explica ainda o seguinte:

---

<sup>76</sup> SILVA, Virgílio Afonso da *Idem*, p. 232

<sup>77</sup> SILVA, Virgílio Afonso da *Idem*, pp. 232/233.

<sup>78</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Idem*, p. 233

<sup>79</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>80</sup> *Idem, Ibidem*.

“No primeiro caso (sufrágio) as necessárias condições institucionais, legais e financeiras já existem, pois já existe um órgão que organiza eleições, já existem juntas e seções eleitorais, já existem funcionários para trabalhar nesses órgãos e pessoas para trabalhar nos dias de eleição, já existe dotação orçamentária suficiente para a organização das eleições etc. Preenchidas essas condições – e somente assim – é que a norma contida no art. 14 da constituição é ‘capaz de produzir efeitos’. Já no caso do direito à saúde as condições institucionais, legais e, sobretudo, financeiras não são ideais: faltam hospitais, faltam um plano de carreira e bons salários para atrair médicos, faltam recursos para comprar medicamentos e material hospitalar etc. diante dessas condições – e apenas por isso -, a norma que garante o direito à saúde não é capaz de produzir os efeitos desejados.”

Em seguida, arremata:

“Em ambos os casos, no entanto, a atuação estatal é necessária e imprescindível. Não existe, nesse sentido, nem mesmo a partir de uma perspectiva dita ‘estritamente jurídica’, norma de eficácia plena. A única diferença é que em um caso as condições fáticas para sua produção de efeitos existem. No outro, não (e não há recursos disponíveis). Mas, como já se salientou acima – e será visto com mais detalhes adiante -, as condições fáticas não são algo externo ao direito e devem, por isso, ser consideradas também na análise constitucional que alguns autores denominam de estritamente jurídica”.<sup>81</sup>

Depois de apontar as fragilidades da classificação de José Afonso quanto às normas constitucionais, notadamente aquelas tidas como programáticas, Virgílio Afonso da Silva abre espaço para que o tema seja tratado, no Brasil, numa nova página, repleta de desafios e incredulidades, mas distante da cômoda posição de atribuir ao direito à saúde o dever de, materialmente, não estar na Constituição.

Dentro da temática portuguesa, J. J. Gomes Canotilho esclarece que “nenhuma das normas constitucionais garantidoras de *direitos sociais fundamentais* poderia ser estruturalmente entendida como norma vinculante, garantidora, em termos definitivos, de direitos subjetivos: [...] Não haverá um direito fundamental à saúde, mas um conjunto de direitos fundados nas leis reguladoras dos serviços de saúde. Não existirá um direito fundamental à segurança social, mas apenas um conjunto de *direitos legais sociais*. ”<sup>82</sup> – anota o mestre lusitano.

---

<sup>81</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Idem*, 234

<sup>82</sup> Acs. TC 131/92, 508/99, 29/2000.” CANOTILHO, 2003, p. 482.

Estas limitações ao legislador introduzem o princípio da proibição do retrocesso, que proíbe que os direitos sociais de que, em alguma medida, já desfrutam os cidadãos venham a ser feridos por novas disposições legais.

Segundo Canotilho, o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.<sup>83</sup>

‘Falando da reserva do financeiramente possível, Canotilho afirma que ao contrário dos direitos de liberdade e de alguns direitos sociais que são *self-executing*, que, em geral, não exigem grandes gastos por parte do Estado para sua efetivação, outros direitos sociais, como os direitos à saúde, dependem de prestações positivas por parte do estado, e de uma significativa alocação de recursos. Por essa razão, investiu-se na construção teórica da reserva do possível, para “traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos.”<sup>84</sup>

Canotilho reconhece que “um direito social sob a ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica”<sup>85</sup>. Tentando evitar essa constatação cruel, o mestre chama atenção para a garantia do mínimo social, segundo o qual os poderes públicos devem garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais.

Falando de direitos originários a prestações, Canotilho os reconhece: “(1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efectivo desses direitos; (3) e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.”<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 338-340.

<sup>84</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 481.

<sup>85</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 481.

<sup>86</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 477.

O mestre diz ainda que à medida que o Estado fornece os pressupostos materiais de fruição, por parte dos cidadãos, dos direitos sociais, surgem consequências para os cidadãos, quais sejam:

“(1) o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos (exs.: igual acesso às instituições de ensino, igual acesso aos serviços de saúde, igual acesso à utilização das vias e transportes públicos);

(2) o direito de igual quota-partes (participação) nas prestações fornecidas por estes serviços ou instituições à comunidade (ex.: direito de quota-partes às prestações de saúde, às prestações escolares, às prestações de reforma e invalidez). Com base nesses pressupostos, a doutrina alude a *direitos derivados a prestações* (*derivative Teilhaberecht*) entendidos como direito dos cidadãos a uma participação igual nas prestações estatutárias concretizadas por lei segundo a medida das capacidades existentes.”<sup>87</sup>

Ao apresentar a visão de parte da doutrina no que diz respeito ao direito à saúde como introdutor de normas programáticas, J. J. Gomes Canotilho ressalta que para essa parcela da literatura especializada, “a relevância delas seria essencialmente política, pois servem apenas para pressão política sobre os órgãos competentes. Todavia, sob o ponto de vista jurídico, a introdução de direitos sociais nas vestes de *programas constitucionais*, teria também algum relevo”<sup>88</sup>.

Segundo Canotilho, “por um lado, através das normas programáticas pode obter-se o fundamento constitucional da regulamentação das prestações sociais e, por outro, as normas programáticas, transportando princípios conformadores e dinamizadores da Constituição, são susceptíveis de ser trazidas à colação no momento de concretização.”<sup>89</sup>

O Tribunal Constitucional português, no Acórdão nº 39/87, da relatoria do conselheiro Vital Moreira, destacou que o direito à proteção da saúde comporta duas componentes distintas, a saber:

“a) Uma, que se pode designar por vertente negativa, consiste em dar ao seu titular (os cidadãos em geral) o direito de exigir que ninguém (desde logo e

---

<sup>87</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 478-479.

<sup>88</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 474-475.

<sup>89</sup> *Idem, Ibidem.*

em particular o Estado) actue ou tome qualquer medida lesiva da saúde do cidadão ou dos cidadãos em geral;

b) Outra, a que se poderá chamar vertente positiva, consiste em conferir ao cidadão direito a exigir do Estado a actividade e as prestações necessárias para salvaguardar a saúde e tratar as doenças.”

Vital Moreira, no célebre acórdão, citou M. Bothe, na sua comunicação ao colóquio de 1979 da Academia de Direito Internacional de Haia, subordinado ao tema “O direito à saúde enquanto direito do homem”, intitulada “os conceitos fundamentais do direito à saúde”, quando afirmou que o indivíduo tem direito a que o Estado se abstenha de qualquer ato que possa fazer perigar a saúde desse indivíduo: “o direito a um conjunto de medidas estaduais visando a prevenção de doenças e o tratamento do doente. (...) Trata-se, por um lado, da criação de cenas condições-quadro por parte do Estado (...), e, por outro lado, de certas prestações estaduais ou prestações determinadas pela legislação estadual (...).”<sup>90</sup>

Moreira registrou que o direito à saúde, previsto no artigo 64.º da Constituição portuguesa, não é um dos direitos, liberdades e garantias previstos no título II da parte I da Constituição. Para ele, “não se pode sustentar convincentemente a opinião de que o direito à saúde seja um dos direitos fundamentais de natureza análoga aos «direitos, liberdades e garantias» propriamente ditos.”<sup>91</sup>

Isso porque, o direito à saúde é, ao invés, um direito social propriamente dito, “e o que o caracteriza essencialmente é o facto de ser um direito «positivo», ou seja, um direito às adequadas actividades e prestações do Estado. É, não um direito à abstenção do Estado, mas sim um direito a acções do Estado”<sup>92</sup>.

Segundo Vital Moreira, o direito à saúde não pode considerar-se como um dos direitos fundamentais de natureza análoga a que se refere o artigo 17.º e não pode, portanto, reclamar-se, só por isso, do regime específico dos direitos, liberdades e garantias.

Essa é, pois, a trajetória do direito à saúde, tanto no que diz respeito ao seu tratamento dogmático, como a qualificação que lhe é atribuída pela literatura especializada como, por fim, pela jurisprudência constitucional do Brasil e de Portugal.

---

<sup>90</sup> Actas do Colóquio, ed. por René-Jean Dupuy, Alphen an den Rijn, 1979, pp. 14-15.

<sup>91</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>92</sup> *Idem, Ibidem.*

Como se viu, diante de intensas conclaveações a uma atribuição meramente programática do direito à saúde, é natural que parcela da jurisdição constitucional tenha incorporado em seus julgamentos tal convicção.

Todavia, no Brasil atual, tem prevalecido uma compreensão muito genuína, baseada nos postulados teóricos de Konrad Hesse, de força normativa da Constituição, segundo a qual os dispositivos constitucionais, ainda que veiculadores de direitos sociais, invocam total atenção por parte do Poder Judiciário que pode, no caso concreto, quando chamado a participar da sua concretização, intensificar as exortações ao Poder Executivo e Legislativo, incluindo, aí, decisões concessivas de elementos integrativos do direito à saúde, como medicamentos, internações ou exames laboratoriais, previstos pela política pública, mas alvo, no caso concreto, de omissões persistentes desestabilizadoras da harmonia constitucional.

## Capítulo II – Direito à saúde no contexto do princípio da reserva do possível

### 4. Os Custos do Direito à Saúde e a Nova Leitura do Princípio da Reserva do Financeiramente Possível

Os direitos têm custos. Daí porque não soa honesto teorizar sobre o direito à saúde lançando como pressuposto do debate o fato de que todas as aspirações, de todas as pessoas, quanto a todas suas necessidades médicas serão inteiramente atendidas pelo sistema público nos exatos termos pretendidos.

A esse respeito, Ingo Sarlet diz ser “necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade, como também o famoso ‘pediu-levou’, não importa quem pediu, o que pediu e as consequências da decisão”<sup>93</sup>.

Defende-se, neste contexto, que os direitos sociais implicam gastos imediatos e diretos por parte do Estado, enquanto os direitos negativos – civis e políticos – não. Logo, os direitos sociais não seriam plenamente sindicáveis pelo Judiciário.

Tornou-se clássica a obra dos professores norte-americanos Cass Sunstein e Stephen Holmes, denominada *The cost of rights*, na qual os autores demonstram o equívoco de se supor que há direitos ditos negativos e outros ditos positivos. Para eles, todos os direitos, quaisquer que sejam eles, acarretam custos, não havendo como se falar, então, em direitos negativos.

O capítulo primeiro da obra intitula-se *All rights are positive* e narra a curiosa situação vivida pela Suprema Corte dos Estados Unidos após decidir o caso *Roe v. Wade* , 410 U.S. 113 (1973), no qual se definiu o direito das mulheres praticarem o aborto. Em seguida à decisão, indagou-se quem custearia o procedimento e todo o resto que lhe estava afeto. A Corte teve de, posteriormente, no caso *Maher v. Roe* , 432 U.S. 464 (1977), afirmar que “a diferença básica entre interferência estatal numa atividade protegida e estímulo a uma interferência estatal para uma alternativa”<sup>94</sup>.

---

<sup>93</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 75.

<sup>94</sup> No original: “there is basic difference between direct state interference with a protected activity and state encouragement interference of an alternative”, p. 35.

Ele volta sua atenção para a possibilidade de haver desvirtuamentos da agenda política das autoridades formuladoras e executoras das políticas públicas da saúde, com o esvaziamento de programas em decorrência da realocação de recursos para que se cumpra decisões judiciais favoráveis aos pleitos de acesso à saúde: “em um cenário de recursos escassos, o dinheiro tem que ser necessariamente retirado de outros programas para atender as decisões judiciais”<sup>95</sup> - pontua.

A Constituição brasileira poderia ter estabelecido que o direito à saúde seria concretizado em atendimento à vontade do Poder Executivo. Poderia, também, ter disciplinado que o direito à saúde só seria implementado em atendimento à disponibilidade financeira indicada pelos Poderes Executivo e Legislativo. Mas não foi isso o que a Constituição Federal de 1988 fez.

O art. 196 da Constituição Federal diz que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Não há qualquer cláusula de condicionamento orçamentário. Tal cláusula é vista em outros modelos constitucionais. A Constituição da África do Sul trouxe o seguinte dispositivo:

“27. Saúde, alimentação e seguridade social  
(1) Todos têm direito ao acesso a:  
(a) Serviços de saúde, inclusive os relativos à reprodução;  
(b) Alimentação e água suficientes; e  
(c) Seguridade social, incluindo, quando [os indivíduos] forem incapazes de manterem a si próprios ou a seus dependentes, assistência social apropriada.  
(2) **O Estado deve tomar medidas legislativas razoáveis e outras, dentro dos recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva a cada um desses direitos. (negritado)**  
(3) A ninguém se recusará tratamento médico de emergência.”

A própria Constituição estabeleceu a reserva do financeiramente possível ao dizer “o Estado deve tomar medidas legislativas razoáveis e outras, dentro dos recursos disponíveis, para alcançar a realização progressiva a cada um desses direitos”.

---

<sup>95</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais, p. 587/599. In Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 596.

A Constituição da África do Sul quis assim, mas essa não foi a opção brasileira, que, entendendo pela concretização de um Estado fundado na fraternidade, se recusou a deixar ao livre arbítrio dos Poderes Executivo e Legislativo a implementação das políticas dos direitos sociais e, claro, do direito à saúde.

Neste aspecto, Richard Posner esclarece que não há diferença entre uma decisão sobre política pública tomada pelo Legislativo e pelo Judiciário:

“(...) como saber se os legisladores são, de fato, melhores formuladores de políticas públicas do que os juízes? Sem dúvida, poderiam sê-lo – desde que pudessem livrar-se do jugo das pressões dos grupos de interesse e da reforma dos procedimentos do poder legislativo, e ampliar seus próprios horizontes políticos para além da próxima eleição. Se não puderem fazer essas coisas, suas vantagens institucionais comparativas podem não passar de uma fantasia. Comparar juízes verdadeiros com legisladores ideais equivale a cair na falácia do Nirvana”<sup>96</sup>.

Neste contexto, vale conhecer a decisão da Corte Constitucional da África do Sul no caso *Thiagraj Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*, pelo qual, em 1997, a Corte decidiu seu primeiro caso substancial sobre direitos sociais.

O Sr. Soobramoney era um doente terminal diabético, nos estágios finais de uma falência crônica renal. Por causa dos recursos hospitalares limitados, negaram-lhe a hemodiálise que teria prolongado sua vida, sobre a política que restringia a possibilidade de diálise apenas para pacientes cuja falência renal aguda pudesse ser remediada por tal tratamento, ou para pacientes com indicação de transplantes de rim.

A falência renal não podia ser remediada e não havia indicação de transplante no seu caso, por causa de outros problemas de saúde. O apelante queria que a Corte ordenasse ao hospital que providenciasse o tratamento para prolongar sua vida. Ele baseou-se na Seção 27 (3) da Constituição que declara que ‘a ninguém se recusará tratamento médico de emergência’ e na Seção 2 da Constituição que reza que ‘todos têm direito à vida’ para alegar que, após um tempo significativo sem tratamento, sua morte, agora iminente, criava uma emergência médica da qual sua vida dependia.

A Corte rejeitou os argumentos do Sr. Soobramoney e decidiu em favor do Ministro da Saúde. Para a Corte, o direito a tratamento médico emergencial não se estendia ao tratamento para prolongar a vida de pacientes terminais, pois o direito de

---

<sup>96</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução, Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 191/192.

não ser recusado tratamento médico emergencial se aproximava mais da Seção 27 (direito à saúde) do que do direito à vida. Concluiu que “a Corte dificilmente interferirá em decisões racionais tomada de boa fé por órgãos políticos e autoridades de saúde cuja responsabilidade é lidar com tais assuntos”.

Interessante frisar, nesse ponto, que os direitos da Seção 27 sofriam os efeitos da cláusula de limitação interna que dispunha que o Estado deveria tomar razoáveis medidas legislativas, e outras, dentro dos recursos disponíveis para alcançar a realização progressiva do direito ao acesso à saúde.

A Corte analisou o estado real das finanças do hospital e da Província de KwaZulu. Segundo Eric C. Christiansen:

“Quando razoáveis limitações de um recurso diminuem a extensão de um direito constitucional, tais limitações devem ser provadas perante a Corte. O governo não pode ‘badalar’ (*‘toll the bell’*) a falta de recursos e esperar que a Corte defenda passivamente o entendimento legislativo<sup>97</sup>. No caso Soobramoney, como dados financeiros relativamente precisos estavam disponíveis para obter os custos de várias opções, foi possível um balanço, um tanto mais objetivo, das prioridades – pelo menos em comparação com outros direitos sócio-econômicos”<sup>98</sup>.

Dois dias depois do anúncio da sentença pela Corte Constitucional sul africana, o Sr. Soobramoney morreu, fazendo com que a sociedade formasse a firme convicção que a Corte não estava querendo concretizar os direitos sociais da Constituição.

No Brasil, há decisões impondo ao Estado que, ao alegar insuficiência de recursos para honrar compromissos constitucionais, prove-o.

É paradigmático o julgamento, pelo STF, com a relatoria do Ministro Gilmar Mendes<sup>99</sup>, do pedido de suspensão de segurança<sup>100</sup> ajuizado pelo Estado de São Paulo

---

<sup>97</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carriço Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in *idem*, p. 676.

<sup>98</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carriço Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in *idem*, p. 677.

<sup>99</sup> SS 4010/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

<sup>100</sup> A base normativa que fundamenta o instituto da suspensão (Leis n.os 12.016/09, 8.437/92, 9.494/97 e art. 297 do RI/STF) permite que a Presidência do Supremo Tribunal Federal, a fim de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, suspenda a execução de decisões concessivas de

contra decisão formalizada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>101</sup>, na qual se entendeu estar, no caso, caracterizada a quebra da ordem cronológica de pagamento de precatório, expedindo de imediato a ordem de sequestro de recursos públicos e contra decisão do Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região<sup>102</sup>, que de maneira idêntica determinou o sequestro de recursos públicos usando como paradigma a decisão do STJ.

Segundo o Relator, o Estado de São Paulo conseguiu provar sua alegação de grave lesão à ordem e à economia públicas, bem como ao interesse público, uma vez que a determinação do sequestro importava no reconhecimento da quebra de ordem cronológica de outros precatórios alimentares relativos aos anos de 1999 a 2008, cujos valores somados alcançariam a cifra de R\$ 13.782.375.290,82 (treze bilhões, setecentos e oitenta e dois milhões, trezentos e setenta e cinco mil, duzentos e noventa reais e oitenta e dois centavos), o que correspondia a 11% do orçamento paulista de 2009, comprometendo a respectiva execução. Segundo o Relator:

“(...) encontra-se demonstrada a lesão à economia pública estadual, uma vez que, conforme se evidencia dos autos, o sequestro para pagamento do precatório em questão, ainda mais se combinado com o de outros que estejam em circunstância análoga, resultará, certamente, em grave dano às finanças Estado requerente, com a possibilidade de comprometimento da prestação de serviços essenciais e programas públicos”<sup>103</sup>.

Outra decisão do STF paradigmática é a concessão de medida cautelar de relatoria do Ministro Celso de Mello, que diz:

“(...) a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o

---

segurança, de liminar ou de tutela antecipada, proferidas em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais, quando a discussão travada na origem for de índole constitucional.

<sup>101</sup> Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 24.510.

<sup>102</sup> Processo n.º 2003.03.00.034818-0, Preceitório n.º 172537.

<sup>103</sup> SS n.º 3.027/PR.

estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”<sup>104</sup>

Ana Paula de Barcellos diz: “em um contexto de recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as discussões envolvendo o direito à saúde – ou, mais precisamente, o direito a prestações de saúde – formam, provavelmente, um dos temas mais complexos no debate acerca da eficácia jurídica dos direitos fundamentais”<sup>105</sup>.

O Estado tem de provar que não tem condições de suportar os gastos decorrentes do pleito formulado pelo cidadão necessitado. Deve fazê-lo de forma geral, ou seja, deve provar que, ainda que reorganize o orçamento no ano seguinte, ainda assim não terá condições de suportar os custos gerados com as decisões judiciais. Isso fora feito pelo Estado de São Paulo quando instado a pagar precatórios. O ente provou que simplesmente não teria dinheiro para fazê-lo e o STF deu-lhe razão.

O magistrado também deve ponderar acerca da alegada cláusula da reserva do financeiramente possível. Tal cláusula não consta taxativamente da nossa Constituição. Mesmo assim, implicitamente, ela se faz presente a partir do momento em que a Constituição inicia seus dispositivos voltados para o orçamento. Se o ente alega que não pode custear o tratamento, ele deve provar. Neste sentido, frisou o então Ministro Joaquim Barbosa, durante sua fala na Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza:

“Em razão dos inúmeros desafios existentes no sistema público brasileiro; em razão, sobretudo, da disparidade na oferta dos serviços de saúde que existe entre os serviços de saúde público e o serviço de saúde oferecido no mercado privado, o Ministério Públco brasileiro tem trazido ao poder judiciário ações civis públicas, ou seja, *class actions*, buscando

---

<sup>104</sup> ADPF 45 MC/DF (Rel. Min. Celso de Mello), julgado em 29.04.2004.

<sup>105</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata, p. 221/249, in Perspectivas Constitucional Contemporâneas. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, p. 2011. Organizadores: Sidney Guerra & Lílian Balmant Emerique, p. 221.

a uma melhoria de hospitais estaduais e municipais. E alguns desses casos já chegaram ao STF, que teve a oportunidade de decidir, em um deles: “a cláusula da reserva do possível, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se dolosamente do cumprimento de suas obrigações constitucionais – notadamente quando dessa conduta governamental negativa puder resultar a nulificação ou, até mesmo, a aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde, que compreende todas as prerrogativas individuais ou coletivas referidas na Constituição da República, tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o poder público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação e de cujo exercício possa resultar paradoxalmente – com base em simples alegação de mera conveniência e ou oportunidade – a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial do cidadão”<sup>106</sup>

Se o ente realmente provar que não pode custear o tratamento, sob pena de esvaziamento da agenda de políticas públicas definidas pelo Executivo e Legislativo, o que temos, então, é o direcionamento do pleito para o ente maior, dentro de uma cadeia de solidariedade composta por município, Estado e União.

Suponhamos que se trata do Estado. A demanda, então, deve ser encaminhada à União. Ela deve custear o tratamento. Se alegar que não tem condições financeiras, sua missão é, do mesmo modo, provar. Se imaginarmos algo de proporções gigantescas, poderíamos supor que a União conseguiria demonstrar o impacto orçamentário deletério ao sistema de saúde pública brasileiro. As palavras de Ingo Sarlet, nesse sentido, são: “o ônus da demonstração, o ônus da prova da falta de recurso é do poder público; o ônus da necessidade do pedido é do particular”<sup>107</sup>.

Caso essa hipótese se verifique, o Brasil, reconhecendo sua incapacidade de assegurar o comando constitucional de direito à saúde, passaria a tentar negociar com as empresas detentoras das patentes do medicamento solicitado.

A intenção seria a redução dos valores envolvidos na aquisição dos medicamentos. Caso a negociação se mostrasse infrutífera, seria o momento do governo emitir licença obrigatória para exploração do medicamento no país. Mas isso

---

<sup>106</sup>Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=2u3lzEJ54gA>>.

<sup>107</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 79.

somente se o caso for reputado como de interesse pública de acordo com a Lei de Propriedade Intelectual e os instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Para Jorge Miranda, em que pese a necessidade de observância da reserva do financeiramente possível, não se deve admitir qualquer discriminação infundada, prevalecendo a escolha do melhor regime para os cidadãos (princípio do nível “por cima”), o que legitimaria a adoção das decisões aditivas: “não vemos como recusar esse tipo de decisões perante discriminações ou diferenciações infundadas, frente às quais a extensão do regime mais favorável se oferece, simultaneamente, como a decisão mais imediata para a sensibilidade colectiva e mais próxima dos valores constitucionais”<sup>108</sup>.

## **5. Os Custos do Direito à Saúde e seus Impactos Federativos: Estudo de Caso sobre a Experiência do Estado Brasileiro do Piauí**

No estado do Piauí, no nordeste brasileiro, ao se tentar ter acesso à prestação de serviços médicos, os agentes do Estado realizam pesquisas nos cadastros mantidos pelas pessoas junto ao Ministério da Saúde. Caso se identifique que o doente é inscrito no SUS num outro Estado, é pouco provável que consiga ter acesso ao Sistema.

O Ministério da Saúde, com a Portaria SAS/MS nº 39, de 06 de fevereiro de 2006, instituiu a descentralização do processo de autorização dos procedimentos de tratamento de saúde que fazem parte Central Nacional de Regulação de Alta Complexidade - CNRAC.

No momento no qual se precisa de procedimentos nas especialidades contempladas na CNRAC, cuja oferta seja existente na Unidade da Federação solicitante, mas insuficiente, a solicitação só ocorre após a avaliação técnica da insuficiência pelo Ministério da Saúde. Esta avaliação será solicitada à Coordenação-Geral de Regulação e Avaliação – CGRA/DRAC/SAS/MS que responderá no prazo de

---

<sup>108</sup> “Trata-se de situação em que o legislador, tendo tratado juridicamente certa questão, omitiu um ponto concreto, facilmente detectável pela análise das restantes normas do diploma, de normas de diplomas diferentes, ou por qualquer outra forma que permita a afirmação de que certa solução em concreto teria sido ou deveria ter sido a eleita (ou disso estaria próxima) pelo legislador; ou então aquele em que não se lhe atribui qualquer liberdade de escolha, nem quanto aos fins, nem quanto aos meios”. MIRANDA, 2002, p. 747.

até 45 (quarenta e cinco) dias. É obrigatório o uso do Cartão Nacional de Saúde para a solicitação.

Somente os Estados com ausência de serviços nas especialidades de Cardiologia, Oncologia, Ortopedia, Neurocirurgia e Epilepsia, poderão efetuar solicitação na CNRAC.

Cada Estado tem a sua Central Estadual de Regulação de Alta Complexidade (CERAC), responsável pela autorização do procedimento de saúde ao paciente do SUS<sup>109</sup>.

Cleusa R. da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas das Secretarias de Atenção à Saúde do Ministério da Saúde, afirma que se trata de um tratamento fora do domicílio, em caráter eletivo, financiado pelo Ministério da Saúde por meio do Fundo de Ações Estratégicas, não onerando o teto dos Municípios e nem dos Estados. Segundo a Diretora, o modelo é voltado a um grupo de procedimentos considerados carentes em algumas regiões do País<sup>110</sup>.

O Estado do Piauí teve de se adaptar à regra do Ministério da Saúde. A adaptação deu espaço para horrores.

Há quatro casos relatados na peça inicial do Ministério Público Federal no Piauí, ao propor ação contra a União, o Estado do Piauí e o município de Teresina<sup>111</sup>. A inicial está disponibilizada no site da Procuradoria da República do referido Estado<sup>112</sup>.

L.J.S, portadora de câncer de mama, iniciou tratamento médico em Teresina, por meio do SUS. No momento da cirurgia indicada pelo médico especialista a Secretaria Estadual de Saúde/PI negou-lhe a cirurgia. O motivo? L.J.S. era maranhense<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Art. 4º, da Portaria SAS/MS n.39/06.

<sup>110</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 174.

<sup>111</sup> Ação Civil Pública com pedido de tutela antecipada Proc: 2008.40.00.002529-9. Nova Numeração: 2523-67.2008.4.01.4000. 5ª Vara Federal, relatoria da Dra. Marina Rocha Cavalcanti Barros, autuado em 14/05/2008PROC ADMINIST. 127000000470/2007-59.

<sup>112</sup> Cf. <http://www.prpi.mpf.gov.br/internet>.

<sup>113</sup> Segundo narra o Procurador da República, Tranvanvan da Silva Feitosa, na inicial da referida Ação, a paciente morava em Imperatriz/MA e procurou a cidade de Teresina para tratamento pelo SUS. Ela procurou o Ministério Público Federal. Este, oficiou ao Secretário Estadual de Saúde recomendando

R.F.S. procurou o Ministério Público Estadual para dividir o desespero que sentia na tentativa de conseguir a autorização de uma cirurgia para seu filho, J.F.S<sup>114</sup>, no SUS piauiense.

O filho precisava realizar uma cirurgia com urgência. Procurou a rede pública de saúde. Fez o pedido de realização da cirurgia indicada pelo especialista. A Secretaria Estadual de Saúde negou-lhe o pedido. J.F.S. era cearense. Dia 27 de março de 2008, J.F.S. faleceu.

M.D.C era portador de câncer no fígado. Ele iniciou tratamento médico no Hospital Getúlio Vargas, seguindo para o Hospital São Marcos, conveniado ao SUS. Tudo em Teresina, cidade onde ele residia<sup>115</sup>.

M.D.C possuía um sítio no Município de Chapadinha, no Maranhão. Certa vez, sua esposa soube que estava havendo próximo àquele sítio um cadastramento para atendimento pelo SUS. Ela fez seu cadastro e recebeu um cartão. Por esse motivo, tanto o cartão do SUS, como o cartão do Hospital São Marcos, possuíam o endereço do Estado do Maranhão.

M.D.C. realizou todo o tratamento no Hospital São Marcos, em Teresina, na rede pública de saúde, conveniada ao SUS. Após exames e procedimentos, o médico responsável entendeu pela necessidade de cirurgia. Procurando o setor competente para o agendamento da cirurgia, M.D.C. ficou sabendo que o Hospital não realizaria o procedimento indicado pelo SUS, vez que ele era do Maranhão.

Esse caso foi ainda pior do que os demais. É que o paciente também não seria atendido em outro Estado, já que havia iniciado seu tratamento no Piauí. Essa situação

---

extrajudicialmente a adoção das providências para o tratamento médico da cidadã, nos termos da prescrição médica. A resposta da Secretaria de Saúde foi que, cumprindo rigorosamente a Portaria n. 39/06 do Ministério da Saúde, “a paciente deveria possuir cadastro CNRAC na Central Estadual de Regulação de Alta Complexidade de origem (ou seja, do Maranhão) por ser a solicitante do procedimento, onde informaria a identificação da paciente, o motivo e a pertinência da solicitação e a indicação do procedimento para validação pela CNRAC. Só então é que o Estado do Piauí poderia receber qualquer paciente oncológico. Como a paciente não possui CNRAC na origem, o Estado do Piauí não pode realizar o procedimento. São as regras do SUS que a SESAPI precisa cumprir. Caso a paciente cumpra as requisições da Portaria n. 39/06 estará apta a receber o devido tratamento”. Cf. <http://www.prpi.mpf.gov.br/internet>.

<sup>114</sup> Segundo narra o Procurador da República, Tranvanvan da Silva Feitosa, na inicial da referida Ação, trata-se de expediente do Ministério Público Estadual dirigido ao Ministério Público Federal. Cf. <http://www.prpi.mpf.gov.br/internet>.

<sup>115</sup> Segundo narra o Procurador da República, Tranvanvan da Silva Feitosa, na inicial da referida Ação, trata-se de declaração de Heloísa Azevedo da Costa junto ao Ministério Público Federal, tomada em 09 de maio de 2008.

tornaria impossível qualquer tratamento de saúde para ele, uma vez que, em Chapadinha, município de sua origem, não havia profissional, nem hospital especializado.

M.D.C. residia em Teresina há mais de cinquenta anos. Ele corria risco de morrer. Para suportar as dores, estava tomando morfina.

B.S.B era portadora de câncer no útero. Ela havia morado durante muito tempo em Teresina, mas estava residindo em Timon/MA, cidade localizada ao lado da capital piauiense, cujo limite geográfico é somente um rio, o Rio Parnaíba. A senhora pleiteou a realização da cirurgia. A Secretaria Estadual de Saúde negou-lhe. Motivo? B.S.B morava em Timon.

Segundo o Ministério Público Federal, somente no período de janeiro a junho de 2007, houve um total de 232 pacientes de outros Estados que não conseguiram autorização para o tratamento médico, em função de sua origem. Isto apenas em relação à especialidade médica oncologia<sup>116</sup>.

O Judiciário piauiense, num caso, foi acionado. O Tribunal de Justiça do Piauí determinou que o Estado fornecesse o medicamento Tasigna, cuja substância ativa é o Nilotinibe, necessário para o tratamento de leucemia mielóide crônica a que se submetia a criança F.P.G.S.

Uma ação foi ajuizada em favor da garota, internada no Hospital São Marcos em decorrência do agravamento de sua situação. Ela era portadora de leucemia (câncer das células brancas do sangue).

A ação foi ajuizada pelo Ministério Público. Segundo consta nos autos, a família da garota era pobre. Seus pais solicitaram o medicamento junto à Farmácia de medicamentos especiais, mas esta lhe negou. A alegação, mais uma vez, era de que aquela garotinha “residia em outro Estado da Federação”.

O Estado do Piauí afirmou que o SUS não reservou aos Estados, mas sim, à União, o dever de garantir o acesso da população ao tratamento para o câncer. Disse que o medicamento Nilotinib não constava do rol de medicamentos abrangidos pela política de medicamentos de dispensação excepcional do SUS, nos termos da Portaria n.º 2.577/GM, de 27 de outubro de 2006. Disse, ainda, que não havia previsão

---

<sup>116</sup> Relação anexa ao Procedimento Administrativo 1.27.0470/2007, do MPF/PI.

orçamentária para a aquisição da medicação. Finalizou dizendo que as prestações de saúde devem ser executadas dentro da “reserva do possível”<sup>117</sup>.

O STF manteve a determinação do fornecimento do medicamento à garotinha que sofria de câncer.

Vale recordar o caso *Louis Khosa e outros versus o Ministério do Desenvolvimento Social*, apreciado pela Corte Constitucional da África do Sul, em 04.03.2004, no qual as partes questionaram a recusa do governo em fornecer as concessões de bem-estar social para crianças e pessoas mais velhas, pelo fato de elas serem somente residentes permanentes da África do Sul e não cidadãos sul africanos.

A Corte Constitucional, após analisar a validade de diferenciação baseada na cidadania, determinou que a restrição era desarrazoada e violava os direitos à igualdade e à seguridade social. Como resultado, não-cidadãos residentes permanentes passaram a ser habilitados às concessões que cidadãos em situação similar também recebiam.

No Piauí, foi negado o pedido inicial feito pelo Ministério Público Federal, na ação que moveu contra a União, o Estado do Piauí e o município de Teresina.

Fica claro que a questão dos custos gerados com as demandas por saúde geram também assimetrias no cumprimento de responsabilidades federativas, gerando um tipo de duelo cruel no qual o maior perdedor é o cidadão necessitado.

---

<sup>117</sup> Todo o relato desse caso foi extraído do relatório disponibilizado nos autos da SS 3852/PI, julgada em 07/04/2010, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

## **Capítulo III – A concretização do direito à saúde: diversas perspectivas**

### **6. A Tensão com o Princípio da Igualdade Decorrente de Decisões Individuais Concedendo Pleitos Relativos ao Direito à Saúde**

“Os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não têm em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter. Assim, se não há recursos para tudo, e se a decisão do juiz deve ser cumprida, o dinheiro terá de sair de outras áreas”<sup>118</sup> – diz Virgílio Afonso da Silva.

A consideração é semelhante à feita por Luís Roberto Barroso, ao afirmar que no contexto da análise econômica do direito, é comum objetar-se que os benefícios colhidos pela população com a distribuição de medicamentos são significativamente menores que “aqueles que seriam obtidos 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”<sup>119</sup>.

Para Barroso, alguns pontos da discussão acerca do esforço judicial para a concretização do direito à saúde deveriam se dar por meio de discussões coletivas ou abstratas, que exigiriam “um exame do contexto geral das políticas públicas discutidas (o que em regra não ocorre, até por sua inviabilidade, no contexto de ações individuais) e tornará mais provável esse exame, já que os legitimados ativos (Ministério Público, associações etc.) terão melhores condições de trazer tais elementos aos autos e discuti-los”<sup>120</sup>.

Discutindo coletiva e abstratamente o tema no Judiciário, afirma que “sua atuação não tende a provocar o desperdício de recursos públicos, nem a desorganizar a atuação administrativa, mas a permitir o planejamento da atuação estatal: [...] Com efeito, uma decisão judicial única de caráter geral permite que o Poder Público

---

<sup>118</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais*, p. 587/599. In *Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 597.

<sup>119</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 25.

<sup>120</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.

estruture seus serviços de forma mais organizada e eficiente”<sup>121</sup> – afirma Barroso. Neste sentido, corrobora com a observação de Barroso a juíza da Corte Constitucional da Costa Rica, Nancy Hernandez Lopez, quando ressalta a necessidade de trazer a juízo elementos fáticos que viabilizem uma decisão idônea. Na Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza, a magistrada afirmou que quando o juiz entra em áreas que não domina, ou não pede a perícia necessária, ocorre o descumprimento da sentença em face da desproporção entre a medida estabelecida, o tempo estabelecido para cumprimento, a disponibilidade orçamentária e outros fatores: “às vezes, tecnicamente, não estamos preparados na hora de ditar as sentenças que obrigam as autoridades a cumprir direitos sociais econômicos e culturais para ditar uma sentença que seja executável”.<sup>122</sup>

A última e mais polêmica afirmação de Luís Roberto Barroso é a de que, em muitos casos da ‘judicialização da saúde’, o que se constata é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados: “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”,<sup>123</sup> - registra.

No Brasil, não é fácil provar que as pessoas que tentam se socorrer do Judiciário diante da ausência de políticas públicas de saúde efetivamente implementadas, são pessoas privilegiadas.

Uma anciã pleiteou fraldas geriátricas porque não conseguia reter sua evacuação<sup>124</sup>. Mães pobres de crianças com síndromes graves tentam alcançar a cura para seus filhos<sup>125</sup>. Um idoso diabético não teve acesso a um remédio que constava expressamente na lista de medicamentos fornecidos pelo SUS no Estado do Rio

---

<sup>121</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 31/32.

<sup>122</sup> In: Reunião da Subcomissão da América Latina para a Comissão de Veneza. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rIJFlb8ntI0>>. Acesso em: 13 de Janeiro de 2015, às 12h31min.

<sup>123</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 26.

<sup>124</sup> Relato baseado nos autos do RE 626193/RS (Rel. Min. Cármel Lúcia), julgado em 28/11/2010.

<sup>125</sup> Relato extraído dos autos da SL 319/BA, julgada em 28/10/2009, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Grande do Norte<sup>126</sup>. Em Sobral, no Estado do Ceará, mesmo após o Brasil ser condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão do caos nos manicômios<sup>127</sup>, recém nascidos eram expostos a bactérias mortais<sup>128</sup>. No Estado do Piauí, pessoas morriam à espera de atendimento médico junto ao SUS pelo fato de não terem sido cadastradas no Sistema no Estado do Piauí, mas em outros Estados<sup>129</sup>.

Outro ponto falho é a afirmação de que os casos de concretização judicial do direito à saúde têm a autoria daqueles que, segundo as palavras de Barroso, “possuem acesso qualificado à Justiça [...] por poderem arcar com os custos do processo judicial”<sup>130</sup>.

No caso do fornecimento de medicamentos de combate à AIDS, por exemplo, o próprio Ministério da Saúde afirma que “são as organizações não-governamentais com assessoria jurídica as principais responsáveis pelo ajuizamento das ações individuais visando o acesso aos medicamentos e exames para o tratamento do HIV/AIDS”<sup>131</sup>.

A atuação do Ministério Público também é ressaltada pelo Ministério da Saúde: “Vale destacar aqui também a atuação do Ministério Público (MP), ator importante da reivindicação dos direitos dos portadores de HIV/AIDS, seja como autor de ações civis públicas relevantes, seja como fiscal da lei, nas ações em que se manifesta. São do MP ações civis públicas fundamentais, por exemplo, buscando o acesso ao exame de genotipagem e ao exame rápido”<sup>132</sup>.

Portanto, neste ponto, parece ter maior razão Eric. C. Christiansen que, referindo-se à África do Sul no esforço judicial de concretização do direito à saúde

---

<sup>126</sup> Relato extraído dos autos da SS 3231/RN, julgada em 28/05/2007, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

<sup>127</sup> Colhido no acórdão do caso Ximenes Lopes versus Brasil, apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso mar 2011.

<sup>128</sup> Relato elaborado tomando como base o relatório constante da SL 228/CE, julgada em 14/10/2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>129</sup> Ação Civil Pública com pedido de tutela antecipada Proc: 2008.40.00.002529-9. Nova Numeração: 2523-67.2008.4.01.4000. 5ª Vara Federal, relatoria da Dra. Marina Rocha Cavalcanti Barros, autuado em 14/05/2008PROC ADMINIST. 127000000470/2007-59.

<sup>130</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 29.

<sup>131</sup> Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/AIDS no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2005, p. 103.

<sup>132</sup>*Ibidem*, p. 103.

para combate à AIDS, registrou: “Focar mais no programa governamental do que na parte prejudicada, gera a possibilidade de que a Corte não proveja justiça ao indivíduo que pleiteie perante ela”<sup>133</sup>. É que, “na ausência de remédios individuais, o autor deve esperar pela modificação do programa governamental antes de ter suas necessidades atendidas, isto é, antes que seus direitos constitucionais sejam concretizados”<sup>134</sup>.

Eric C. Christiansen prevê a consequência de tal postura: “Essa é uma consequência perturbadora da jurisprudência à luz da aplicação da Constituição sul-africana, que visa fomentar a cultura dos direitos humanos”<sup>135</sup>.

J. J. Gomes Canotilho, em visão mais branda, destaca as dificuldades de o Judiciário, individualmente, avançar na questão da concessão de demandas voltadas para atos concretos relativos ao direito à saúde.

Para ele, “os tribunais não são órgãos de conformação social ativa. Também o Tribunal Constitucional não o é”<sup>136</sup>. Vale frisar que, quanto ao Tribunal Constitucional português, ao julgar o Ac. 39/48, *Serviço Nacional de Saúde*, o Ac. 151/92, *Direito à Habitação* e o Ac. 148/94, *Propinas Universitárias*, todos sobre direitos sociais, considerou-se que: “(1) as normas consagradoras de direitos sociais podem e devem servir de parâmetro e controlo judicial, mas que (2) eles ficam dependentes, na sua exacta configuração e dimensão, de uma intervenção legislativa conformadora e concretizadora, só então adquirindo plena eficácia e exequibilidade.”<sup>137</sup>

Canotilho recorda ainda que o princípio da igualdade exige que a ordem constitucional celebre e proclame as mesmas oportunidades a todos: Do princípio da *igualdade* (dignidade social, art. 13º), deriva-se a *imposição*, sobretudo dirigida ao legislador, no sentido de criar condições sociais (art. 9º/d) que assegurem uma igual dignidade social em todos os aspectos (arts. 81º/a, b e d e 93º/c).<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> *Ibidem*.

<sup>134</sup> *Ibidem*.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

<sup>136</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 344.

<sup>137</sup> *Idem, Ibidem*.

<sup>138</sup> *Idem*, p. 348.

Segundo o jurista lusitano, “os direitos sociais só existem quando as leis e políticas sociais os garantirem. É o legislador ordinário que cria e determina o conteúdo de um direito social.”<sup>139</sup>

Neste aspecto, vale recordar que o Tribunal Constitucional português fixou, no Ac. 39/84 (Serviço Nacional de Saúde):

- “(i) os direitos fundamentais sociais consagrados em normas da Constituição dispõem de *vinculatividade normativo-constitucional* (não são meros ‘programas’ ou ‘linhas de direcção política’);
- (ii) as normas garantidoras de direitos sociais devem servir de *parâmetro de controlo* judicial quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de medidas legais ou regulamentares restritivas destes direitos;
- (iii) as *normas de legislar* acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas *imposições legiferantes*, cujo não cumprimento poderá justificar, como já se referiu, a *inconstitucionalidade por omissão*;
- (iv) as *tarefas* constitucionalmente impostas ao Estado para a concretização destes direitos devem traduzir-se na edição de *medidas concretas e determinadas* e não em promessas vagas e abstractas;
- (v) a produção de medidas concretizadoras dos direitos sociais não é deixada à livre *disponibilidade do legislador*, embora este beneficie de uma ampla *liberdade de conformação* quer quanto às soluções normativas concretas, quer quanto ao modo organizatório e ritmo de concretização.”<sup>140</sup>

Canotilho reconhece a vinculatividade normativo-constitucional dos direitos econômicos e sociais, bem como a impositividade que se faz aos poderes públicos em realizá-los por medidas políticas, legislativas e administrativas concretas e determinadas<sup>141</sup>: “A natureza de *norma-tarefa* aponta para um verdadeiro dever do legislador de dar operacionalidade prática a estas imposições sob pena de inconstitucionalidade por omissão. Se o legislador não é inteiramente livre no cumprimento destas imposições, dispõe, contudo, de *liberdade de conformação* quer

---

<sup>139</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, pp. 480-481.

<sup>140</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 482

<sup>141</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 519.

quanto às soluções normativas concretas quer quanto ao modo organizatório e gradualidade de concretizações.”<sup>142</sup>

Segundo Canotilho, o princípio da democracia econômica, social e cultural possui um *significado jurídico-constitucional* organizatório, segundo o qual a administração pública é uma administração *socialmente vinculada* à estruturação de serviços fornecedores de prestações sociais, regida pelo princípio da universalidade de acesso das pessoas aos bens indispensáveis a um mínimo de existência: “Os serviços de interesse econômico geral devem ser *igualitários* (prestam-se a todos que reúnem as condições de utente) e *progressivo* (através de tarifas redistributivas pode servir-se a quem menos tem).” – anota o mestre lusitano.<sup>143</sup>

Jorge Miranda, por sua vez, comprehende que a recusa a decisões judiciais que imponham ao Estado uma prestação positiva a um indivíduo isolado reflete cristalinamente o relevo constitucional que é conferido ao princípio da igualdade<sup>144</sup>, decorrente da égide da qual foi concebida a Constituição de República Portuguesa, consubstanciada na “opção socialista” a que se refere o seu art. 2.<sup>º</sup><sup>145</sup>.

Diante das posições doutrinárias e jurisprudenciais portuguesas, comprehende-se que há uma massa crítica respeitável que converge a um consenso segundo o qual se afrontaria o princípio da igualdade a concessão de medicamentos em ações individuais.

O que se permite é que, ao cidadão, seja conferido o direito a se defender o direito fundamental ao princípio da democracia econômica, social e cultural, diante da inércia arbitrária do Poder Legislativo, mediante inconstitucionalidade por omissão.

Também poderá recorrer ao Judiciário em defesa de seus direitos quando o legislador interferir restritivamente no âmbito dos direitos sociais, sacrificando o “mínimo de existência do cidadão”, e em casos excepcionais de “situações sociais de

---

<sup>142</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 519.

<sup>143</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 344.

<sup>144</sup> Canotilho sequer toca o tema da judicialização de direitos sociais, apenas afirmando que não podem os cidadãos fundamentarem pretensões jurídicas subjetivas perante os tribunais porque estes não teriam qualquer medida racional que lhes auxiliasse na decisão, quando da aplicação do princípio da democracia social, econômica e cultural. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 343.

<sup>145</sup> MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, ps. 726 a 748.

necessidade”, a fim de se salvaguardar a dignidade da pessoa humana através da observância ao princípio da defesa de condições mínimas de existência.<sup>146</sup>

## **6.1. O Caráter Coletivo da decisão da Corte Constitucional da África do Sul sobre o Tratamento contra a AIDS**

Após este escorço acerca dos impactos da concretização judicial ao direito à saúde sobre o princípio da igualdade, convém realizar uma investigação mediante o estudo de caso apreciado pela Corte Constitucional da África do Sul, voltado para a implementação de um programa abrangente de combate a AIDS.

O direito à saúde está enumerado na Constituição sul-africana e vem sendo objeto de intensa concretização pela Corte Constitucional: “nenhum outro país desenvolveu suficientemente sua jurisprudência para delinear um entendimento teórico abrangente”<sup>147</sup> – afirma Eric C. Christiansen.

O processo de elaboração constitucional da África do Sul propiciou “uma relativa transição não-violenta de uma ‘autocracia racial para uma democracia não-racial, por meio de uma transição negociada, a progressiva implementação da democracia e o respeito pelos direitos fundamentais’. Em razão disso, a Corte Constitucional representou um papel decisivo ao assegurar o sucesso da transição sul-africana para a democracia e ao finalizar o texto constitucional.

A Constituição de 1996 foi antecedida da Carta da Liberdade (*Freedom Charter*), uma declaração de princípios políticos dos opositores sul-africanos do *apartheid*, ratificada pelo Congresso do Povo em Klipton, em 26 de junho de 1955.

---

<sup>146</sup>CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 34.

<sup>147</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, n° 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in idem, p. 643.

No tópico sócio-econômico, a *Freedom Charter* declarou: “(e) devem ser providenciados acompanhamento médico e hospitalização gratuitos para todos, com especial cuidado com as mães e crianças pequenas”<sup>148</sup>.

Na luta sul africana pelo fim do *apartheid*, o *National Party* (NP), que tentava manter o modelo de segregação, afirmava que “os assim chamados direitos de 2<sup>a</sup> geração – direitos e benefícios sociais (...) não deveriam ser entricheirados contra o Estado. O Estado simplesmente não poderia suportar o custo deles”<sup>149</sup>.

Eric C. Christiansen diz que “as políticas constitucionais do NP, expressas em suas *Proposals for a Charter of Fundamental Rights*, avançaram na doutrina libertária tradicional, ao permitir somente a efetivação (*enforcement*) de direitos negativos contra o Estado”. Para ele, os argumentos contrários à plena exeqüibilidade do direito à saúde são “variados e confusos”<sup>150</sup>.

A Corte começou a trabalhar em fevereiro de 1995. A Constituição final não pôde ser assinada pelo Presidente ou ser promulgada antes de a Corte Constitucional ‘certificá-la’, confirmando não haver conflitos entre os 34 Princípios e o projeto final da Constituição. Como o esboço continha direitos sócio-econômicos, a Corte teve de decidir se eles poderiam ser apropriadamente incluídos no texto da Constituição de 1996 antes que ela considerasse seu primeiro processo importante de direitos sociais.

“Direitos [sociais] são, pelo menos em certa medida, justiciáveis (...) muitos dos atos civis e políticos inseridos no [texto] constitucional proposto originarão implicações orçamentárias similares, sem comprometer sua justiciabilidade. O fato de que os direitos sócio-econômicos, quase inevitavelmente, gerarão tais implicações não nos parece ser barreira à sua justiciabilidade”<sup>151</sup> – definiu a Corte Constitucional.

Posteriormente, aproximadamente trinta empresas farmacêuticas estrangeiras entraram com um processo, em 2001, para anular uma lei sul-africana que permitia a

---

<sup>148</sup> “Free medical care and hospitalisation shall be provided for all, with special care for mothers and young children”. Disponível em: <<http://www.anc.org.za/show.php?id=72>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 12h26min.

<sup>149</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in idem, p. 656.

<sup>150</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Ibidem, p. 660.

<sup>151</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Ibidem, p. 673. In re: Certification of the South African Constitutuion.

importação de medicamentos genéricos mais baratos. Essa postura foi contraposta pela campanha *Treatment Action* (TAC), uma organização de soropositivos da África do Sul, país o qual cerca de 20% de sua população se encontra infectada.

A TAC foi criada no Dia Internacional da Aids, em 1998. É formada por 15 mil membros, sendo que: “80% deles estão desempregados, 70% são mulheres, 70% são adolescentes e jovens na faixa etária dos 14 a 24 anos e 90% são negros”<sup>152</sup>.

A TAC atuou em duas frentes. Na primeira, conseguiu uma imensa mobilização popular. Pela segunda, buscou o Judiciário. Sua atuação conseguiu baixar os preços dos medicamentos antirretrovirais. A TAC também confrontou o governo do ANC e o chefe do Executivo, Thabo Mbeki.

O TAC se voltou para a prevenção da transmissão do HIV das mães portadoras do vírus para as crianças. Uma dose da droga Nevirapina diminuía a probabilidade de que uma mãe HIV positivo transmitisse o vírus para a criança durante o nascimento.

O fabricante da droga concordara em fornecê-la ao governo gratuitamente por cinco anos. O governo idealizara um programa de distribuição num número limitado de lugares-piloto (dois em cada uma das onze províncias sul-africanas), porém, médicos do Estado fora desses lugares estavam proibidos de administrar a droga, embora ela já tivesse sido testada e aprovada. Somente 10% dos esperados 70.000 nascimentos anuais de contaminados foram abrangidos pelo programa. O plano pretendia elaborar um estudo de vários anos antes de desenvolver um programa nacional.

Segundo a TAC, o programa violara a obrigação constitucional do Estado de “respeitar, proteger, promover e realizar os direitos na Declaração de Direitos”<sup>153</sup>, especialmente no que esses deveres se aplicavam ao direito de acesso ao serviço de saúde para mulheres grávidas e crianças. A TAC pediu à Corte que suspendesse a proibição da distribuição de Nevirapina fora do programa piloto e que determinasse que o governo produzisse imediatamente um programa nacional mais abrangente para a prevenção de tal transmissão. A Corte assegurou ambos os pedidos.

---

<sup>152</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in idem, p. 258.

<sup>153</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. *Ibidem*, p. 681.

Quem mais se opunha à atuação dos tribunais no debate era o presidente do país, Thabo Mbeki. Ele questionava o vínculo entre o HIV e a Aids. Para Duncan Green, “declarações políticas confusas e poucas medidas práticas minavam o que pareciam ser bons planos para distribuir retrovirais em ambulatórios públicos”<sup>154</sup>.

Mbeki era, oficialmente, o responsável pela formulação e implementação das políticas públicas de saúde. Segundo a crítica especializada, embora tenha reportado, em seu discurso oficial à Nação em 2006, que havia mais de 60% de acréscimo no gasto social real por pessoa entre 1983 e 2003, o legado sócio-econômico do *apartheid* por ele liderado assombrará a África do Sul ainda por várias décadas. Nesse período, o padrão de vida dos brancos se aproximava do dos habitantes da Noruega ou da Suécia, enquanto os negros possuíam um padrão de vida abaixo do padrão dos habitantes de Gana ou do Quênia<sup>155</sup>.

Sempre que a TAC recorria ao Judiciário invocava o acesso a tratamento com base na Constituição, que previa o direito humano à saúde. Enquanto sociedade, Judiciário e Constituição marchavam de um lado, o Executivo seguia outro.

Mbeki passara amplos poderes à sua Ministra da Saúde, Manto Tshabalala-Msimang, para quem a saída para o problema da AIDS, na África do Sul, era o consumo de alho e beterraba e uma melhor nutrição. Virou a “Dra. Beterraba”.

A secretária executiva do Ministério da Saúde, Nozizwe Madlala-Routledge, crítica voraz das políticas do governo, reconheceu o papel que a TAC havia desempenhado: só por meio desse ativismo foi possível “mudar a política e forçar o governo a alterar sua rota – em parte fortalecendo diferentes vozes dentro do governo”<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 258.

<sup>155</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in idem, p. 648

<sup>156</sup> GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 259.

Para a Corte Constitucional, direitos sócio-econômico são direitos e a Constituição obriga o Estado a efetivá-los: “Essa é uma obrigação que as Cortes podem e, em uma situação apropriada, devem impor”<sup>157</sup>. Entendeu-se que a política do governo foi inflexível por negar à mãe e aos seus recém-nascido uma droga que potencialmente lhes salvaria a vida. Ela poderia ter sido administrada dentro dos recursos disponíveis do Estado; sem nenhum malefício conhecido para as mães ou crianças.

Para a Corte Constitucional, o governo era obrigado constitucionalmente a implementar um programa efetivo, abrangente e comprehensivo da transmissão do HIV da mãe para o filho em todo o país. O governo foi instado, como parte de um programa nacional imediato, a estender o teste e o aconselhamento relacionados à transmissão do vírus da mãe para o filho através do setor de saúde pública.

Ao final, um estudo foi elaborado e concluiu que “a Campanha da Aids, que se preocupou muito mais em usar os instrumentos oferecidos pela democracia constitucional do que qualquer outra tentativa de promoção de mudanças na África do Sul pós-apartheid, foi muito mais bem-sucedida do que suas contrapartes em seus objetivos”<sup>158</sup>.

Neste caso, nenhuma decisão individual sequer foi proferida. Toda a disputa se deu, nas linhas das posições portuguesas, diante da omissão do Estado em implementar uma política pública abrangente diante de uma moléstia incurável que afligia toda a população de uma nação. O papel da Corte Constitucional foi exatamente reconhecer esta omissão e exortar o Executivo e o Legislativo a sanarem-na, por meio da implementação e devida concretização de um programa geral e abstrato, acessível a todos que se encontrassem diante da mesma condição, qual seja, ser portador do HIV.

Não se estaria diante, portanto, da concessão individual de medicamentos por parte do Judiciário, o que seria, aos olhos da doutrina utilizada neste trabalho, uma violação ao princípio da igualdade que deve ser o elemento norteador da consecução dos direitos sociais.

---

<sup>157</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Op. cit. p. 686.

<sup>158</sup> Steven Friedman, The extraordinary ‘ordinary’: the campaign for comprehensive Aids treatment in South Africa. Entrevista do autor com Marcar Heywood, TAC, jul. 2007. Cf. GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 259.

Mesmo assim, fica claro a importância de o Judiciário controlar a formulação e execução das políticas públicas, impedindo-as de, seja por abuso, seja por ineficiência, seja por corrupção, passem a comprometer o tecido constitucional.

O caso TAC empregou o exercício da cidadania constitucional formada pela aliança entre mobilização social e a criação de uma cultura de exigibilidade de direitos constitucionalmente previstos.

## 6.2 As Decisões Individuais da Corte Constitucional da Colômbia

“Exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito. Na América Latina, o caso da Colômbia é um dos mais significativos”<sup>159</sup> – observou atentamente Luís Roberto Barroso.

A Colômbia talvez seja um dos mais ricos repositórios de jurisprudência constitucional concessiva de pleitos individuais relativos à saúde.

Exatamente por esta razão, julgou-se importante, neste trabalho, realizar uma incursão profunda na realidade deste país para que, ao final, seja possível concluir se os resultados decorrentes desta postura judicial são violadores do princípio da igualdade ou, mais do que isso, se há o comprometimento da concepção lançada pelas constituições contemporâneas no que diz respeito aos direitos sócio-econômicos.

O país se valeu ostensivamente da Corte Constitucional. Os temas analisados e os pedidos acatados são inúmeros. Abaixo, para ilustrar, tem-se:

1. Cirurgia de reimplantar articular em ambos os joelhos para enfrentar uma artrite aguda<sup>160</sup>;
2. fornecimento de prótese ocular para um menor de idade<sup>161</sup>;

---

<sup>159</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo, p. 06. Disponível em [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em 2011.

<sup>160</sup> T-322, de 1997.

<sup>161</sup> T-796, de 1998.

3. Fornecimento de próteses mamárias em situações nas quais se afetam a integridade física e psíquica<sup>162</sup>;
4. Cirurgia de reconstrução do tendão de aquiles que uma pessoa com limitação e dificuldade para caminhar requeria<sup>163</sup>;
5. Transplante de córnea requerido com urgência<sup>164</sup>;
6. Cirurgia para tratamento de hérnia de disco<sup>165</sup>;
7. Intervenções e implantes de material de osteosíntese como tratamento para uma má formação em uma perna<sup>166</sup>;
8. Cirurgia para enfrentar calcificações que geravam muita dor e impedimentos para mover o braço<sup>167</sup>;
9. Intervenção cirúrgica para uma fratura facial<sup>168</sup>;
10. Cirurgia para resolver um cálculo de colesterol<sup>169</sup>;
11. Cirurgia para o tratamento de cólicas que geravam câimbras e impossibilidade de trabalhar<sup>170</sup>;
12. Cirurgia de coluna<sup>171</sup>;
13. Cirurgia para tratar a incontinência mista que gera dor imensa, contínuo uso de fraldas, impossibilidade de transporte de veículos devido a dor<sup>172</sup>;
14. Necessidade de um colete ortopédico para sentar-se e dificuldades para permanecer de pé.

Há um caso, apreciado pela Corte Constitucional, no qual uma senhora apresentava um sangramento em seus ouvidos e que, depois de esperar seis meses por uma consulta com um especialista, passados dezessete meses não lhe haviam, ainda, realizado os exames pedidos pelo especialista<sup>173</sup>.

---

<sup>162</sup> T-572, de 1999.

<sup>163</sup> T-1253, de 2000.

<sup>164</sup> T-1255, de 2000.

<sup>165</sup> T-1384, de 2000.

<sup>166</sup> T-1742, de 2000.

<sup>167</sup> T-579, de 2000.

<sup>168</sup> T-910, de 2000.

<sup>169</sup> T-494, de 2001.

<sup>170</sup> T-536, de 2001.

<sup>171</sup> T-791, de 2001.

<sup>172</sup> T-676, de 2002 e T-855, de 2002.

<sup>173</sup> T-366 de 1999.

Outro se refere a uma senhora beneficiária do Seguro Social, portadora de diabetes, a quem fora demandado um exame oftamológico. Diante da impossibilidade de realização do exame, a senhora ajuizou ação de tutela<sup>174</sup>.

Em ambos os casos, a Corte Constitucional considerou que o direito a obter um diagnóstico da doença, para o qual se requereu a realização dos respectivos exames, faz parte do direito fundamental à saúde conexo com o direito à vida digna.

Segundo a Corte, quando a vida e a saúde das pessoas se encontram grave e diretamente comprometidas por causa de operações não realizadas, tratamentos inacabados, diagnósticos dilatados, medicamentos não fornecidos, com fundamento ainda em razões econômicas, mesmo que estejam contempladas em normas legais ou regulamentares, estão subordinadas à Constituição, cabendo afastar tais normas no caso concreto por impedirem a proteção pretendida.

A Corte Constitucional construiu o conceito de direito à saúde como *direito fundamental por similaridade*, atrelado ao direito à vida: quando a prestação do serviço de saúde é condição *sine qua non* para a proteção adequada deste direito. Há três critérios: a similaridade, o subjetivo e o material.

Pelo critério da similaridade, para aceitar o caráter fundamental do direito à saúde, em um caso concreto, deve haver uma ligação entre o direito à saúde e outros direitos fundamentais como à vida ou o direito fundamental ao mínimo vital.

Na Sentença T-571 de 1992, a Corte afirmou que “os direitos fundamentais por similaridade são aqueles que, não sendo denominados como tais no texto constitucional, todavia, lhes é comunicada esta qualificação em virtude da íntima e inseparável relação com outros direitos fundamentais, de forma que se não foram protegidos de forma imediata os primeiros ocasionar-se-ia vulnerabilização ou ameaça dos segundos”.

A decisão cita o caso do direito à saúde, “que não sendo em princípio direito fundamental, adquire esta categoria quando a desatenção do enfermo ameaça por em perigo seus direitos à vida”. Segundo a Corte:

“Uma lesão que gera dor à pessoa e que pode ser evitada mediante uma intervenção cirúrgica, constitui-se de uma forma de tratamento cruel (CP, art. 12) quando, verificada sua existência, omite-se o tratamento para sua cura. A dor intensa reduz a capacidade da pessoa, impede seu livre

---

<sup>174</sup> T-367 de 1999.

desenvolvimento e afeta sua integridade física e psíquica. A autoridade competente que se nega, sem justificação suficiente, a tomar as medidas necessárias para evitá-lo, omite seus deveres, desconhece o princípio da dignidade humana e torna vulneráveis os direitos à saúde e à integridade física, psíquica e moral da pessoa. (...) A dor envilece à pessoa que sofre na vulnerabilização do direito à integridade pessoa do afetado, possibilitando a este último a possibilidade de executar as ações judiciais para a proteção imediata de seus direitos fundamentais”<sup>175</sup>.

Na linha da jurisprudência constitucional colombiana, o critério subjetivo juspositivista explícito ampara menores de idade por vontade do Constituinte. Já o de ordem interpretativa se dá quando se reconhece o direito fundamental autônomo a pessoas ou grupos especialmente protegidos, como as pessoas com incapacidades ou da terceira idade<sup>176</sup>.

Com relação ao critério material, a Corte sustentou que a prestação da saúde, já reconhecida pela lei ou Plano Obrigatório de Saúde, adquire o caráter de direito fundamental autônomo, de forma que o descumprimento da mesma constituiria uma possível vulnerabilidade do direito fundamental à saúde.

A Sentença T-533/92 mostra um indigente que requereu uma cirurgia para não ficar cego. Segundo a Corte, seria hipótese de o direito à saúde adquirir o caráter de fundamental, posto que as consequências, de maneira imediata, se revelam como contrário à Constituição, a qual protege a vida e a integridade física das pessoas.

A Corte entendeu que “acreditado o caráter de indigente absoluto – (i) incapacidade absoluta de pessoa de valer-se por seus próprios meios; (ii) existência de uma necessidade vital cuja não satisfação lesiona a dignidade humana em máximo grau; (iii) ausência material de apoio familiar – cabe reconhecer à frente do sujeito e a cargo da entidade pública respectiva, o direito a receber a prestação correspondente, estabelecendo – à luz das circunstâncias – as cargas retributivas a seu cargo (...)"<sup>177</sup>.

Na sentença T-484/92, a Corte Constitucional definiu que o direito à saúde, em sua natureza jurídica, contempla um conjunto de elementos que podem agrupar-se em dois grandes blocos. O primeiro, seria aquele que identifica como um predicado imediato do direito à vida, de maneira a atentar contra a saúde das pessoas equivale a

---

<sup>175</sup> Esses elementos foram colhidos nas páginas 725/726 de: ARANGO, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana, p. 721/754, *in Ibidem*.

<sup>176</sup> T-1219, de 2003.

<sup>177</sup> Esses elementos foram colhidos na Nota de Rodapé nº 11, p. 724, de: ARANGO, Rodolfo. O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana, p. 721/754, *in Ibidem*

atentar contra sua própria vida. Por estes aspectos, o direito à saúde resulta um direito fundamental. O segundo, coloca o direito à saúde com um caráter assistencial, estabelecido nas referências funcionais do denominado estado Social de Direito, em razão de que seu reconhecimento impõe ações concretas.

Devemos saber se o direito em jogo se trata de direito à saúde atrelado ao direito à assistência ou de direito à saúde atrelado ao direito à vida. Caso esteja ligado a este último, ele goza de preferência.

Interessante notar a relevância que a Corte Constitucional colombiana confere para a dor, para o sofrimento e para a iminência da morte.

Uma senhora sofria de lesão na coluna vertebral e deveria sofrer um procedimento cirúrgico. Ante a delonga na prestação do serviço e à dor que a impedia de subir e descer escadas, interpôs uma ação de tutela com o objetivo de que se ordenasse a operação.

A Corte Constitucional precisou que, quando uma entidade se nega a prestar um serviço que requer uma pessoa, para eliminar, ou ao menos mitigar, as dores e sofrimentos que são produzidas por uma enfermidade, submete a pessoa a tratamentos cruéis e desumanos<sup>178</sup>.

Em 1995<sup>179</sup>, numa compreensão ampla do conceito de ‘cura’, a Corte Constitucional fixou esta “não necessariamente implica erradicação total dos sofrimentos, senão que envolve as possibilidades de melhoria para o paciente, assim como os cuidados indispensáveis para impedir que sua saúde se deteriore ou diminua de maneira ostensiva, afetando sua qualidade de vida”<sup>180</sup>.

Em 2000, estendeu os benefícios da prestação da saúde às atividades de instrução e educação no tratamento de reabilitação de menores deficientes<sup>181</sup>.

Em 2003, reconheceu, dentro do conteúdo do direito à saúde do menor afetado por surdez, as terapias necessárias para sua integração à sociedade<sup>182</sup>. A jurisprudência tem estendido estes benefícios também, a maiores de idade em situação de debilidade

---

<sup>178</sup> T-499, de 1992.

<sup>179</sup> Sentença T-001, de 1995.

<sup>180</sup> SU-043, de 1995.

<sup>181</sup> Sentença T-920, de 2000.

<sup>182</sup> Sentença T-225, de 2003.

que, não obstante sua idade biológica os tornam maiores, de acordo com os médicos que os tratam, sua idade mental corresponde à de uma criança pequena.

Por esta ótica, a Corte se revestiu de importantes funções:

- “(i) decisória do direito fundamental à saúde e suas obrigações correlativas;
- (ii) de proteção especial a pessoas ou grupos em situação de marginalização e discriminação;
- (iii) de delimitação coordenação dos níveis constitucional e legal;
- (iv) de controle constitucional da formulação e execução das políticas públicas de forma que possam afetar direitos fundamentais;
- (v) de integração e inclusão social mediante o respeito aos princípios, direitos e deveres constitucionais.”

Os trabalhos da Corte Constitucional na Colômbia, mesmo transitando numa fragmentariedade evidente, com dezenas de concessões individuais dos mais variados tipos de demandas relativas ao direito à saúde, possibilitaram: 1) a definição do direito; 2) os beneficiários do direito; 3) o alcance do direito; 4) o acesso ao serviço; e 5) a qualidade do serviço de saúde.

### **6.3 As Decisões Individuais do Judiciário brasileiro quanto ao Tratamento da AIDS**

O Brasil também enfrentou a questão da AIDS envolvendo o Poder Judiciário. Diferentemente do que ocorreu na África do Sul, o que houve foi um tratamento absolutamente fragmentário ao problema, com centenas de decisões judiciais divergentes sendo proferidas por todas as instâncias do Judiciário, até que o tema chegasse ao Supremo Tribunal Federal.

A linha jurisprudencial brasileira, neste aspecto, está muito mais próxima da Colômbia do que da África do Sul ou de Portugal. O que se vê é a convicção substancialista da democracia constitucional brasileira e um total abandono de qualquer pretensão de auto-contenção judicial.

Diante de milhares de casos concretos levado a julgamento, o Judiciário vai moldando sua jurisprudência de maneira incrivelmente disforme, até que o Suprema Corte, anos depois, comece a receber os primeiros casos e, então, traga algum tipo de uniformidade no tratamento judicial aos casos.

Até que isso ocorra os impactos orçamentários são diretos, fazendo com que a Administração altere suas rubricas orçamentárias constantemente. Neste sentido, a juíza da Suprema Corte da Costa Rica, Nancy Hernandez Lopez alerta para as consequências da judicialização excessiva do direito à saúde. Lopez afirmou, durante a Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza, que uma destas consequências era o contínuo descumprimento das sentenças. Na Costa Rica, apenas 84% das sentenças são cumpridas, sendo que as restantes são impossíveis de ser cumpridas pela administração, seja por razão dos prazos curtos estabelecidos para o seu cumprimento, seja pela falta de recursos financeiros necessários<sup>183</sup>.

Em 12 de dezembro de 1998, o município brasileiro de Porto Alegre sustentava, no STF, numa das primeiras vezes, que os artigos 196, 197 e 198 da Constituição Federal eram normas programáticas, dependendo de regulamentação, não implicando a transferência, ao município, da obrigação de fornecer os medicamentos especiais e excepcionais necessários ao tratamento da AIDS<sup>184</sup>.

O município de Porto Alegre dizia que a Lei nº 8.913/96 atribuía ao Sistema Único de Saúde (SUS) a responsabilidade pela distribuição de medicamentos, razão pela qual não seria necessária a regulamentação do artigo 2º, no que toca ao financiamento das despesas. Também dizia que, em face à autonomia dos municípios, era inconstitucional o ato normativo federal ou estadual que lhes acarretasse despesa.

O Município sustentou que mesmo que o citado Diploma não dependesse de regulamentação, não se poderia impor ao ente municipal a obrigação sem que antes fossem estabelecidas as formas de repasse dos recursos. O seu último argumento invocou a Portaria nº 874, de 3 de julho de 1997, oriunda do Ministério da Saúde, que atribui ao Órgão a responsabilidade pelos remédios específicos ao tratamento da AIDS.

---

<sup>183</sup>Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rIJFlb8ntI0>>.

<sup>184</sup> Todo o relato foi extraído dos autos da AI 232469/RS, julgado em 12/12/1998, de relatoria do Ministro Marco Aurélio.

O caso ficou sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Segundo o Ministro, o preceito do artigo 196 da Constituição, de eficácia imediata, revela que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”<sup>185</sup>. A referência a “Estado” abrange a União Federal, os Estados propriamente ditos, o Distrito Federal e os Municípios.

Para o Ministro da Suprema Corte Marco Aurélio, havia lei obrigando o fornecimento dos medicamentos excepcionais, como os concernentes à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), às pessoas carentes. Além disso, o município de Porto Alegre surgiria com responsabilidade prevista em diplomas específicos, ou seja, os convênios celebrados no sentido da implantação do SUS, devendo receber, para tanto, verbas do Estado. O Ministro não fugiu da alegação trazida pelo Município sobre falta de regulamentação municipal para o custeio da distribuição. Para ele, essa falta de regulamentação não impediria a responsabilidade do Município.

Ao final da decisão, proferida há mais de uma década, o Ministro Marco Aurélio fez um alerta: “É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem”<sup>186</sup>.

A decisão foi em 1998. Dois anos antes, em 1996, o Brasil e o mundo davam dois importantes passos no combate à AIDS. Em julho, na Conferência Internacional de Aids, em Vancouver, Canadá, se anunciou a descoberta do chamado coquetel de combate à doença. Em novembro, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Lei 9.313, que obrigava o Estado a fornecer medicamentos de combate a AIDS.

Em 2014, a Costa Rica também já vivera sua experiência no combate à AIDS. Durante a Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza, a juíza da Corte Constitucional da Costa Rica, Nancy Hernandez Lopez afirmou que o Tribunal Constitucional já proferiu decisão condenando o Estado a fornecer medicamentos antirretrovirais para os pacientes portadores do HIV. À época da

---

<sup>185</sup> Extraído dos autos da AI 232469/RS, julgado em 12/12/1998, de relatoria do Ministro Marco Aurélio

<sup>186</sup> AI 232469/RS, julgado em 12/12/1998, de relatoria do Ministro Marco Aurélio

decisão, o custo *per capita* de remédios com pacientes portadores de HIV cresceu 900%. A previdência social chegou a declarar-se à beira da falência, pois não tinha condições de prover os medicamentos para todos os pacientes. Felizmente, não foi à falência, e a taxa de mortalidade de pacientes portadores de HIV foi reduzida em 74%<sup>187</sup>.

Essas ações - nacionais e internacionais -, somadas às decisões judiciais que começaram a surgir determinando o acesso a medicamentos para soropositivos, fizeram com que o Brasil demonstrasse coragem no enfrentamento da questão dos preços dos medicamentos de combate a AIDS.

O Ministério da Saúde, tendo em vista o aumento de casos da AIDS, a falta de recursos terapêuticos e a alta taxa de mortalidade, estabeleceu, ainda em 1985, o Programa Nacional de DST e AIDS -PNDST /AIDS (Portaria nº 236, de 02.04.1985) e criou o Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, visando estimular políticas públicas de prevenção e assistência aos portadores da enfermidade, em sintonia com os princípios e diretrizes do SUS.

No ano 2000, na Conferência Internacional de Aids de Durban, África do Sul, a comunidade internacional reconhecia o acerto da política brasileira na área de medicamentos, indicando “o protagonismo e a liderança do país nas discussões sobre acesso universal, propriedade intelectual e patentes de medicamentos”<sup>188</sup>.

Na reunião da Organização Mundial do Comércio em Doha (2001), Catar, o Brasil sustentou que os países em desenvolvimento deveriam ter a prerrogativa de quebrar patentes de medicamentos em áreas de interesse da saúde pública. O país havia aprovado leis autorizando a fabricação de versões genéricas de medicamentos.

Logo no começo de 2001, o Brasil declarou a possibilidade de licenciamento compulsório das patentes de dois medicamentos. No mês de março, conseguiu a redução do preço de um deles<sup>189</sup>. Quanto ao outro, em agosto de 2001, o Ministério da Saúde anunciou o licenciamento compulsório de patente do medicamento, sustentando emergência em razão do custo e do interesse público. Contudo, após o anúncio a detentora da patente reduziu o preço significativamente.

---

<sup>187</sup>Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=rIJFlb8ntI0>>.

<sup>188</sup> GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder. p. 27.

<sup>189</sup> Todo o histórico nacional pode ser conhecido acessando o site mantido pelo próprio Ministério da Saúde no Brasil. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/>. Acesso mar 2011.

O Decreto Presidencial nº 4.830, de 04 de Setembro de 2003, autorizou a importação de medicamentos genéricos, em caso de emergência ou interesse público. Tentava-se, ao tempo, reduzir os custos. O Decreto autorizava ainda a produção, em grande escala, dos referidos antirretrovirais pelo laboratório estatal Far-Manguinhos.

Nada obstante o país tenha sido pioneiro nessa postura, ainda há muito o que ser feito e o Poder Judiciário e a mobilização social são peças fundamentais nisso.

É que, na hora de concretizar as políticas públicas voltadas para o combate à AIDS, o aparelho estatal se omite. Ele não consegue contemplar todos os que necessitam de tratamento e, com isso, arrasta para o Poder Judiciário essa carência. A partir das decisões judiciais reconhecedoras de omissões estatais, impactando os cofres públicos com a compra de remédios, os entes estatais passam a sentir o termômetro social da necessidade e do descontentamento, sendo forçados a reavaliarem suas posturas no ano seguinte, quando, novamente, se discute o orçamento.

Fica evidente que a postura do Judiciário é incômoda, porque força o Poder Executivo a fazer o que não estava fazendo, que é abranger novas necessidades de tratamentos médicos ocorridas no seio de uma sociedade complexa.

Decisões judiciais no âmbito do direito à saúde forçam o Poder Executivo a manter a atualidade de seus debates acerca das políticas públicas de saúde, oxigenando suas discussões e permitindo que novos elementos lhe sejam fornecidos.

Do julgamento do caso do medicamento para combate a AIDS ao qual se opunha o município de Porto Alegre, para os dias de hoje, já se passou quase duas décadas.

Em abril de 2010, mais uma ação civil pública era ajuizada. O caso era semelhante à grande maioria que há no Brasil.

O cidadão que precisava do medicamento era beneficiário de auxílio-doença, no valor de R\$ 851,70. Era o Ministério Público Federal quem ajuizava a Ação a fim de obrigar a União a importar o medicamento Isentress (Raltegravir) para atender ao senhor de quase cinqüenta anos de idade, paciente infectado por HIV e resistente aos

demais medicamentos que possuíam prescrição médica na Subseção Judiciária de Blumenau, Estado de Santa Catarina<sup>190</sup>.

O paciente, há 10 anos, submetia-se à terapia antirretroviral. Diante de um quadro de regressão relativo à sua capacidade imunológica, o infectologista receitou os medicamentos Isentress (Raltegravir) e Darunavir, ressaltando a impescindibilidade do novo esquema de tratamento, porque o paciente apresentara falha terapêutica e clínica com os antiretroviraais utilizados.

O médico de referência em genotipagem em Santa Catarina indicou que, para situações semelhantes à do paciente, recomendava-se o uso de Enfuvirtida (Fuzeon) e Darunavir (Prezista). Todavia, asseverou que o paciente havia feito “uso de Enfuvirtida ao que parece, sem sucesso, uma vez que a carga viral encontra-se significativamente alta. O uso single de Darunavir não tem demonstrado até agora, em estudos, uma eficácia aceitável nesses casos”.

Acerca da eficácia da prescrição do medicamento Intelence (etravirine), o médico ponderou que (i) havia adequação aos parâmetros médicos como “alternativa mais recente para pacientes multifalhados” e (ii) a sua associação ao medicamento raltegravir “poderia até, se utilizada de forma correta e contínua, impedir o aparecimento de outros códons tornando o tratamento duradouro e eficaz”<sup>191</sup>.

Havia, no processo, comprovação de que o remédio era imprescindível para o senhor e a sua não utilização importaria em risco à sua saúde de forma direta. A perícia médica dizia, ainda, que se o paciente interrompesse o uso da medicação ou esta medicação não mais fizesse efeito benéfico para o paciente, o mesmo poderia apresentar queda acentuada de sua imunidade, fazendo com que viesse a apresentar alguma infecção oportunista que o levasse ao óbito.

O juiz atendeu ao pedido feito posteriormente e incluiu o medicamento Intelence, cujo princípio ativo é o etravirine, diante da revisão do esquema terapêutico prescrito ao paciente.

De acordo com a decisão, a União deveria adquirir, por importação ou qualquer outro meio legal possível, os medicamentos ISENSTRESS (raltegravir) e Intelence

---

<sup>190</sup> Todo o relato fora extraído dos autos da STA 260/SC, julgada em 20/04/2010, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>191</sup> Transcrito do relato constante nos autos da STA 260/SC, julgada em 20/04/2010, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

(etravirine). Além disso, a União, Estado de Santa Catarina e Município de Blumenau deveriam fornecer, gratuitamente, ao paciente na quantidade inicial de 12 (doze) frascos de cada medicamento.

A União se defendeu. Disse haver lesão à ordem, à saúde e à economia públicas. Também disse que a determinação de fornecimento dos medicamentos de alto custo inviabilizaria o adequado funcionamento do SUS, bem como prejudicaria o andamento dos serviços de saúde básica em relação ao restante da população.

Para a União, “no momento em que se decide disponibilizar de forma ampla e gratuita os medicamentos destinados ao tratamento de HIV, com um custo final expressivo ao Poder Público, e sem a prévia elaboração de estudos técnicos indispensáveis à averiguação da sua real utilidade/necessidade, diminui-se a capacidade financeira do Estado de fornecer outros benefícios, também considerados relevantes, aos demais integrantes da sociedade”.

Segundo a União, não havia comprovação da segurança e da eficácia do medicamento, que não possuiria registro na ANVISA, além da existência de outros esquemas terapêuticos oferecidos na rede pública para tratamento da AIDS.

Disse que não haveria previsão orçamentária para a aquisição da medicação. Sustentou que as prestações de saúde devem ser executadas dentro da “reserva do possível e a possibilidade de ocorrência do efeito multiplicador da decisão”<sup>192</sup>.

Havia, no processo, prova pericial demonstrando que o medicamento Etravirine (Intelence) era necessário e indispensável à manutenção da vida do paciente. Segundo o perito:

- “b) No momento a doença encontra-se estável, com relativa melhora clínica e laboratorial após o uso regular do esquema de medicações atual;
- c) se o paciente interromper o uso desta medicação ou esta medicação não mais fizer efeito benéfico para o paciente, o mesmo poderá apresentar queda acentuada de sua imunidade, fazendo com que venha a apresentar alguma infecção oportunista que o leve ao óbito;
- d) As medicações adequadas ao seu tratamento são as mesmas verificadas em seu exame de genotipagem, ou seja, são as medicações que ainda tem

---

<sup>192</sup> A Lei Federal 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”.

efeito inibitório na replicação do vírus. No caso, ritonavir, darunavir, raltegravir e etravirine;

f) produzirá amenização da imunodeficiência, melhorando o quadro clínico, como já vem acontecendo.

g) ambos com eficácia cientificamente comprovada e com registro na ANVISA.”

O relator do caso, no STF, era o Ministro Gilmar Mendes.

Para o Ministro, o direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doença e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A despeito da afirmação da União de que o medicamento não possuía registro na ANVISA, em consulta ao sítio da agência reguladora, o Ministro Gilmar descobriu que o medicamento Intelence, cujo princípio ativo é a Etravirina, foi registrado sob o n.º 112363391, válido até 02/2014, o que atestaria sua segurança para o consumo.

O Ministro registrou ainda que “não constar entre os medicamentos listados pelas Portarias do SUS não é motivo, por si só, para o seu não fornecimento, uma vez que a Política de Assistência Farmacêutica visa contemplar justamente a integralidade das políticas de saúde a todos os usuários do sistema”<sup>193</sup>.

Percorrendo a legislação federal e a Constituição, o Ministro afirmou que “a Lei Federal nº 9.313/96 garante o acesso aos medicamentos antirretrovirais pelo SUS para todas as pessoas acometidas pela doença. A Constituição indica os valores a serem priorizados, corroborada pelo disposto nas Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90. Tais determinações devem ser seriamente consideradas quando da formulação orçamentária, pois representam comandos vinculativos para o poder público”.

Quanto à alegação da União de lesão à economia pública pelo fato de ter que fornecer um remédio ao paciente soropositivo, o Ministro registrou que “a União, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência de dano aos cofres federais, limitando-se a requerer a aplicação do princípio da reserva do possível.

---

<sup>193</sup> Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9152113/suspensao-de-tutela-antecipada-esta-260-sc-stf>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 13h22min.

Por outro lado, inexistentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei no 8.437/1992, verifico que a ausência do fornecimento do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à dignidade de vida do paciente”.

Acerca do efeito multiplicador, o Ministro arrematou sua decisão dizendo: “A alegação de temor de que esta decisão sirva de precedente negativo ao Poder Público, com possibilidade de ensejar o denominado efeito multiplicador, também não procede, pois a análise de decisões dessa natureza deve ser feita caso a caso, considerando-se todos os elementos normativos e fáticos da questão jurídica debatida. Nesse sentido, ressalte-se que a Farmacêutica e Bioquímica Christiane Effting Kling Donini - funcionária do Ambulatório DST/AIDS Blumenau - informou que não havia notícia de requisições por parte de outros pacientes dos medicamentos Intelence (etravirine) e Isentress (Raltegravir)”<sup>194</sup>.

A presença do Judiciário é fundamental para a concretização do direito à saúde.

Mirian Ventura, pesquisadora sobre Direitos Humanos e Saúde e estudiosa que desenvolve pesquisas sobre o tema judicialização da saúde parece ser uma fonte confiável para responder esta indagação. Para ela “O movimento de aids no Brasil conseguiu extrair do componente jurídico seu potencial transformador, impulsionando mudanças amplas e estruturais a partir do uso estratégico das leis nacionais, na perspectiva dos direitos humanos”<sup>195</sup>.

“As práticas de intervenção judicial desse movimento têm auxiliado outros movimentos a refletirem e redirecionarem suas linhas de ação. Na história brasileira recente nenhum outro movimento obteve um grau tão satisfatório de efetividade da legislação genérica nacional existente como o das pessoas vivendo com HIV/AIDS”<sup>196</sup> – registra a Professora.

Em 2005, o Ministério da Saúde divulgou o importante estudo denominado “O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em

---

<sup>194</sup> *Ibidem*.

<sup>195</sup> VENTURA, Mirian . As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS/ Divulgação em Saúde Para Debate. Rio de Janeiro, Número 27, Agosto de 2003, p 107. Proposta de um plano de trabalho para as Assessorias Jurídicas das ONGs/Aids, Relatório Consultoria Projeto 914BRA59 – CNDST/AIDS, outubro 2000 – revisado em março 2003.

<sup>196</sup> *Ibidem*.

HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais Brasi”<sup>197</sup>. Segundo o Ministério “as vitórias na Justiça demonstram o reconhecimento do direito à saúde e do papel do movimento organizado na luta contra a aids e na defesa da cidadania”<sup>198</sup>.

O Ministério da Saúde conclui, no seu documento, que “ações e decisões judiciais são consequências do amadurecimento da organização da sociedade, de um lado, e, de outro, das deficiências da Administração Pública. São os mecanismos e o processo de incorporação de novos medicamentos na rede pública que devem ser melhor compreendidos, aperfeiçoados e agilizados”<sup>199</sup>.

O Executivo reconhece a importância do Judiciário como instrumento garantidor da participação da sociedade na reformulação das políticas públicas.

Tanto como ocorreu na Colômbia, é possível, no Brasil, estabelecer o Judiciário como sendo uma instância decisória do direito fundamental à saúde e suas obrigações correlativas, instando-o a proteger pessoas ou grupos em situação de marginalização e discriminação. Além dessa atuação, o Judiciário também pode delimitar quando o debate de dá na esfera constitucional e quando ele se reveste de dispositivos legais.

## 7. SUS e as Concepções Brasileira e Portuguesa de Garantias Institucionais

Preâmbulo da Constituição brasileira institui um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e o bem-estar como valores supremos de uma sociedade fraterna.

Dentre os objetivos fundamentais da República há, nos incisos I e IV do art. 3º, o de construir uma sociedade justa e solidária e promover o bem de todos. A Constituição Federal estabeleceu os fundamentos da República e trouxe à tona a necessidade inafastável de exercício da cidadania.

Como se sabe, cidadania não é somente votar e ser votado. Não se cuida do mero exercício da capacidade eleitoral ativa e passiva. Cidadania, nos dias de hoje, ultrapassa esta visão estreita. A partir do momento em que doentes ou responsáveis por

---

<sup>197</sup> Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. O Remédio via Justiça: Um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/aids no Brasil por meio de ações judiciais / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Brasília: Ministério da Saúde. 2005.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 129.

doentes buscam o Poder Judiciário na tentativa de verem concretizados direitos constitucionais, o que se tem é o mais pleno exercício de cidadania.

Veremos que o direito à saúde muitas vezes se revela como uma faceta do direito à vida e, como se sabe, o *caput* do art. 5º garante aos brasileiros a inviolabilidade do direito à vida.

O gerenciamento caótico, ineficaz e corrupto das políticas públicas no Brasil afronta o inciso III do mesmo artigo 5º que diz que ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante. Em algumas situações, falar em tratamento desumano ou degradante nos serviços públicos de saúde chega a ser um eufemismo.

Quando a comunidade aciona o Judiciário ou quando participa de uma audiência pública sobre saúde no Supremo Tribunal Federal, sem dúvida ela está contribuindo com as diretrizes a serem estabelecidas pelo Sistema Único de Saúde. A visão não pode ser limitada. Não é possível supor que a única maneira de participação da comunidade nesta discussão seja sentada num auditório do Ministério da Saúde ou de algum conselho voltado para tais discussões dentro do Poder Executivo.

A Constituição Federal de 1988 contemplou de forma eloquente o direito à saúde, erguendo ao seu lado uma garantia institucional – na perspectiva teórica de Carl Schmitt – importantíssima, que é o Sistema Único de Saúde (SUS).

Além disso, remeteu a guarda desse direito também ao Poder Judiciário, abrindo uma ampla avenida fomentadora do estabelecimento de uma cultura de cidadania constitucional fundada na conscientização quanto à exigibilidade de direitos constitucionalmente previstos.

O exercício de concretização do direito à saúde, contudo, é incrivelmente desafiador, porque passa necessariamente pelo reconhecimento de que a armadura institucional voltada para a realização desse mandamento constitucional é dispendiosa.

O art. 198 ao falar do sistema único de saúde estabelece diretrizes a serem seguidas, dentre elas: II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

Carl Schmitt introduz a idéia de “garantias institucionais” as quais “nascem como conformações jurídicas objetivamente assimiladas no ordenamento. Seriam, portanto, capazes de remeter todo seu conteúdo a sua própria objetivação”<sup>200</sup>.

As garantias institucionais foram progressivamente admitidas no primeiro pós-guerra. Segundo Márcio Iorio Aranha, “afiguram-se como garantias constitucionais de direito objetivo de conteúdo material”<sup>201</sup>.

Para Schmitt devemos zelar pelas garantias institucionais, uma vez que o seu desprestígio toca os direitos fundamentais e, por esta razão, não deve ser estimulado por nenhum poder estatal. Márcio Iorio Aranha diz que “as garantias institucionais dão um colorido novo às salvaguardas constitucionais de certos status”, pois “aqueles direitos deixam de ser considerados como pretensões individuais de titulares pontualmente isolados, no que não haveria como deixar de ver um privilégio constitucional, e passam a integrar a proteção objetiva de institutos”<sup>202</sup>.

A Constituição brasileira traz garantias institucionais sem as quais os direitos fundamentais estariam completamente desprotegidos. Um exemplo é a autonomia municipal assegurada como princípio constitucional sensível por meio do art. 34, VII, ‘c’, da Carta. Para Schmitt “cada garantia constitucional de direitos subjetivos do indivíduo somente pode ser pensada nos termos, no contexto, na moldura e nos limites de uma garantia institucional”<sup>203</sup>.

A Constituição Federal assegurou o direito à saúde. Todavia, junto a este ideal veio uma garantia institucional que chega a ser mais importante do que o próprio bem materialmente tutelado. A Carta, no art. 198, diz que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.

---

<sup>200</sup> SCHMITT, Carl. op.cit., p. 175.

<sup>201</sup> ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 181.

<sup>202</sup> *Apud* ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 181.

<sup>203</sup> *Apud* ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 182.

O SUS goza de garantias institucionais. Sem a sua valorização dificilmente haverá concretização do direito à saúde.

Em alusão à realidade portuguesa, J.J. Gomes Canotilho esclarece que a realização dos direitos econômicos e sociais se baseia na “existência de *esquemas organizativos e procedimentais funcionalmente adequados*”.

A Constituição considera a existência de um Serviço Nacional de Saúde uma garantia da realização do direito à saúde. Para Canotilho, embora a *formatação estatal* destes serviços seja criticada porque ela se insere já no âmbito das *políticas públicas*, reconhece-se que o acesso aos ‘bens sociais’ é indissociável da preexistência de instituições, esquemas organizatórios e procedimentos que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais.”<sup>204</sup>

Canotilho destaca com profundidade que os direitos fundamentais como garantias institucionais é a terceira possibilidade de positivação dos direitos sociais.

A constitucionalização das garantias institucionais traduzir-se-ia a uma imposição dirigida ao legislador, obrigando-o, por um lado, a respeitar a essência da instituição, e, por outro lado, a protegê-la, tendo em atenção os dados sociais, econômicos e políticos (medidas protetoras da saúde pública).

“Não se trata, porém, ainda, do reconhecimento de direitos subjectivos, embora as garantias institucionais sejam elementos importantes da interpretação da lei e da Constituição no âmbito dos direitos sociais.”<sup>205</sup> – esclarece o mestre.

O Tribunal Constitucional português, no célebre Acórdão nº 39/84, de relatoria do conselheiro Vital Moreira, registrou que “o direito à saúde, como a generalidade dos direitos sociais, consiste fundamentalmente num direito dos cidadãos a determinadas acções ou prestações estaduais, com a contrapartida da obrigação do Estado em praticá-las ou prestá-las”. Isso porque a “Constituição não se bastou com estabelecer o direito à saúde. Avançou no sentido de enunciar um conjunto de tarefas estaduais

---

<sup>204</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 483.

<sup>205</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 475.

destinadas a realizá-lo. À frente delas a lei fundamental colocou a «criação de um serviço nacional de saúde» (artigo 64.º, n.º 2)»<sup>206</sup>.

Vital Moreira registrou que a norma que determina a criação de um serviço nacional de saúde assume a natureza de uma verdadeira e própria imposição constitucional, no sentido específico que a doutrina atribui a esta expressão: “Trata-se, não de uma simples «norma programática» no sentido corrente da expressão, abstracta e temporalmente indeterminada, mas sim de uma obrigação constitucional do Estado, concreta e permanente.” – anotou, para em seguida arrematar: “O serviço nacional de saúde, cuja criação a Constituição determina, não é apenas um conjunto de prestações — é uma estrutura organizatória; não é apenas um conjunto mais ou menos avulso de serviços (hospitais, etc.) — é um serviço em sentido próprio. É portanto uma estrutura a se, um complexo de serviços, articulado e integrado”<sup>207</sup>.

Na realidade portuguesa, assim como na brasileira, a Constituição não se bastou com a consagração genérica do direito à saúde, antes impôs a criação de um serviço próprio, de uma estrutura específica, que assim se torna em condição imprescindível e garantia necessária do direito à saúde.

Nas palavras de Vital Moreira, acatadas pelo Tribunal Constitucional português, “quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental”. No que diz respeito a uma eventual abolição do Serviço Nacional de Saúde, “esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.”

Portanto, tanto a realidade brasileira, quanto a portuguesa, ampara a concepção de que o direito à saúde não se realiza sem a atuação desembaraçada da sua rede de instrumentos, devidamente uniformizada por um sistema único, que tem taxativa previsão constitucional.

---

<sup>206</sup> In Ac. TC 39/84. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 16h06min.

<sup>207</sup> *Idem, Ibidem.*

Este sistema, então, é reputado uma garantia institucional viabilizadora da concretização do próprio bem da vida constitucionalmente protegido, razão pela qual o seu esvaziamento, comprometimento ou embaraço implica, inevitavelmente, no enfraquecimento da força normativa do direito à saúde.

## **8. Omissão Constitucional por Inação do Executivo na Concretização do Direito à Saúde.**

A inconstitucionalidade por omissão decorre de uma inação por parte dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. O que se pune é a inércia de um dos poderes na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada. Exige-se um não agir ou um agir insuficiente.

Esta omissão pode ser total ou parcial. É total quando o Poder Público não elabora a norma requerida. É parcial quando produz a norma invocada, mas o faz de modo imperfeito, ou seja, insuficiente a garantir o direito assegurado pela Carta da República.

A Constituição brasileira deu atenção às omissões inconstitucionais, trazendo dois poderosos remédios contra a inércia estatal que provoca a ineficácia constitucional. Foram eles: mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º).

Para se diferenciar os efeitos da decisão, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, da proferida com o julgamento do Mandado de Injunção, basta tomar como referencial as características básicas do controle difuso de constitucionalidade e do concentrado.

A ADO é instrumento processual inerente ao controle concentrado de constitucionalidade revestindo-se de suas características essenciais, seja em relação aos legitimados, seja quanto ao foro. Também no tocante aos efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Já o MI está inserido no controle difuso. Os legitimados, portanto, não são aqueles arrolados nos incisos do art. 103, mas todo cidadão que, em razão da ausência de norma regulamentadora, estiver sem acesso ao exercício de liberdades e direitos

constitucionalmente assegurados bem como às prerrogativas atinentes à nacionalidade, à cidadania e à soberania.

A idéia não é original. Vem do art. 283 da Constituição Portuguesa:

“Art. 283. (Inconstitucionalidade por omissão)

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.
2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

Os efeitos da decisão são previstos na própria Constituição Federal, que, no § 2º do art. 103, dispõe: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

O art. 12-H da Lei nº 12.063/2009 dispõe que, declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias.

Quanto ao Legislativo, o STF, em regra, não pode fixar prazo para que ele aprove a lei. Isso invadiria a idéia de independência entre os Poderes.

Em caso de omissão imputável a órgão administrativo, as providências deverão ser adotadas no prazo de 30 (trinta) dias, ou em prazo razoável a ser estipulado excepcionalmente pelo Tribunal, tendo em vista as circunstâncias específicas do caso e o interesse público envolvido.

A discussão sobre as formas constitucionalmente aceitáveis de concretização do direito à saúde no Brasil deve passar pelo conhecimento da realidade dos ambientes formuladores das políticas públicas.

Há um quadro muito persistente de omissão. Na Audiência Pública da Saúde realizada pelo STF, o então Procurador-Geral da República, Antônio Fernando,

afirmou que “o que se deseja é destacar a imprescindibilidade do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garantí-lo”. Isso porque, “quem bate as portas do Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado nega-lhe tal prestação”<sup>208</sup>.

Heloísa Machado de Almeida, do Conectas Direitos Humanos, diz haver completa ausência de pesquisa para medicamentos como malária e doença de chagas, que tanto assolam o Brasil: “tais doenças são negligenciadas pelo setor industrial farmacêutico por razões essencialmente comerciais: são doenças de pessoas pobres, em países pobres e miseráveis, nada interessantes enquanto clientes do setor”<sup>209</sup> - anota.

O cenário invoca a presença do Estado. Toda tentativa de afastar o Estado da discussão sobre o direito à saúde é falha.

Duncan Green lembra que no final do século XIX Londres foi tomada por doenças infecciosas, como disenteria e febre tifóide. As taxas de óbitos infantis eram assustadoras. O serviço de abastecimento de água era privado, ineficiente, caro e corrupto. A saída encontrada foi a intervenção do Estado e a criação de sistemas públicos de água e saneamento: “na Alemanha, o sistema nacional de saúde unificou múltiplos sistemas de planos de saúde em um único sistema eqüitativo no século XIX”<sup>210</sup> - rememora.

A Constituição Federal brasileira determina que os serviços públicos de saúde serão acessíveis a todos. É uma imposição que se realça quando o nível de mobilização social passa a demonstrar que os afetados estão sendo alijados do processo de formulação de políticas públicas voltadas à saúde.

Diante desse fato, é possível estabelecer como critério para o conhecimento de uma ação individual que pretenda forçar o Estado ao fornecimento de alguma especificidade do direito à saúde, o de que o interessado tenha, inicialmente, tentado se socorrer nas instâncias administrativas competentes.

---

<sup>208</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 37

<sup>209</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 259.

<sup>210</sup> GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 52.

No caso do remédio constitucional brasileiro intitulado *Habeas Data* isso já é feito. O STF definiu que a prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no habeas data: “Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do habeas data”<sup>211</sup>.

Como o que se diz é que há uma omissão estatal, a maneira de prová-la é mostrando que houve uma provocação anterior à busca do direito no Judiciário. Dificilmente haverá uma negativa oficial, mas a mera inércia já serve para comprovar a intenção do administrado em, inicialmente, prestigiar as políticas públicas as quais, supostamente, lhes foram tornadas disponíveis.

Não se está impondo o esgotamento da via administrativa para que o cidadão possa ingressar no Judiciário. Se o que se quer é a criação de uma cultura de exigibilidade de direitos seguida de empoderamento, é necessário estimular as pessoas a procurarem os canais próprios de acesso às políticas públicas e, em caso de negativa, ou inércia, tentar, por meio do acesso à justiça, forçá-los a concretizá-las.

Essa proposta, inclusive, foi dada por Adib Jatene durante a audiência pública da saúde realizada no STF. Ele propôs a edição de uma súmula vinculante na qual constasse que todo pleito de solicitação de liminar para fornecimento de medicamentos, produtos, insumos ou procedimentos venha acompanhado da recusa da autoridade em atender o pedido: “essa medida pode diminuir o número de ações, evitar fraudes e trazer decisões mais adequadas, levando a um estímulo da administração no aprimoramento de seus protocolos em benefício dos pacientes”<sup>212</sup> - registrou.

Falar em esgotamento da via administrativa ou, até mesmo, em comprovação da negativa – como sugere o Dr. Jatene – seria colocar um evento insuperável sobre as costas dos cidadãos necessitados. Não sem razão, Ingo Sarlet diz que “o prévio esgotamento da via administrativa, esse, então, é catastrofal”<sup>213</sup>.

---

<sup>211</sup> RHD 22, Rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello, julgamento em 19-9-1991, Plenário, DJ de 1º-9-1995. No mesmo sentido: HD 87-AgR, Rel. Min. Cármel Lúcia, julgamento em 25-11-2009, Plenário, DJE de 5-2-2010.

<sup>212</sup> Cf. matéria publicada no site do STF dia 29.04.2009, intitulada “Adib Jatene propõe edição de súmula vinculante para diminuir ações na Justiça”. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107092&caixaBusca=N>. Acesso mar 2011.

<sup>213</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 77.

O que se pretende é que os cidadãos não deixem de procurar os hospitais, os postos médicos, os médicos, os ambulatórios..., enfim, que não deixem de tentar ter acesso ao serviço de saúde e, havendo omissão, seja pela negativa, seja pela inércia, ele possa tentar se socorrer no Poder Judiciário.

## **8.1 A Condenação brasileira pela Corte Interamericana de Direitos Humanos decorrente da Omissão na Proteção à Saúde de Grupo Vulnerável**

Nesse tópico abordar-se-á a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao julgar o caso Ximenes Lopes *versus* Brasil, em 04.07.2006<sup>214</sup>.

“Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969, filho de Albertina Viana Lopes e Francisco Leopoldino Lopes. Dois de seus irmãos são Irene Ximenes Lopes Miranda e Cosme Ximenes Lopes”<sup>215</sup>

Segundo consta no acórdão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratava-se de um “jovem criativo, que gostava de música e de artes e desejava adquirir melhores condições financeiras. Na juventude, desenvolveu uma deficiência mental de origem orgânica, proveniente de alterações no funcionamento do cérebro”<sup>216</sup>.

Ele foi internado “em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado”<sup>217</sup>, que operava no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), em Sobral, no Ceará.

Em 4 de outubro de 1999, a mãe de Ximenes Lopes “chegou à Casa de Repouso Guararapes para visitá-lo e o encontrou sangrando, com hematomas, com a roupa rasgada, sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e gritando e pedindo socorro”<sup>218</sup>.

“Continuava submetido à contenção física que lhe havia sido aplicada desde a noite anterior, já apresentava escoriações e feridas e não pôde caminhar sem

---

<sup>214</sup> Todos os fatos relativos a este caso foram transcritos do acórdão da decisão.

<sup>215</sup> Colhido no acórdão do caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso mar 2011

<sup>216</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>217</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>218</sup> *Idem, Ibidem.*

supervisão”<sup>219</sup>. Posteriormente, um auxiliar de enfermagem o deitou em uma cama, da qual caiu. Deitaram-no num colchonete, no chão<sup>220</sup>.

Às 11h30, Ximenes Lopes morreu.

Sua morte se deu “em circunstâncias violentas, aproximadamente duas horas depois de haver sido medicado pelo Diretor Clínico do hospital, sem ser assistido por médico algum no momento de sua morte, já que a unidade pública de saúde em que se encontrava internado para receber cuidados psiquiátricos não dispunha de nenhum médico naquele momento. Não se prestou a assistência adequada e o paciente se encontrava, em virtude da falta de cuidados, à mercê de todo tipo de agressão e acidentes que poderiam colocar em risco sua vida”<sup>221</sup>.

Segundo depoimento de Irene Miranda, irmã de Ximenes Lopes, prestado à Comissão Interamericana de Direito Humanos, “seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada”<sup>222</sup>.

“A causa da morte foi dada pelos médicos como ‘morte natural, parada cardiorespiratória’”. O corpo “foi levado para Fortaleza para que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de ‘morte indeterminada’”<sup>223</sup>.

O caso relativo à morte de Ximenes Lopes foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte iria apreciar os fatos, compará-los com as disposições constantes da Declaração Americana de Direitos Humanos e decidir se havia, ou não, responsabilidade do Brasil no caos instalado nos manicômios de Sobral.

Um depoimento marcante prestado para a Corte foi o de Milton Freire Pereira, ex-paciente de instituições psiquiátricas. Para Milton:

“Causou-lhe grande tristeza a degradante e humilhante morte do senhor Damião Ximenes Lopes. Sua morte se circunscreve na cultura de mortificação existente com relação às pessoas que padecem de doenças mentais. Existe uma crença de que não se pode curar a doença mental, o

---

<sup>219</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>220</sup> Todas as transcrições sobre esse caso foram colhidas no acórdão do caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso mar 2011.

<sup>221</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>222</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>223</sup> *Idem, Ibidem.*

que é consequência da segregação, clausura, violência e ausência de vínculos sociais a que são submetidas aquelas pessoas”<sup>224</sup>

Luís Fernando Farah de Tófoli, médico psiquiatra da cidade de Sobral (Secretaria de Desenvolvimento Social de Saúde do Município), confirmou à Corte que houve grande influência do caso na reorganização da atenção da saúde mental no município de Sobral. Disse ainda que “a morte do senhor Damião Ximenes Lopes levou à reformulação da política de saúde mental e uma resposta adequada diante das condições insustentáveis de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes”<sup>225</sup>.

Francisco das Chagas Melo, ex-paciente da Casa de Repouso Guararapes, resumiu para a Corte sua impressão quanto ao local: “um lugar de violência, de abuso de poder e sem nenhum cuidado para com os pacientes”<sup>226</sup>.

Seres humanos portadores de necessidades especiais barbarizados, humilhados e maltratados até a morte.

O inciso II, do § 1º, do art. 227 diz que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, mediante políticas específicas de criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental. Eis mais integrantes do grupo vulnerável: portadoras de deficiência física, sensorial ou mental.

Ao apreciar a questão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu que “o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo constitui um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos a tal direito”<sup>227</sup>.

Por unanimidade, admitiu-se o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional do Brasil em razão da violação dos direitos à vida e à integridade pessoal<sup>228</sup>, em relação com a obrigação de respeitar e garantir os direitos de Ximenes.

Elaborando voto em separado, o brasileiro, Cançado Trindade, afirmou que “o sofrimento humano continua sendo irremediavelmente uma triste marca da condição humana ao longo dos séculos. Com particular clarividência, Sófocles advertia, já no

---

<sup>224</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>225</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>226</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>227</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>228</sup> Artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana.

século V a.C., em seu *Édipo Rei*, que jamais há que dizer que alguém é feliz até o momento em que tenha transpassado o limite extremo da vida livre da dor”<sup>229</sup>.

Apesar da desonra internacional, não é só no município de Sobral onde há, no Brasil, desconsideração com os deficientes mentais, um grupo vulnerável que conta com taxativa proteção constitucional.

Cláudia Fernanda de Oliveira, Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, relatou durante a Audiência Pública da Saúde realizada pelo STF que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios propôs, em 2005, ação civil pública visando à implantação, no DF, de serviços de residências terapêuticas instituídas desde 2000 como parte integrante da política de saúde mental do Ministério da Saúde.

As residências terapêuticas são serviços substitutivos à hospitalização, cuja função primordial é a ressocialização de pacientes com transtornos mentais e histórico de longo período de internação. Esses pacientes, embora não mais precisem de internação, não contam com qualquer suporte familiar ou social, até pelo longo período de exclusão a que foram submetidos.

Contudo, mesmo havendo expressa previsão de política pública para implantação de residências terapêuticas e não existirem esses serviços no DF, foi negada a concessão da tutela antecipada e, até hoje, não há sequer uma residência terapêutica no Distrito Federal<sup>230</sup>.

Nesse caso, há expressa política pública prevendo a necessidade de maior suporte para as pessoas com patologias mentais, exatamente pelo fato de elas pertencerem a um grupo vulnerável cuja guarda constitucional se dá em maior dimensão.

No caso Ximenes Lopes, a célebre decisão da CIDH foi o resultado da aliança celebrada entre a mobilização social, a crença da exigibilidade de direitos e o exercício da cidadania no plano internacional.

---

<sup>229</sup> Colhido no acórdão do caso Ximenes Lopes versus Brasil, apreciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf). Acesso mar 2011.

<sup>230</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 145.

Não se deve imaginar que a sociedade há de ficar afastada do Judiciário em relação à concretização do direito à saúde. Nem mesmo o Poder Executivo quer isso. Tanto assim o é que o Governo Federal, em 2010, repassou R\$ 9.282,28 (nove mil, duzentos e oitenta e dois reais, e vinte e oito centavos) para o município de Sobral com a taxativa finalidade de “Ampliação e Fortalecimento da Participação e Mobilização Social em Defesa do SUS”<sup>231</sup>.

Vejam que é o próprio Poder Executivo que estimula a mobilização social, inclusive com o repasse de recursos para tal. Quando se pensa em defesa do SUS, não se supor que o seja exclusivamente aplaudindo-o. Uma das maneiras de preservar o Sistema é levar ao Judiciário suas falhas. Quem cuida, corrige, e é isso o que a sociedade mobilizada há de fazer.

Indaga-se: a condenação internacional resolveu a questão da implementação de políticas públicas em Sobral? Não. Basta lembrar do que ocorria dois anos depois. Sobral novamente aparecia no debate sobre a exigibilidade de direitos à saúde por parte da população desassistida.

O Judiciário determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a remoção de todos as pessoas que necessitavam de atendimento em UTI (Unidade de Tratamento Intensivo) para hospitais públicos ou particulares que tivessem disponibilidade destas unidades, assim como o início de ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas, no prazo de 90 dias<sup>232</sup>. A iniciativa partiu do Ministério Público.

A pretensão era garantir à população dos 61 municípios que compõem a Macro-Região do SUS de Sobral o acesso aos serviços médicos de urgência, necessários ao tratamento intensivo quando em condições de grave risco à saúde. Alegaram que, após a instauração de um Inquérito Civil Público<sup>233</sup>, constatou-se um quadro de saúde

---

<sup>231</sup> Relatório de Gestão do Sistema de Gestão Estratégica e Participativa do Ministério da Saúde. Exercício de 2010. Disponível em: <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0C8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fsna.saude.gov.br%2Fdownload%2FRelatorio%2520de%2520Gestao%2520DENASUS%25202010.pdf&ei=Wta7VKaxJuu1sATF74HgDg&usg=AFQjCNFqPLDnb6q8TX7mFTYAQrmSQLte7Q&sig2=xM\\_WOYZW6tVQzbgXfhxvUA](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0C8QFjAA&url=http%3A%2F%2Fsna.saude.gov.br%2Fdownload%2FRelatorio%2520de%2520Gestao%2520DENASUS%25202010.pdf&ei=Wta7VKaxJuu1sATF74HgDg&usg=AFQjCNFqPLDnb6q8TX7mFTYAQrmSQLte7Q&sig2=xM_WOYZW6tVQzbgXfhxvUA)>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2015, às 13h54min.

<sup>232</sup> Todo o relator foi elaborado tomando como base o relatório constante da SL 228/CE, julgada em 14/10/2008, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

<sup>233</sup> Inquérito Civil Público nº 1.15.003.000048/2007-94.

pública agravado na região, a qual só disponibilizava nove leitos para atendimento aos pacientes do SUS.

A União se defendeu. Invocou-se a ocorrência de lesão à ordem público-administrativa, à saúde pública, à economia pública, violação ao princípio da separação funcional dos poderes, desrespeito ao princípio da legalidade orçamentária e inobservância da cláusula da reserva do financeiramente possível<sup>234</sup>.

Novamente, a cláusula da reserva do financeiramente possível. Daí o Ministro Gilmar Mendes, na Audiência Pública da Saúde, realizada por iniciativa sua quando ocupava o posto de Presidente do STF, mencionar tal argumento referindo-se a ela como “a fórmula mágica da reserva do financeiramente possível”<sup>235</sup>.

No ano de 2010, Sobral recebeu, só do Governo Federal, R\$ 82.078.555,68 (oitenta e dois milhões, setenta e oito mil, quinhentos e cinqüenta e cinco reais e sessenta e oito centavos) de recursos para a saúde, sendo que deste montante R\$ 66.577.388,58 (sessenta e seis milhões, quinhentos e setenta e sete mil, trezentos e oitenta e oito reais e cinqüenta e oito centavos), foi destinado à *Atenção à Saúde da População para Procedimentos em Média e Alta Complexidade*<sup>236</sup>.

Sobral vivia o caos mais uma vez em relação às políticas públicas de saúde. Desta vez, o laboratório não eram mais manicômios. O alvo agora era outro: os recém-nascidos.

O Município possuía apenas nove leitos de UTI no Hospital Santa Casa de Misericórdia, que atendia 1,6 milhão de habitantes. Lá não havia leitos de UTI pediátrica para atender as crianças de 28 dias a 14 anos. Não existia leitos de UTI neonatal para o atendimento de recém-nascidos que necessitassem de tratamento intensivo.

O recém-nascido exige um cuidado especial, por ser indefeso, com baixa imunidade.

---

<sup>234</sup> Trata-se de pedido de suspensão de liminar, ajuizada pela União, contra decisão proferida pelo Juízo da 18ª Vara Federal de Sobral (Ação Civil Pública nº 2007.81.03.000799-0) e mantida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Agravo de Instrumento no 2007.05.00.077007-0).

<sup>235</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 83.

<sup>236</sup> Dados constantes do Portal da Transparência, da Controladoria Geral da União (CGU), disponíveis em <http://br.transparencia.gov.br/>. Acesso mar 2011.

Decidiu-se ouvir o Coordenador do Serviço de Neonatologia da Santa Casa de Misericórdia. O testemunho foi devastador:

“Aproximadamente 90% dos pacientes internados apresentam perfil de UTI neonatal; estes pacientes ficam sendo atendidos em leitos de média complexidade na neonatologia e ficam, a depender do caso, esperando vagas nos hospitais de Fortaleza

(...)

a mortalidade neonatal é muito alta, devido a um carente acompanhamento da gestante e da falta de condições técnicas do serviço, e os recém-nascidos com peso inferior a 1,5 Kg precisam de cuidados intensivos (...)

numa região pobre como o norte do Ceará, muitas vezes, nem mesmo a proporcionalidade estabelecida pelas normas do SUS são adequadas, já que a realidade local é influenciada por fatores próprios da pobreza, tais como a falta de acompanhamento das grávidas, planejamento familiar etc., o que existe em menor grau nas regiões mais desenvolvidas;

desde o início da estruturação da maternidade, houve a identificação da necessidade de criação de leitos UTI neonatal, mas as autoridades não avançam na resolução do problema (...)

geralmente, há a dolorosa escolha médica de retirar paciente em estado grave da incubadora para a substituição por outro em estado mais grave;

além de poucas vagas em Fortaleza para transferência de pacientes em alto risco, há problema de falta de equipe e veículos para transferência; e

o recurso repassado para fazer face à UTI pediátrica é menor que aquele destinado à neonatal (...”).

Segundo consta no relatório redigido pelo STF, havia nos autos fotos mostrando crianças recém-nascidas sendo atendidas nos corredores, em acomodações inadequadas e em condições incompatíveis com à saúde.

Também consta que o município de Sobral se encontrava na pior relação leito/habitante no Estado, de acordo com a Portaria nº 1.101/GM de 2002, do Ministério da Saúde, a qual estabelece os parâmetros de cobertura assistencial no âmbito do SUS, a partir de recomendações técnicas ideais, uma referência na orientação dos gestores do SUS no planejamento, programação e priorização das ações de saúde a serem desenvolvidas.

A Portaria nº 3.432/GM, de 12.08.2002, também do Ministério da Saúde, ao fixar critérios de classificação entre as diferentes UTI's, dispõe que “Todo hospital que atenda gestante de alto risco deve dispor de leitos de tratamento intensivo adulto e

neonatal”. Ou seja, contando com apenas nove leitos de UTI para o atendimento de uma população estimada em mais de 1,5 milhão de habitantes, o único hospital de alta complexidade conveniado ao SUS não atendia às recomendações do Ministério da Saúde<sup>237</sup>.

A região dispunha de menos da metade do número mínimo de leitos comuns por macroregião, defasagem essa que também diz respeito aos leitos de UTI, cuja necessidade é estimada em 4% a 10% dos leitos hospitalares, em média. Isso sem falar da ausência de leitos de UTI pediátrica e neonatal.

O STF manteve a decisão determinando:

i.) ao Município de Sobral que providencie, imediatamente, a transferência de todos os pacientes que se encontram ou que venham a se encontrar necessitando de atendimento em Unidades de Tratamento Intensivo ' UTI, para hospitais públicos ou particulares detentores de tais unidades de tratamento, que deverão ser contratados para esse fim, competindo à União e ao Estado do Ceará, conjunta ou separadamente através do SUS, a adoção dos meios necessários para auxiliar o Município de Sobral no cumprimento das medidas acima especificadas.

ii.) que através dos seus órgãos de gestão e execução, no âmbito de suas respectivas competências, a União, o Estado do Ceará e o Município de Sobral, iniciem, no prazo máximo de 90 (noventa) dias, as ações tendentes à instalação e ao funcionamento de pelo menos 10 (dez) novos leitos de UTIs adulta, 10 (dez) leitos de UTI neonatal e 10 (dez) leitos de UTI pediátrica.

Impôs-se o cumprimento de política pública constitucionalmente definida como prioritária e especificada por atos normativos do Ministério da Saúde<sup>238</sup>. Não se trata de formulação de política pública.

<sup>237</sup> Disponível em: <  
http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CB0QFjAA&url=htt  
h%3A%2F%2Fportal.anvisa.gov.br%2Fwps%2Fwcm%2Fconnect%2F4d02b9004745871490c4d43fb  
c6735%2FPORTARIA%2BN%25C2%25BA%2B3.432-  
1998.pdf%3FMOD%3DAJPERES&ei=3LW2VJ\_4Loq4ggTSuYD4Dw&usg=AFQjCNFaE-  
y09lzDzUo-BKM7IOSfCy42w&sig2=7rFi\_ANY-9EVLNwR4eTVDw&bvm=bv.83640239,d.eXY>.  
Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 16h32min.

<sup>238</sup> Art. 196 c/c art. 227, caput, e §1º, I, da Constituição Federal de 1988.

As duas experiências vividas no município de Sobral mostram como é preciso avançar na concretização do direito à saúde, não só no que diz respeito a tratamentos de alta complexidade, mas também em relação à prestação de serviços básicos.

## **8.2 Omissão quanto a outros Direitos Sociais cujo Impacto Compromete o Direito à Saúde**

Há outro caso que foi alvo de estudo neste trabalho, em razão das suas peculiaridades e das inovações trazidas na decisão proferida sobre ele pela Suprema Corte brasileira. Ele foi julgado pela Corte na sessão extraordinária do dia 14 de abril de 2008, com menos da metade dos seus ministros presentes ao Plenário.<sup>239</sup>

A decisão garantiu que um jovem universitário de 24 anos, Marcos José Silva de Oliveira, tetraplégico em razão de um assalto ocorrido em via pública no Estado de Pernambuco (PE), tivesse direito a submeter-se a cirurgia de implante de MDM (Marcapasso Diafragmático Muscular) a fim de que pudesse respirar sem depender de aparelho mecânico. Tudo custeado pelo aludido Estado.<sup>240</sup>

O Tribunal de Justiça de Pernambuco determinou a transferência de recursos que foram depositados pelo Estado em conta judicial para uma conta bancária no exterior, pertencente ao médico norte-americano indicado pela família para vir ao Brasil operar o paciente. Segundo familiares, o Brasil não possuía profissional capacitado para realizar tal procedimento, que, caso não ocorresse até dia 30 de abril (o julgamento ocorreu dia 14 de abril) resultaria num alto risco de morte à vítima<sup>241</sup>.

---

<sup>239</sup> *Informativo* do Supremo nº 502, de 14 a 18 de abril de 2008.

<sup>240</sup> O desfecho foi dado no julgamento do agravo regimental interposto pelo jovem nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 223/PE. Ele contestava decisão da Presidência do STF que suspendia execução da decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco (TJ/PE) que determinava a liberação de quantia depositada por meio de uma ação de indenização para que a cirurgia fosse realizada. Ao tempo, a Presidente era a Ministra Ellen Gracie, que relatou o caso. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138622/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-223-pe-stf>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 16h35min.

<sup>241</sup> O autor ajuizou ação de indenização por perdas e danos morais e materiais (Processo nº 001.2007.043289-0 da 3<sup>a</sup> Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Recife). Objetiva a responsabilização do Estado de Pernambuco pelo “custo decorrente da cirurgia de implante diafragmático que devolverá ao autor a condição de respirar sem a dependência do respirador mecânico, cuja importância perfaz o valor correspondente a U\$ 150.000 (cento e cinqüenta mil dólares americanos).”

A responsabilização de Pernambuco pelo custo da cirurgia equivalia a U\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares americanos). Ronald Dworkin diz serem difíceis essas decisões, “quando as técnicas muito caras de diagnóstico ou os transplantes experimentais com pouca probabilidade de êxito são apropriados”<sup>242</sup>.

A ministra Ellen Gracie negou o pedido, nada obstante tenha registrado: “Não desconheço o sofrimento e a dura realidade vivida pelo agravante com especial deferência por seus familiares que zelosamente empreendem esforços para assegurar e prover o mais rápido possível uma melhor condição ao seu ente querido.”<sup>243</sup>

Segundo a Ministra, a Secretaria de Saúde de Pernambuco, o mesmo Estado que se negara a oferecer o tratamento ao garoto, fizera auditoria e concluíra que o caso de Marcos José padecia de um risco maior do que os demais:

“Não consta dos autos qualquer avaliação clínica prévia capaz de aferir de maneira segura e adequada a viabilidade técnica ou mesmo a prescrição clínica para que o paciente, ora agravante, se submeta ao procedimento cirúrgico pleiteado. Conforme relatório de auditoria médica realizado pela Secretaria Estadual de Saúde, há relatos evidenciando que o risco cirúrgico na implantação desse marca-passo em pacientes tetraplégicos é maior, como é o caso de Marcos.”

A ministra Ellen afirmou que a decisão - ao determinar, monocrática e incidentalmente, o imediato pagamento -, violou o art. 100 da Constituição Federal, bem como o art. 2º-B da Lei 9.494/97, que proíbe a execução provisória de julgados contra o Poder Público.

O ministro Celso de Mello iniciou uma divergência. Sua Excelência entendeu que o recurso deveria ser provido a fim de manter o ato quanto à obrigação de prestar o tratamento.

Segundo o decano da Suprema Corte, o Estado de Pernambuco, assim como outras localidades brasileiras, possuem pontos conhecidos pela prática criminosa. No caso, entendeu ter havido omissão por parte dos agentes públicos na adoção de medidas efetivas, “que o bom-senso impõe”<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 445.

<sup>243</sup> Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138622/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-223-pe-stf>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 16h37min.

<sup>244</sup> *Idem, Ibidem.*

Para o Ministro, teria havido “grave omissão, permanente e reiterada, por parte do Estado, por intermédio de suas corporações militares, notadamente por parte da polícia militar, em prestar o adequado serviço de policiamento ostensivo, nos locais notoriamente passíveis de práticas criminosas violentas”<sup>245</sup>.

Não custa lembrar que, em 2007, um estudo da Organização dos Estados Ibero-americanos para Educação, a Ciência e a Cultura (OEI) com apoio do Ministério da Saúde, mostrou que Recife era a capital mais violenta do Brasil, com 91,2 pessoas mortas a cada 100.000 habitantes<sup>246</sup>.

O Estado de Pernambuco, portanto, tinha plena consciência dos males que sua política de segurança estava causando à população.

Em 2007, ano no qual Marcos José foi vítima do assalto que lhe arrancou os movimentos do pescoço para baixo, só o Governo Federal repassou ao Estado de Pernambuco a quantia de R\$ 15.428.137,38 (quinze milhões, quatrocentos e vinte e oito mil, cento e trinta e sete reais e trinta e oito centavos) como repasse à segurança pública. Desse montante, R\$ R\$ 1.228.204,62 (um milhão, duzentos e vinte e oito mil, duzentos e quatro reais e sessenta e dois centavos) foram relativos ao *Programa de Apoio à Implantação de Projetos de Prevenção da Violência*<sup>247</sup>.

O ministro Celso frisou que Marcos, a vítima, tinha o direito de viver de maneira autônoma, uma vez que necessitava de aparelho mecânico para respirar. O raciocínio desenvolvido pelo Ministro consagra o direito à vida.

Quando se trata tensão entre o reconhecimento de interesse secundário do Estado, em matéria de finanças públicas, e o direito à vida (direito fundamental da pessoa humana), não há alternativa para o Poder Judiciário que não seja a preponderação do direito à vida. Suas palavras foram: “Tenho a impressão que a realidade da vida tão pulsante nesse caso impõe que se dê provimento a este recurso e que se reconheça a essa pessoa o direito de buscar autonomia existencial desvinculando-se de um respirador artificial que a mantém ligada a um leito hospitalar depois de meses de estado comatoso.”<sup>248</sup>

---

<sup>245</sup> *Idem, Ibidem.*

<sup>246</sup> Disponível em [http://www.oie.es/noticias\\_oei/mapa\\_da\\_violencia\\_baixa.pdf](http://www.oie.es/noticias_oei/mapa_da_violencia_baixa.pdf). Acesso em fev 2011.

<sup>247</sup> Dados constantes do Portal da Transparência, da Controladoria Geral da União (CGU), disponíveis em <http://br.transparencia.gov.br/>. Acesso mar 2011.

<sup>248</sup> *Idem, Ibidem.*

A posição faz recordar de decisão da Corte Constitucional colombiana na qual se sustentou que não somente quando a pessoa está à beira da morte ameaça-se seu direito à vida, pois este direito vê-se igualmente ameaçado quando seu titular é submetido a uma existência indigna, indesejável ou dolorosa<sup>249</sup>.

Na doutrina brasileira, contudo, há voz divergente. É o caso de Ana Paula de Barcellos, para quem “se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma”<sup>250</sup>.

A decisão do ministro Celso de Mello tem por fundamento o Princípio do Resgate, mencionado por Ronald Dworkin que, contudo, rejeita sua aplicação.

Para Dworkin, o Princípio do Resgate afirma que a vida e a saúde são, como definiu René Descartes, os bens mais importantes: todo o resto tem menor importância e deve ser sacrificado em favor desses dois bens. De acordo com o Princípio, a sociedade deve oferecer tal tratamento sempre que houver possibilidade, por mais remota, de salvar uma vida.<sup>251</sup>

O filósofo norte-americano lembra ainda de um caso de todo peculiar que fora conduzido com base no Princípio do Resgate:

“Há alguns anos, certos médicos da Filadélfia separaram gêmeos siameses que compartilhavam um coração, embora a operação viesse a manter uma das crianças e desse à outra uma possibilidade em cem de sobreviver muito tempo, e as despesas estivessem calculadas em um milhão de dólares (Os pais dos gêmeos não tinham seguro-saúde, mas Indiana, o Estado no qual viviam, pagou US\$ 1.000 por dia e o hospital da Filadélfia absorveu o resto das despesas). O chefe da equipe de cirurgiões justificou o tratamento por intermédio do princípio do resgate: ‘O consenso geral é de que, se for possível salvar uma vida, vale a pena fazê-lo’, disse ele”.<sup>252</sup>

---

<sup>249</sup> Sentenças T-027, de 1999, T-344, de 1999 e T-457, de 2001. Esses elementos foram colhidos na Nota de Rodapé nº 13, p. 725, de: ARANGO, Rodolfo. *O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana*, p. 721/754, in *Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Trata-se de versão de Bruno Stigert, Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da Faculdade Doctum/Juiz de Fora e Professor de Sociologia do Direito da UFJF.

<sup>250</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*, p. 221/249, in *Perspectivas Constitucional Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011. Organizadores: Sidney Guerra & Lílian Balmant Emerique, p. 222.

<sup>251</sup> DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 434.

<sup>252</sup> *Idem, Ibidem.*

Note-se que o ministro Celso, além de se fiar no Princípio do Resgate, tratou da questão como sendo relativa ao direito à vida e não direito à saúde. Esse ponto também gera discussão, pois pode-se dizer que, em tese, a vida do garoto não estava em risco.

O que Celso de Mello fez foi conceber o direito à saúde de Marcos José como similar ao direito à vida, de caráter fundamental, em razão das limitações insuperáveis que aquele tipo de vida – decorrente da omissão estatal – lhe causava.

Acompanhando Celso, o ministro Gilmar Mendes trouxe à tona a maneira toda peculiar da qual se valeu o Estado de Pernambuco para impedir que o garoto tivesse acesso ao tratamento de saúde.

Segundo o Ministro, o Estado de Pernambuco, “em atitude procrastinatória contínua, reteve os autos, gerando medida cautelar de busca e apreensão, além de fazer o depósito dando a impressão que cumpriria a decisão e, depois, buscou o bloqueio da quantia”. Para o Ministro “essas não são atitudes de lealdade por parte do ente estadual”<sup>253</sup>.

No julgamento no STF, a última frase dita pelo Ministro Celso foi: “Quem salva uma vida, salva toda a humanidade”<sup>254</sup>.

A Corte, por maioria, vencida a ministra Ellen, manteve a decisão proferida pelo TJ/PE, que determinou que o Estado de Pernambuco pagasse todas as despesas necessárias à realização da cirurgia de implante do Marcapasso MDM.

A implantação do marcapasso foi feita com sucesso.

Dia 21.12.2009, faltando três dias para a noite de Natal, esse jovem teve uma parada cardíaca decorrente de um pneumotórax, que é a formação de uma bolha de ar que passa a comprimir o coração e o pulmão.

---

<sup>253</sup> In STA 223-PE. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19138622/suspensao-de-tutela-antecipada-sta-223-pe-stf>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 16h37min.

<sup>254</sup> *Idem, Ibidem.*

## **Capítulo IV – Critérios para a atuação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde**

### **9. A Proteção Constitucional aos Grupos Vulneráveis**

A Corte Constitucional colombiana tem dado especial proteção, no direito à saúde, para grupos vulneráveis que contam com a atenção constitucional<sup>255</sup>. Em sua fala na Reunião da Subcomissão para a América Latina da Comissão de Veneza, o presidente da Corte Constitucional da Colômbia, Luis Ernesto Vargas Silva inicia a apresentação ressaltando a desigualdade social que marca severamente os países da América Latina. Afirma que, deste quadro, outra vantagem não se pode tirar que não a reafirmação do compromisso das jurisdições nacionais para promover a efectividade constitucional e dos direitos sociais. “Ao termos desenvolvimentos insuficientes em situações de exclusão social, estes excluídos se tornam prioridade para os juízes, buscando o direito na constituição, a via para a eficácia e igualdade oportunidades e a cidadania activa” – assevera Silva<sup>256</sup>.

Ela tem protegido mães solteiras<sup>257</sup>, mulheres grávidas ou mãe em estado puerperal; pessoas em situação de desamparo ou desempregada<sup>258</sup>; idosos<sup>259</sup> em situação de indigência<sup>260</sup>; portadores do vírus da AIDS<sup>261</sup> não somente para assegurar a realização de exames médicos de carga viral<sup>262</sup> como também para a administração de antiretrovirais na quantidade e periodicidade indispensáveis<sup>263</sup>; pessoas com deficiências físicas ou mentais que requerem, por exemplo, prestações classificadas

---

<sup>255</sup> Esses elementos foram colhidos na página 731 de: ARANGO, Rodolfo. *O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana*, p. 721/754, *in* Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento. Trata-se de versão de Bruno Stigert, Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da Faculdade Doctum/Juiz de Fora e Professor de Sociologia do Direito da UFJF.

<sup>256</sup> Disponível em: <[https://www.youtube.com/watch?v=E2ARv\\_q8Ksw](https://www.youtube.com/watch?v=E2ARv_q8Ksw)>.

<sup>257</sup> T-1642 de 2000.

<sup>258</sup> T-106 de 1996, T-694 de 1996, T-662 de 1997, T-844 de 2002.

<sup>259</sup> T-004 de 2002.

<sup>260</sup> T-149 de 2002.

<sup>261</sup> T-484 de 1992, T-505 de 1992, T-1119 de 2002.

<sup>262</sup> T-849 de 2001. Cf. ARANGO, Rodolfo. *O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana*, p. 721/754. *Op. cit.*

<sup>263</sup> T-271 de 1995, T-328 de 1998, T-376 de 2003, T-919 de 2003.

fora da esfera de proteção do direito à saúde como no caso da educação ou capacitação especial para assegurar sua reabilitação ou sua integração social<sup>264</sup>.

A Constituição Federal brasileira identifica aqueles segmentos da sociedade que, em razão de sua vulnerabilidade, devem ter amparo diferenciado por parte dos comandos constitucionais. São os grupos vulneráveis.

O primeiro grupo vulnerável a gozar de preferência no acesso ao direito à saúde é formado pelos pobres<sup>265</sup>. Eles integram um grupo vulnerável que deve gozar de especial atenção por parte dos formuladores das políticas voltadas para o direito à saúde, bem como do próprio Judiciário quando instado a decidir a respeito deste assunto, mormente se reconhecendo que o cenário real é o de limitação de recursos.

Ingo Sarlet diz que “outro aspecto também tematizado em alguns artigos recentes é se a saúde é direito dos pobres; apenas pobres poderiam litigar em juízo”<sup>266</sup>.

O *caput* do art. 6º da Constituição, ao falar dos direitos sociais a saúde, ressalta mais três grupos vulneráveis que necessitam de proteção especial. São eles: mães (proteção à maternidade), crianças (proteção à infância) e os ‘desamparados’ (assistência aos desamparados).

O art. 227 dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à dignidade, ao respeito, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,残酷和opressão.

O art. 229 diz que os pais têm o dever de assistir os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O art. 230 dispõe que a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

---

<sup>264</sup> T-478 de 1995, T-556 de 1998, T-338 de 1999, SU-1167 de 2001.

<sup>265</sup> A atenção dada pela Constituição aos pobres pode ser ilustrada pelo art. 5º, inciso LXXVI, que diz ser gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei: a) o registro civil de nascimento; b) a certidão de óbito. Por trás deste dispositivo há muito mais do que a mera gratuitade de documentos. O que se revela é a atenção a ser conferida do nascimento ao óbito. Ou seja, os pobres brasileiros necessitam de suportes estatais enquanto forem pobres.

<sup>266</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 77.

Quando se trata de criança, adolescente, jovem e idosos, a Constituição impõe, antes do compromisso estatal, um compromisso de guarda por parte da própria família. É a família da criança que deve envidar esforços para dela cuidar. São os filhos do idoso que devem se esforçar para dele cuidarem.

Isso é o que a Constituição Federal dispõe, razão pela qual, não parece um absurdo imaginar a possibilidade de o Estado alegar, em sua defesa, quando acionado para custear medicamentos não inseridos nas listas do SUS, que, se há condições de pagamento por parte dos responsáveis, eles devem fazê-lo, e não o Estado. Isso porque, a Constituição impôs esse dever à família, lançando-a, posteriormente, ao Estado. Dentro dos critérios que estamos tentando estabelecer, poderíamos inserir o critério da capacidade. Se a família é capaz de arcar com os custos do tratamento pleiteado, não há dúvida de que deve fazê-lo, não entregando esta responsabilidade ao Estado.

O inciso II, do § 1º, do art. 227 diz que o Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, mediante políticas específicas de criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental. Eis mais integrantes do grupo vulnerável: portadoras de deficiência física, sensorial ou mental.

Mais adiante, o inciso VI do mesmo dispositivo fala da necessidade de estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado. Os órfãos abandonados parecem ser novos integrantes do grupo vulnerável que deve ter preferência no atendimento de saúde.

A Corte Constitucional sul-africana trouxe um importante argumento relativo às categorias vulneráveis da sociedade em relação ao acesso ao direito social em discussão, qual seja, o direito à moradia. A decisão requereu “uma política ampla dispensada para aqueles que são mais vulneráveis e uma implementação que inclua todos os passos razoáveis para iniciar e manter os programas”<sup>267</sup>. Segundo a Corte, o sistema negligenciava considerar e abranger aqueles que mais necessitavam.

---

<sup>267</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in *idem*, p. 679.

Tem sido comum, nas decisões das Cortes Constitucionais de países que contam com direitos sociais constitucionalizados, a caracterização dos chamados grupos vulneráveis como detentores de prerrogativas especiais diante do dever do Estado de lhes assegurar acesso aos mencionados direitos.

Há, portanto, um fato: grupos vulneráveis identificados na Constituição precisam gozar de preferência na concretização do direito à saúde.

Afirma-se que a formulação das políticas públicas brasileiras decorre de um equilibrado processo dialético que contempla os agentes do Estado e a sociedade, muitas vezes dentro de conselhos ou comissões ligadas ao Poder Executivo.

Todavia, nem sempre a estruturação de órgãos voltados à implementação de políticas públicas é algo efetivo. Alexandre Ciconello destaca os desafios do Brasil para tornar efetivos tais órgãos. Para ele, as etapas a serem percorridas são:

- (i) a resistência de diversos setores do poder público em efetivamente compartilhar o poder com organizações da sociedade;
- (ii) a grande distância que subsiste entre os resultados formais e reais da participação. Até o momento as conquistas se deram no plano da legalidade; agora é preciso efetivar os direitos, garantindo a todos o seu acesso;
- (iii) a fragilidade das organizações da sociedade civil tanto do ponto de vista financeiro como político;
- (iv) a dificuldade de estender a participação social para o campo da política econômica<sup>268</sup>.

Ciconello afirma que “(...) a capacidade do Estado brasileiro de implementar políticas públicas e efetivar os direitos previstos no ordenamento jurídico está cada vez mais reduzida”<sup>269</sup>.

Essa fragilidade estatal tem destinatário certo: as categorias mais vulneráveis que, desprovidas de atendimento médico particular têm de se socorrer do SUS.

Ciconello diz que “o Brasil ainda é um país comandado por uma elite política e econômica que se estrutura em torno de privilégios. É em grande parte por isso que as leis e os direitos (mesmo garantidos na legislação) são cumpridos parcialmente, sempre excluindo os mais pobres”<sup>270</sup>. E arremata: “a permanência de relações de poder desiguais e a fragilidade do Estado brasileiro não permitem a sua efetivação. Esse é um

---

<sup>268</sup> CICONELLO, Alexandre. A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil, p. 604/624, in GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009, p. 617/618.

<sup>269</sup> *Ibidem*.

<sup>270</sup> *Ibidem*.

novo desafio da participação social: consolidar uma institucionalização de exigibilidade dos direitos”<sup>271</sup>.

Quem se socorre do Judiciário forma uma numerosa minoria brasileira, desassistida dos serviços públicos de saúde. Essas minorias existem e morrem a cada dia. Duncan Green revela muito bem esse cenário:

“Pessoas com menos influência política, como as que vivem em locais remotos, favelas urbanas e áreas fronteiriças, bem como grupos indígenas e populações deslocadas, tendem a não ser cobertas por programas de vacinação – um indicador de sua falta de acesso a outros serviços de saúde essenciais. Estima-se que 2,1 milhões de pessoas em todo o mundo morreram, em 2002, de doenças preveníveis por vacinas amplamente usadas. Esse número inclui 1,4 milhão de crianças abaixo de 5 anos”<sup>272</sup>.

Veja que quem padece, em regra, são aquelas pessoas que têm uma menor força política de mobilização, completamente afastadas do processo decisório. Não há empoderamento. E este, só nasce com a instalação de uma cultura de exigibilidade de direitos, seguida de intensa mobilização social.

Na realidade portuguesa, também há a expressa contemplação de grupos vulneráveis que devem compor, com primazia, o acesso ao direito à saúde.

Segundo J. J. Gomes Canotilho, o direito à saúde tem uma dupla abordagem, (i) no sentido de generalidade da fruição dos direitos sociais (dentro dos limites do Estado português), e (ii) a preferencialidade aos grupos vulneráveis na prestação do serviço (“pressupõem um tratamento preferencial para as pessoas que, em virtude de condições económicas, físicas ou sociais, não podem desfrutar destes direitos [...]”<sup>273</sup>

---

<sup>271</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. *Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*. Columbia Human Rights Law Review. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Límen Júris, 2010. Coordenada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 620.

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>273</sup> CANOTILHO, 2003, p. 348.

## 10. Aferição da Integridade do Executor das Políticas Públicas de Saúde

A jurisdição constitucional deve, no debate acerca da concretização judicial do direito à saúde, analisar o histórico de responsabilidade administrativa e fiscal por parte do executor da política pública.

Havendo pleitos contra gestores condenados, ou que tenham histórico de condenações em ações de improbidade, ou com contas reprovadas ou convênios com irregularidades, a jurisdição constitucional pode presumir a deficiência da política pública estabelecida e, com isso, avançar na concretização do direito à saúde.

A Constituição Federal estampou dispositivos voltados ao combate à má gestão pública, à ineficiência administrativa e, principalmente, à corrupção.

O caput do art. 37 da Constituição diz que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”<sup>274</sup>.

O § 9º do art. 14 da Carta autoriza Lei complementar a estabelecer outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

O art. 163, V, dispõe que Lei Complementar disporá sobre fiscalização financeira da administração pública direta e indireta.

A Constituição conferiu aos cidadãos o dever de zelar pela coisa pública, fiscalizando a atuação de seus agentes e, principalmente, se socorrendo do Judiciário para que, havendo indícios de descontrole administrativo, promova os devidos reparos. O art. 5º, LXXIII, autoriza qualquer cidadão a propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

---

<sup>274</sup> Constituição do Brasil, art. 37, caput.

Daí Marcelo Figueiredo defender que “o controle da moralidade administrativa pelo Poder Judiciário inaugura uma nova etapa do *judicial review*, a exemplo do direito americano (e europeu), de tal forma a permitir mais amplo controle judicial dos atos normativos e administrativos”<sup>275</sup>.

Marcelo Figueiredo diz isso porque percebe uma “área de expansão” do controle judicial”, que seria o “controle pela motivação, a evolução e a demistificação dos conceitos indeterminados, o controle de finalidade dos atos administrativos, ampliam sobremaneira a vetusta visão a respeito da sindicabilidade do ‘mérito’ do ato administrativo e, podemos dizer, dos atos legislativos”<sup>276</sup>.

Quando se está diante da situação de decidir se se deve ou não ingressar na política pública elaborada pelo gestor, seja em qual hipótese for, é necessário averiguar se esse ente, ou o aludido gestor, tem um histórico do qual se conclua que há um empenho na fortificação dos direitos fundamentais.

Se se concluir, diante de elementos objetivos, que aquele ente tem cuidado do direito à saúde com descaso, o controle judicial acerca da política há de ser intenso.

Há casos reiterados de corrupção? Há contas desaprovadas pelo Tribunal de Contas da União? Há convênios na área de saúde cuja prestação de contas fora rejeitada? Há condenações por parte do órgão de controle externo de contas estadual? Há condenações em ações de improbidades? Há condenações internacionais?

Caso haja um cenário nebuloso, não há dúvidas de que o julgador deve intensificar a concretização do direito à saúde. Aqui, o que vale é a integridade, ou moralidade, que também tem previsão constitucional. Como já dito, o juiz deve aferir o histórico do ente na formulação e execução de políticas públicas da saúde.

## **11. Atualização Judicial das Listas de Medicamentos decorrente de Defasagem**

“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

---

<sup>275</sup> FIGUEIREDO, Marcelo. O controle da moralidade na Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 101.

<sup>276</sup>*Ibidem*, p. 101.

necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública”<sup>277</sup> – registra Luís Roberto Barroso, Ministro do STF.

O argumento ilustra pensamento recorrente que tenta desqualificar a jurisdição constitucional e conferir soberania às instâncias políticas que formulam políticas públicas para a saúde. Segundo o Ministro, uma Corte Constitucional não pode dispor de informações suficientes para decidir, com segurança, um caso dessa natureza.

Essa incapacitação intrínseca atribuída ao Poder Judiciário é chamada, por Richard Posner, inteligentemente de “abordagem pedigree”, segundo a qual “os juízes não são suficientemente sagazes para tomar decisões sábias sobre políticas públicas, sopesando uma miríade de considerações conflitantes que incluem os argumentos do Estado de Direito contra o sopesar”<sup>278</sup>.

Para Posner, “a escolha não se dá entre decisões pouco sábias definindo políticas públicas e decisões sábias que aplicam regras”, pois “a sabedoria na aplicação de regras exige uma percepção de quando as regras expiram e (o que não é, necessariamente, outra questão) de quando seria um grave erro aplicar uma determinada regra ‘da maneira como ela está escrita’”. O fato é que “a decisão de aplicar uma regra, e de como aplicá-la, é uma decisão sobre políticas públicas”<sup>279</sup>.

Na África do Sul, a Corte Constitucional interpreta o direito à saúde em sintonia com a competência que lhe fora conferida pela Constituição, uma vez que esta delegou a tarefa de interpretação dos direitos sociais ao Judiciário. Nessas hipóteses, costuma solicitar informação adicional ou permitir a juntada de adendos das partes interessadas pelos *amici curiae*.

No caso sul-africano, em decisão unânime, a Corte Constitucional referendou uma grande quantidade de informações “de uma variedade de perspectivas específicas, que iam de pediatria, farmacologia e epidemiologia à administração de saúde, economia

---

<sup>277</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 27.

<sup>278</sup> POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 191/192.

<sup>279</sup> POSNER, Richard. *Idem*, p. 191/192.

e estatística”<sup>280</sup>. Vários *amici curiae* foram admitidos no processo. Informações das mais variadas foram levadas à apreciação da Corte.

Eric C. Christiansen fala que “a decisão entendeu que os objetivos do governo não justificavam o pesado impacto que o programa tinha sobre os 90% de mulheres grávidas pobres e para seus filhos, para os quais o programa era, na prática, proibido. Para a Corte, a inflexibilidade do programa e sua incapacidade de responder às necessidades de um grupo particularmente vulnerável, tornaram-no desarrazoado”<sup>281</sup>.

No tocante ao argumento de déficit informacional por parte do Judiciário no que diz respeito às peculiaridades das quais se revestem as políticas públicas de saúde, muito tem se discutido, no Brasil, a respeito das listas de protocolos e medicamentos elaborados pelo Sistema Único de Saúde. Poderia, o Judiciário, apontar omissões ou defasagens em tais instrumentos integrantes do direito à saúde?

Essa delicada situação passa, também, pelo custo elevado da aquisição de medicamentos, quando se trata de doenças raras ou tratamentos experimentais, normalmente reféns de normas rígidas de patentes.

As decisões judiciais no âmbito do direito à saúde muitas vezes trazem o benefício de forçar o Poder Executivo a manter sempre a atualidade de seus debates acerca das políticas públicas de saúde, oxigenando suas discussões e permitindo que novos elementos lhe sejam fornecidos. Para Ronald Dworkin, “não obstante, por maior que seja o número de informações que o órgão do governo é capaz de reunir, seu resultado deve ser provisório, aberto a revisão com base em outros indícios fornecidos pela experiência médica”<sup>282</sup>.

Adib Jatene, que já ocupou inúmeros postos públicos no Brasil, inclusive o de Ministro de Estado da Saúde, diz que “quanto aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que consideramos essenciais para adequada assistência, propomos

---

<sup>280</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in *idem*, p. 681/682.

<sup>281</sup> *Ibidem*.

<sup>282</sup> DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 448 (Justice in the Distribution of Health Care, *McGill Law Journal* 38 (1993): 883.

atualizar os já existentes e elaborar novos protocolos atualizando-os a cada dois anos”<sup>283</sup>.

Paulo Marcelo Gehm Hoff, da Faculdade de Medicina da USP, durante a Audiência Pública da Saúde, realizada pelo STF, trouxe à tona o primeiro estudo clínico randomizado da história.

Trata-se de “um estudo de 1747, de um cirurgião da marinha inglesa, no qual, a bordo de um navio, depois de oito semanas, selecionou doze marinheiros com escorbuto – deficiência de vitamina C – e tratou-os de maneira absolutamente díspares, usando desde laxativo até água do mar e sumo de limão ou de laranja”<sup>284</sup>.

O cirurgião da marinha inglesa, em menos de uma semana, fez com que os dois marinheiros tratados com sumo de frutas cítricas melhorassem e voltassem ao trabalho.

Mesmo assim, “levou quase cinquenta anos para que a marinha britânica incorporasse o uso de sumo de limão na ração dos marinheiros, acabando com o escorbuto definitivamente”<sup>285</sup>.

Na mesma Audiência Pública, Raul Cutait, da Faculdade de Medicina da USP, ressaltou o dinamismo da medicina e frisou que “novos conhecimentos são agregados no dia a dia. E novos métodos diagnósticos, terapêuticos substituem outros que, até pouquíssimos anos atrás, eram o estado da arte”.

Na sequência, Cutait frisa que “é preciso que sejam criados mecanismos para que tudo o que é novo seja incorporado de uma forma mais ou menos automática, não apenas quando existe uma demanda, uma pressão, tipo um processo judicial”<sup>286</sup>.

José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica, chama a atenção para o fato de que “a Tabela de procedimentos do SUS para

---

<sup>283</sup> Notícias do STF, quarta-feira, 29 de abril de 2009. “Adib Jatene propõe edição de súmulas vinculantes para impedir ações na justiça”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107092>> Acesso em: 14 de Janeiro de 2015, às 17h02min..

<sup>284</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 209.

<sup>285</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 209.

<sup>286</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 268.

Oncologia atualmente em vigor é a mesma desde 1998, sem atualizações periódicas ou acréscimos de novos procedimentos”<sup>287</sup>.

O Judiciário pode ser acionado para definir se as listas estão atualizadas ou se há defasagem quanto aos medicamentos nelas inseridos. Caso haja defasagem, deve ser provocado para que exorte o Executivo a elaborar novas listas que guardem sintonia com a realidade.

O Judiciário tem competência para atuar desta forma. Basta lembrar que o STF declarou a constitucionalidade do artigo 2º da Lei Complementar 62/89, que define os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados e do DF (FPE) e o fez em razão da defasagem dos critérios estabelecidos<sup>288</sup>.

A Lei Complementar nº 62/89 foi editada em obediência ao artigo 159 da Constituição sobre a repartição das receitas tributárias, mas deveria ter vigorado apenas nos exercícios fiscais de 1990 e 1992. Após esse ano, a previsão era de que o censo do IBGE reorientaria a distribuição, mas isso nunca foi feito.

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, deve haver a possibilidade de revisões periódicas dos coeficientes, “de modo a se avaliar criticamente se os até então adotados ainda estão em consonância com a realidade econômica dos entes federativos e se a política empregada na distribuição dos recursos produziu o efeito desejado”<sup>289</sup>.

---

<sup>287</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 288.

<sup>288</sup> A decisão do Supremo foi provocada por quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizadas pelo Rio Grande do Sul (ADI 875), Mato Grosso e Goiás (ADI 1987), Mato Grosso (ADI 3243) e Mato Grosso do Sul (ADI 2727). Ele só terá efeitos até 31 de dezembro de 2012. A partir dessa data, deverá entrar em vigor uma nova norma sobre o mesmo assunto.

<sup>289</sup> A ADI 2727 foi ajuizada pelo governo de Mato Grosso do Sul contra os parágrafos 1º, 2º e 3º do artigo 2º da Lei Complementar Federal nº 62/98 e parte da Decisão Normativa nº 44/01 do Tribunal de Contas da União. Os dispositivos contestados da Lei Complementar definem a forma de distribuição dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE). O parágrafo 1º define os coeficientes individuais de participação dos estados e do DF; o 2º diz que os critérios de rateio em vigor a partir de 1992 serão fixados em lei específica e o 3º prevê que, até que sejam definidos os critérios do parágrafo anterior, permanecerão em vigor os fixados nesta Lei Complementar. O ato normativo do TCU é contestado na parte em que aprova e fixa os coeficientes a serem utilizados no cálculo das quotas para distribuição dos recursos do FPE. Conforme a ação, a aplicação dos coeficientes da Lei impõe perdas financeiras ao estado no repasse dos recursos do FPE. Afirma que há prejuízo na distribuição da receita aos programas vinculados, ameaça de que o estado fique “sem argumentos” contra pedidos de Intervenção Federal pelo não pagamento de precatórios e risco de atraso no pagamento de vencimentos aos servidores. Já ADI 3243 foi proposta pelo governo de Mato Grosso contra a mesma lei complementar, sob alegação de que o fundo não cumpre sua função social de promover o equilíbrio sócio-econômico entre as unidades da federação. De acordo com o estado, a lei contraria o artigo 159, inciso II, da Constituição Federal, que determina a distribuição da arrecadação sobre produtos

O mesmo pode ser feito com as listas de medicamentos disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, quaisquer que sejam elas.

Haveria duas possibilidades. A primeira, o Judiciário declararia a defasagem da lista e exortaria o Executivo a preparar outra. A segunda seria o próprio Judiciário determinar a inclusão temporária de medicamentos solicitados, podendo, o Executivo, posteriormente, oferecer elementos que provem a inadequação da medida ou, então, a possibilidade dos medicamentos serem substituídos por outros.

Parece ser mais adequada, e mais consentânea com a concretização do direito à saúde a segunda opção.

Para Ronald Dworkin, “não obstante, por maior que seja o número de informações que o órgão do governo é capaz de reunir, seu resultado deve ser provisório, aberto a revisão com base em outros indícios fornecidos pela experiência médica”<sup>290</sup>.

Sintonizado com a convicção de Dworkin, Eric C. Christiansen diz que “a obrigação do Estado é dinâmica, ela mudará conforme mudam as circunstâncias e, presumidamente, ela aumentará no correr do tempo. Assim, a Corte pode revisar a razoabilidade dos programas estáticos do governo”<sup>291</sup>.

Pensando o cenário brasileiro, Adib Jatene fala que “quanto aos protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, que consideramos essenciais para adequada

---

industrializados aos estados e ao DF, bem como o artigo 161, inciso II. Esse dispositivo atribui à lei complementar o estabelecimento de normas sobre a entrega dos recursos e o critério de rateio utilizado pela União. Na ação, os procuradores do estado ressaltam que os índices de participação foram fixados arbitrariamente para o exercício de 1990 e se repetiram no período de 1991 a 1995, “em prejuízo de várias unidades da Federação”. O governo do Rio Grande do Sul, na ADI 875, também questionou o artigo 2º da Lei Complementar Federal 62/89, ao sustentar ofensa ao princípio da igualdade assegurado pela Constituição Federal, em seu art. 5º. O estado ressalta que a ideia de nacionalidade não convive com o fato de que uma ou outra região seja menos beneficiada que outra. Sustenta, ainda, o desconhecimento do destino a ser dado aos referidos recursos e, em consequência, frustrando o objetivo dessas transferências. Por fim, o quarto processo (ADI 1987) refere-se a uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão ajuizada pelos estados de Mato Grosso e de Goiás contra a Lei Complementar 62/89, por entenderem que tal norma não proporcionou critérios de rateio justos e objetivos a fim de efetivar a promoção do equilíbrio sócio-econômico entre os estados da Federação.

<sup>290</sup> DWORKIN, ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. P. 448 (Justice in the Distribution of Health Care, McGill Law Journal 38 (1993): 883.

<sup>291</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. *Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court*. Columbia Human Rights Law Review. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Públco pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Coordenada por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, p. 677.

assistência, propomos atualizar os já existentes e elaborar novos protocolos atualizando-os a cada dois anos”<sup>292</sup>.

Já Luís Roberto Barroso adverte que “o Judiciário só pode determinar a inclusão, em lista, de medicamentos de eficácia comprovada, excluindo-se os experimentais e os alternativos”<sup>293</sup>.

## **12. A Negociação Política dos Custos dos Medicamentos como Elemento Excepcional de Concretização do Direito à Saúde**

Ainda tratando da questão relativa aos altos custos relativos ao direito à saúde, cada dia mais desafiado pelo avanço contínuo da medicina, de seus diagnósticos e tecnologias, é de se indagar, no caso brasileiro, se a própria União - depois de assumir os custos pelo fato de o Município e o Estado não conseguir fazê-lo – também não tiver mais condições de garantir o acesso a este direito sem que suas finanças sejam realmente comprometidas? O quê fazer?

Uma hipótese relativa a medicamentos de alto custo pode supor uma síndrome rara que começa a assolar crianças de um pequeno município. O município não consegue ofertar qualquer política pública para aquela síndrome. Vem o Judiciário e determina o fornecimento de um medicamento de custo elevadíssimo.

Ficará fácil para o município fazer prova de que não tem condições de custear o tratamento, remetendo, a responsabilidade, para o Estado. Eis que este também demonstra que não conseguiria custear os medicamentos de custos elevados.

Então tudo é remetido para a União que, inicialmente, se limita a dar cumprimento às decisões judiciais. Ocorre que, essa síndrome se alastra para outros Estados e, de repente, aproximadamente 50 mil crianças brasileiras passam a contar com decisões judiciais determinando o fornecimento de medicamentos de alto custo para seus tratamentos.

---

<sup>292</sup> Cf. matéria publicada no site do STF dia 29.04.2009, intitulada “Adib Jatene propõe edição de súmula vinculante para diminuir ações na Justiça”. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=107092&caixaBusca=N>. Acesso mar 2011.

<sup>293</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial, p. 33.

Mesmo sabendo que os recursos públicos muitas vezes são mal administrados, não é possível negar que, ainda que houvesse o melhor administrador do planeta, os recursos seriam, da mesma forma, limitados. Diante de um cenário em que os recursos são limitados e que a necessidade é ilimitada, o quê fazer?

Apontou-se, como ilustração, uma situação na qual a União Federal realmente não teria condições de suportar os gastos. Isso porque, pelo que se vê, a maioria das vezes o que se tem é a mera alegação de impossibilidade de custeio, não comprovada posteriormente. Trata-se de mera retórica. É o que Eric C. Christiansen, chama de *toll the bell*, ou seja, o Governo meramente ‘badala’ a falta de recursos esperando que a Corte aceite passivamente o argumento<sup>294</sup>.

Então, se há uma doença no Brasil, cujos custos não são passíveis de serem suportados sequer pela própria União, o que se deve fazer?

O postulado constitucional que deve iluminar esta grave hipótese deve ser o princípio da proibição de retrocesso social. A saída pode não ser mais abrangida pelo código jurídico, mas, sim, pelo código político.

Os custos de novos medicamentos ou de medicamentos que combatem síndromes graves são elevados em razão da rígida legislação de patentes, tanto no âmbito nacional como internacional.

Mesmo diante do caos, não é possível condenar cidadãos em razão da omissão do Estado em implementar políticas públicas de saúde condizentes com as necessidades legítimas de uma dada comunidade num determinado período, principalmente diante de moléstias que desafiam a capacidade gestora da Administração Pública.

Havendo uma situação na qual a União não consegue, de fato, suportar os custos elevados de tratamentos ou de medicamentos, a saída política pode ser tentar negociar os preços dos medicamentos. Foi o que o Brasil fez no caso dos medicamentos que compunham o coquetel de combate a AIDS.

---

<sup>294</sup> CHRISTIANSEN, Eric C. Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”, p. 641/642, in *idem*, p. 676.

Heloísa Machado de Almeida, do Conectas Direitos Humanos, diz que no que se refere à Aids, “o preço da terapia tríplice de primeira linha (estavudina, lamivudina e nevirapina) caiu de mais de US\$ 10.439 por paciente/ano, em 2000, para menos de US\$ 90 por paciente/ano em 2008, justamente devido à concorrência dos medicamentos genéricos no sistema”<sup>295</sup>.

Há vários instrumentos legais que possibilitam essa postura, sem que os compromissos legais nacionais e internacionais sejam rompidos.

É dever do país, diante de uma crise da saúde motivada pela impossibilidade de garantir o tratamento médico a cidadãos necessitados, ingressar no campo do diálogo internacional numa tentativa de reduzir, em razão de interesse público, os preços dos medicamentos que podem trazer a cura àqueles que por ela buscam.

Não havendo êxito na negociação, a medida derradeira é a licença compulsória de patentes, por meio da qual se suspende, temporariamente, o direito de exclusividade do detentor da patente, permitindo a produção, uso, venda ou importação do produto ou processo patenteado, por um terceiro, sem a autorização do detentor da patente.

Disciplina a medida o Tratado da Convenção da União de Paris - CUP- (1883), que traz as regras gerais para concessão de licença compulsória. Em 1967, revisou-se a CUP e estabeleceu-se regras para a licença compulsória. Há, também, o Acordo sobre aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio - Trips (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), da Organização Mundial do Comércio – OMC, de 1994.

O art. 31 do Acordo Trips trata das disposições para a licença compulsória, versando sobre “outro uso sem autorização do titular”. Trata-se do uso do objeto de patente, pelo governo ou por terceiros autorizados pelo governo, sem a autorização de seu titular. Já os dispositivos relativos à licença compulsória, decorrentes da revisão do Acordo da CUP, estão dispostos no artigo 5, item A, subitem 1 a 5.

No Brasil, a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e aborda a licença compulsória.

Segundo a Lei, a licença deve ser concedida quando for caso de: insuficiência de exploração (art. 68, §1º); exercício abusivo (art. 68, §2º); abuso de poder econômico

---

<sup>295</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 260.

(art. 68, §3º); dependência de patentes (art. 70); e interesse público ou emergência nacional (art. 71). Esse derradeiro dispositivo abarcará o exemplo que trouxemos.

Para Heloísa Machado de Almeida, “a atual conformação do sistema de proteção à propriedade intelectual aumenta o preço e não incentiva a inovação”<sup>296</sup>.

O Brasil teria de elaborar uma declaração na qual exporia a situação ensejadora do licenciamento e, após o decreto da licença, ofereceria ao detentor da patente uma remuneração pela exploração de seu invento, pagando *royalties*.

A comunidade internacional adotou essa postura, sempre que seus cidadãos passam a se ver privados de tratamentos de saúde em razão dos altos custos envolvidos. Vale frisar que se trata de uma medida excepcionalíssima, cuja vulgarização acarreta drásticas punições internacionais, além da mais grave mancha que um país pode suportar: o descrédito internacional.

Os Estados Unidos, com os ataques terroristas com Antraz, em 2001, conseguiu a redução do preço da ciprofloxacina após anunciar que faria licenciamento compulsório do medicamento.

A Malásia, em 2004, valeu-se do licenciamento compulsório para importar, da Índia, os antirretrovirais didanosina, zidovudina e lamivudina com zidovudina.

Em Moçambique, também em 2004, o licenciamento compulsório atingiu os antirretrovirais lamivudina, estavudina e nevirapina.

Na Itália, em 2005, o governo emitiu licença compulsória para os antibióticos imipenem e cilastatina, que combatem infecções hospitalares. Em 2007, foi a vez da patente do medicamento finasterida.

A Tailândia, por sua vez, anunciou o licenciamento compulsório, em 2006, do antirretroviral efavirenz. Em 2007, o governo tailandês licenciou compulsoriamente o antirretroviral Kaletra (ritonavir e lopinavir) e o remédio para doenças coronárias Plavix (clopidogrel).

Outro exemplo emblemático do Brasil é o caso do medicamento Efavirenz, objeto de uma licença compulsória em maio de 2007<sup>297</sup>. Na época, o medicamento era

---

<sup>296</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 259.

<sup>297</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 260.

comercializado por cerca de R\$ 3 por comprimido, representando um total de R\$ 90 milhões, por ano, de gasto do SUS<sup>298</sup>.

O Brasil, após a licença compulsória, passou a comprar uma versão genérica produzida na Índia, ao preço de R\$ 1 por comprimido, um terço do preço anteriormente pago. Com a aquisição do genérico indiano, a economia superou R\$ 60 milhões por ano<sup>299</sup>.

Em janeiro de 2009, foi anunciada a produção nacional do medicamento pelo laboratório público Farmanguinhos, que será comercializado ao preço de R\$ 1,35 por comprimido, 45% do preço praticado pela detentora da patente.

O governo estimou que a economia de recursos públicos, só com esse medicamento, com essa licença compulsória, seria de mais de R\$ 235 milhões, nos anos de 2007 a 2012, período de vigência da patente do medicamento Efavirenz.

Trata-se de medida excepcional a ser tomada em caso de grande situação nacional que ponha em risco a vida de cidadãos que se vêem privados de tratamentos de saúde em razão de o seu país, verdadeiramente, não ter recursos financeiros disponíveis para admitir aqueles medicamentos necessários.

---

<sup>298</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p.260.

<sup>299</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Audiência pública: saúde/Supremo Tribunal Federal. – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 260.

## **Considerações Finais**

Concluímos, diante das experiências estrangeiras da Colômbia e da África do Sul, que o tratamento judicial individualizado de cada um dos problemas particulares ocorridos no âmbito do sistema de saúde brasileiro favorece indevidamente alguns cidadãos com acesso mais qualificado a advogados, deixando os demais fora do acesso a um bem da vida tão importante como o direito à saúde. A sugestão apontada, aqui, foi também o uso das ações coletivas.

A Constituição brasileira, firmando o mais intenso estágio do estado do bem-estar social em nossa trajetória, diz que o direito à saúde há de ser assegurado a todos, razão pela qual ninguém pode ser privado do acesso a serviços médicos gratuitos e de qualidade. Tanto o acesso aos serviços, como aos medicamentos, não está limitado aos ordinariamente disponibilizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, podendo, o cidadão necessitado, se socorrer do Judiciário quando entender que o que está em jogo, é a sua própria vida, que deve gozar de proteção estatal, por meio de políticas sociais e econômicas.

Outra conclusão importante do trabalho foi que o cidadão que ingressar no Judiciário, buscando a concretização do direito à saúde, em regra o faz em razão da suposta omissão do Estado, daí porque deve prová-la, por meio da comprovação de que antes tentou obter sua pretensão perante a Administração Pública, não obtendo êxito, seja pela negativa, seja pela inércia.

Também sugerimos que as listas de medicamentos excepcionais devem ser atualizadas periodicamente. Havendo defasagem, o Judiciário deve ser acionado para que determine as atualizações.

O raciocínio que prevaleceu foi o de que as políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde devem ser elaboradas e executadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Cabe ao Judiciário controlá-las.

Quanto à cláusula da reserva do financeiramente possível, por sua vez, concluímos que ela não tem expressa previsão na Constituição Federal de 1988, contudo, caso o ente político a invoque, deve fazer prova de que não tem condições de custear o serviço de saúde pleiteado ou, pelo menos, que o seu custeio também não

pode ser feito ainda que se realoque recursos de outras pastas, como publicidade e propaganda, por exemplo.

A conclusão do trabalho aponta ainda que o histórico de eficiência, eficácia e moralidade na execução das políticas públicas voltadas ao direito à saúde deve ser alvo da atenção do Judiciário, militando contra o ente político, caso se verifique fatos como irregularidades detectadas pelos órgãos de controle de contas, condenações administrativas, judiciais ou internacionais.

Na tentativa de concretização do direito à saúde, dentro de um cenário de recursos limitados, o quadro de preferências para o custeio de tratamentos médicos deve ser composto pelo direito à saúde como direito à vida como similaridade. Ainda dentro de um cenário de recursos limitados, o quadro de preferências para o custeio de tratamentos médicos deve comportar os grupos vulneráveis constitucionalmente identificados, tais como as crianças, os idosos e os doentes mentais.

Outro ponto importante ao qual chegamos foi o de que dentro de uma cadeia de solidariedade, não havendo condições de o Município ou o Estado suportar os gastos com a oferta dos serviços requeridos pelos cidadãos, a responsabilidade, no que extravasar às condições desses dois entes, há de ser direcionada à União. Caso a União não consiga suportar os custos, configurando-se, na hipótese, questão de interesse público ou emergência nacional, deve ela tentar negociar com as fabricantes de medicamentos a redução dos valores envolvidos. Paulatinamente, devem também estimular outras saídas que envolvam a mobilização popular.

Não havendo êxito na tentativa de negociação, configurado o quadro de falta de condições de custear o fornecimento dos medicamentos, deve, a União, excepcionalmente, emitir licença obrigatória das patentes dos medicamentos necessários à concretização do direito à saúde, por tempo limitado, até que a crise apontada seja contornada.

As conclusões do trabalho, já descritas acima, se apontadas esquematicamente, podem ser apresentadas da seguinte forma:

- 1) A Constituição brasileira diz que o direito à saúde há de ser assegurados a todos, razão pela qual ninguém pode ser privado do acesso à serviços médicos gratuitos e de qualidade;

- 2) Tanto o acesso aos serviços, como aos medicamentos, não está limitado aos ordinariamente disponibilizados pelos Poderes Executivo e Legislativo, podendo, o cidadão necessitado, se socorrer do Judiciário quando entender que o que está em jogo, é a sua própria vida, que deve gozar de proteção estatal, por meio de políticas sociais e econômicas;
- 3) O cidadão que ingressar no Judiciário, buscando a concretização do direito à saúde, em regra o faz em razão da suposta omissão do Estado, daí porque deve prová-la, por meio da comprovação de que antes tentou obter sua pretensão perante a Administração Pública, não obtendo êxito, seja pela negativa, seja pela inércia;
- 4) As políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde devem ser elaboradas e executadas pelos poderes Executivo e Legislativo. Cabe ao Judiciário controlá-las;
- 5) A cláusula da reserva do financeiramente possível não tem expressa previsão na Constituição Federal de 1988. Caso o ente político a invoque, deve fazer prova de que não tem condições de custear o serviço de saúde pleiteado ou, pelo menos, que o seu custeio também não pode ser feito ainda que se realoque recursos de outras pastas, como publicidade e propaganda, por exemplo;
- 6) O histórico de eficiência, eficácia e moralidade na execução das políticas públicas voltadas ao direito à saúde deve ser alvo da atenção do Judiciário, militando contra o ente político, caso se verifique fatos como irregularidades detectadas pelos órgãos de controle de contas, condenações administrativas, judiciais ou internacionais;
- 7) Na tentativa de concretização do direito à saúde, dentro de um cenário de recursos limitados, o quadro de preferências para o

custeio de tratamentos médicos deve ser composto pelo direito à saúde como direito à vida como similaridade;

- 8) Ainda dentro de um cenário de recursos limitados, o quadro de preferências para o custeio de tratamentos médicos deve comportar os grupos vulneráveis constitucionalmente identificados, tais como as crianças, os idosos e os doentes mentais;
- 9) Dentro de uma cadeia de solidariedade, não havendo condições de o Município ou o Estado suportar os gastos com a oferta dos serviços requeridos pelos cidadãos, a responsabilidade, no que extravasar às condições desses dois entes, há de ser direcionada à União;
- 10) Caso a União não consiga suportar os custos, configurando-se, na hipótese, questão de interesse público ou emergência nacional, deve ela tentar negociar com as fabricantes de medicamentos a redução dos valores envolvidos. Paulatinamente, devem também estimular outras saídas que envolvam a mobilização popular;
- 11) Não havendo êxito na tentativa de negociação, configurado o quadro de falta de condições de custear o fornecimento dos medicamentos, deve, a União, excepcionalmente, emitir licença obrigatória das patentes dos medicamentos necessários à concretização do direito à saúde, por tempo limitado, até que a crise apontada seja contornada.

Como introdução do presente trabalho, apresentamos a observação de que havia, no Brasil, uma intensa judicialização do direito constitucional à saúde. As supostas causas para esse fenômeno poderiam residir, quase integralmente, no papel transformador do qual se revestiu a Constituição Federal de 1988.

A partir da observação desse fato, comprovável por meio de inúmeros elementos empíricos trabalhados aqui, pudemos nos dedicar a identificar quais os efeitos colaterais gerados por uma assimetria de decisões tomadas concomitantemente

pelo Poder Executivo e Poder Judiciário sobre tantos casos individuais levados à consideração do Estado por meio de demandas de particulares

Tivemos, antes disso, de compreender o cenário contemporâneo do constitucionalismo e da democracia. Nesse ponto, fizemos uma revisão importante da literatura com o suporte teórica de grandes nomes do direito português. Ficou claro que há uma compreensão geral de que os textos constitucionais não trazem palavras vazias nem promessas incoerentes. Contudo, é preciso considerar também os limites das próprias virtudes, ou seja, até onde o Judiciário consegue ir no exercício da sua importante missão institucional.

Esse sentimento de humildade institucional foi conquistado graças às considerações dos marcos teóricos portugueses e também da revisão de jurisprudência que foi feita, demonstrando que muitas vezes a atuação intensa do Poder Judiciário pode tumultuar o papel de formulador e implementador de políticas públicas do Poder Executivo, colocando toda a sociedade a perder.

A posição trabalhada aqui de uma democracia substancialista, marcada pela necessidade de discussão do conteúdo do processo decisório e não somente das formas do processo decisório, possibilitou uma compreensão mais condizente com as recentes posições do Supremo Tribunal Federal brasileiro a respeito do direito à saúde.

A esta altura, acredita-se que o desempenho da efetivação de direitos é consentâneo com o papel interpretativo assumido pelo Supremo Tribunal Federal – e pelo Poder Judiciário brasileiro, como um todo. No modelo que assumimos, o uso de critérios decisórios de ordem técnica – não necessariamente jurídica, como se demonstrou acima – se mostram de grande relevância para os magistrados, pois permitem que sejam evitados eventuais efeitos colaterais das decisões, que ensejariam uma certa inadequação na prestação jurisdicional e, até mesmo, certo grau de afetação aos direitos fundamentais de terceiros, como restou demonstrado. Os critérios aqui propostos, portanto, se voltam para mitigar ao máximo os possíveis efeitos colaterais das decisões judiciais, visando a otimizar a efetivação dos direitos sociais no âmbito jurisdicional.

No entanto, foram reconhecidas também as limitações do Poder Judiciário no que diz respeito à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais para além das situações individuais e dos casos concretos apreciados pelos magistrados. A postura adotada pelo Tribunal Constitucional português, que também se expressa na voz dos

doutrinadores, revela um traço da experiência constitucional daquele país que há de contribuir para a efetivação de direitos fundamentais no Brasil: o provimento dos direitos econômicos, sociais e culturais se opera mediante políticas públicas traçadas por órgãos representativos (por todos, o Poder Legislativo), em que figuram como pressupostos da deliberação a legitimidade democrática conferida pelo voto para a escolha de alocação de recursos e a ampla discussão a respeito do meio de implementação e das possíveis consequências das políticas públicas.

Trata-se de uma via de equacionamento entre as virtudes do Poder Judiciário e as suas limitações. Ainda que se considere o modelo substancialista de democracia que marca o constitucionalismo contemporâneo, não há que se negar que os parâmetros técnicos obtidos durante as amplas discussões de políticas públicas em sede parlamentar são imprescindíveis para uma adequada efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Muito tem a ensinar às democracias contemporâneas a experiência constitucional portuguesa.

## Bibliografia

ARANHA, Márcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **O direito a prestações de saúde: Complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata**, p. 221/249, in *Perspectivas Constitucional Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011. Organizadores: Sidney Guerra & Lílian Balmant Emerique.

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

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7<sup>a</sup> Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003.

CHRISTIANSEN, Eric C. **Adjudicating Non-justiciable Rights: Sócio-Economic Rights and the South African Constitutional Court**. *Columbia Human Rights Law Review*. Vol. 38, nº 2 (2007). Traduzido por Leonardo Carrilho Jorge, Mestrando em Direito Público pela UERJ, para “Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a corte Constitucional Sul-Africana”.

CICONELLO, Alexandre. **A participação social como processo de consolidação da democracia no Brasil**, p. 604/624, in GREEN, Duncan. Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo. Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Cícero Araújo, Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's law: the moral reading of the American constitution**. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ELY, John Hart. **Democracy and distrust: a theory of judicial review.** 11. imp. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

FIGUEIREDO, Marcelo. **O controle da moralidade na Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2003.

GREEN, Duncan. **Da pobreza ao poder: como cidadãos ativos e estados efetivos podem mudar o mundo.** Tradução de Luiz Vasconcelos. São Paulo: Cortez; Oxford: Oxfam International, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander et al. **The Federalist: a commentary on the Constitution of United States.** New York: Random House, 1937, p. 505.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KENNEDY, Duncan. Conferir o capítulo 2, **Legal education as Training for Hierarchy**, p.54-78, in *The Politics of Law: A progressive Critique*, organizado por David Kairys, New York: Pantheon, 1982.

LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição Constitucional Aberta: Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática: uma Abordagem a Partir das Teorias Constitucionais Alemã e Norte-Americana.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

POPPER, Karl R. **Conjecturas e refutações.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008. Vale a leitura do item 17 intitulado A opinião pública e os princípios liberais.

POSNER, Richard. **Problemas de filosofia do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAWLS, John apud KELLY, Erin (Org.) **Justiça como equidade: uma reformulação.** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à Realização dos Direitos Sociais,** p.

587/599. In **Direito Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Coordenado por Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento.

**STRECK, Lênio Luiz. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

**SUNSTEIN, Cass R. Designing Democracy: What Constitutions do.** New York: Oxford University Press, 2001.

**VENTURA, Mirian . As estratégias de promoção e garantia dos direitos das pessoas que vivem com HIV/AIDS/ Divulgação em Saúde Para Debate.** Rio de Janeiro, Número 27, Agosto de 2003, p 107. Proposta de um plano de trabalho para as Assessorias Jurídicas das ONGs/Aids, Relatório Consultoria Projeto 914BRA59 – CNDST/AIDS, outubro 2000 – revisado em março 2003.