

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

ANA PAULA CANOZA CALDEIRA

O DIREITO À SAÚDE E SUA “CURIOSA” EFETIVIDADE EM *TERRAE BRASILIS*:
Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização

São Leopoldo
2013

ANA PAULA CANOZA CALDEIRA

O DIREITO À SAÚDE E SUA “CURIOSA” EFETIVIDADE EM *TERRAE BRASILIS*:
Do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização

Tese apresentada como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito, pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS
Área de Concentração: Direito Público, Linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo
2013

C146d Caldeira, Ana Paula Canozo
O direito à saúde e sua “curiosa” efetividade em *Terrae Brasilis*:
do desafio da realização da boa governança à excessiva
judicialização / por Ana Paula Canozo Caldeira. -- 2013.
227 f. ; 30cm.

Tese (Dissertação) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo,
RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Lenio Luiz Streck.

1. Direito – Saúde. 2. Judicialização. 2. Saúde. 3. Boa
governança. I. Título. II. Streck, Lenio Luiz.

CDU 34:614

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “O DIREITO À SAÚDE E SUA “CURIOSA” EFETIVIDADE EM TERRAE BRASILIS: do desafio da realização da boa governança à excessiva judicialização”, elaborada pela doutoranda Ana Paula Canoza Caldeira, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTORA EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de janeiro de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

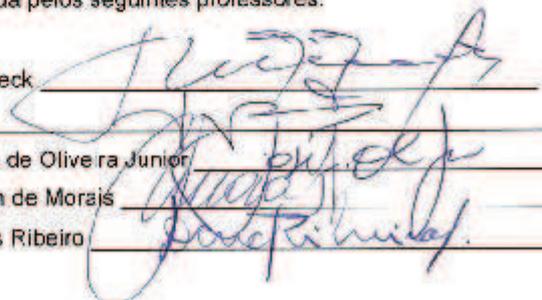
Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck

Membro: Dr. Juarez Freitas

Membro: Dr. José Aicebiades de Oliveira Junior

Membro: Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes

Membro: Dr. Darc. Guimarães Ribeiro



Dedico esta Tese aos meus pais Lúcia e Jorge; meu irmão, Mário; Gabriel, meu sobrinho.

AGRADECIMENTOS

A vida é constituída de momentos felizes, desditosos, indeléveis... Um suceder de fatos que deixam no tempo e na lembrança a certeza de que todo o caminho que trilhamos, não fazemos sós! Estamos permanentemente acompanhados por pessoas que imprimem sua marca na nossa jornada, e que, de algum modo, mais ou menos presentes, tornam-se coadjuvantes da nossa história e do nosso “infinito particular”. E se a gratidão é a “memória do coração”, é dentro desse espírito que quero agradecer com todo meu sentimento àqueles que fizeram meu caminhar mais leve.

Em primeiro lugar, não poderia deixar de agradecer a Deus pela força que me concedeu para seguir em frente, quando eu mesma pensei não ser mais possível! A fé move montanhas!

Quero prestar toda homenagem à minha família – meu Porto: Alegre e Seguro! – que me serve de estímulo diário! Vocês são a razão da minha existência!

Aos meus mais que amados pais, Lúcia e Jorge. As palavras são insuficientes para expressar a imensa gratidão por todo o esforço feito para minha formação profissional e pessoal, me transmitindo a importância dos valores da honestidade e da retidão de caráter.

Ao meu irmão, Mário, companheiro fiel de toda a vida, obrigada pela amizade e amor constantes! Estamos juntos!

Gabriel, meu sobrinho, razão de todo o meu esforço, na esperança de servir como exemplo e de que, no futuro, sinta orgulho da tia-madrinha.

Um registro muito especial para o brilhante Prof. Dr. Lenio Luiz Streck, merecedor de todo o meu carinho e profunda admiração, que aceitou o desafio de se tornar o Orientador do trabalho, mesmo quando este já havia iniciado. Sou muito grata pelas suas argutas intervenções e precisas sugestões de leitura que foram indispensáveis para que o trabalho fosse concluído. Ter sido sua aluna no Mestrado, e mais uma vez no Doutorado (na condição de orientanda), simplesmente representou um divisor de águas na minha formação acadêmica. Meus mais sinceros agradecimentos!

A todos os professores do Doutorado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS – um caloroso abraço carioca, que faço na pessoa do estimado Coordenador do Curso, Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.

Agradeço os questionamentos formulados pelos ilustres membros da minha Banca de Doutorado, que lançaram novo olhar sobre minha Tese e me honraram com suas considerações e críticas: Profs. Drs. Juarez Freitas (PUC/RS), José Alcebíades de Oliveira Júnior (UFRGS), José Luís Bolzan de Moraes (UNISINOS/RS), Darci Guimarães Ribeiro (UNISINOS/RS).

Não poderia deixar de registrar um agradecimento importante a dois professores queridos do Rio de Janeiro, fora do Corpo Docente da UNISINOS, mas que foram primordiais nessa travessia: Prof. Dra. Maria Teresinha Pereira e Silva que foi a maior incentivadora para que eu fizesse o Doutorado nas gélidas terras do Sul, enfrentando, para isso, idas semanais à distante (e agora querida!), São Leopoldo. Sem o seu incentivo animador talvez não tivesse dado o primeiro passo! E igualmente ao Prof. Dr. Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, eminente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pela oportuna intermediação para que minha Tese fosse conduzida pelo Prof. Lenio. Obrigada pelo apoio de sempre e sua amizade!

Ao Prof. Dr. Roberto Norris pelas lições de Direito e Economia e leitura atenta dos originais.

Aos meus colegas queridos do Sul: Muito obrigada por receberem desde o primeiro dia com tanto carinho essa “guria” aqui do Rio de Janeiro.

Às dedicadas e competentes funcionárias da Secretaria do Doutorado da UNISINOS, Vera Loebens e Magdaline Macedo, que com o apoio “logístico”, tornaram mais fácil a minha vida acadêmica.

Preciso agradecer de modo especial aos meus estimados funcionários do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais do 1º Distrito da 3ª Zona Judiciária de Niterói, Bianca Campos (minha substituta e “braço direito”), Diego, Erliel, D. Iracy, Júnior, Keline e Aline, que foram essenciais na fase final de elaboração do trabalho por trabalharem com eficiência e amor, e me permitirem dedicar mais tempo à conclusão desta pesquisa. OBRIGADA POR TUDO!

Se as coisas são inatingíveis ora, não é
motivo para não querê-las.

Que tristes os caminhos se não fora a
mágica presença das estrelas!

(MÁRIO QUINTANA)

RESUMO

A presente tese teve por objetivo analisar a efetividade do direito à saúde no Brasil, partindo da pesquisa da má governança administrativa até à investigação sobre a excessiva judicialização desse direito social. Dentro dessa proposta, sustentou-se a acepção de boa governança (*good governance*) como verdadeiro direito fundamental (de 4ª dimensão), devendo haver realinhamento entre direito e ética. Considerando o fato de o direito à saúde ser um dos direitos sociais mais demandados em juízo e que exigem maior dispêndio de orçamento público, deve-se pugnar por uma gestão responsável e transparente, através da boa governança, de modo a viabilizar a fruição das políticas públicas sociais. Visto de outro modo, foi objeto da pesquisa, a análise sobre como a incontinência com os gastos públicos, em especial a corrupção, podem constituir um custo de transação, um fator de obstrução dos direitos sociais. Neste sentido, sustenta-se que os princípios da eficiência e efetividade dos direitos fundamentais, dependem de uma gestão administrativa proba e que se encontre atrelada aos princípios da boa governança, para minimizar a escassez dos recursos financeiros. Ultrapassada essa primeira fase do trabalho, passou-se a discutir os modos de resposta jurisdicional oferecida pelos juízes para a efetividade do direito à saúde. Diante da progressiva judicialização do direito à saúde, devem ser investigados os reflexos das decisões judiciais, buscando o presente trabalho oferecer a trilha de um caminho hermenêutico intermediário situado entre a mera programaticidade das normas que versam sobre o direito à saúde (o que implicaria no total esvaziamento da norma) e a abusividade dos pedidos formulados (e rotineiramente concedidos) em juízo. Para tanto, a tese critica a técnica da ponderação de interesses, corolário que é da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy, usada nos Tribunais, por se revelar flagrantemente antidemocrática, sobretudo quando a discussão gira em torno do direito à saúde, que não pode depender de “voluntarismos jurídicos”. A linha defendida na tese perpassa, portanto, pelo entendimento de que, no que tange ao direito à saúde, existe o direito fundamental de receber a mesma resposta jurisdicional do Estado-juiz concedida a outros, na mesma situação, em que outros tenham anteriormente demandado o Judiciário. E para nós, a busca da resposta correta constitucionalmente encontrou no presente trabalho, o seu referencial teórico através da hermenêutica filosófica visando à superação do subjetivismo interpretativo, bem como ao alcance da pré-compreensão como horizonte de sentido (Dworkin e Lenio Streck). Concluiu-se por afirmar que o objetivo da tese foi buscar, minimamente, um pacto em torno de uma “Teoria da Decisão”, isto é, uma uniformização de raciocínio lógico para instrumentalizar o Judiciário no sentido de otimizar os já escassos recursos, sem aprofundar ainda mais tal carência, já que no enfrentamento da questão do direito à saúde, as respostas produzidas no Direito devem levar em consideração, não só, os possíveis beneficiários da decisão, mas também os eventuais prejudicados por esta. Do contrário, o direito à saúde, tutelado constitucionalmente, seria reduzido a um critério temporal do *interpositione litis primum*.

Palavras-Chave: Judicialização. Saúde. Boa governança. Reflexos. Decisões.

ABSTRACT

This thesis aimed at examining the effectiveness of the right to health in Brazil, starting with the search for good governance to the investigation about the excessive judicialization of social law. Within this proposal, argued that the meaning of good governance as a true fundamental right (of the 4th dimension), and there should be realignment between law and ethics. Considering the fact that the right to health is one of the most demanded social right in court and require greater expenditure of public budget, one should work towards a responsible and transparent management, through good governance so as to facilitate a proper flow of public social policies. Under another point of view, the object of this research was an analysis of how incontinence with public spending, especially corruption, may constitute a transaction cost, a factor of obstruction of social rights. In this sense, it is stated that the principles of efficiency and effectiveness of fundamental rights do depend on an honest administrative management which is linked to the principles of good governance so as to minimize the scarcity of financial resources. After this first phase of work, we did discuss the response modes offered by court judges to the effectiveness of the right to health. Given the increasing judicialization of the right to health, the effects of judicial decisions should be investigated, and the present work sought to offer the possible ways for an intermediate and hermeneutic situated between the mere programmatic standards that deal with the right to health (which would imply a total emptying of the norm) and the abusiveness of requests (which are routinely granted) in court. Therefore, the thesis criticizes the technique of balancing of interests, which is a corollary of Alexy's Theory of Legal Argumentation used in courts, because it reveals itself as bluntly undemocratic, especially when the discussion involves the right to health, which cannot depend on "legal discretion." The approach claimed by this thesis, travels through the understanding that, the right to health is a fundamental right to receive the same response from the state-court judge granted to others who previously sued the Judiciary in the same situation. For us, the search for the correct answer constitutionally finds its theoretical reference through philosophical hermeneutics seeking to overcoming the interpretative subjectivism, as well as the scope of pre-understanding as a horizon of meaning (Dworkin and Lenio Streck). We conclude by stating that the aim of the thesis was to seek a pact about a so-called *Theory of Decision-Making ie.* the uniformity of reasoning logical to allow the Judiciary to have the tools to optimize already scarce resources, without further increasing such shortage once in confronting the issue of the right to health the responses produced by the law must take into account not only the possible beneficiaries of the decision, but also the ones that may be negatively affected by it. Otherwise, the right to health, constitutionally protected, would be reduced to a time-related criterion of *interpositione litis primum*.

Keywords: Judicialization. Health. Good governance. Effects. Decisions

RESUMEN

Esta tesis tiene como objetivo estudiar la efectividad del derecho a la salud en Brasil, desde la investigación de la mala gobernanza administrativa hasta la indagación sobre la excesiva judicialización del derecho social. Dentro de esta propuesta, argumentóse el significado de buen gobierno (*good governance*) como verdadero derecho fundamental (de la 4^a dimensión), debiendo haber realineación entre la ley y la ética. Teniendo en cuenta que el derecho a la salud es uno de los más demandados derechos sociales en los tribunales y que requieren un mayor gasto del presupuesto público, debiese trabajar por una gestión responsable y transparente, a través de la buena gobernanza con el fin de facilitar el disfrute de las políticas públicas sociales. Visto de otra manera, el objeto de la investigación fué un análisis de cómo la incontinencia con el gasto público, especialmente la corrupción, puede constituir un costo de transacción, un factor de obstrucción de los derechos sociales. En este sentido, argumenta que los principios de eficiencia y eficacia de los derechos fundamentales dependen de una gestión administrativa proba y que está vinculada a los principios de buena gobernanza, para minimizar la escasez de recursos financieros. Superada la primera fase del trabajo, hicimos la discusión de los modos de respuesta ofrecidas por los jueces de la corte para la efectividad del derecho a la salud. Dada la legalización gradual del derecho a la salud, (lo que implicaría un total el vaciamiento de la norma) y el abuso de los pedidos (habitualmente concedido) en la corte. Por lo tanto, la tesis critica la técnica de la ponderación de intereses, lo cual es un corolario de la Teoría de la Argumentación de Alexy, que se utiliza en los tribunales, porque revelase abiertamente antidemocrática, especialmente cuando la discusión gira en torno al derecho a la salud, que no puede depender de "voluntarismos legales". La línea defendida por la presente tesis se ejecuta por entender que, en lo que se refiere al derecho a la salud hay el derecho fundamental de recibir la misma respuesta del Estado-juez que se le dio a los demás que ya habían demandado al Poder Judicial en la misma situación. Y para nosotros, la búsqueda de la respuesta constitucionalmente correcta se encontró en este trabajo a través de la hermenéutica filosófica por que busca la superación del subjetivismo interpretativo, y el alcance de la pre-comprensión como un horizonte de sentido (Dworkin y Lenio Streck). Concluimos afirmando que el objetivo de la tesis fue el de buscar un pacto en torno a la "Teoría de Decisión" es decir la uniformidad mínima de razonamiento lógico para dotar a la judicatura para optimizar los recursos escasos, sin ningún aumento adicional de tal escasez ya que en abordar cuestiones tales del derecho a la salud las respuestas producidas en la ley deben tener en cuenta no sólo los posibles beneficiarios de la decisión, sino también los posibles afectados por ellas. Si no, el derecho a la salud, protegido por la Constitución, se reduciría a un criterio temporal del *interpositione litis primun*.

Palabras Clave: Judicialización. Salud. La buena. Gobernanza. Efectos

LISTA DE ABREVIATURAS

- ACP.: Estados da África, Caribe e do Pacífico
- ADI: Ação Direta de Inconstitucionalidade
- ADPF: Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental
- AED: Análise Econômica do Direito
- Ag. Reg.: Agravo Regimental
- AIDS/SIDA: *Acquired Immunodeficiency Syndrome* / Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
- ampl.: ampliada
- ANVISA: Agência Nacional de Vigilância Sanitária
- art.: artigo
- atual.: atualizada
- Câm.: Câmara
- CF: Constituição Federal
- Cf.: Conferir
- CNJ: Conselho Nacional de Justiça
- Coord.: Coordenação
- Des.: Desembargador
- dr. / dra.: doutor / doutora
- DST: doenças sexualmente transmissíveis
- ed.: edição.
- Ed.: Editora
- FEMP: Federação Espanhola de Municípios e Províncias
- fls.: folhas
- FMI: Fundo Monetário Internacional
- Fund.: Fundação
- HIV: *Human Immunodeficiency Virus*
- IPEA: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
- Julg.: Julgado em
- Min.: Ministro
- nº.: número
- OMS: Organização Mundial da Saúde

- *op. cit.*: *Opus Citatum* (Obra citada)
- Org.: Organização
- p.: página
- p. ex.: por exemplo
- pp.: páginas
- Proc.: Processo
- Prof.: professor
- RE: Recurso Extraordinário
- Rel.: Relator
- rev.: revisada
- rev. e ampl.: revisada e ampliada
- sic: *sic et simpliciter* (assim está)
- STF: Supremo Tribunal Federal
- STJ: Superior Tribunal de Justiça
- SUS: Sistema Único de Saúde
- tir.: tiragem
- TJ: Tribunal de Justiça
- TJ/RJ: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
- TJ/RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
- TJ/SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
- Trad.: tradutor
- TRF 2: Tribunal Regional Federal da 2ª Região
- TRF 4: Tribunal Regional Federal da 4ª Região
- UE: União Europeia
- v.: volume
- v.g: *verbi gratia* (por exemplo)
- vs: *versus*

SUMÁRIO

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES.....	14
2 BOA GOVERNANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVO	18
2.1 Princípios e Conceituação de Boa Governança	23
2.2 <i>Good Governance</i>: a Governança em Países de Modernidade Tardia	30
2.3 A Boa Governança como Virtude Democrática e Expressão de Controle Social.....	41
2.4 As Políticas Públicas e a Concretização dos Direitos Sociais Constitucionalmente Previstos: reflexões à luz do direito à saúde.....	44
2.5 Possibilidades de Intercessão do Direito com a Economia na Tomada de Decisões pela Administração Pública	54
2.5.1 A Eficiência Econômica	63
2.5.2 A Eficiência Jurídica	67
2.6 A Concretude Econômica como Limite do Direito Fundamental à Saúde ...	71
3 ATIVIDADE JUDICANTE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS VERSUS ATIVISMO JUDICIAL.....	82
3.1 A Necessidade de Diálogo com a Filosofia para o Alcance da Resposta Constitucionalmente Adequada nas Decisões que Versam sobre o Direito à Saúde no Brasil	91
3.1.1 Quando os Casos Fáceis e Casos Difíceis se Confundem	94
3.1.1.1 <i>A Impossibilidade de Distinguir, A Priori, Princípios e Regras.....</i>	96
3.1.2 A Fragilidade da Teoria de Alexy e sua Insuficiência como Parâmetro de Julgamento Calçado (somente) no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para Decisões sobre Direito à saúde (a Teoria da Argumentação como Nova Roupagem do Positivismo Discricionarista).....	99
3.2 Da Necessidade do Desenvolvimento de uma Teoria da Decisão no Brasil para a Garantia da Integridade do Direito (ou de como a ausência de critérios de decisão podem comprometer a democracia)	114
3.2.1 De Como a Sentença não pode Constituir um “Grau Zero” de Sentido: A tradição como âncora do Direito.....	127
3.2.2 A Pré-Compreensão como Condição de Possibilidade	131
3.2.3 A Igualdade na Tutela do Direito à Saúde como Virtude Soberana	138

3.3 Da Exigência de uma Mudança Paradigmática no Ato de Decidir e o Papel do Juiz como Produtor de Efeitos: o problema da discricionariedade e das decisões <i>Ad Hoc</i> para o alcance da efetividade do direito à saúde no Brasil	146
4 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA BOA GOVERNANÇA À REALIDADE BRASILEIRA NO TOCANTE AO DIREITO À SAÚDE: MÁ GOVERNANÇA COMO FATOR-OBSTRUTOR DO DIREITO À SAÚDE	152
4.1 A Teoria da Vedação da Proteção Insuficiente (Untermassverbot) Aplicada ao Direito à Saúde (ou como a lassidão da aplicação da lei penal em crimes do “colarinho branco”, curiosamente, contribuem para a inefetividade do direito à saúde no Brasil)	155
5 A GESTÃO EFICIENTE DE RECURSOS PARA OTIMIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: AS DIFICULDADES DO BRASIL PARA IMPLANTAR A REALIDADE DE UM ESTADO DO BEM ESTAR SOCIAL	164
5.1 A Estrita Observância do Estabelecimento de Prioridades como Pressuposto de Eficiência da Gestão da Saúde Pública no Brasil	176
5.2 A Gestão da Saúde Pública tendo como Elemento Constitutivo e Vinculante a Prioridade a partir da Escassez de Recursos: propostas instrumentais na busca de maior efetividade do direito à saúde no Brasil	179
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	193
REFERÊNCIAS	208

1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A tese inicia-se com a análise dos conceitos de Boa Governança que hoje deve ser tratado como verdadeiro direito fundamental, e não mera recomendação ao administrador público.

A escolha do tema justifica-se pela constatação de que o mau governo, isto é, as escolhas indevidas pelos administradores públicos acabam comprometendo as metas previstas na Constituição Federal.

Se os recursos são escassos, não sendo o bastante para o adimplemento das diversas demandas sociais que se apresentam (e a tônica da presente Tese é a saúde), com mais razão se torna imprescindível que se dê um destino responsável ao orçamento disponível, revelando-se absolutamente incompatível com a ordem de direitos trazida pela Constituição, a má governança e uma gestão ímproba da *res publica*.

A preocupação acerca da necessidade de garantir uma maior efetividade aos direitos sociais não é recente. Não obstante, progressivamente cresce o descaso no atendimento a demandas atinentes aos direitos sociais, o que só vem corroborar a má gestão e desperdício do dinheiro público destinado a setores de somenos importância.

Tal fato induz à ideia de que, muito embora o dinheiro público não seja infinito, o problema que o cerca esteja muito mais atrelado à sua má utilização do que propriamente à escassez orçamentária.

Ainda que o tema do direito à saúde e sua efetividade já tenha sido amplamente estudado por grandes constitucionalistas pátrios, entendemos que o assunto mereça ser explorado sob a ótica da fundamentalidade do bom governo e por elementos hermenêuticos que façam permear a discussão pelos contornos da ética. Isto é, analisar em que medida o bom governo é direito fundamental do cidadão, motivador, pois, de legítimas expectativas de bem viver dentro de um Estado Democrático de Direito.

Em relação ao Poder Judiciário, a situação é igualmente preocupante, uma vez que, diante das infinitas demandas referentes, a atividade jurisdicional ainda se

vale recorrentemente da técnica da ponderação de interesses (inadequada a nosso ver¹) sustentada por Robert Alexy.

Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito a figura do juiz “solipsista”, que, julgando a seu bel-prazer, confere proteção aos direitos sociais para alguns jurisdicionados, enquanto negligencia o mesmo tratamento protetivo a outros.

O trabalho visa demonstrar, à luz da hermenêutica, que, no enfrentamento do direito à saúde perante os Tribunais, é possível ao juiz buscar, através de métodos hermenêuticos claros, uma resposta constitucionalmente mais adequada.

Neste sentido, torna-se imprescindível o estudo dos efeitos das decisões judiciais e o quanto estas podem, como resultado inexorável, comprometer os casos seguintes, razão pela qual é imperioso o estabelecimento de critérios de julgamento.

Quando o que está em jogo é a possibilidade de o Judiciário conceder determinadas tutelas referentes à saúde - , e mais que isso, o modo como vem sendo feito - , a questão se torna mais tormentosa.

Considerando que não há uma regra previamente estipulada a orientar o magistrado, e tendo em conta que muitas vezes as próprias circunstâncias do caso (conflito principiológico, por exemplo) permitem que o resultado possa ser encontrado em lados diametralmente opostos, ganha relevo a discussão sobre a possibilidade dos efeitos da decisão e sua influência tanto na Democracia (Política, portanto) bem como em aspectos econômicos.

É preciso, pois, o debate acerca da viabilidade de se incorporar no Brasil um método suficientemente seguro para estabelecer critérios a guiar o juiz (e intérpretes da lei de um modo geral) na sua atividade, sobretudo para deliberar sobre questões atinentes à saúde, tais como a concessão de remédios e tratamentos médicos.

A ideia é evitar que, sob o manto da Teoria da Argumentação e da ponderação de interesses, se esconda o livre discurso do juiz, o que pode se traduzir em incoerência, falta de integridade dentro do próprio sistema e gere descontrolo dos efeitos futuros. É necessário, pois, que a resposta judicial final seja vinculada a um fio condutor único, que poderá ser encontrado por uma Nova Teoria

¹ E que será devidamente tratada no capítulo 2.2.2 [A fragilidade da teoria de Alexy e sua insuficiência como parâmetro de julgamento calcado (somente) no princípio da dignidade da pessoa humana para decisões sobre direito à saúde (a teoria da argumentação como nova roupagem do velho positivismo)] na Primeira Parte da Tese.

da Decisão, que poderá dar a chave de acesso autêntico ao sentido do texto, e que pode(rá) ser entendido por qualquer outro julgador em situação semelhante, e, principalmente pelos afetados direta ou indiretamente pelos efeitos da decisão.

No setor da saúde, a sustentação de uma nova técnica da decisão (que não precisa apostar no “bom-senso” e qualidades individuais do juiz!) justifica-se pela busca de integridade no Direito, o que por sua vez é o resultado do próprio direito fundamental de acesso à justiça, cujo alcance ultrapassa a simples possibilidade de acesso ao juízo, mas sim da tutela jurisdicional do titular do melhor direito. Em outros termos: trata-se do direito fundamental de receber do Estado a mesma resposta jurisdicional proferida a outros jurisdicionados em situações semelhantes.

Se o que se pretende (e assim vem se entendendo) é um sistema jurídico que tenha como premissa o valor da segurança jurídica e integridade do Direito, é imperiosa a investigação do modo de produção de respostas oferecidas pelos intérpretes da lei aos casos concretos.

Resta claro, então, que, em razão desta postura discricionarista assumida nas decisões no mais das vezes emitidas (e que, na outra ponta acabam colocando em xeque a integridade e a coerência do sistema jurídico), o problema não reside naquele caso posto à decisão, mas sim em todos aqueles que vierem em seguida. Pergunta-se: Como ficam os casos seguintes?

A questão ganha extraordinária relevância quando se discute temas como o direito à saúde e os limites da defesa desse direito perante o Estado.

Pautado no modelo dirigente assumido pela Constituição de 1988, que buscou o resgate do Estado Democrático de Direito no país e inaugurar o Estado do Bem-Estar Social de maneira mais efetiva, muitas demandas sociais emergiram na esperança de uma postura mais ativa do Judiciário, que avançou em virtude da timidez do Executivo em apresentar respostas eficazes no cumprimento de políticas públicas.

A questão está em se analisar até quanto o Estado está obrigado a despendar financeiramente para atender aos que estão sob o seu manto. Se a invocação da “reserva do possível”, por parte do Estado, é uma questão de somenos importância que deve ser desconsiderada pelo juiz em sua decisão. Igualmente a observação acerca de se o magistrado deve considerar os reflexos econômicos da sua decisão ou deve se nortear apenas por elementos jurídicos.

E mais: questionar se o juiz, com formação eminentemente “bacharelesca” terá condições de fazê-lo. Especificamente no que concerne à concessão de remédios e tratamentos médicos, pergunta-se sobre a legitimidade de levar-se em conta a força gravitacional dos precedentes para restringir o âmbito da decisão judicial.

Aprofundando a questão, indaga-se se um magistrado ao decidir pela concessão de determinado tratamento ao desconsiderar tal força gravitacional, ou ainda sem avaliar os reflexos futuros de sua decisão sob o ponto de vista da macrojustiça, estaria, de fato, conferindo *efetividade* ao direito à saúde.

No decorrer desta tese será colocado em debate se os juízes, de fato, realizam a justiça ao decidirem, individualmente, sobre direito à saúde. O que se pergunta é se, embora se trate igualmente de um direito fundamental, o direito à saúde deve ser manejado hermeneuticamente, pelos operadores do Direito, do mesmo modo que direitos (ditos) de outras dimensões. Ou se, ao contrário, sua concretude econômica é um fator inafastável para o enfrentamento de questões dessa natureza.

Será enfrentada a problemática sobre a legitimidade da utilização da Teoria da Argumentação (embora não confessada expressamente pela jurisprudência) e técnica da ponderação de valores em decisões que versem sobre direito à saúde.

Também será questionado se é democrático que sentenças, na prática, revelem-se em um “grau zero” de sentido na concessão de remédios e na avaliação sobre a necessidade de determinados tratamentos médicos.

Essas e outras reflexões foram objeto da presente pesquisa, que se propõe a aprofundar na análise desse intrincado e atual problema.

O trabalho guarda conexão com a área de concentração do Doutorado em Direito e sua linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos”, visto que enfoca a efetividade dos direitos sociais e o papel do ente público e do Judiciário na correta prestação destes, incluídos no amplo espectro da concretização e efetivação de direitos.

2 BOA GOVERNANÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO CONSTITUCIONAL-ADMINISTRATIVO

Antes do Estado como instituição, que é de certo modo bem recente, existiam somente governos, mas não Estados propriamente ditos. A forma de organização dessas sociedades era bem embrionária e característica de comunidades menos complexas². Deste modo existiam as a) tribos sem governantes, b) tribos com governantes, c) cidades-Estado e d) impérios (com grau de poder variável)³.

Conforme bem coloca Van Creveld⁴, as Cidades-Estado (v. g., Grécia e Roma) não podem ser confundidas com a concepção de Estado que temos atualmente já que naquele modelo não havia a cisão entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Mas dando um salto na história verificamos que de fato a noção de Estado assemelhada a que temos hoje é produto do pensamento contratualista de Hobbes.

Foi no período entre os séculos XVI e XVIII que surge a escola contratualista moderna (tendo entre seus líderes Hobbes, Locke e Rousseau) e que começa a se delinear a distinção entre o Estado de Natureza e Estado Civil, possibilitado pelo contrato social⁵.

Hobbes, fundador do pensamento político moderno e considerado o corifeu do individualismo e do positivismo jurídico, foi o primeiro autor a fundamentar a autoridade política no consentimento dos homens e não no direito divino dos Reis, e em sua principal obra procura abordar questões relevantes, como por exemplo, quem tem direito de mandar e por que se deve obedecer.

Por contrato social entende-se o instrumento, artifício da representação que tornará possível a passagem do Estado de Natureza para Estado Civil. Por viverem em “uma condição miserável, por obra da simples natureza”, ameaçados

² A transição das formas estatais pré-modernas (Oriental ou Teocrática, Pólis Grega, Civitas Romana e outras formas) também está devidamente explicada na obra de Lenio Streck e Bolzan de Moraes, para onde remetemos o leitor que deseje maior aprofundamento. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 23.

³ VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 2.

⁴ Ibid. p. 35.

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. Contrato social. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 163.

frequentemente pelo medo da morte violenta⁶, os homens resolvem ceder parcela do seu poder ao Estado (*Leviatã*) através de um contrato social em nome da segurança proporcionada por este.

Antes disso o que se tinha era o Estado de Natureza, onde se verificava a condição natural do homem, espelhada pela guerra de todos contra todos (*bellum ominun contra omnes*) e onde o homem era visto como o “lobo do próprio homem” (*homo homini lupus*) e, com essa transformação, a Lei Natural acaba perdendo seu espaço para lei civil, pactuada pelos homens.

Em Locke⁷ também se verifica essa cessão de uma parcela de poder dos cidadãos de se autogovernarem em nome de um ente comum chamado Estado. Entretanto a diferença dos modelos preceituados por Hobbes e Locke é que neste último havia a limitação pelos direitos naturais, e, para preservá-los, o poder é dividido em Legislativo e Executivo, o que inexistia no Leviatã hobbesiano.

Os principais modelos que justificam o surgimento do Estado são três, a saber:

Em primeiro lugar surgem as teorias contratualistas que entendem que o homem, na medida em que rompe com o medievo e funda a existência de um direito eminentemente racional marcado pela ideia do *status naturalis* dos indivíduos, prescrevem que estes voluntariamente entram em acordo por meio de um contrato (daí o nome da teoria) que lhes concede a condição de cidadão. Para tanto, é preciso a constituição de uma entidade política que receberia parcela do poder delegada contratualmente pelos cidadãos e agiria em nome destes: o Estado.

Igualmente temos as teorias coletivistas, que por sua vez podem ser estudadas sob o prisma de sua concepção moral, onde o foco é a ideia ética de Estado como também sob o ângulo sociológico do Estado, onde

a partir da ideia de que o Estado é uma formatação política historicamente definida, tanto os evolucionistas (Spencer, Ernest Haeckel e Bergson) como Marx e seus seguidores sustentam que o aparecimento do Estado está ligado a certas circunstâncias que podem ser verificadas temporalmente.⁸

⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martin Claret, 2003. p. 98.

⁷ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martins Claret, 2002. p. 21.

⁸ PIÑEIRO FILHO, José; CHUT, Marcos André. Estado. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 287.

E, por fim, tem-se a Teoria do Estado de Direito, onde se busca reunir o Direito e Estado que antes estavam separados, sendo certo que foi Kelsen o principal articulador dessa reformulação estatal.

Evidentemente faz-se mister afirmar que não há (nem pode haver) uma definição de Estado que seja unívoca de sentidos.

Na seara política, que, aliás, é a que mais nos interessa, e onde o Estado se amolda precipuamente como fator social, os conceitos emitidos por autores decorrem de construções doutrinárias.

No entanto, antes mesmo da consolidação doutrinária da noção de Estado, já com Montesquieu se refletia sobre a divisão do Estado em três órgãos distintos (Legislativo, Executivo e Judiciário) independentes e harmônicos entre si, representando a essência do sistema constitucional. Embora amplamente sabido nos meios acadêmicos, não é demais lembrar que tal separação de poderes não se trata da divisão material do poder do governo em departamentos (de divisão eminentemente burocrática e pertinente ao Direito Administrativo), mas sim no que diz respeito ao princípio da divisão funcional da soberania em três órgãos por meio dos quais ela se concretiza em toda sua plenitude⁹.

E, no que se refere à atividade administrativa classificada como “atividade do Estado para realizar seus fins, debaixo da ordem jurídica”¹⁰ a discricionariedade surge como resposta ao positivismo e à normatividade, uma vez que seria impossível traçar (e conseqüentemente antecipar instrumentalizando através de normas) todas as situações fáticas no mundo a demandarem interesse jurídico.

Assim sendo, passou-se a admitir doutrinariamente que o agente público teria a seu dispor a possibilidade de valoração de sua conduta na condição de administrador dos interesses coletivos, sempre limitado, evidentemente, pelos lindes estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Em suma, é a liberdade de agir do administrador público permitida em lei.

Tradicionalmente, o entendimento que norteou a atividade do Poder Público, durante os últimos tempos, era no sentido de que este, pelas suas próprias funções, deveria ter como elemento-guia a discricionariedade, representada dogmaticamente

⁹ Um poder que elabora a lei (Legislativo), outro que executa os preceitos normativos antes deliberados (Executivo) e um terceiro (Judiciário) responsável pela aplicação do direito ao caso concreto com a função precípua de dirimir conflitos, garantir a realização da justiça e, na outra ponta, fomentar a tranquilidade social.

¹⁰ MAYER, Otto. **Droit administratif allemand**. Charleston: Nabu Press, 2010. v. 1, p. 13.

pelo binômio conveniência-oportunidade¹¹. E, neste aspecto, apenas excepcionalmente é que seria admitida a análise (e, conseqüentemente a revisão) deste poder, já que se configura no “princípio substantivo mais característico do Direito Administrativo¹²”.

Embora a discricionariedade possa ser facilmente encontrada em diversos ramos do Direito, é no campo do Direito Administrativo que tal conceito se aplica na sua maior inteireza.

É certo, portanto, que diante da impossibilidade de previsão nos estreitos limites legais de todas as hipóteses ocorridas no mundo fático para incidência da atividade administrativa do Estado (*lato sensu* considerado), a própria norma permite que se abra ao administrador público um rol de opções para discernir a *oportunidade* (e) ou *conveniência* de agir.

Se, no início, a construção teórica do direito administrativo serviu para romper com o Antigo Regime, não se pode perder de vista que, no decorrer dessa trilha histórica, o direito administrativo acabou por sofrer um “descolamento constitucional”, em que a elaboração exagerada de conceitos, princípios e institutos jurídicos fez com que tal ramo se mostrasse indiferente às diversas mutações ocorridas em sede constitucional¹³.

O mesmo se dá quando passamos a analisar a discricionariedade administrativa que, conforme bem explica Bienenbojm¹⁴,

representou, também um movimento contraditório do direito administrativo em relação à própria legalidade, sobretudo a partir de quando esta passa a ser entendida como vinculação positiva à lei. De fato, no contexto de uma teoria que pretendia, em essência, a submissão da atividade administrativa à vontade do legislador, a discricionariedade pode ser vista como uma *insubmissão* ou, pelo menos, uma não-submissão. Todavia, a contradição mais contundente que a mera existência dos atos discricionários é a constatação de que estes representam a grande maioria dos atos administrativos, dada a multiplicidade de situações que reclamam a atuação do Poder Público.

¹¹ Conceituada pelos administrativistas, respectivamente, como as condições em que o agente público vai se conduzir e a ocasião mais adequada em que a atividade pública deve ser realizada.

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 106.

¹³ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 744.

¹⁴ *Ibid.* p. 745.

No entanto, o que se percebe no atual estado da arte é que, desafortunadamente, a discricionariedade do Poder Público, em especial no que tange ao emprego de verbas e concretização de políticas públicas, tem aberto flancos, possibilitando toda a sorte de arbitrariedades e mau uso do dinheiro público pelos agentes que deveriam ter como norte a aplicação dos preceitos constitucionais e a implementação dos direitos fundamentais.

Por tais motivos é que já se começa a costurar, em sede doutrinária,¹⁵ a noção de que se precisa repensar o conceito de discricionariedade administrativa como sendo um espaço de liberdade ao administrador público, e sim de “situação carecedora de legitimação”. Trata-se, então, da necessidade de exposição dos fundamentos ensejadores das políticas públicas e atos em geral, dentro do arquétipo constitucional e estabelecido em lei, e não de escolhas meramente subjetivas, até para que se possa realizar o devido controle jurisdicional.¹⁶

Neste sentido Juarez Freitas sustenta que, em decorrência dessa nova releitura da discricionariedade, se impõe o reforço do controle da motivação dos atos administrativos¹⁷.

Portanto, dentro do que se convencionou denominar de *virada kantiana*¹⁸ (*kantische Wende*), em que houve o realinhamento entre Direito e ética é que são buscados também os fundamentos para o alcance de novos pressupostos para o

¹⁵ Nas palavras de Juarez de Freitas, “não se admite uma discricionariedade livre da Carta”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27. Também, Gustavo Binenbojm BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 748.

¹⁶ “Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá , via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos. Não obstante, a definição da *densidade do controle* não segue uma lógica puramente *normativa* (que se restrinja à análise dos enunciados normativos incidentes ao caso), mas deve atentar também para os procedimentos adotados pela Administração e para as *competências e responsabilidades* dos órgãos decisórios, compondo a pauta para um critério que se poderia intitular de *jurídico-funcionalmente adequado*.” Ibid. p. 748.

¹⁷ “Ora, justamente para coibir os vícios de motivação, em especial quanto ao objeto e aos objetivos dos atos administrativos, bem como para filtrar as escolhas contaminadas por ‘irracionalidades sistemáticas’, é que se impõe uma vigorosa reconfiguração dos controles (interno, externo, jurisdicional e social), adotando a ‘interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige’. Mais que isso: até quando admissível o exercício do poder geral de cautela, a boa fundamentação precisará estar obrigatoriamente calçada nos princípios, que têm, como leciona Paulo Bonavides, ‘a mesma força, a mesma virtude, a mesma expressão normativa dos direitos fundamentais’”. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 32.

¹⁸ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martins Claret, 2006. p. 20.

exercício da boa governança, que para nós é um direito fundamental em si mesmo, a partir do qual todos os direitos fundamentais sociais (cerne do nosso estudo, em especial o direito à saúde) poderão ser exercidos.

Cumpre, então, anotar que, para a viabilização desse entendimento de que a boa governança representa um direito fundamental, não se pode olvidar de frisar que a migração da Constituição para o centro do ordenamento jurídico, isto é, a constitucionalização do Direito Administrativo demandou a necessidade de revisão de alguns conceitos sob a filtragem constitucional¹⁹.

Na esteira desse raciocínio é que se mostra indispensável a classificação da boa governança, que irá permear todo o nosso estudo doravante.

2.1 Princípios e Conceituação de Boa Governança

Como dito, visa-se demonstrar, portanto, que a Boa Governança²⁰ constitui, em si mesmo, um direito fundamental, até mesmo porque dela decorre a conjugação de cumprimento de diversos outros direitos fundamentais, como, por exemplo, os que se referem a questões relacionadas à saúde, segurança, educação, habitação, trabalho, entre outros direitos sociais relevantes.

Tendo como espeque a previsão constitucional, que determina que o administrador público seja probo e conduza a sua vida pública de maneira ética, honesta e sincera, a Constituição conclama à eficiência e demanda que o fim precípua dos que militam na vida pública deva ser o atendimento dos benefícios ao maior número de interessados, sendo certo que o agir do Administrador deve estar sempre jungido ao que determina o primado da lei.

É a isto que se convencionou chamar de Boa Governança, que hoje deve ser enxergado não como uma recomendação ao administrador público, mas sim como verdadeiro direito fundamental dos cidadãos de uma maneira geral.

A Boa Governança (*Good Governance*) é um conceito surgido no florescer dos anos 90,²¹ a partir dos estudos da Economia e da Política do Desenvolvimento, tendo

¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 55.

²⁰ Significando aqui todo grupamento de práticas envolvidas na qualidade do exercício do poder.

²¹ THE WORLD BANK. **Governance**: The World Bank's Experience. International Bank for Reconstruction and Development. Washington D.C: World Bank Publication, 1994. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE>>. Acesso em: 20 nov. 2012. Também trazido na obra de Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto. WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinícius

aplicação das suas premissas tanto em empresas privadas como igualmente no âmbito da Administração Pública (foco da nossa atenção) guardando estreita correlação com o Consenso de Washington²² e, mais tarde, com o Acordo de Cotonou²³.

Sem nos estendermos no tema, e considerando-se o objetivo deste trabalho, não podemos deixar de mencionar que um dos cinco pilares tratados pelo Acordo diz respeito à sua dimensão política das relações entre os Estados ACP e a UE e o imperioso compromisso de respeito pelos direitos humanos, os princípios essenciais à manutenção do Estado de Direito e a governança responsável e transparente. É então que se consolida mundialmente a conceituação de Boa Governança como parte da agenda dos Estados na busca pela eliminação das mazelas sociais e maior eficiência econômica na procura dos melhores resultados para os Estados e seus membros.

E é o retro citado Acordo quem conceitua Boa Governança como uma “gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros para efeitos de desenvolvimento equitativo e sustentável” ou, conforme bem preleciona Canotilho, “a condução responsável dos assuntos do Estado”.

Ainda na esteira da análise do contexto histórico que ensejou o conceito (que utilizaremos) de Boa Governança, é preciso dizer que, no começo de 2000, a União Europeia passou a se debruçar sobre a necessidade do estabelecimento de princípios (aplicáveis ao menos no âmbito da própria UE e dos seus Estados-membros) que formariam a estratégia para o melhor convívio e desenvolvimento dos países integrantes da UE.

Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta do desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 287.

²² Trata-se de um conjunto de propostas, densificadas normativamente por dez regras, elaboradas em 1989 por várias instituições financeiras (v.g, FMI, Banco Mundial etc.) tendo como base os estudos do economista John Williamson (*International Institute for Economy*), e que passou a ser seguido como cartilha pelo FMI (Fundo Monetário Internacional) em 1990, sendo prelecionado como orientação a ser adotada pelos países em desenvolvimento, em crise financeira. A expressão foi adotada vez que todas as instituições financeiras participantes do debate sobre essa agenda de recomendações financeiras e orientações de política macro-econômica, estavam sediadas na capital dos Estados Unidos, Washington. VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 48.

²³ O Acordo de Cotonou (Benin) foi assinado no dia 23 de junho de 2000, por vinte anos, firmando parceria da Comunidade Europeia (e seus Estados-membros) e os Estados da África, Caribe e do Pacífico, visando auxiliar a paz e a segurança, buscando fomentar o desenvolvimento econômico, cultural e social dos países africanos, Caribe e do Pacífico (ACP), além de contribuir para a estabilidade econômica e política. Entre outras metas, o Acordo tem por escopo a erradicação progressiva da pobreza e a inserção dos países desfavorecidos já abordados no espaço da economia global. UNIÃO EUROPÉIA. **Acordo de Cotonou**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/development/african_caribbean_pacific_states/r12101_pt.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

Neste sentido, surge a criação do denominado Livro Branco que versa sobre a governança europeia e traz regramentos para a concretização dos princípios elaborados com o fim de enfrentar o desafio de fortalecer os laços políticos entre os países integrantes da UE²⁴.

Também temos que mencionar a Carta de Nice (Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), que igualmente faz referência à Boa Governança como direito fundamental, ainda que, neste texto normativo, a menção a nosso ver seja de ordem apenas formal e não com o sentido com que entendemos a doutrina se propõe a tratar do tema²⁵.

Entretanto, ainda a respeito do Livro Branco, por mais que este tenha sido elaborado visando especificamente às peculiaridades da governança comunitária em sede da UE, não se vislumbrando, ao menos *a priori*, efeitos externos dessa previsão normativa, o fato é que a difusão desse rol de regramentos principiológicos acabou por despertar doutrinariamente a necessidade de se implementar uma pauta a ser seguida com rigor pelos administradores públicos, a fim de se conferir a máxima eficácia possível na condução dos assuntos públicos.

²⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Livro branco da governança**. Disponível: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/110109_pt.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

²⁵ Neste particular nos permitimos discordar de Vanice Regina Lírio do Valle eis que antes da Carta de Nice (assinada em 07 de dezembro de 2000), como já referimos, tem-se o Acordo de Cotonou (de 23 de junho de 2000).

Mesmo com um curto lapso entre os textos normativos, ainda assim não se pode dizer que a Carta de Nice foi a “primeira referência normativa à ‘boa administração’ como direito fundamental”, pois apesar deste ordenamento trazer formalmente, de fato, a referência à boa administração, quando nos debruçamos neste, verificamos que, em nenhum momento, há explicitação material do que se entende por boa administração. Isto é, compromisso em torno da eficiência e qualidade dos serviços prestados por uma gestão transparente dos recursos públicos em prol do desenvolvimento. O art. 41 da Carta de Nice, a rigor, neste particular apenas exemplifica princípios que devem prevalecer entre os países signatários, mas que não deixam dúvidas de que são a prescrição de princípios já reconhecidos pela maioria dos países democráticos, tais como, direito de contraditório, dever de motivação das decisões, publicidade das decisões etc., a saber, *in verbis*:

Artigo 41 - DIREITO A UMA BOA ADMINISTRAÇÃO

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

.o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente,

.o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

.a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 23 e 60-62. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

Portanto, nesse sentido excede os lindes da União Europeia e inaugura a discussão sobre a própria governança global e mesmo interna dos países em geral para o reforço do cumprimento das políticas públicas.

Os princípios trazidos pelo Livro Branco como elementares para o reforço dos laços sociais e destinados a uma governança mais democrática são, *in verbis*: a) abertura; b) participação; c) responsabilização; d) eficácia; e) coerência.

Em relação à “abertura”, esta significa dizer que os administradores públicos devem ter como norte a maior transparência possível dos seus atos. “Participação” como o comprometimento de várias frentes políticas no atingimento dos objetivos públicos, sendo certo que para tanto deve buscar sempre o diálogo e o alcance de uma cidadania ativa. “Responsabilização” como definição de atribuições tanto no Executivo quanto no Poder Legislativo. “Eficácia” enquanto busca da maximização dos resultados esperados pelos atos administrativos planejados, sendo os objetivos sempre claros e tangíveis. No que pertine à coerência significa que as medidas deverão ser lógicas, adequadas e perfeitamente compreensíveis com os resultados buscados.

Conforme Óscar Álvarez Civantos²⁶,

El Buen Gobierno se caracteriza por integrar una serie de principios que deben regir la actividad de los miembros de la Administración Pública. Dentro de estos existen unos principios de inveterada tradición legal cuya aplicación consiste en el cumplimiento de las propias normas legales que los integran y, otros, que no hallándose regulados expresamente, requieren de su gestión particularizada, en atención a la propia estructura de la organización. En ambos os casos, la clave de Buen Gobierno está en trasladar sus principios a la actividad del día a día de todos los miembros de la entidad.

É oportuno ressaltar que o autor supracitado traz outros princípios que entende serem integradores da Boa Governança (ou Bom Governo) na Administração Pública, a saber: a) objetividade; b) integridade; c) neutralidade; d) responsabilidade; e)

²⁶ CIVANTOS, Óscar Álvarez. **Las claves del buen gobierno em la administración pública**. Granada: Comares, 2010. p. 7. Civantos, em outra passagem de seu livro, nos traz a exemplificação de que já há ordenamentos jurídicos, tais como o Código de Bom governo elaborado pela Federação Espanhola de Municípios e Províncias (FEMP) de 2009 que prelecionam pela estipulação de condutas e princípios a serem seguidos pelos Administradores Públicos norteadas na intenção de erradicação de problemas endêmicos como a corrupção e assim, propiciar a maximização das riquezas à disposição. *In verbis*: “Se considera conveniente La redacción de una serie de principios y el diseño de instrumentos de gobierno, que contribuyan a consolidar pautas de comportamiento de los electos locales en aras a configurar una ética pública común que evite la mala gestión, destierre posibles actuaciones corruptas, y por el contrario sirva para generalizar las buenas prácticas.” Ibid. p. 6.

credibilidade; f) imparcialidade; g) confidencialidade; h) transparência; i) austeridade; j) acessibilidade; j) dedicação ao serviço público; k) eficácia, e l) honradez.

Precisa, neste sentido, é Vanice do Valle,²⁷ ao expressar a fundamentalidade do direito à Boa Governança afirmando que o que deve ser considerado “não é a bondade ou a maldade intrínseca desse ou daquele modelo administrativo, mas a sua *adequação* tendo em conta as finalidades que são propostas ao Estado”. Concordamos com a mencionada autora ao afirmar que não está em jogo um juízo de valor, portanto, para se definir se aquele Estado atende aos preceitos de boa governança, já que, para tal enquadramento, o que deve ser ponderado é o amoldamento entre a prática administrativa de determinado ente federativo e os preceitos colimados pelo próprio Estado.

Impende frisar, por oportuno, como, aliás, já fez a mencionada autora,²⁸ que governança não se confunde com governabilidade já que esta última seria o “exercício de autoridade através de tradições e instituições para o bem comum”²⁹.

Faz-se mister destacar os ensinamentos de Juarez Freitas que além de conceituar o direito à boa administração pública³⁰, sistematiza-o, elencando a partir dessa acepção inicial, outros direitos consecutórios³¹.

Em primeiro lugar, o *direito à administração transparente*, visando o conhecimento e a visibilidade efetiva dos processos de tomada das decisões administrativas, em especial daquelas que perpassam pela gestão orçamentária.

Direito à administração pública dialógica, que preceitua a correta observância da ampla defesa e contraditório, bem como a garantia de uma motivação materialmente robusta.

Também existiria o direito à *administração pública imparcial*, que, em consonância com princípios constitucionais norteadores da administração pública,

²⁷ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 24. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

²⁸ Ibid. p. 37.

²⁹ KAUFMANN, Daniel. **Replanteando gobernabilidad**: Las lecciones empíricas desafían a los convencionalismos. Instituto del Banco Mundial. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/rethink_gov-e.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

³⁰ “Trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

³¹ Ibid. p. 22.

descritos no art. 37, caput, impõe a não discriminação dos administrados, mas ao mesmo tempo permite que sejam realizadas discriminações positivas, a fim de reduzir desigualdades na arena social.

Em quarto lugar, o *direito à administração proba*, que assenta suas premissas em valores éticos de substrato universal.

Ainda, o *direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada*, que como o nome sugere, prevê a flexibilização de regras, caso o seu cumprimento cego se revele “irracional”.

E por fim, o *direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz*, que nas palavras de Juarez Freitas “estaria comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição, além da redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação”.³²

O autor, neste sentido, também defende a acepção de uma releitura do direito administrativo, que deve sofrer a filtragem constitucional de seus princípios.

Em suma, o que é relevante nessa quadra da história (e isso é ressaltado pelos doutrinadores que se dedicam ao assunto³³), é que a pedra de toque da gestão da coisa pública deve ser a *qualidade* dos serviços prestados, isto é, a Administração Pública deve centrar todos os seus esforços não mais na extensão dos serviços prestados (preocupação observada nos anos 80 e 90), e sim na eficiência dos mesmos. Ou seja, que atenda satisfatoriamente às legítimas expectativas e necessidades dos cidadãos no atendimento de seus direitos.

Assim sendo, o cidadão quando delega (por meio da democracia representativa) parte do exercício do seu poder para políticos e governantes que os represente, simultaneamente se investe no direito de exigir, como contraprestação (que reflexamente se configura em um direito fundamental), o bom desempenho dos administradores públicos.

³² FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 23.

³³ Por todos, Luis Aguillar Villanueva. O autor resalta que “La característica distintiva y el aporte peculiar de las tendencias contemporáneas es haber (re)establecido la *calidad* de la Administración Pública como el principio supremo de acción y haber remontado el enfoque de las décadas pasadas, centrado en el tema de la *cantidad* (de áreas de intervención de gobierno, de tamaño del aparato administrativo, de número de programas y de personal, del monto del gasto público...), que fue el signo y la consigna de las políticas de ajuste de los años ochenta y noventa en respuesta a la crisis fiscal y administrativa del Estado social”. VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 46.

E, no que tange à qualidade, além da natural exigência da atuação dos administradores públicos com os mandamentos legais, esta se relaciona não só com a coordenação de todos os órgãos de governo, mas, igualmente, com a interação do governo com outros segmentos da sociedade³⁴.

Ao afirmarmos que a Boa Governança configura-se em direito fundamental, em verdade, estamos nos alinhando à linha de pensamento³⁵ que sustenta a existência de direitos de quarta dimensão.

Não há unanimidade na doutrina em relação à classificação dos direitos fundamentais de quarta dimensão (ou geração) e, dentre aqueles autores que aceitam a sua existência, também inexistente consenso quanto ao seu conteúdo³⁶.

Entretanto, sustentamos que a extensão desse direito de quarta dimensão está atrelada não só ao direito de participação direta no processo democrático³⁷, mas também, com maior amplitude, o de pleitear a busca de maneira mais responsável, ética e comprometida com a gestão pública.

Neste sentido a expressão boa governança deve ter como valor-fundante a ausência de subjetividade³⁸, primando, em razão disto, por critérios objetivos de aferição da performance e dos resultados alcançados pelas práticas administrativas em questão³⁹.

Além disso, Juarez Freitas ressalta a necessidade de equalizar a atuação estatal frente aos ditames da boa administração, impondo um novo olhar sobre a responsabilidade da Administração Pública:

³⁴ VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 47.

³⁵ José Alcebíades Oliveira Júnior se posiciona neste sentido. Entretanto no que tange aos direitos de 4ª dimensão, o autor sustenta estarem estes relacionados com os avanços da biotecnologia e todas as questões éticas envolvidas. OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. **Teorias jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 56.

³⁶ Filiamo-nos aos ensinamentos de Paulo Bonavides que sustenta: “São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta para o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 571.

³⁷ Como é o entendimento de Paulo Bonavides.

³⁸ Fato este também corroborado por Vanice Regina Lírio do Valle em sua obra sobre o tema. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

³⁹ E para isso, autores do quilate de Juarez Freitas preveem o ‘reexame da sindicabilidade do ato administrativo’. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 29.

O direito fundamental à boa administração pública, assimilado com rigor, favorece a releitura da responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos de discricionariedade, a omissão, isto é, o não-exercício devido das competências discricionárias. De fato, *o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão)*. Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais⁴⁰.

Fica claro, portanto, que muito embora se trate de um dever com evidentes contornos éticos, a Boa Governança está revestida de regramentos jurídicos por ter pertinência com a releitura de princípios de eficiência e discricionariedade, como já foi mencionado, estando albergado, ainda que de maneira implícita, em sede constitucional⁴¹.

2.2 *Good Governance*: a Governança em Países de Modernidade Tardia

Ao discutirmos sobre a crise que assola o Estado Brasileiro e o quanto a má governança é obstrutora da efetividade dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, é imperioso que se investigue com acuidade o modo de governança em países de modernidade tardia⁴².

Tal expressão significa, grosso modo, a tentativa de resgate das promessas advindas com a modernidade, notadamente no Estado do Bem-Estar Social, que nos países periféricos (como é inclusive o Brasil) só se fez possível com o fim dos regimes autoritários. Ou seja, tardiamente se busca através de políticas públicas⁴³ que o Estado realize o seu papel no cumprimento dos direitos sociais. Na verdade, o

⁴⁰ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 64.

⁴¹ Assim se manifesta Ingo Wolfgang Sarlet em Palestra proferida no Tribunal Federal Regional da 4ª Região dentro do Programa de Curso Permanente (Módulo de Direito Administrativo). SARLET, Ingo Wolfgang. **A administração pública e os direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 51.

⁴³ Que seria o conjunto de ações coordenadas pelo Estado, e desempenhadas por este pessoalmente ou através de atividade conglobada com a iniciativa privada, visando o atendimento de metas relevantes sob o prisma social. No entanto, dada a complexidade do tema e as discussões que o circundam, trataremos sobre “políticas públicas” especificamente em item apartado (1.5. AS POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS CONSTITUCIONALMENTE PREVISTOS: Reflexões à luz do direito à saúde) às págs. 57 e segs. STRECK, op. cit., p. 57 seg.

que se afirma, em resumo e de maneira bem contundente, é que o *État Providence* no Brasil não passou de um arremedo.

Descompromissados com as promessas resultantes da adoção do modelo de Estado Democrático de Direito surgidas com a Constituição Federal de 1988 – que neste momento completa mais de duas décadas - a má governança tem sido um fator que obstaculiza a correta fruição dos direitos sociais bem como a realização das “promessas da modernidade”⁴⁴.

O fato é que muito embora a Constituição Federal de 1988 seja próspera em direitos e garantias fundamentais, notadamente em direitos sociais, e que o Estado Democrático de Direito tenha como finalidade precípua fazer do Direito um instrumento de transformação social⁴⁵ (e neste sentido, o Estado Democrático de Direito é “um *plus* normativo em relação às formulas anteriores”⁴⁶), o que se percebe é que os preceitos constitucionais, em toda a riqueza de sentidos, não passam de formosos enunciados que não chegam a ser aplicados com a concretude exigível, fazendo com que Lei Maior padeça, nessa quadra do tempo de verdadeira “Síndrome de Não Efetividade”, em muito devido à “perversidade” dos gestores da coisa pública.

Aqui, cabe tecer um sucinto relato sobre a evolução histórica dos principais modelos de Estado, até para tentarmos entender a crise da falta de efetividade dos direitos sociais (em que a saúde se insere), e, mais do que isso, as crises de transformação pelo qual o Estado contemporâneo atravessa.

O Estado do Bem-Estar Social, também chamado de *Welfare State* ou *État Providence*, é o modelo estatal surgido de maneira embrionária com o fim da Revolução Industrial (1850)⁴⁷ e que visa oferecer resposta às perversidades causadas com o modelo de Estado Liberal surgido pós-Revolução Francesa.

⁴⁴ Entendidas aqui como aquelas promessas de superação dos problemas mais elementares relacionados com a pobreza e desigualdade social. Assim também se manifesta Lenio Streck ao afirmar que “o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição Democrática – deve ser visto hoje, como um campo necessário de luta para a implantação das promessas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.)”. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

⁴⁵ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 7.

⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 99.

⁴⁷ MARTINEZ, Vinício Carrilho. **Estado do bem estar social ou Estado social?** Disponível em: <www.ihj.org.br/poa/>. Acesso em: 30 maio 2009.

Logo, se a intromissão do Estado na esfera individual do súdito trouxe problemas num primeiro momento, fazendo surgir no núcleo social o anseio de liberdade (surgindo em primeiro passo os direitos de 1ª dimensão), com o decorrer do tempo verificou-se que o modelo de Estado Mínimo não estava infenso a censuras uma vez que a situação de opressão poderia surgir também do cidadão em relação a seus pares, o que demandava, pois, certa dose de intervenção estatal para a correção desta desigualdade⁴⁸.

E neste cenário é que foram desenhadas as linhas iniciais do Estado do Bem-Estar Social que passa por três grandes estágios que duraram cerca de oitenta anos, mas tem de fato seu apogeu com o *New Deal* (1933-38), por obra do Presidente americano Franklin Delano Roosevelt, que se inspirou na doutrina keynesiana para elaborar seu modelo que resulta no *Welfare State* logo após a Segunda Guerra (45-47).

Lembremos que com a Primeira Guerra Mundial (1914-1918) chegando a termo, nova categoria de direitos foi incorporada nas Cartas Constitucionais, e nos ordenamentos jurídicos de um modo geral, quais sejam, direitos econômicos e sociais, também definidos “direitos de segunda dimensão”. Na realidade o que se intentava era a criação de terreno socialmente fértil para o desempenho das liberdades individuais.

Passado este período, marcado pelas lutas e conquistas de direitos, surge a constatação de que não só o Estado pode ser sujeito ativo de lesões aos direitos individuais, mas também o próprio homem pode ser agressor dos direitos fundamentais de seu semelhante, numa alusão à célebre expressão de Hobbes que descreve de maneira oportuna o estado de sujeição a que pode estar submetido o cidadão em relação a outro ("*homo homini lupus*", o homem é o lobo do homem ou

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996. p. 527. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 184. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000. t. 4, p. 25. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 518. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 41. LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 68. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52.

ainda "*bellum omnium contra omnes*", é a guerra de todos contra todos⁴⁹). É também como se manifesta a doutrina⁵⁰.

Estes direitos se caracterizam basicamente pela imposição ao Estado do atendimento de prestações sociais tais como moradia, trabalho, educação, cultura e saúde, sendo que a grande especificidade desses direitos é o seu aspecto positivo; isto é, o caráter prestacional do Poder Público, distintamente dos direitos de primeira dimensão, balizados pela nota absenteísta do ente estatal.

Se, num primeiro momento de transição dos direitos de primeira para os de segunda dimensão, para romper com o status anterior, clamava-se por "menos Estado", agora, amadurecido o modelo anterior, era preciso que o Estado interviesse e criasse meios efetivos que garantissem a fruição dos direitos sociais pelos cidadãos. Nesse contexto, o Estado deveria sair de sua condição passiva e assumir postura mais presente e participativa, não meramente garantidora. São direitos que "nasceram abraçados ao princípio da igualdade"⁵¹, e influenciaram a visão de mundo, mormente no período pós-Segunda Guerra.

De acordo com Lenio Streck e Bolzan de Moraes⁵², na verdade chega até a ser paradoxal a expressão 'Estado Liberal', uma vez que o liberalismo se apresenta como uma teoria antiestado. Isto porque o papel estatal se limitava a assegurar aos cidadãos a manutenção do status de ordem e segurança.

Naquele momento estava em plena efervescência no mundo ocidental o movimento constitucionalista, sobretudo com a meta de assegurar status normativo hierarquicamente superior a determinados direitos sociais.

⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 192.

⁵⁰ "[...] O impacto econômico da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um 'direito de participar do bem-estar social'. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado." SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52.

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 518.

⁵² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

Inicialmente, merece relevo a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, que tinha por objetivo manifestar repúdio à política adotada no México à época⁵³.

Contudo é importante lembrar que ainda hoje alguns doutrinadores negam a natureza de direitos fundamentais a esses direitos sociais.⁵⁴

Na esteira da Constituição Mexicana, mas com motivos e antecedentes históricos e políticos próprios, promulgou-se a Constituição de Weimar em 31 de julho de 1919, que, apesar do cenário turbulento em que foi concebida (derrota da Alemanha na Primeira Grande Guerra), seu texto significou um marco na Teoria da Constituição.

Muito embora a Constituição Mexicana tenha tido a primazia no reconhecimento jurídico de direitos sociais, foi a Constituição de 1919 que conferiu maior refinamento e amplitude no tratamento de tais direitos, dedicando espaço próprio ao tratamento dos direitos sociais.⁵⁵

⁵³ Ocorre que, curiosamente, tal Constituição era pretensamente influenciada por doutrina anarquista, mas que provocara o inverso, ou seja, a criação de Estado bastante forte e protetor. Tal Carta - frise-se - tem importância enorme no cenário internacional, vez que foi a primeira Constituição a trazer em seu texto direitos trabalhistas (direitos sociais, portanto), dando fundamento político e jurídico para a noção que temos hoje do Estado Social de Direito. VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 183.

⁵⁴ A argumentação desses autores lastreia-se no fato de que estes estariam condicionados à capacidade econômico-financeira do Estado. KRELL, Andréas J. Direitos sociais. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 249. Entretanto para nós, atribuir efetividade aos direitos sociais é tão relevante quanto assegurar a fruição dos direitos civis e políticos. Consoante Antônio Augusto Cançado Trindade, o “reconhecimento dos direitos civis e políticos sem igual reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais faria pouco sentido”. SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Os direitos humanos e a sua proteção frente à globalização econômica. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1, p. 280. Conforme bem mencionado por Flávia Piovesan “[...] em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, a violação aos direitos econômicos, sociais e culturais propicia a violação aos direitos civis e políticos, eis que a vulnerabilidade econômico-social leva à vulnerabilidade dos direitos civis e políticos”. PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 68. Também Amartya Sen: “[...] A privação da liberdade econômica, na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade. [...] A privação de liberdade econômica pode gerar a privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação de liberdade econômica.” SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 23. Também neste teor é o entendimento de Rodrigo de Lacerda Carelli. CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 252-257, jan./mar. 2003.

⁵⁵ Conforme bem observa Comparato: “Essa estrutura dualista não teria minimamente chocado os juristas de formação conservadora, caso a segunda parte da Constituição de Weimar se tivesse limitado à clássica declaração de direitos e garantias individuais. Estes, com efeito, são instrumentos de defesa contra o Estado, delimitações de campo bem demarcado da liberdade

Portanto, conclui-se que um dos fins principais da garantia dos direitos sociais é promover a igualdade entre os indivíduos, propiciando que o Estado intervenha em prol do mais débil, alterando a relação de forças na arena social, conforme salienta também Ferrajoli⁵⁶.

O Estado do Bem-Estar Social ou *État Providence* é caracterizado como “aquele que garante tipos mínimos de renda, alimentação e saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político⁵⁷”. O Estado passa a ser o responsável pela (boa) qualidade de vida do povo e deve, para tanto, envidar seus maiores esforços e assumir compromissos políticos no cumprimento desta meta.

Rotineiramente, vem-se falando que o modelo de Estado imaginado outrora seria um mito, inevitavelmente fadado ao fracasso, uma vez que, por depender umbilicalmente da pujança da economia capitalista, estaria a depender da harmonia econômica no momento da aplicação dos recursos orçamentários⁵⁸.

Não vemos, pois, diferença qualitativa entre os direitos ditos de primeira dimensão e os de segunda no que tange à sua aplicação normativa⁵⁹. Costumam-se rotular os direitos de segunda dimensão pelo seu caráter prestacional, alegando, para diminuir a sua efetividade, o fato de que estes demandam dispêndio financeiro pelo Poder Público. Ocorre que os demais direitos também têm um custo econômico e isto nunca foi suscitado como estratégia para diminuir a sua fundamentalidade ou aplicação⁶⁰.

No entanto, veremos que inegavelmente sob o ponto de vista individual e do acesso à justiça, os direitos sociais (particularmente, o direito à saúde) exigem uma

individual, que os Poderes Públicos não estavam autorizados a invadir”. VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006. p. 200.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Trotta, 2006. p. 108.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 79.

⁵⁸ Por todos citamos Gustavo Amaral por sabidamente assumir conhecida postura sobre a possibilidade de limitação na prestação de direitos sociais se esta demonstrar ser desarrazoada quando conglobada com o orçamento público. AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁵⁹ Veremos adiante, porém, que diante da excessiva judicialização dos direitos sociais em tempos coevos, faz-se imperiosa uma releitura dos direitos fundamentais-sociais que incorpore, igualmente, não só conceitos técnicos-jurídicos, bem como seja impregnado por elementos de outros campos cognitivos, como é exemplo mais relevante, a Economia para o auxílio à sua operacionalização.

⁶⁰ Assim também se manifesta parcela expressiva da doutrina. Citamos por todos Vicente de Paulo Barretto. BARRETTO, Vicente de Paulo. Algumas reflexões sobre direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120.

resposta estatal diferenciada, já que demandam – pelo menos no contexto brasileiro atual – gastos realizados de modo esparso por sentenças judiciais, o que não ocorre, via de regra, quando estão em jogo os direitos fundamentais das demais dimensões.

Tal assunto já foi debatido anteriormente, sendo o tema principal de investigação teórica feita por Stephen Holmes e Cass Sustein⁶¹, nos Estados Unidos, onde os autores procuraram demonstrar que todos os direitos, independentemente de sua classificação, implicam obrigatoriamente um custo econômico. Mesmo os direitos de primeira dimensão, indicados, *a priori*, por deveres de abstenção estatal, também exigem do ente público aporte financeiro para a sua garantia, o que por si compromete a alegada limitação financeira para esquivar o Estado do dever de cumprir com os objetivos constitucionais.

Todavia vivemos uma crise paradigmática de aplicação dos direitos fundamentais e sua sindicabilidade em juízo. Consoante os ensinamentos de Clémerson Merlin Cléve⁶² “em relação aos direitos fundamentais clássicos, há no Brasil, uma excelente dogmática que passa por um processo contínuo de sofisticação e de verticalização teóricas”, mas, quando se passa dos direitos fundamentais de primeira para os de segunda dimensão, a tendência é a frouxidão da sua aplicação.

Com o fito de fragilizar a efetividade dos direitos sociais uma parcela da doutrina convencionou enquadrá-los como sendo oriundos de normas programáticas⁶³, isto é, seriam normas constitucionais que tão somente delineiam metas a serem alcançadas pelo Estado com a progressiva melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista o cumprimento dos objetivos fundamentais da Constituição⁶⁴. Isto implica em dizer que, por serem finalidades a serem atingidas paulatinamente diante de conjuntura favorável, não poderiam ser, de plano, requeridas em juízo.

⁶¹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton & Co, 1999.

⁶² CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 29, jan./mar. 2006.

⁶³ É importante frisar que a doutrina mais moderna vem entendendo que diante dos critérios de interpretação hermenêutica que devem balizar o intérprete constitucional, não há mais espaço para classificações estáticas. Em outras palavras, que só vislumbrem um enquadramento através de esquemas de lógica biunívoca. Hodiernamente se entende que um mesmo dispositivo constitucional pode ser, em algumas situações, meramente definidor de direitos, e em outra situação diante de peculiaridades, uma norma programática, havendo certo grau de fluidez nesses conceitos.

⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 94.

Todavia, ainda com Cléve⁶⁵ devemos partir do princípio de que “tudo que está na Constituição Federal obriga, importando retirar as consequências desta afirmação para ultrapassar a doutrina que pretende extrair das disposições tidas por programáticas normas despidas de eficácia”.

Neste contexto, torna-se oportuno trazer ao debate o pensamento de Dworkin⁶⁶ quando dispõe que os “direitos devem, sim, ser levados a sério”, incluindo os direitos sociais, que pela própria interdependência⁶⁷ caracterizadora dos direitos fundamentais, só terão sua efetividade atingida no grau máximo se não só os direitos de primeira dimensão forem aplicados, mas também os direitos de segunda, terceira e quarta dimensões⁶⁸.

Tendo por conta que a aplicação dos direitos sociais é instrumento imprescindível para a superação do *status quo* de desigualdade no cenário brasileiro, é imperioso ter como paradigma a noção de um Estado robusto para torná-los possíveis. Boaventura Santos⁶⁹ assim também se manifesta ao afirmar que “precisamos de um Estado cada vez mais forte para garantir os direitos num contexto hostil de globalização neoliberal. Fica evidente que o conceito de um Estado fraco é por si só um conceito fraco”.

A partir da ideia, no sentido de que a implementação das promessas da modernidade só é possível com a assunção de um papel mais forte do Estado, é que colocamos em xeque a discricionariedade na aplicação do dinheiro público e se tal fato é obstrutor dos direitos de segunda dimensão.

Neste contexto, sabendo-se que os direitos sociais têm por função essencial estreitar as desigualdades existentes na arena social em prol do mais débil, cabe questionar se os direitos sociais têm a mesma fundamentalidade dos demais direitos⁷⁰.

⁶⁵ CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 54, p. 29, jan./mar. 2006.

⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martin Fontes, 2007. p.313.

⁶⁷ Isto porque é inócua, por exemplo, a garantia de liberdade de expressão (direito de primeira dimensão) sem a concretização do direito à saúde digna (direito de segunda dimensão). Pouco adianta, *verbi gratia*, ter liberdade de expressão e saúde digna sem um meio ambiente sadio (direito de terceira dimensão), o que implica dizer que os direitos humanos, sob esta ótica, são indivisíveis e estão umbilicalmente interligados.

⁶⁸ Havendo autores que apontam a existência de uma quinta e até sexta ge ações, cabendo esclarecer desde já que não há consenso doutrinário sobre tal classificação sendo certo que mais importante do que o enquadramento em categorias é o tratamento real conferido a estes direitos.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 128.

⁷⁰ Questão já discutida anteriormente. Conferir nota de rodapé nº 54.

Saliente-se, contudo, que, com a passagem do tempo, deixa de existir a figura das prestações positivas de serviços asseguradas pelo Estado, de maneira caritativa e assistencial⁷¹, e surge a figura do direito social visto como prerrogativa propriamente dita, passível de tutela, portanto, em juízo.

Depois de tecer o cenário histórico em que os direitos humanos surgiram e foram se fortalecendo, assim como as transformações da organização estatal, cabe aqui trazer as críticas formuladas por René Antonio Mayorga⁷² que afirma que nos países latino-americanos a fórmula do Estado do Bem-Estar Social (diferentemente dos países europeus) não passou de um arremedo, não chegando a ser de todo implementada.

É verdade que as particularidades destes países⁷³ facilitaram para que o intervencionismo estatal fosse desfigurado para práticas ditatoriais, afastando-se do ideário trazido pelo *État Providence*, que tinha como linha-mestra a diminuição das desigualdades sociais.

Em relação à realidade brasileira⁷⁴, não seria demasiado afirmar que as condições de possibilidade para o surgimento de um real Estado de Bem-Estar Social ainda estão por vir.

Na esteira do raciocínio de Boaventura de Sousa Santos, entendemos que o Estado Social foi idealizado para fazer florescer as ‘promessas da modernidade’ e adequá-las às consequências da adoção de um regime capitalista.⁷⁵

No entanto, curiosamente, no exato momento em que se verifica que o Estado no Brasil está bem distante de adimplir com as promessas sociais que lhe compete, é que começa a surgir no cenário jurídico-político a defesa de um discurso ideológico que busca “enxugar” o Estado e diminuir as suas atribuições, ao qual se denomina neoliberalismo⁷⁶.

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56.

⁷² MAYORGA, René Antonio. Las paradojas e insuficiencias de la modernización y democratización. In: _____. **Imágenes desconocidas**. La modernidad en la encrucijada posmoderna. Buenos Aires: Clacso, 1988. p. 4 *et passim*.

⁷³ Entre eles a colonização exploratória, sucessão de governos autoritários e, notadamente a dependência econômica de países no centro da ordem mundial econômica (esta última vista até os dias coevos), como bem salientam os autores supracitados.

⁷⁴ E pensamos que não só no Brasil, mas sim nos demais países de “modernidade tardia” nas palavras de Lenio Streck.

⁷⁵ MAYORGA, op. cit., p. 11.

⁷⁶ Citando Avelãs Nunes, ao tecer críticas à ressuscitação deste modelo econômico “[...] os neoliberais voltam, assim, as costas à cultura democrática e igualitária de época contemporânea, caracterizada não só pela afirmação da igualdade civil e política para todos, mas também pela busca da redução das

Oportuna é a crítica feita por Lenio Streck e José Bolzan de Moraes⁷⁷ ao afirmarem que “é este, pois, o dilema: quanto mais necessitamos de políticas públicas, em face da miséria que se avoluma, mais o Estado, único agente que poderia erradicar as desigualdades sociais, se encolhe!”.

Feitas as considerações sobre o processo evolutivo dos Direitos Humanos, é necessário discutir os efeitos do surgimento do Estado Democrático de Direito no cumprimento dos direitos sociais, notadamente no que tange ao direito à saúde.

O conceito de Estado de Direito traz ínsita, conforme os estudiosos do assunto, a noção de que o Estado está jungido a regras jurídicas que lhe antecedem.⁷⁸

Assim, diversos são os elementos identificadores do Estado de Direito, entre eles, poderíamos citar, precipuamente, a) submissão da Administração Pública ao poder jurisdicional; b) aplicação, pelo poder jurisdicional, de uma lei preexistente; c) imparcialidade da magistratura e d) igualdade de tratamento do Estado-Administração com a outra parte perante o juiz.

É preciso frisar, porém, no mesmo sentido de Elias Díaz⁷⁹, que não há verdadeiramente Estado Democrático que não tenha como paradigma do seu atuar o cumprimento dos direitos fundamentais.

Também no mesmo sentir, a doutrina⁸⁰ que sustenta que o Estado de Direito, sob a perspectiva contemporânea, deve estar comprometido com ações

desigualdades entre os indivíduos no plano económico e social no âmbito de um objectivo mais amplo de libertar a sociedade e os seus membros da necessidade e do risco, objectivo que está na base da criação dos sistemas públicos de segurança social”. NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 42.

⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 84.

⁷⁸ É preciso fazer, desde já, alguns esclarecimentos. A noção de Estado de Direito dentro de uma concepção positivista formalista seria qualquer Estado que se autolimitaria por normas jurídicas por ele mesmo escolhidas, independente de seu conteúdo. Neste sentido, parcela da doutrina posiciona-se no sentido de que até mesmo o Estado Absolutista, em certo grau, seria Estado de Direito já que também regido por regras adotadas pelo monarca. CARDONA, Alejandro Ramírez. **El Estado de justicia**. 3. ed. Bogotá: Editorial El Búho, 2006. p. 250.

Porém, em sentido diverso há quem entenda, que o Estado de Direito justamente surge como forma de ruptura contra o absolutismo. E dentro deste contexto, o Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático seriam apenas espécies do Estado de direito, cada qual com suas peculiaridades. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 249.

⁷⁹ E é o mesmo autor que enumera o que para ele comporia as bases do Estado de Direito, a saber: “i) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general; ii) División de Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial; iii) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial; iv) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva realización material.” DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992. p. 38.

⁸⁰ LUÑO, Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995. p. 240.

materiais que tenham como finalidade precípua a concretização dos direitos humanos, sob pena de pôr em risco o próprio conceito de legalidade do Estado.

Logo, o que se vê é que esta nova concepção de Estado apresenta-se como uma “consequência, e não fonte, de uma determinada concepção do homem e da sociedade. Do homem considerado como ente moral, dotado, portanto, de direitos naturais, que inspiram e regulam o funcionamento da sociedade política⁸¹”, e, assim, o Estado deve buscar estabelecer um ponto de equilíbrio entre os diversos interesses encontrados no seio social.

O Estado Democrático de Direito, muito mais do que representar a submissão do Estado a normas legais, deve significar (e perseguir) a ideia de “transformação da realidade social”.⁸² Isto é, não se limitar a apenas melhorar as condições sociais dos cidadãos, mas ir além, no sentido de promoção de um novo projeto de sociedade no qual a democracia só se satisfaz com a criação de condições materiais de vida boa.

Neste sentido, o Estado, quando supera o estágio do Bem-Estar Social, alcançando o patamar de Estado Democrático de Direito, deve assumir o compromisso de promover a igualdade nas relações da comunidade, marcado pela ‘ideia-força de dignidade da pessoa humana’.⁸³

Isso se mostra com maior clareza em países como Brasil, que, como já escrevemos, não implementou as ações inerentes ao Estado-Providência quando devia. Agora, pois, o modelo desenhado pelo Estado Democrático de Direito deve significar uma ruptura dos modelos antes definidos, para finalmente cumprir as possibilidades de atendimento das finalidades previstas constitucionalmente.⁸⁴

⁸¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Interpretação constitucional e Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 22, jan./mar./1996.

⁸² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98. Tais autores citam como sendo princípios do Estado Democrático de Direito, a saber: a) Constitucionalidade; b) organização democrática da sociedade; c) sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) justiça social; e) igualdade; f) Divisão de Poderes ou de Funções; g) Legalidade e h) segurança e certeza jurídicas.

⁸³ MORAIS, José Luis Bolzan de. O Brasil pós-1988. dilemas do/para o estado constitucional. In: SCAFF Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 105.

⁸⁴ Ou seja: “[...] a partir dos textos constitucionais diretivos e compromissórios, as condições de possibilidade para a transformação da realidade. Aponta, assim, para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, circunstância que assume especial relevância em países periféricos e de modernidade tardia como o Brasil”. op. cit, p. 104.

Corolário destas mudanças que ocorrem com o aparelhamento do Estado Democrático de Direito se referem ao papel do Direito e da justiça constitucional na busca do adimplemento dos direitos fundamentais (em que os direitos sociais, notadamente o direito à saúde se inserem). Nessa

Muito embora a realidade aponte para sentido diametralmente oposto, foi compromisso do legislador constituinte elaborar uma Constituição que assumisse uma postura firme no propósito de resgate das promessas não cumpridas de promoção dos direitos sociais.

Em consonância com o que é aqui prelecionado, Ingo Sarlet sustenta que os princípios da eficiência e efetividade dos direitos fundamentais, além da superação da escassez dos recursos financeiros, para a maximização dos seus resultados, dependem de uma gestão administrativa proba e que estejam adstritos aos princípios da boa governança, já enunciados⁸⁵.

Por isso, sobretudo em países de modernidade tardia, como é exemplo o Brasil, é que se revela essencial a busca de instrumentos de gestão da “coisa pública” que confirmam otimização aos recursos disponíveis, mediante a correção dos atos públicos.

2.3 A Boa Governança como Virtude Democrática e Expressão de Controle Social

Apesar de ser recente a noção de boa governança como direito fundamental, desde a Antiguidade nos escritos de Platão já se verificava a preocupação em tentar limitar a amplitude de poder dos governantes com o estabelecimento de preceitos éticos que definissem o “bom” e o “mau agir” do Estado.

Norberto Bobbio⁸⁶ salienta que da lição dos clássicos é possível depreender dois critérios para a diferenciação entre a dicotomia bom-mau governo, sendo que de acordo com o primeiro critério, “bom governo é aquele do governante que exerce o poder em conformidade com as leis preestabelecidas” enquanto a noção de mau

reorganização de papéis, houve uma troca da figura do “protagonista”, pois o foco da atenção agora se volta ao Judiciário, que passou a ser o responsável por tentar dar efetividade aos direitos fundamentais, diante do ‘encolhimento’ dos demais Poderes. BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.149.

⁸⁵ SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo.(Coord.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 507.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 206.

governo pode ser descrita como “o governo daquele que exerce o poder sem respeitar outra lei exceto aquela dos seus próprios caprichos”.

Na outra definição trazida por Bobbio, corolária da conceituação anterior, “bom governo” deve ser entendido como “aquele do governante que se vale do próprio poder para perseguir o bem comum”; já “mau governo” seria representado como o “governo daquele que se vale do poder para perseguir o bem próprio”⁸⁷.

Em comum as definições têm o fato de terem claras as noções de que a boa governança deva ser exercida para o fomento das vantagens públicas. Em contraposição, má governança estaria atrelada à ideia de desvirtuamento do poder para o alcance de vantagens privadas e dissociadas de interesses metaindividuais⁸⁸.

A *latere* dos enunciados de bom e mau governo, faz-se necessária a demarcação dos limites conceituais da democracia.

Mais uma vez recorrendo às lições de Bobbio⁸⁹, a doutrina traça distinção entre a *democracia dos antigos* e *democracia dos modernos*, sendo a primeira o que se convencionou chamar de “democracia direta” e a segunda como “democracia representativa”.

Com a alteração da composição dos modelos de cidade-Estado para os grandes Estados territoriais, o que se verifica é que o modelo de democracia direta, hodiernamente, não passa de uma reminiscência histórica, tendo sucumbido ao modelo de democracia representativa, muito mais adequado ao *habitus* social⁹⁰.

No entanto, embora tenha desaparecido o modelo de democracia direta, onde os cidadãos se reuniam nas *ágoras* para deliberar sobre os rumos da *polis*, a verdade é que a transmutação para a democracia representativa não significa que se tenha perdido a exigência de “visibilidade” do poder.⁹¹

A transparência e a publicidade dos atos políticos é que conferem o controle social que se espera de um (bom) governo que pauta sua conduta em preceitos de justiça e retidão, sendo certo que a clareza dos propósitos é justamente uma das

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 206.

⁸⁸ Ibid., p. 210.

⁸⁹ Ibid., 376.

⁹⁰ Bobbio, citando Rosseau, esclarece que o filósofo suíço não obstante tenha feito referências elogiosas à democracia direta apontava as enormes dificuldades desse modelo de organização política ter êxito, porque dependia da existência de “um Estado muito pequeno, no qual seja fácil para o povo reunir-se, e no qual cada cidadão possa facilmente conhecer todos os outros.” Ibid., p. 376.

⁹¹ Ibid., p. 387.

características da democracia representativa que não pode, neste sentido, ser exercida “em segredo e a portas fechadas”⁹².

No entanto, atualmente já se vislumbra a necessidade de conferir contornos mais amplos ao modelo de democracia participativa, devendo-se “democratizar” os espaços de deliberação⁹³. Tal fato não consistiria em um retorno ao defasado modelo de democracia direta, mas sim ampliar o *locus* de discussão das questões sociais, conferindo delineamento mais ético e racional à própria representação.

Isto perpassa pela imprescindibilidade da observância de todos os elementos que envolvem a *res publica*, compreendida, nas lições de Bobbio, na visibilidade, cognoscibilidade e acessibilidade, que resultam na característica da controlabilidade dos atos daqueles que exercem o poder público⁹⁴.

Neste espírito, entende-se que a democracia sob o viés do controle social da boa governança ainda é um processo em construção, podendo, inclusive, ser semanticamente ampliado para alcançar a administração pública, conforme sustenta Vanice Regina Lírio do Valle, *in verbis*:

Democratizar a administração pública induz à reflexão sobre a governança no âmbito da administração pública, a partir da perspectiva participativa, inclusiva e procedimental. Nessa linha de compreensão, Kjær (2008,p.12) destaca que a preocupação democrática externada pela governança é relevante não só do ponto de vista normativo, mas também porque procedimentos democráticos são necessários para assegurar o apoio ativo dos cidadãos e, portanto, resultados eficientes às ações estatais.⁹⁵

É defendido por parcela da doutrina que o caminho para que houvesse maior controle social e a plenitude de um bom governo residiria na implantação de modelo de democracia e orçamento participativos⁹⁶.

Entretanto, independentemente da variação na prática democrática, os novos arranjos participativos -, sobretudo com a demanda de maior controle por

⁹² BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 387.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2009. p. 67.

⁹⁴ Ibid., p. 103.

⁹⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 113. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

⁹⁶ Assunto que, pela sua complexidade, não iremos nos ater para não fugirmos do tema da tese. Remetemos o leitor para a obra sobre o assunto do autor gaúcho Luciano Fedozzi, que trata sobre a prática do orçamento participativo na cidade de Porto Alegre desde 1999. FEDOZZI, Luciano. **Orçamento participativo**: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. 3. ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2001. p. 7.

conduta mais comprometido com o resultado nas Administrações Públicas-, progressivamente imprimem maior fortalecimento aos elos democráticos⁹⁷.

Assim, o reconhecimento da boa governança, como direito fundamental, é que confere a devida legitimidade ao exercício do poder, tornando possível o controle das “regras do jogo” pelos atores sociais⁹⁸.

Compete ainda afirmar que essa nova gramática da democracia pautada no exame de parâmetros éticos igualmente alinhados à própria demonstração de resultados, encontra-se em perfeito alinhamento com o novo cariz constitucional.

É preciso ser lembrado que, além de virtude democrática e instrumento de controle social, o reforço dos princípios constituintes do bom governo, notadamente a eficiência e a eficácia, são o elemento-chave para a própria subsistência das Administrações Públicas, uma vez que, a continuar o mau emprego das verbas públicas, o resultado será um processo autofágico e o progressivo enfraquecimento destas como uma estrutura garantidora de serviços e direitos.

2.4 As Políticas Públicas e a Concretização dos Direitos Sociais

Constitucionalmente Previstos: reflexões à luz do direito à saúde

Antes de ingressarmos efetivamente na discussão sobre as políticas públicas na área da saúde, torna-se imprescindível tecer um arcabouço teórico sobre os direitos sociais e o seu enfrentamento pelos estudiosos do Direito.

Como já foi mencionado, os direitos sociais surgem no cenário mundial basicamente por ocasião dos impactos da industrialização e influência das doutrinas socialistas, que culminaram na Revolução Industrial, a partir da percepção de que a mera proteção dos direitos individuais não era o bastante para elidir as várias formas de opressão aos indivíduos, não mais promovidas pelo Estado, mas horizontalmente pelos outros cidadãos⁹⁹.

⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. p. 65.

⁹⁸ Pensamento também sustentado pela autora Vanice Regina Lírio do Valle na obra já referida. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 118. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 52.

Não obstante a doutrina¹⁰⁰ abalizada do tema faça ressalva de que os ditos direitos de segunda dimensão não se identificam somente com os direitos de cunho prestacional, mas também determinadas liberdades, como *v. g.*, liberdade de sindicalização, a verdade é que, no meio acadêmico e jurisprudencial, o senso comum relaciona os direitos sociais àqueles em que há exigência do agir estatal, notadamente com (maior) dispêndio de recursos orçamentários.

São direitos que surgiram para corporificar os ditames da justiça social e tentar elidir os abismos sócio-econômicos interclasses.

Ressalte-se o entendimento de Cançado Trindade¹⁰¹, para quem a dicotomia entre direitos civis-políticos e os direitos sociais, na verdade, representou um “desserviço à causa dos direitos humanos”, já que além de inoportuna, “historicamente indemonstrável e juridicamente infundada”, também são utilizados como desculpa para o descumprimento de determinados governos com os direitos sociais, que priorizam direitos de primeira dimensão, em tese, menos dispendiosos para o Estado.

Na esteira deste raciocínio trazemos o pensamento de Vicente de Paulo Barretto¹⁰², para quem os direitos sociais não se revelam como expressão de “caridade”, nem mesmo assistencialismo, por parte do Estado, mas como obrigações de cunho moral.

A partir desta premissa o autor discorre sobre o que ele denominou de “falácias sobre os direitos sociais”, onde argumenta, em consonância com Bobbio, que, no atual estágio, não há mais relevância em justificar os direitos humanos, mas tão somente protegê-los.

Vicente Barretto desenvolve a ideia de que, a partir da compreensão de que os direitos sociais se traduzem em exigência moral, argumentos que suscitem a questão da “reserva do possível” seriam de segunda ordem e, na verdade, procuram apenas tangenciar a questão dos direitos sociais para retirar-lhes, ou, ao menos,

¹⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003p. 53.

¹⁰¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2005. p. 622-625.

¹⁰² Com quem concordamos, neste particular. BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 195.

reduzir-lhes a efetividade. Acrescenta ainda o autor que tais direitos não poderiam, em tempo algum, estar sujeitos a “negociações políticas”¹⁰³.

Concordamos com o aludido autor quando este considera teoricamente falacioso o conflito entre os direitos civis-políticos e os direitos sociais, não bastando essa distinção para reduzir o alcance dos direitos sociais, já que os direitos de primeira dimensão igualmente exigem vultosos gastos pelo Poder Público para a sua garantia.

No entanto, o autor peca em desconsiderar um dado bastante útil, que é a cultura social, que leva à judicialização primordialmente dos direitos sociais, - e isto é de profunda relevância para o entendimento do dilema - , já que exige, por parte dos intérpretes, uma visão diferenciada relativamente a essa categoria de direitos.

São cada vez mais frequentes as ações pleiteando o custeio de cirurgias médicas e entrega de medicamentos.

Se a classificação é estéril e argumentos de ordem material não podem ser utilizados para a interpretação desses direitos, o tratamento, a ser conferido pelo julgador deveria ser o mesmo quando os direitos de primeira e segunda dimensão fossem levados à decisão por meio de ações judiciais.

Refletir desse modo não significa corroborar a crítica aduzida por Barretto, quando este sustenta que os direitos sociais não podem ser encarados como direitos de segunda ordem. De fato (em apoio ao autor), os direitos sociais não são direitos de hierarquia inferior, mas, como são manejados pela comunidade jurídica de modos distintos, devem ser apreciados, pois, diversamente.

Quanto à questão de dependerem de uma economia forte¹⁰⁴, não se consegue vislumbrar em que medida apenas a “vontade política” será hábil para a implementação das demandas sociais, que , acima de qualquer coisa, exigem (não só, mas também) “dinheiro no cofre”^{105/106}, independentemente dos aspectos volitivos daqueles que manejam a norma.

¹⁰³ BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 197.

¹⁰⁴ Seria a segunda falácia trazida pelo autor, de quem, muito respeitosamente, discordamos nesse particular. *Ibid.*, p. 203.

¹⁰⁵ Pedindo vênua para o uso da expressão coloquial aqui.

¹⁰⁶ Fazendo, evidentemente a ressalva bem trazida por Ingo Sarlet (citando Eros Grau) de que a “reserva do possível ‘não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento’ até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”. Importa, portanto, que se tenha

O mesmo se afirma em relação à terceira falácia trazida pelo autor sobre a questão dos custos dos direitos sociais serem superiores aos recursos orçamentários (“reserva do possível”).

Neste sentido é que, segundo Ingo Sarlet, não cabe, nesta quadra da história, invocar o argumento dos custos de primeira dimensão para equipará-los aos de segunda, fazendo surgir a ideia de que ambos são dotados do mesmo conteúdo moral-fundamental, ignorando a crescente judicialização dos direitos sociais e as estatísticas econômicas que demonstram que o Estado do Bem- Estar Social pode naufragar, sem jamais ter alcançado plena estabilidade, em virtude de uma indevida compreensão do seu alcance¹⁰⁷.

Neste particular, comungamos do mesmo entendimento de Gilmar Mendes¹⁰⁸, quando afirma que

em que pesem o idealismo e o entusiasmo dos que se batem pela causa dessa geração de direitos, a ponto de afirmarem que a interpretação dos direitos sociais não é uma questão de *lógica*, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo”, a despeito desse generoso engajamento, forçoso é reconhecer que a efetivação desses direitos não depende da vontade dos juristas, porque, substancialmente, está ligada a fatores de ordem material, de todo alheios à normatividade jurídica e, portanto, insuscetíveis de se transformarem e coisas por obra e graça das nossas palavras.

sempre em mente que, quem ‘governa’ – pelo menos num Estado Democrático (e sempre constitucional) de Direito – é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz respeito aos seus elementos essenciais, que sempre serão limites (entre excesso e insuficiência!) da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade (sempre vinculada) do administrador e dos órgãos jurisdicionais”. SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 505.

¹⁰⁷ Prossegue o autor gaúcho: “apesar disso, seguimos convictos de que, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o ‘fator-custo’ de todos os direitos fundamentais, nunca constituiu um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional. É exatamente neste sentido que deve ser tomada a referida ‘neutralidade’ econômico-financeira dos direitos de defesa, visto que a sua eficácia jurídica (ou seja, a eficácia dos direitos fundamentais na condição de direitos negativos) e a efetividade, naquilo que depende da possibilidade de efetivação pela via jurisdicional, não tem sido colocada na dependência da sua possível relevância econômica. **Já no que diz com os direitos sociais a prestações, seu ‘custo’ assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para grande parte da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se aloque algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade dos órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas**”. Ibid., p. 496.

¹⁰⁸ E demais co-autores do livro. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 712.

Isto é, a partir da compreensão de que materialmente, não obstante a vontade política e mesmo a erradicação de vícios¹⁰⁹ que minam os já escassos recursos orçamentários, ainda assim a limitação material para arcar com todas as demandas sociais é iminente, razão pela qual a mera enunciação dos direitos sociais e dos seus componentes de cunho filosófico e moral não resolvem problemas de ordem prática que tangenciam o drama de ter que escolher entre “o quê” e “a quem” atender.

Assim, guarda importância primordial (tendo como pré-compreensão a inegável limitação material) discutir as formas de se efetivar o direito à saúde por meio de políticas públicas, levando a sério (na mesma medida em que se privilegia a efetividade dos direitos fundamentais-sociais) a escassez orçamentária, já que é sabido que a simples enunciação dos direitos sociais não é suficiente.¹¹⁰

A efetividade do direito à saúde não se esgota apenas com eventuais políticas públicas formuladas neste setor diretamente, ou com a solução apresentada nos Tribunais, sendo necessário reforçar que é preciso uma conjugação de esforços e aportes de investimentos em áreas afins, mas que sequencialmente refletem na saúde¹¹¹.

No entanto, não é só a escassez de recursos que, em geral, se revela como obstáculo à implementação dos direitos sociais. A doutrina¹¹² enuncia dificuldades à racionalidade para executar políticas públicas dos direitos desse cariz, e que, resumidamente, poderiam ser agrupados em quatro itens: comunicação, recursos, atitudes (posturas) e burocracia.

Em primeiro lugar, o fato de que poucas questões sociais são efetivamente majoritárias; muitas delas dizem respeito a grupos individualizados, sendo que, em determinados casos, os interesses sociais sequer podem ser mensurados ou submetidos a uma avaliação comparativa,

¹⁰⁹ Que serão discutidos adiante no item 1.1 (Má governança como fator obstrutor do direito à saúde) do Capítulo 1 da 2ª parte da Tese.

¹¹⁰ SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 481.

¹¹¹ Eduardo Mendonça traz dados que revelam a pouca compreensão dessa inter-relação na medida em que, em 2010, houve redução de 21% da verba destinada ao setor de saneamento básico (mais de R\$170 milhões) reservado pelo Ministério da Saúde. MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 242.

¹¹² DINITTO, Diana M.; JOHNSON, David H. **Essentials of social welfare state: politics and public policy**. New Jersey: Pearson, 2012. p. 06-08.

dificultando, inclusive, a correta identificação dos eventuais destinatários das políticas públicas¹¹³.

Em segundo lugar, não obstante possam existir técnicas de análise avançada (o que, conforme se sabe, raras vezes ocorre), os executores de políticas públicas não podem antecipar ou prever as consequências das várias alternativas de políticas públicas, ou calcular o seu custo-benefício quando a questão envolve uma multiplicidade de interesses sociais, econômicos e políticos.

Um terceiro fator é a dificuldade de acesso efetivo da sociedade civil às entranhas dos governos, o que torna praticamente impossível aclarar as necessidades de determinado grupo. Some-se a isso a inescapável constatação de que os executores e gestores de políticas públicas nem sempre são guiados, em suas atividades, a realizar decisões que privilegiem os interesses sociais e sim norteados por questões metajurídicas¹¹⁴ e sociais, em proveito pessoal, dando azo àquilo a que Norberto Bobbio chama de *sottogoverno*¹¹⁵.

Aduza-se o fato de que o próprio aparelhamento burocrático pode servir como entrave para o adimplemento de certas políticas públicas, e, como reflexo, a efetividade dos direitos sociais.

A partir do que foi prelecionado, é natural concluir que somente através das políticas públicas de maneira organizada é possível o alcance dos fins colimados na Constituição Federal, razão pela qual o estabelecimento de prioridades é primordial diante da limitação de recursos, sendo certo que tais opções se inserem não só no âmbito da deliberação política discricionária, mas também recebem o influxo das normas constitucionais¹¹⁶.

O que precisa ser colocado, é que, embora subsista controvérsia a respeito, em princípio a decisão sobre as questões que giram em torno da

¹¹³ “At each level of government, there is always concern about the types of taxes that should be used to generate revenues, who should pay those taxes and how much they should pay, and Who should benefit from them.” DINITTO, Diana M.; JOHNSON, David H. **Essentials of social welfare state: politics and public policy**. New Jersey: Pearson, 2012. p. 22.

¹¹⁴ Tais como status, poder, busca de reeleição, recompensas financeiras, *lobbys* e que tais.

¹¹⁵ Segundo o autor, seria “expressão utilizada para se referir às práticas de favoritismo e corrupção por parte daqueles que detêm o poder com o objetivo de angariar eleitores e consolidar a sua própria posição política”. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 203.

¹¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO Cláudio Pereira; SARMENTO Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 605.

operacionalização das políticas públicas está adstrita democraticamente à resolução das instâncias políticas, o que, de plano, excluiria a apreciação judicial.

A crítica, formulada por aqueles que rechaçam o controle judicial de políticas públicas, lastreia-se filosoficamente na inconsistência da (pres)suposição de que os magistrados teriam acesso a uma verdade diferenciada que os tornaria mais habilitados (eticamente, inclusive) a indicar - em detrimento do princípio republicano da vontade majoritária corporificada no voto popular e na eleição dos governantes - a forma de gerir as políticas públicas e os gastos que as cercam e as possibilitam¹¹⁷.

Ou seja, se o Parlamento não é democrático o bastante o que precisa ser feito é criar espaços mais abertos e plurais para que haja o robustecimento dos elos democráticos e não guindar os juízes a patamares superiores aos do Legislativo por julgá-los mais capazes de decifrar os desígnios populares.

No entanto, parte da doutrina¹¹⁸ reconhece que, apesar desse entrave, é perfeitamente possível que se discuta o “controle de fixação de metas e prioridades, bem como o resultado esperado das políticas públicas”¹¹⁹.

Aliás, Juarez Freitas sustenta a necessidade de se estabelecer uma “hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas” a fim de elidir o atual “quadro patológico de irresponsabilidade que provoca cascatas de danos especiais, anômalos e juridicamente iníquos”.¹²⁰

¹¹⁷ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169 e ss. Ainda com Lenio, o autor questiona de modo percuciente: “Em face disso, a pergunta é inevitável: como é possível que juízes (constitucionais ou não), não eleitos pelo voto popular, possam controlar e anular leis elaboradas por um poder eleito para tal e aplicadas por um Poder Executivo também eleito? O princípio da maioria pode ceder espaço para a supremacia da Constituição que estabelece, em seu texto, formas de controle sobre a assim denominada ‘liberdade de conformação do legislador’?” STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, p. 32, 2002.

¹¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO Cláudio Pereira; SARMENTO Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 607 e ss.

¹¹⁹ Ibid. p. 617.

¹²⁰ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à Jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional Barueri: Manole, 2012. p. 1.

Em tal contexto, é importante recordar que, no Estado Democrático de Direito disciplinado pela Constituição, esta passou a ser exercer o papel de norma fundante do novel modelo de Estado, e, para que houvesse o devido cumprimento dos direitos fundamentais-sociais, foi historicamente imprescindível a estipulação de metas a serem progressivamente alcançadas pelo Estado, corporificadas pelas normas programáticas, caracterizando o que se convencionou denominar de Constituição Dirigente.

Ainda é objeto de discussão se o modelo de Constituição Dirigente permanece adequado para dar azo à função transformadora do Direito ou se já teria “morrido”¹²¹, e neste sentido as normas programáticas seriam ineficazes.

Na verdade o que o autor português quis enunciar é que o modelo de Constituição dirigente não iria perdurar caso se entendesse que por si só fosse instrumento hábil a “operar transformações emancipatórias”.

Em resposta ao debate proposto, Lenio Streck defende que a acepção de dirigismo constitucional ainda persiste, mas sugere que – alinhado à ideia de que cada Constituição está sujeita à sua identidade nacional – seja fomentada a criação de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia¹²², que teria o condão de sedimentar as “condições de possibilidade para o

¹²¹ Conforme sugeriu Canotilho, e que contextualizou tal afirmação em evento promovido pelo grupo Cainã (integrado por juristas de escol tais como Lenio Streck, António Avelãs Nunes, Fernando Scaff, Antonio Gomes Maués, entre outros) no ano de 2002. Os debates do encontro foram reunidos em obra, que remetemos o leitor.

Conforme Canotilho, “Portanto, quando coloca essas questões da ‘morte da Constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer quês estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efectuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a Constituição dirigente não morreu.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2 ed. Rio de Janeiro. Renovar: 2005. p. 31.

Conforme Lenio Streck entenda-se, então, que a afirmação de Canotilho deve ser lida no sentido de que a Constituição Dirigente só estará morta “se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, por si só, operar emancipações transformatórias.” Ibid., p. 81.

Outro autor que igualmente contextualiza a noção de Constituição Dirigente é Fábio Corrêa Souza de Oliveira ao esclarecer que, “A teoria do constitucionalismo diretivo não acalenta a pretensão de compor ou absorver todas as ideias, todos os programas, todos os projetos existentes na sociedade, planos concorrentes, conflituais. Alguns são recusados pela substancialidade da Constituição Dirigente. E isto não é falha, ponto fraco; é virtude, ponto forte. Uma teoria que é tudo, não é nada. Abranger toda a pluralidade é esvair-se nela. Mais uma vez: a democracia não pode tudo, uma deliberação não é justa por ter sido produzida de uma forma comunicativa”. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da Constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 458.

¹²² Ou países periféricos.

resgate das promessas da modernidade incumpridas”, entre elas os direitos fundamentais-sociais¹²³.

No que tange especificamente ao direito à saúde e ao possível controle judicial das políticas públicas que o cercam, embora antes da Constituição de 1988 houvesse resistência, o entendimento atual é de que, em consonância com os novos valores insculpidos no texto constitucional, não subsistem atos blindados contra a análise judicial, o que incluiria aqueles que descrevem políticas públicas neste setor¹²⁴.

Logo, dentro desse espectro de controle estaria inserido o poder-dever de se determinar o cumprimento de medidas anteriormente previstas em lei, em parametricidade constitucional.

O atual entendimento do Supremo Tribunal Federal¹²⁵ é de que há legitimidade jurídica para a revisão de políticas públicas quando houver omissão por parte do Poder Estatal caracterizando inércia estatal inconstitucional, desde que afronte o núcleo do mínimo existencial. Nesses casos o poder público não estaria autorizado a invocar o princípio da reserva do possível.

O posicionamento foi corroborado por ocasião da audiência pública realizada no Supremo Tribunal Federal em abril de 2009 para tratar sobre o caso do direito à

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, p. 56, 2002.

¹²⁴ É o entendimento de Luciana Gaspar Melquíades Duarte em livro especificamente dedicado ao assunto. DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 254.

¹²⁵ EMENTA: Crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao Poder Público. Programa sentinela–projeto acorde. Inexecução, pelo município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo Poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo Poder Judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do supremo tribunal federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República. SANTA CATARINA. RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220. Recurso extraordinário do Ministério Público estadual conhecido e provido. Recurso Extraordinário (RE) nº 482611/SC – Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 23 de março de 2010.

saúde e o seu alcance no Brasil, onde foram convidados diversos segmentos da sociedade para se manifestar sobre o assunto¹²⁶.

Tal situação difere da possibilidade de substituição da formulação de políticas públicas pelos próprios magistrados, que é rechaçada de modo praticamente unânime pela doutrina.

Segundo Eduardo Mendonça¹²⁷, não é permitido aos magistrados, por evidente ausência de legitimidade democrática, elaborar escolhas pertinentes ao melhor emprego dos recursos públicos escassos, uma vez que aqueles não detêm capacidade técnica para, minimamente, considerar as circunstâncias macroeconômicas e avaliar os possíveis efeitos “sistêmicos” das decisões desse jaez.

Lenio Streck¹²⁸ também ressalva que apesar da possibilidade eventual de controle judicial dos direitos sociais o corpo de magistrados no Brasil não está preparado para lidar com questões que envolvam os conflitos transindividuais surgidos com o advento do Estado Democrático de Direito instaurado pela Constituição de 1988, já que a formação da magistratura brasileira foi forjada sob o escudo de arquétipo liberal-individualista.

O que pretende se sustentar aqui, em consonância com o que defendeu Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁹, é que se fuja da polaridade e que se consiga encontrar hermeneuticamente um justo meio entre a tese da mera programaticidade das normas que versam sobre o direito à saúde (o que levaria ao total esvaziamento da norma) e a abusividade dos pedidos formulados (e rotineiramente concedidos) em juízo.

¹²⁶ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde**: contributo para a dogmática do direito à saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 271.

¹²⁷ MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 231.

¹²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 53-54.

¹²⁹ Na audiência pública realizada em abril de 2009 no Supremo Tribunal Federal para discutir os limites do acesso ao direito à saúde. “Hoje mesmo, adeptos à judicialização reconhecem – eu pessoalmente sou um adepto à judicialização, todos sabem, quem acompanha a posição acadêmica – que é necessário superar a era dos extremos, tanto a rejeição da mera programaticidade é necessária quanto também rejeitar e controlar o famoso “pediu-levou”, não importa quem pediu, o que pediu, as consequências da decisão. A busca, portanto, de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado, e de como a judicialização deve ser sensível a ambas as dimensões.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Ingo_Sarlet_titular_da_PUC_pdf>. Acesso em: 03 mar. 2012.

2.5 Possibilidades de Intercessão do Direito com a Economia na Tomada de Decisões pela Administração Pública

No compasso desta discussão é que se entende possível o diálogo entre duas disciplinas, em princípio, tão díspares, mas que se verá não podem ser estudadas de maneira dissociada, que são o Direito e a Economia.

É preciso que se abra espaço para, antes de se debruçar nos reflexos (também, mas não só) econômicos das decisões que envolvem o direito à saúde e também da própria boa governança, se desmitificar as críticas que, por ora, são formuladas quando o assunto é o estudo conglobado do Direito e da Economia.

O enfrentamento de questões e problemas sociais vistos sob a ótica dessas duas Ciências vem ganhando cada vez mais adeptos no mundo e revela um importante exercício de interdisciplinaridade¹³⁰ na busca de soluções possíveis e adequadas. Em exórdio, já antecipando parcialmente o nosso pensamento, o que se defende é que se *respostas hermeneuticamente adequadas* existem¹³¹, estas não podem/devem ser buscadas tão somente no mundo jurídico sem que se analise o largo espectro de relações e consequências que advém das soluções encontradas no interior do Direito.

Assim sendo, se, por um lado, o Direito tem como função regular o comportamento humano, objetivando uma coexistência social a mais pacífica possível, por outro lado a Economia objetiva precipuamente a análise das decisões diante do fato e da constatação de que os recursos existentes são escassos.

Na confrontação dos elementos econômicos e jurídicos, temos que a Análise Econômica do Direito (AED) corresponde à utilização dos instrumentos normalmente usados pela Ciência Econômica na avaliação e na aplicação das normas jurídicas, mais precisamente no que concerne aos efeitos econômicos esperados em decorrência de uma norma jurídica, bem como o estudo em torno das principais consequências jurídicas em virtude de certas práticas econômicas.

¹³⁰ Interdisciplinaridade essa que é festejada quando outros campos de interesses são conjugados, como, *v.g.*, nos binômios Direito-Ciência Política, Direito-Sociologia, Direito-Psicologia, Direito-Psicanálise e até mesmo na saudável busca de linguagem comum entre as Artes e o Direito, haja vista os estudos do Direito e Literatura (pioneiramente analisado nos estudos do PPg da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS) e Direito e Cinema, já incorporado em Congressos e fomentado por vários Centros de Pesquisas no Brasil.

¹³¹ E acreditamos fielmente nisso em perfeito alinhamento à doutrina (por todos, Lenio Streck) esposada por aqueles que rebatem a multiplicidade de respostas possíveis sustentadas pelos defensores da Argumentação Jurídica de Alexy.

É também a linha de pensamento dos sociólogos Michel Crozier, Samuel P. Huntington e Jogi Watanuki¹³², ao ressaltarem a relevância da economia política para o centro das discussões acerca da governabilidade, inclusive no que tange à teoria da escolha pública¹³³, posição esta corroborada por Vanice do Valle¹³⁴.

Outrossim, é relevante sublinhar, a respeito da AED, que a mesma não se reduz às áreas do Direito que tradicionalmente guardam uma estreita relação com a Economia¹³⁵, mas que atualmente quase todas as disciplinas do Direito vêm sendo contempladas com importantes trabalhos preparados sob a ótica da AED. As razões para que se proceda a tais tipos de estudos conjuntos foram muito bem sintetizadas na *Apresentação* da obra organizada por Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn¹³⁶, assim determinadas:

Cada um de nós que atua individualmente nas respectivas áreas tende a desconhecer as contribuições das demais. A sentida necessidade de promover mudanças institucionais de fundo nos leva a repensar o isolamento, buscando estabelecer pontes conceituais e criar, por consequência, mecanismos de comunicação entre as áreas da especialidade [...].

O Direito ao dispor sobre regras de conduta que norteiam as relações pessoais deverá considerar os impactos econômicos que delas derivarão, os reflexos sobre a alocação de recursos e os “incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados”.¹³⁷ Já a análise econômica deverá levar em conta a estrutura normativa em que estão situados os agentes, de maneira a não alcançar soluções imprecisas ou incorretas por não ponderar os possíveis embaraços impostos pela Ciência Jurídica aos agentes econômicos.

À guisa de esclarecimento e reforço da ideia antes esposada sobre a multiplicidade de sentidos que se encerra quando nos referimos à AED, explicamos que a análise econômica pode se restringir à cognição dos efeitos de uma tomada

¹³² CROZIER, Michel; HUNTINGTON, Samuel P., WATANUKI Jogi. **The crisis of democracy**. New York: New York University Press, 1975. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/8317647/The-Crisis-of-Democracy-Michel-Crozier-Samuel-Huntington-Jogi-Watanuki>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

¹³³ Explicada adiante quando especificarmos o conteúdo das quatro principais Escolas da AED.

¹³⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 29. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

¹³⁵ Destacamos, à guisa de exemplificação, o Direito Empresarial e Direito da Regulação.

¹³⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. vi.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 3.

de decisão e de suas alternativas (quando, então, teríamos o que se costuma denominar de “economia positiva”), ou, em outro polo, pode buscar a decisão que se considera a mais apropriada para a resolução de um problema (quando se estará tratando da “economia normativa”).

Tratando do tema, Jean-Paul Maréchal¹³⁸ afirma que, em relação a essa cisão conceitual,

a primeira teria por função explicar os aspectos observáveis da realidade econômica enquanto a segunda emitiria juízos de valor sobre os sistemas econômicos, juízos que desembocam em recomendações de modificações pontuais ou estruturais do sistema em questão¹³⁹.

Nesse momento, não seria possível prosseguir (sob pena da adoção de uma postura leviana e irresponsável no enfrentamento do tema da efetividade do direito à saúde) sem se tecer comentários a respeito das pesquisas que vêm sendo realizadas na AED¹⁴⁰.

Entretanto, para sermos fiéis ao debate, é imperioso trazer a lume as críticas corriqueiramente apresentadas em oposição aos adeptos da AED.

Sustenta-se a importância da autonomia do Direito, enquanto arquétipo representativo da força normativa de um direito produzido democraticamente. De

¹³⁸ MARÉCHAL, Jean-Paul. **Éthique et économie**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005. p. 44.

¹³⁹ Corroborando o aduzido acima trazemos o pensamento de Joseph Stiglitz que sustenta, *in verbis*: “A economia positiva estuda o modo de funcionamento da economia. Os desacordos em matéria de economia positiva incidem essencialmente na escolha do modelo adequado da economia ou do mercado em questão e nas avaliações quantitativas relativas a este modelo. A economia normativa trata do caráter mais ou menos desejável de diferentes ações. Os desacordos em matéria de economia normativa incidem essencialmente nas diferenças nas escalas de valores, logo, sobre a importância a atribuir aos custos e vantagens que resultam de diferentes ações.” STIGLITZ, Joseph. **Principes d'économie moderne**. Bruxelas: De Boeck Université, 2000. p. 22.

¹⁴⁰ Necessário, pois, aduzir que não será o escopo desse trabalho o aprofundamento nos estudos da AED, mas a abordagem dessa teoria revela-se inexorável diante do fato do direito à saúde (este sim, pano de fundo essencial da Tese) ser um direito prestacional e, por isso, demandar elevadíssimo deslocamento econômico-financeiro estatal. Iguamente não podemos perder de vista que a Boa Governança (objeto desta pesquisa) teve sua origem a partir dos estudos desenvolvidos no *International Institute for Economy*, como já dissemos anteriormente. Aliás, frise-se que se trata do direito fundamental social constitucionalmente previsto (art. 196 e ss., CR/88) que exige o maior dispêndio de verba pública dentre todos os demais. Por isso mesmo, a Economia não pode (mais!) ficar alheia a essa discussão, sobretudo por ser considerada, segundo Bruce Ackerman “o mais importante desenvolvimento na academia jurídica no século XX”. ACKERMAN, Bruce Law. Economics and the problem of legal culture. **Duke Law Journal**, Durham, n. 6, p. 929-934, 1986. Assim também se manifesta Bruno Salama ao sustentar que a AED é o “movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado”. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Beneti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 50.

acordo com tal argumentação, não obstante as dimensões políticas e econômicas tenham forjado as características da dimensão jurídico-normativa, é importante a assunção da autonomia do Direito dentro do Estado Democrático Constitucional para que este não seja destruído pela Moral, Economia e Política.

Esta autonomia do Direito funcionaria como um escudo contra eventuais intromissões indevidas de um subsistema nos demais, sendo a sua própria condição de possibilidade. Em outras palavras, o Direito não poderia ser guiado apenas por interesses mercadológicos.

Porém, sustentamos que, em alguns momentos, o intercâmbio entre esses campos de conhecimento é imprescindível, não podendo haver, na Constituição (representação que é da força política e da superioridade axiológica), regras que não demonstrem também esse cariz dirigente e compromissório¹⁴¹.

Se por um lado respeitamos tal linha de pensamento, que demonstra a preocupação em garantir e preservar a autonomia do Direito, em outra ponta não podemos assentir que o Direito seja uma disciplina autossuficiente, sem dialogar com outras Ciências, na busca de soluções de problemas comuns.

As objeções são pertinentes e muito bem fundamentadas, mas, no entanto, não se pode perder de vista a realidade da escassez de recursos para o atendimento de todas as demandas sociais, em especial no que diz respeito ao direito à saúde, que talvez seja o direito de segunda dimensão que mais desemboque no Poder Judiciário bem como nos elementos comuns que tangenciam a Boa Governança e a Economia.

Aliás, tais críticas, é bom que se revele, são rebatidas por Canotilho¹⁴² que traz para a discussão o que ele denomina de “paradoxia da autossuficiência das normas jurídico-constitucionais”, especialmente no que tange ao “superdiscurso social em torno dos direitos fundamentais”. Para esse autor, é imperioso que se

¹⁴¹ Tentaremos demonstrar no decorrer da presente Tese que, ao contrário do que se argumenta, outros campos cognitivos (Economia e Filosofia) podem ser aliados ao Direito na busca de soluções para problemas que desembocam no cenário jurídico. No caso da Economia, que pelo instrumental técnico que abrange, pode contribuir para a análise econômica das decisões (subjetivas) que já vem sendo levantadas em diversos segmentos doutrinários, e que não obstante não se nomine tais estudos de AED, e ainda assim o são.

¹⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J.J Gomes; GONÇALVES, Marcus Orione; CORREIA, Érica Paulal Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 13.

proceda a uma leitura crítica do constitucionalismo dirigente, e, para tanto, não se pode descartar a certeza de que o Direito é (também) Política e Economia.

Conforme bem delinea Armando Castelar Pinheiro, “o Direito e a Economia, ao diluírem suas diferenças, tornam-se essenciais um para o outro¹⁴³”.

Especificamente em relação ao direito à saúde, Canotilho¹⁴⁴ é expressamente receptivo à incorporação de outras fontes de saber para a compreensão do Direito. *In verbis*:

Se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direcção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização ou esquemas reguladores e de direcção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação). E a conclusão parece-nos clara: a governação clínica (*clinical governance*) é um esquema de boas práticas concretizador do direito à saúde.

Oportuno, assim, é enriquecer a pauta de discussão e trazer, de maneira breve e incidental, os argumentos esposados pela linha de pensamento denominada de Análise Econômica de Direito.

A AED é o movimento surgido de maneira embrionária na Universidade de Chicago na década de 1960, e que teve, por escopo principal, importar referenciais da Ciência Econômica para trazer contribuições no enfrentamento de problemas atinentes ao Direito.

Entretanto, esclareça-se que tal movimento não foi uníssono, surgindo, a partir da Escola de Chicago, outras correntes¹⁴⁵, mesmo em sentidos opostos, para a tentativa de resolução do mesmo problema ou caso concreto¹⁴⁶.

¹⁴³ PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005. p. 32.

¹⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J.J Gomes; GONÇALVES, Marcus Orione; CORREIA, Érica Paul Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 29.

¹⁴⁵ Que pela proposta da Tese e para sermos fiéis à linha de pesquisa desta Instituição que ora representamos como discente, falaremos bem brevemente sobre as Escolas da AED.

¹⁴⁶ Conforme Morais da Rosa e Aroso Linhares: “A Law and Economics procura analisar estes campos desde duas miradas: a) «positiva»: impacto das normas jurídicas no comportamento dos agentes econômicos, aferidos em face de suas decisões e «bem-estar», cujo critério é econômico de «maximização de riquezas»; e, b) «normativa»: quais as vantagens (ganhos) das normas jurídicas em face do «bem-estar social», cotejando as consequências. Dito de outra maneira, partindo da racionalidade individual e do «bem-estar social» - maximização de riqueza, - busca responder a dois questionamentos: a) quais os impactos das normas legais no comportamento dos sujeitos e Instituições; e b) quais as melhores normas.” ROSA, Alexandre Morais da;

Passemos, então, de uma maneira bastante breve, a mencionar as principais escolas da AED e as diversas formas de abordagem pelas quais estas se alinharam. Relativamente recente, e como decorrente do artigo publicado, há cinquenta anos, por Ronald Coase¹⁴⁷, a AED possui quatro vertentes principais, a saber.

Em primeiro lugar a Escola Neoinstitucional, assim denominada em razão de sua ligeira semelhança com o pensamento dos economistas “institucionalistas” (ou “institucionais”) do princípio do Século XX, tem como principal elemento definidor o estudo a respeito dos custos de transação e os custos da agência.

Tendo sido deflagrado a partir dos escritos de Ronald Coase no que concerne aos custos de transação, os neoinstitucionalistas sustentam que todas as transações possuem um custo, uma vez que os participantes utilizam-se de tempo e de recursos os mais variados para os fins de alcançarem as informações necessárias para a formulação e o desenvolvimento dos seus planos, negociais ou não.

Uma segunda linha de pensamento que se propõe a estudar essa temática é a Escola de Chicago, surgida na Universidade americana de mesmo nome, é considerada como a mais importante dentro da AED¹⁴⁸, e que tem como um dos vetores mais relevantes de sua pesquisa a teoria da análise marginal às decisões jurídicas.

Considerando-se, então, a relevância da análise marginal para a exata compreensão das ideias desenvolvidas pela Escola de Chicago, faz-se mister uma pequena explicação do que se trata a “análise marginal”¹⁴⁹. Esta significa uma ponderação entre os custos comparados com os benefícios, relacionados a uma questão de quantificação. Paul Krugman¹⁵⁰, em seus estudos a respeito do tema, menciona que as decisões marginais envolveriam um *trade-off*, isto é, as situações que necessariamente foram postas de lado a partir da eleição de um caminho (uma solução jurídica, a escolha de um bem etc.) em detrimento dos demais.

LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogo com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 55-57.

¹⁴⁷ COASE, Ronald H. The problem of social cost. 3. **Journal Law & Economics**, [S.l.], n. 1, 1961.

¹⁴⁸ Até mesmo pela enorme produção científica e literária sobre o assunto.

¹⁴⁹ Assim, por exemplo, no estudo para um concurso público, um candidato tem uma série de disciplinas e assuntos a pesquisar. Desta maneira, a escolha em estudar mais tempo (uma hora a mais) Direito Constitucional, em detrimento do Direito Administrativo (disciplina que passaria a estudar uma hora a menos em razão da mudança no ritmo de estudo do Direito Constitucional), corresponde ao que na Economia se denomina de decisão marginal.

¹⁵⁰ O mencionado autor afirma o seguinte: “Elas envolvem um *trade-off na margem*; comparar custos e benefícios de um pouco mais em uma atividade *versus* um pouco menos. O estudo de tais decisões é conhecido como *análise marginal*”. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 7.

Em terceiro lugar temos a Escola da Decisão Pública (ou da “Public Choice”, também denominada “Escola de Virgínia”), que teve como corifeu James Buchanan que centra suas atenções e a sua teoria da “maximização dos próprios interesses” na análise econômica aplicada à tomada de decisões fora do mercado (*non market decision making*). Sustenta-se aqui que cada ator toma suas decisões levando em conta a maximização dos seus próprios interesses, ainda que a conjugação de inúmeros interesses particulares possam atender a certas necessidades relacionadas a interesses coletivos.

Entretanto diante da ciência de que os interesses coletivos não necessariamente estão alinhados aos interesses públicos, tem-se que a “*public choice*” sublinha justamente os embaraços encontrados para se comutar preferências privadas a preferências públicas, sobretudo pela dificuldade de eleição de um método de escolha (unanimidade ou maioria) legítimo¹⁵¹.

Por fim¹⁵², citamos a Escola de Yale, cujo expoente é Guido Calabresi, sendo importante salientar que enquanto a Escola de Chicago defende abertamente a adoção da assim conhecida como “economia positiva”, a Escola de Yale segue uma linha de pensamento diversa, defendendo a aplicação de conceitos e valores ligados à “economia normativa”.

Em decorrência disto, de acordo com os adeptos das ideias preconizadas pela Escola de Yale, ao invés de meramente traçar os efeitos de um programa, impende-se comparar o grau em que as várias propostas atendem aos objetivos pretendidos, assim como é preciso que seja realizada a valoração dos reflexos advindos da adoção de cada uma das possibilidades em questão, fazendo-se uso, para tanto, dos mais variados modelos econômicos¹⁵³.

¹⁵¹ Jean-Paul Maréchal, **Éthique et économie**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005. p.28.

¹⁵² E para não nos estendermos demais nas minúcias da AED, apenas trazidas à baila pela relevância no desenvolvimento do tema.

¹⁵³ Entretanto dentro desse espectro esclareça-se que, a rigor, não existe antagonismo entre a “economia normativa” e a “economia positiva”, mas, conforme oportunamente acentuado por Jean-Paul Maréchal, não se pode negar que “apesar da sua perfeita complementaridade, a economia positiva e a economia normativa não partilham o ensino e a investigação econômica em pé de igualdade”. MARÉCHAL, Jean-Paul. **Éthique et économie**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005. p. 46. Na página seguinte, em interessante quadro comparativo, Maréchal refere-se à clássica categorização de Emmanuel Kant (*In: Fundamentos da Metafísica dos Costumes*) em *imperativos hipotéticos* e *imperativos categóricos*, para afirmar que estes pertencem respectivamente à categoria dos enunciados descritivos e àquela aos enunciados normativos, afirmando expressamente que, no “*campo da análise econômica, os imperativos da*

Feitas essas considerações relevantes para avançarmos no tema e na busca de alcance de significado comum para esses dois campos cognitivos distintos (Direito e Economia), mas que tem como semelhança o fato de lidarem com ‘problemas de coordenação, estabilidade e eficiência na sociedade’¹⁵⁴, temos que reconhecer que, por serem ciências com ambientes de estudo tradicionalmente diferentes, vocabulários próprios, sem dúvida a comunicação entre economistas e juristas tende a ser árdua¹⁵⁵.

Conforme expusemos, diante do modelo dirigente¹⁵⁶ assumido pela Carta de 1988, e que tinha por escopo reconstruir o Estado Democrático de Direito e, finalmente, concretizar os preceitos do *État Providence*¹⁵⁷, muitas demandas sociais antes submersas vieram à superfície, estimuladas pela esperança de um Judiciário mais intervencionista e que teria ocupado uma parcela do vazio deixado pelo Executivo no que tange às políticas públicas.

Neste cenário, então, não se pode descurar de que o acoplamento estrutural entre esses dois mundos (Economia e Direito), com regras e elementos próprios, deve subsistir sem permitir que o Estado se torne “refém dos grandes conglomerados econômicos¹⁵⁸”.

A análise de eventuais repercussões econômicas no centro das decisões jurídicas não pode implicar o desprezo pela dignidade humana e solidariedade entre os povos.

O perigo de tal discurso é que o Direito, conglobado com fatores econômicos, correria o risco de ficar em permanente desvantagem. Os sentidos que podem ser atribuídos para o mesmo caso apresentado podem ser decididos de modo diametralmente oposto dependendo do referencial utilizado. No caso do

economia positiva são imperativos hipotéticos (<Para reduzir a especulação sobre as divisas é necessário criar a taxa Tobin>...), os da economia normativa são imperativos categóricos (<É necessário repartir equitativamente a riqueza produzida>...).

¹⁵⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Beneti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49.

¹⁵⁵ Isto porque enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; se o Direito é preponderantemente hermenêutico, a Economia é empírica; O Direito tem como elemento volitivo a Justiça, a Economia, pretende ser “científica”. O foco da Economia (e seus aspectos críticos) é o custo, e o Direito centra suas forças na legalidade. LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 271. Fato este também devidamente ressaltado no artigo de Salama, supracitado. SALAMA, op. cit. p. 49.

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994 .p. 11

¹⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do Estado**. 5 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 99.

¹⁵⁸ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999. p. 114.

Direito, terão maior preponderância, na maioria das vezes, os critérios de justiça, igualdade e legalidade. Já na Economia pela própria natureza que constitui as tradições desse campo de conhecimento, sempre a aferição terá como parâmetro critérios de eficiência, em uma relação de “custo-benefício”¹⁵⁹.

Sendo assim, os critérios econômicos não podem isoladamente ser a *prima ratio* a conduzir o agir Administrativo, Estatal (Político, portanto) e Jurídico.

Isto porque, conforme pontua José Reinaldo de Lima Lopes¹⁶⁰, “pode ser que seja mais eficiente economicamente abandonar parte da população à própria sorte¹⁶¹, eliminar sujeitos não desejados, impedir acesso de etnias a certos lugares e assim por diante”.

Tal raciocínio é corroborado pela doutrina de Kant¹⁶², que ensina que “no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.

Necessário frisar que se deve desconstituir o senso comum de que a utilização da Economia no Direito está necessariamente dissociada de considerações éticas, o que não procede diante da multiplicidade de Linhas de pensamento dentro da AED¹⁶³.

Por tudo isso é que assume importância ímpar a discussão acerca do grau de interconexão possível entre esses universos, e, igualmente o grau de incerteza

¹⁵⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006. p. 271.

¹⁶⁰ Ibid. p. 271-272.

¹⁶¹ Raciocínio também defendido por Avelãs Nunes. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 84.

¹⁶² KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martins Claret, 2006. p. 65. (Estado e Constituição, 12).

¹⁶³ Citando Posner, “[...] A análise econômica do direito possui tantos aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas. [...] as pessoas sem conhecimento de economia tendem a associar a economia a dinheiro, capitalismo e egoísmo, a uma concepção reducionista e irrealista das motivações e do comportamento do homem, bem como a um espantoso aparato matemático e uma queda por conclusões cínicas, pessimistas e conservadoras. A economia ganhou o apelido de ‘ciência maldita’ devido à tese de Thomas Malthus de que a fome, a guerra e a abstinência sexual eram os únicos meios de conter o crescimento da população e a falta de alimentos. A essência da economia, porém, não consiste em nada disso. É, em vez disso, algo extremamente simples, ainda que a simplicidade seja enganadora. O simples pode ser sutil e pouco intuitivo. Sua antítese é o ‘complexo’, não o ‘difícil’.” POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 9.

das decisões judiciais no campo econômico e o modo de reduzir a complexidade desse efeito temporal.

Mas nem por isso pode-se descartar as contribuições que a Economia possa apresentar na solução dos vários problemas jurídicos como a má governança enquanto obstrutora dos direitos fundamentais-sociais, e, em especial, no que tange ao direito à saúde, o quanto de nocivo para a Democracia brasileira podem ser as decisões produzidas de maneira *ad hoc* que tratam sobre tal direito, sem avaliar os reflexos macroeconômicos destas para a própria (in)efetividade do direito à saúde, se enxergadas globalmente e não só nos estreitos limites de uma determinada decisão que esteja versando sobre um caso em particular.¹⁶⁴

2.5.1 A Eficiência Econômica

Prestados esses necessários esclarecimentos, pode-se afirmar, então, que a Escola de Chicago parte do suposto de que, antes de tomar uma determinada decisão, todo interessado fará uma análise (e cálculo) entre os benefícios que a decisão em certo sentido lhe proporcionará e os custos em que deverá incorrer para que possa obter o benefício esperado.

Afirmando que a principal função do Direito, em uma perspectiva de possibilitar a maximização de benefícios, deve ser a de alterar os incentivos porventura existentes, a Escola de Chicago adota a ideia de eficiência segundo o critério de Hicks-Kaldor, também conhecida como da “maximização de riqueza ou do bem-estar”. Seguindo-se a teoria desenvolvida por Hicks-Kaldor, uma mudança jurídica será eficiente, e portanto justificável, sempre que as vantagens obtidas,

¹⁶⁴ Tal fato é demonstrado, inclusive, quando nos debruçamos na leitura da obra de Avelãs Nunes e Fernando Scaff. Com base em um minucioso estudo feito pelos autores, *v.g.*, se tomássemos por base (apenas) duas doenças que afetam 1% da população brasileira (aproximadamente, 1,9 milhões de brasileiros), quais sejam: a hepatite viral crônica C e a artrite reumatoide, e se dentro desse universo de pacientes, todos ingressassem com ações judiciais (e ao final, tivessem êxito) buscando o fornecimento pelo Estado do medicamento mais moderno atualmente no mercado, tal situação implicaria um verdadeiro “rombo” no orçamento nacional de saúde, gerando um *deficit* de mais de 12 BILHÕES de reais. Isto – lembremos! - para o custeio de somente duas doenças, sem contar nas demais mazelas existentes, para as quais são deferidas tantas outras decisões judiciais. Fazer essa análise lógica É ingressar no terreno da AED, mesmo que não se admita isso, expressamente. NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 60. (Estado e Constituição, 12).

pelos que saíram ganhando da situação, for superior às desvantagens suportadas pelos “perdedores”.¹⁶⁵

Dentro da Escola Econômica Neoclássica, três são os pilares de sustentação, a saber: a escolha racional, o equilíbrio e a eficiência.

Assim sendo, a principal relevância dos estudos da AED¹⁶⁶ é, em grande parte, o de refletir sobre as consequências que podem ser razoavelmente esperadas diante de uma determinada escolha feita.

Amartya Sen¹⁶⁷ é contundente ao afirmar que a eficiência (econômica) não pode ser analisada sem igualmente estar conglobada com a equidade, valor tão caro ao Direito.

Ressalte-se, por oportuno, que a eficiência não deve ser assimilada tão somente à maximização de lucros, mas sim como o caminho que ultimar-se-á na persecução dos fins colimados pelo Estado¹⁶⁸.

O conceito de eficiência, sob esse prisma, está indiscutivelmente impregnado dos valores finalísticos que estão descritos no dispositivo legal.¹⁶⁹

A legalidade abandona seu caráter meramente formal merecendo um redimensionamento que, do mesmo modo, valorize os objetivos que devem ser

¹⁶⁵ Cf. Richard A. Posner, ao tratar do tema, cuida da utilização deste tipo de eficiência como um critério para estabelecer as regras dos precedentes nas decisões judiciais, ligando a ideia de consentimento ao que denominou de “compensação *ex ante*”. Baseando-se no argumento de que será maior a maximização de riqueza em sociedades com mercados abertos e livres, comparativamente com as sociedades fechadas, o autor mencionado afirma que o direito que envolve os precedentes judiciais representa um mecanismo de preços designado para estabelecer uma designação eficiente de recursos no sentido de Hicks-Kaldor. POSNER, Richard. A. **Economic analysis of law**, 5. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001. p. 99. Este entendimento parece ser também o adotado, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal, mormente nas atuais questões que envolvem repercussão geral, súmulas vinculantes, entre outras.

¹⁶⁶ Que repetimos, não será o elemento norteador da Tese.

¹⁶⁷ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 161.

¹⁶⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 297.

¹⁶⁹ Conforme Alexandre Aragão, “as necessidades da eficiência, na qual está contida, como veremos, a economicidade, não devem ser solucionadas pelo menosprezo à lei (aqui, naturalmente, entendida como “bloco de juridicidade”), mas sim pela valorização dos seus elementos finalísticos. É sob este prisma que as regras legais devem ser interpretadas e aplicadas, ou seja, todo ato, normativo ou concreto, só será válido ou validamente aplicado, se, ex vi do Princípio da Eficiência (art. 37, caput, CF), for a maneira mais eficiente ou, na impossibilidade de se definir esta, se for pelo menos uma maneira razoavelmente eficiente de realização dos objetivos fixados pelo ordenamento jurídico”. Ibid., p. 300.

perseguidos pela Administração Pública no Estado Democrático de Direito¹⁷⁰, que não só deve buscar a realização dos fins coletivos, mas também o desempenho de tais atividades de maneira que se revele menos onerosa para o Estado, situação expressa como *economicidade*.

O caráter da economicidade, conforme salienta Diogo Figueiredo Moreira Neto, não obstante tenha sido engendrado para utilização na fiscalização contábil, financeira e orçamentária¹⁷¹, deve ser entendido como verdadeiro princípio geral do Direito Administrativo, tendo em vista o seu grau de importância para a gestão interna da Administração Pública¹⁷².

Na verdade, o que tal posicionamento sustenta é a releitura do princípio da legalidade, que seria, além de formal, finalística e material.

No que tange ao estudo dos direitos sociais (saúde em especial), mais que em qualquer outro segmento do Direito, é imprescindível a discussão sobre o grau de interferência da Economia no Direito, propiciando uma abertura metodológica quanto às formas de lidar com a escassez de recursos, bem como no plano jurisdicional, com o modo de produção de respostas dos juízes quando tais direitos são judicializados.

Enfatizando o que já foi exposto anteriormente, essa opção não deriva da (inexistente) sobrevalorização da Economia sobre o Direito (ou vice-versa), mas sim da imperiosa tomada de consciência dos operadores do Direito que devem proceder a uma hermenêutica que considere os aspectos econômicos, o que possibilita fomentar justamente os ditames prelecionados na Constituição.

O manejo dos bens e políticas públicas na saúde com intuito de garantir o direito da maneira mais justa possível (equidade), tanto para aqueles que optam pela via judicial, como aos que (voluntariamente ou não) se encontram à margem das decisões judiciais,

¹⁷⁰ Economicidade que, para parcela da doutrina, é erigido inclusive a subprincípio da eficiência. ARAGÃO, Alexandre Santos de. interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 297.

¹⁷¹ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Art. 70, *caput*: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, **economicidade**, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.” (grifo nosso)

¹⁷² ARAGÃO, op. cit., p. 301.

neste sentido, não pode prescindir do estudo sobre o que seria a melhor maneira (eficiência econômica) para o alcance do resultado esperado constitucionalmente¹⁷³.

Apesar das críticas ferrenhas formuladas por autores de peso, como é exemplo o Dworkin¹⁷⁴, que repelem o consequencialismo como ferramenta importante a ser utilizada na resolução dos casos concretos, ainda assim faz-se necessário buscar os elos entre a eficiência econômica e a eficiência jurídica. Criticando a utilização da eficiência econômica como critério a ser utilizado, o autor argumenta que a eficiência econômica nem sempre está associada à compreensão de bem-estar¹⁷⁵.

Porém rebatendo as críticas de Dworkin com Richard Posner (seu maior antagonista), e ainda defendendo – ainda que circunstancialmente – a utilização de elementos de eficiência econômica, argumenta-se que:

[...] o trabalho do economista no que se refere às políticas e práticas acerca do interesse público, tanto as vigentes quanto aquelas que se propõem, consiste essencialmente em advertir-nos sobre as consequências que os não economistas tendem a negligenciar e que, frequentemente, embora nem sempre, são adversas ou no mínimo onerosas. Essa aplicação da economia deve ser bem-vinda pelos advogados que julguem importante descobrir quais são as consequências reais das doutrinas e instituições jurídicas, inclusive aquelas que os profissionais do direito consideram intocáveis¹⁷⁶.

No que concerne especificamente à busca da eficiência econômica na aplicação do direito à saúde, é preciso que se afirme que recentemente foi

¹⁷³ “O argumento dos ‘bens públicos’ para que se vá além do mecanismo do mercado suplementa as razões para a provisão social originadas da necessidade de capacidades básicas, como no caso dos serviços básicos de saúde e das oportunidades educacionais. Assim, considerações sobre a eficiência suplementam o argumento em favor da equidade quando se defende a assistência pública na provisão de educação básica, serviços de saúde e outros bens públicos (ou semipúblicos).” ARAGÃO, Alexandre Santos de. interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 172

¹⁷⁴ Para o autor, trata-se de decorrência de outra corrente denominada de “pragmatismo jurídico” e que seria capitaneada pelo seu maior adversário, Richard Posner, a quem ele inclusive chama de “cínico dogmático”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 120.

¹⁷⁵ “Uma descrição mais fácil e geral do pragmatismo consiste em apresentá-lo como uma teoria da decisão judicial: seus postulados sustentam que, para decidir os casos que se lhes apresentam, os juízes devem recorrer a um estilo consequencialista e voltado para o futuro. Eles devem tomar qualquer decisão que seja melhor para o futuro da comunidade sem levar em consideração as práticas do passado enquanto tais. Qualquer versão mais precisa de pragmatismo deve especificar uma concepção particular de consequencialismo: deve especificar o modo de decidir quais seriam as melhores consequências de uma decisão.” Ibid., p. 32.

¹⁷⁶ POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 33.

promulgada a Lei nº 12.401¹⁷⁷ de 28 de abril de 2011, cujo objetivo precípua é justamente estabelecer diretrizes para otimizar a oferta de novos tratamentos médicos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), com intuito de buscar conter o avanço progressivo dos gastos do Executivo com esse direito social em particular.

Portanto, e à guisa de ilustração, nada impede que, em homenagem à eficiência e economicidade, o intérprete e magistrado, ao efetuar o ato *decidendi* em ação que verse sobre o direito à saúde, com pedido de entrega de remédios pelo Estado ao paciente, além da eficácia do próprio remédio e das condições econômicas do requerente, realize também investigação sobre medicamento menos oneroso aos cofres públicos (v.g, genéricos) que apresente resultado medicinal semelhante, sendo certo que o juiz não deve, sem justificação técnica razoável, julgar tendo em conta a “marca” do produto¹⁷⁸.

Porém, antes de tudo, é preciso que se verifique como a Constituição Federal trata sobre a eficiência econômica, ou se ao revés, e se é possível extrair-se, do seu próprio texto, conteúdos semânticos que amparem interpretação que privilegie também a eficiência econômica.

2.5.2 A Eficiência Jurídica

Como se sabe, a Constituição Federal prevê, no seu art. 37¹⁷⁹, *caput*, mandamento expresso para que a Administração Pública, em todas as esferas da Federação e dentro dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), observe os princípios norteadores da atividade pública, entre eles o da eficiência.

O princípio da eficiência não foi albergado na Constituição por obra do constituinte originário, mas foi introduzido no sistema jurídico constitucional por força da Emenda nº19/98, e que, segundo a doutrina, “consubstancia a exigência de que os gestores da coisa pública não economizem esforços no desempenho dos seus encargos, de modo a otimizar o emprego dos recursos que a sociedade destina para

¹⁷⁷ Norma que alterou a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990.

¹⁷⁸ Mesmo porque é sabido, que há enormes *lobbys* de indústrias farmacêuticas incentivando a judicialização da saúde, para aumentar seus lucros, não devendo o magistrado servir de marionete para interesses menos nobres.

¹⁷⁹ Constituição da República de 88, art. 37, *caput* - 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.

a satisfação das suas múltiplas necessidades; numa palavra; que pratiquem a ‘boa administração’, de que falam os publicistas italianos”¹⁸⁰.

Há que se questionar, então, a partir dessas breves definições, se é possível encontrar “espaços de convivência” entre os critérios de eficiência econômica, ou se, ao contrário, tais conceitos são absolutamente inconciliáveis.

Para encontrarmos resposta a essa questão, inevitável recorrer-se às lições de Gadamer e sua contribuição à guinada interpretativa (*ou virada hermenêutica*) cuja premissa principal se escora na ideia da onipresença da interpretação. É a partir da hermenêutica filosófica de Gadamer que a reflexão do Direito sob a direção da interpretação enquanto estrutura ‘fundamental da existência finita e inscrita na história’¹⁸¹.

Assim sendo, todo conceito e definição do Direito deve estar indissociavelmente vinculado ao elo da interpretação (elemento hermenêutico) que entenda que tal momento não é algo dado e realizado externamente.

Impende recordar que o próprio exercício hermenêutico exige do intérprete um esforço de traduzir os signos da linguagem, conferindo-lhes um sentido específico (*Sinngebung*)¹⁸². Este sentido que não pode ser atribuído de modo arbitrário pelo intérprete, como se texto e norma estivessem dissociados, já que o movimento de viragem hermenêutica funda como seu principal pilar, justamente, a superação do paradigma da filosofia de consciência.¹⁸³

A interpretação, pois, que dentro desse novo prisma hermenêutico só se revela após a compreensão, que exige como condição de possibilidade a pré-compreensão, esmiuçada sobre a tríade da *posição prévia*, *visão prévia* e *concepção prévia*¹⁸⁴, formando então uma unidade inseparável.¹⁸⁵

¹⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 834.

¹⁸¹ Ibid., p. 396.

¹⁸² STRECK, Lenio Luiz. Verbete sobre “Hermenêutica Jurídica” In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 430.

¹⁸³ Ibid., p. 431-432.

¹⁸⁴ Ibid., p. 431.

¹⁸⁵ Gadamer define: “A interpretação não é um ato posterior e ocasionalmente complementar à compreensão. Antes, compreender é sempre interpretar, e, por conseguinte, a interpretação é a forma explícita da compreensão. Relacionado com isto está também o fato de que a linguagem e a concpetualidade da interpretação forma reconhecidas como um momento estrutural interno da compreensão; com isso o problema da linguagem que ocupava uma posição ocasional e marginal passa a ocupar o centro da filosofia.” GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 406. Também em Duque-Estrada: “Essa é, segundo Gadamer, a estrutura universal da experiência hermenêutica. Será sempre uma ilusão supor que a lei, esteja, em si mesma, já disponível para todos, antes de toda e qualquer aplicação que se faça dela.” DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Hans-Georg

Contudo, é imperioso aduzir que a pré-compreensão (ou pré-conceito) identifica-se como avaliação que precede à decisão, mas não exprime “falso juízo”, consubstanciando na perfeita integração do intérprete ao texto, como aliás adverte o próprio Gadamer¹⁸⁶.

A partir desse trajeto hermenêutico, onde se busca não a vontade do legislador (muitas vezes impossível de ser alcançada), mas ao menos o ambiente no qual foi projetada a norma em comento, é que se deve trazer ao debate as condições nas quais foi elaborada a Emenda Constitucional nº 19, datada de 04 de junho de 1998.

A Emenda em comento, que inseriu a eficiência como um dos vetores interpretativos a partir dos quais a Administração Pública deve ser analisada, surgiu sob a égide do Governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, que procurou instituir modelo público de administração com feitiço mais gerencial¹⁸⁷.

Tal emenda (também denominada de “Reforma Administrativa”) surge com a busca de uma gestão administrativa comprometida com a modernização e o enxugamento da máquina pública¹⁸⁸ e com modelo que indicava mudança política que intentava modelos de gestão mais ágeis e eficientes.

Paralelamente a esse processo político, cabe à Administração Pública dar cumprimento às metas que conduzam a esse novo perfil estatal¹⁸⁹, necessitando, para tanto, de alterações legislativas e mesmo constitucionais.

A busca, pois, era pela modernização da Administração e melhoria do funcionamento visando a resultados de eficiência, transparência e rapidez da organização estatal.

Não obstante outros temas tenham sido objeto de tal norma, o grande contributo da Emenda foi a incorporação expressa do princípio da eficiência (que traz ínsita a noção de economicidade) para o ambiente da Administração Pública, sendo a pedra de toque desse novo modelo estatal.

Muito embora parte significativa da doutrina¹⁹⁰ entenda que o princípio da eficiência “determina que a Administração deve agir de modo rápido e preciso para

Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 372.

¹⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 407.

¹⁸⁷ E frise-se, que a autora não está, com isso, se alinhando às posições políticas do ex-Presidente, mas sim trazendo as premissas nas quais a Reforma Administrativa fora implementada.

¹⁸⁸ Para muitos identificada como o (mau) presságio do modelo “neoliberal”.

¹⁸⁹ Que ainda sofria com o rescaldo da má gestão do Presidente Collor.

introduzir resultados que satisfaçam as necessidades da população” contrapondo-se às ideias de lassidão, omissão e apatia institucional, é importante mencionar que já começa a surgir entendimento¹⁹¹ que associa a eficiência não somente a um dever de agir, mas sobretudo que a atividade estatal esteja associada a elementos de economicidade e que esteja alinhada ao denominado “custo-benefício” da atividade administrativa¹⁹².

Conforme Dworkin¹⁹³ adverte, é preciso antes de tudo, realizar uma “interpretação construtiva”, o que significaria atribuir o melhor sentido possível ao texto a partir do evento em que o mesmo se deu. Segundo o autor¹⁹⁴, há que se fazer uma distinção entre intenção *semântica* e *expectativa política*.

E, a partir dessa interpretação, é perfeitamente possível conciliar os conceitos de eficiência econômica e jurídica dentro do ordenamento constitucional, especialmente se for considerada a Ementa¹⁹⁵ resultado da alteração do texto, em que se verificou que o cenário do novel dispositivo surgiu sob a égide de política que procurou conferir contornos alinhados com a gestão pública.

Ainda mais porque conglobar os critérios de eficiência econômica com o de eficiência jurídica, quando a atividade for desempenhada judicialmente, seria justamente concretizar aquilo que caracterizaria um “bom Judiciário”¹⁹⁶: a independência, a força (meios hábeis a implementar as decisões), e a eficiência

¹⁹⁰ Por todos, citamos Odete Medauar. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.145.

¹⁹¹ VITTA, Heraldo Garcia, et al. Apontamentos da reforma administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, [S.l.], p. 106-117, fev.1999.

¹⁹² Incluídas aqui as acepções de qualidade do serviço e produtividade, lembrando que (conforme o autor supramencionado) a análise da eficiência não deve ser encarada apenas pelo aspecto econômico ou pela via menos dispendiosa para o ente estatal.

¹⁹³ Afirma o autor: “Em minha opinião, devemos começar perguntando o que – segundo os melhores indícios disponíveis – os autores do texto em questão pretendiam dizer. Trata-se de um exercício daquilo que chamei de interpretação construtiva. Não significa espiar dentro dos crânios de pessoas que morreram há séculos. Significa tentar conferir o melhor sentido possível a um evento histórico – alguém falando ou escrevendo de modo particular em uma ocasião particular”. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 172.

¹⁹⁴ Para essa distinção, considera-se como intenção semântica aquilo que os constituintes queriam dizer, enquanto a intenção política seria aquilo “que eles esperavam que seria a consequência de suas afirmações”.Ibid. p. 178.

¹⁹⁵ BRASIL **Emenda Constitucional n. 19 de 1998**. Ementa: Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos e custeio de atividade a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/emc%2019-1998?OpenDocumentB>. Acesso em: 21 fev. 2012.

¹⁹⁶ Segundo o Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial apresentado pelo Banco Mundial em 1997. PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 23.

gerencial, que implica não só a boa administração dos seus próprios órgãos (atividade-meio), mas também a eficiência contetudística das soluções apresentadas (atividade-fim).

O mesmo entendimento também é esposado por J. J. Gomes Canotilho, analisando a legislação portuguesa, mas cujo exame, *in casu*, pode ser perfeitamente estendido ao sistema brasileiro, que descreve que a saúde humana, não obstante a sua proteção, não pode ser garantida sem que esteja em consonância com os princípios de *economicidade* e *eficiência* que devem nortear a sua gestão, que inclusive também estão previstos em disposições da União Europeia.

Ao se refletir sobre as considerações do autor lusitano, fica evidente que a necessidade de alcance do direito à saúde conforme os padrões exigidos de economicidade e eficiência está imbricada com a acepção de *good governance* aqui defendida¹⁹⁷.

2.6 A Concretude Econômica como Limite do Direito Fundamental à Saúde

Como é sabido, a “reserva do possível” (*Der Vorberhalt des Möglichen*) surgiu na Alemanha, nos anos 70, com a concepção de que os direitos sociais não poderiam ser imediatamente fruídos, já que dependentes da favorável conjuntura econômica do Estado, e que passou a ser compreendida pela doutrina constitucional brasileira, a rigor subordinada às decisões discricionárias assumidas pelos Poderes Executivo e Legislativo¹⁹⁸.

¹⁹⁷ “Esse inciso consagra a expressa valorização constitucional dos padrões de eficiência e qualidade que, além de estar em consonância com as disposições da união Europeia nas quais se estabelece como objectivo a garantia de um *nível elevado de protecção da saúde humana*, sugere o novo contexto do *princípio da economicidade* na prestação dos serviços públicos. Ademais, aponta para diferentes esquemas organizativos do serviço público de saúde como gestão empresarial e regime convencional e para sistemas específicos de monitorização e controle dos respectivos serviços. [...] Devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a optimização dos direitos sociais não deriva só ou primordialmente da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da *‘good governance’* dos recursos públicos e privados afectados ao sistema de saúde.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J.J Gomes; GONÇALVES, Marcus Orione; CORREIA, Érica Paula (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 16.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988** (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 498.

Na esteira desse raciocínio, é preciosa a contribuição trazida por Ingo Sarlet, ao demonstrar a tríplice dimensão do princípio da reserva do possível, que abarcaria “a disponibilidade fática de recursos, a disponibilidade jurídica e a proporcionalidade (que por sua vez trariam consigo os elementos da exigibilidade e da razoabilidade)”¹⁹⁹.

Em linha argumentativa que se coaduna com a que se defende na tese, Ingo Sarlet sustenta que a reserva do possível não só pode representar um limite fático e jurídico dos direitos fundamentais (uma vez que suscetíveis a panorama econômico propício), mas, igualmente, como verdadeira regra garantidora de outros direitos fundamentais-sociais quando porventura confrontados com os demais de mesma hierarquia, como se verifica, *in casu*, entre direito à saúde por parte de mais de um tutelado²⁰⁰.

Pelo o que foi antecipado, defende-se que a intercessão entre o Direito e a Economia, especificamente no que tange à análise dos reflexos econômicos das decisões (em particular as que envolvem o âmbito de efetividade do direito à saúde), não tem por fim solapar os direitos sociais, nem ‘desmantelar o Estado Social’, como, aliás, é o receio de alguns doutrinadores²⁰¹.

Ao contrário, a compreensão, pela comunidade jurídica, a respeito dos inevitáveis reflexos econômicos das decisões²⁰² faz-se imperiosa para assegurar os direitos sociais (*in casu*, o direito à saúde) ao maior número de cidadãos, e não apenas àqueles que recorrem às barras do Judiciário para ver reconhecido o custeio de determinado tratamento de saúde por parte do Estado.

Frequentemente se verifica, no campo doutrinário²⁰³, uma enxurrada de obras que defendem, à luz do que preleciona o art. 196 da Constituição da República, que o direito à saúde é universal, gratuito e que, por tais motivos, todo o argumento que tenha por escopo as discussões sobre o custo desse direito, deve

¹⁹⁹ SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988** (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 499.

²⁰⁰ Ibid., p. 499.

²⁰¹ Por todos citamos Plauto Faraco de Azevedo. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999. p. 114.

²⁰² E por isso, para nós, a imperiosa necessidade de desmitificar o estudo da *Law and Economics*.

²⁰³ Trazemos a lume o radical posicionamento de Andreas Krell, que de maneira bastante contundente afirma: “A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento, serviço de dívida) onde sua aplicação não está intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.” KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 53.

ser compreendido como uma questão de menor relevância, relegada àqueles cuja linha de pensamento está a serviço do mercado²⁰⁴. Trata-se de posicionamento, muitas vezes, defendido ainda que assegurar a universalização do direito à saúde seja alcançado com o sacrifício de outros segmentos.

De fato, parece mais adequado, sob o ponto de vista social e mesmo doutrinário, argumentar que enquanto “o dever de um economista é informar que o direito à vida nem sempre pode ser garantido devido aos custos²⁰⁵”, “o dever de um jurista é garantir à vida, pelo direito, custe o que custar”²⁰⁶.

No entanto, tais argumentos que insistem em desconsiderar a importância da análise do custo dos direitos, parecem distantes da realidade, lembrando, novamente, inclusive, que a assunção de uma postura mais integradora entre essas duas Ciências, poderia (ao contrário das críticas) propiciar a organização da Administração Pública, e, assim, fomentar o direito à saúde de modo mais amplo.

Rechaçar-se a imprescindibilidade da verificação dos custos dos direitos sociais, onde se insere a saúde, sobretudo quando a tutela é prestada pelo Poder Judiciário, é se ignorar, de modo leviano, os argumentos do consequencialismo²⁰⁷, que como bem ressalta Ricardo Lobo Torres, representa um “argumento que não pode faltar nos estudos sobre políticas públicas, inclusive as judicializadas”²⁰⁸.

Esclareça-se, contudo, que se admitir a teoria do consequencialismo não equivale obrigatoriamente à filiação de qualquer teoria utilitarista e aos reflexos somente do ato em concreto, mas é também considerar os efeitos do conjunto de

²⁰⁴ É verificado corriqueiramente na práxis judicial e mesmo em sede doutrinária o argumento de que quando (o direito a) a saúde é discutida, qualquer menção ao custeio da garantia de acesso a esse bem é tida como sórdido. Posição igualmente defendida nos Tribunais Superiores em seus julgados que invocam o argumento de que o direito à saúde é corolário lógico do direito à vida, e neste caso, não poderia ser confrontado com ‘questões menores’ como orçamento.

²⁰⁵ Frase atribuída a Gérard Debreu, economista ganhador do Prêmio Nobel em Economia no ano de 1983.

²⁰⁶ Pensamento formulado pela autora Aldacy Rachid Coutinho em crítica à frase supracitada. COUTINHO, Aldacy Rachid. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 384.

²⁰⁷ Em breves linhas, trata-se de teoria que busca estudar o modo de decidir do juiz que (corretamente, a nosso ver) aprecia as consequências metajurídicas ao proferir as suas decisões. Isto é, não desconsidera os possíveis efeitos sociais e econômicos da sentença, antes de proferi-la. SCHUARTZ, Luis Fernando; FALCÃO FILHO, Joaquim de Arruda. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, [S.l.], v. 1, p. 79-112, 2006.

²⁰⁸ Ao prefaciar a obra de Gustavo Amaral, que traz verdadeira referência no tema. AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

interesses e regras relacionadas, diante da alta complexidade de personagens envolvidos, visando a otimização dos resultados²⁰⁹.

Ainda sobre consequencialismo, autores do quilate de Amartya Sen²¹⁰ também começam a perceber a enorme relevância em se considerar os reflexos econômicos e sociais em toda a comunidade sócio-política de condutas tomadas em espaço individual. Isto é, trata-se do reconhecimento de que toda e qualquer atividade traz em si a possibilidade de gerar consequências, sendo certo que o simples fato de determinada atividade ser de extrema relevância não elide automaticamente os inexoráveis reflexos a partir de então²¹¹.

Neste ponto, não podemos deixar de trazer a lume as considerações formuladas por Gustavo Amaral²¹² no que tange à necessidade de criação de critérios jurídicos para se lidar com o crucial problema da escassez de recursos²¹³ e a tomada de decisões trágicas na escolha da alocação das prestações concernentes à saúde.

Sabe-se que, após longo período autoritário no Brasil, a abertura democrática, sob os auspícios dos movimentos político-sociais culminou com o advento da Constituição Federal de 1988, que, dentre outras preocupações, tinha por nobre intento ser a mais garantidora possível de direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais.

Inicialmente, a previsão constitucional ao direito à saúde de maneira explícita é feita no art. 6º que enuncia os direitos sociais.²¹⁴ Especificamente sobre o direito à saúde, o Texto Constitucional foi próspero em prever, em seu art. 196²¹⁵, 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”.

²⁰⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 164

²¹⁰ A quem não se pode imputar a defesa de linha de pensamento dissociada da ética e da preocupação com valores sociais.

²¹¹ SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. p. 91.

²¹² *Ibid.*, p. 91.

²¹³ Que não se restringe aos recursos orçamentários, mas também aos recursos instrumentais e de mão de obra.

²¹⁴ “**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”.

²¹⁵ Os artigos 197 a 200 da Constituição tratam sobre a forma de organização do Sistema Único de Saúde.

Outros dispositivos constitucionais, porém, também podem ser invocados a franquear, ainda que de maneira implícita, o direito à saúde, tais como os arts. 1º, III²¹⁶; 3º, I e IV²¹⁷, e 5º, *caput*²¹⁸.

Passado o primeiro momento da acolhida da (então) nova Constituição, a doutrina pátria passou a estabelecer parâmetros de interpretação que pudessem conferir o maior grau de eficácia dos dispositivos constitucionais aludidos, fazendo surgir aquilo a que Gustavo Amaral²¹⁹ definiu como sendo um “constitucionalismo engajado”.

No entanto, tendo como norte a certeza, assim de que o legislador não pode “legislar o inalcançável”²²⁰, para não cair na armadilha da “falta de sinceridade normativa”, é que a doutrina necessita desvelar os limites hermenêuticos que confirmam a maior eficácia normativa ao direito à saúde, sem que se crie uma descrença nas políticas governamentais nesta área.

A amplitude e, talvez, o excesso de ambição constitucional, somado à (oportuna) ressurreição da sociedade civil, antes circunstancialmente adormecida, permitiram a sobrevalorização do Poder Judiciário para tentar suprir as demandas exurgentes diante do descrédito nas políticas.

Outro fator que contribuiu para o crescimento do gasto com a saúde foi o aumento da expectativa de vida e da idade média da população (pelo incremento de políticas públicas que visaram erradicar a pobreza e minimizar os abismos sociais interclasses), que fez com que os cidadãos recorressem mais ao Estado para o custeio de tratamentos médicos e por mais tempo^{221/222}.

²¹⁶ Que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana.

²¹⁷ “**Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; [...] V – promover o bem de todos**, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²¹⁸ “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

²¹⁹ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 3

²²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47.

²²¹ AMARAL, op. cit. p. 80.

²²² Indica-se que, à guisa de ilustração, a expectativa de vida do cidadão brasileiro em 1940 não chegava a 50 anos de idade (45,50 anos). No entanto, em 2008 tal índice atingiu os 72,86 anos. E segundo, as pesquisas do IBGE a vida média do brasileiro deverá crescer e alcançar os 81,29 anos em 2050. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. **Em 2003, expectativa de vida do brasileiro subiu para 71,3 anos**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=266>. Acesso em: 14 abr. 2012.

Em outras palavras, o êxito de determinadas políticas advindas com o Estado do Bem-Estar Social, paradoxalmente, representa um fator que contribui para a sua ruína, ou ao questionamento da sua manutenção, ao menos nos moldes atuais. De outra maneira podemos questionar se tal modelo estatal não exigiria, em tempos coevos, uma releitura e redimensionamento para a sua própria sobrevivência.

Historicamente no Brasil, a iniciativa de se acionar o Judiciário para buscar a tutela jurisdicional de custeio de tratamentos de saúde deu-se, em um momento inicial, com o surgimento dos primeiros casos de AIDS (ou SIDA – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) na década de 1980, e com a explosão de uma verdadeira epidemia da doença na década de 1980 e 1990.

Neste sentido, os primeiros pacientes contaminados pela nova doença e já sob a égide de novo texto constitucional, que (levava a crer) protegia amplamente a possibilidade de acesso ao Judiciário para a garantia do direito à saúde (universal e gratuito), passaram a recorrer a este Poder para fins de demandar o Estado a lhes fornecer os medicamentos antirretrovirais. A consequência disso, inicialmente, foi a oficialização da uma política nacional de distribuição de medicamentos em 1996, e a promulgação da Lei 9313/96 chancelando o recebimento de remédios gratuitamente pelo SUS para os pacientes portadores de HIV²²³.

A partir de então estava aberto o portal do Judiciário para, em princípio, toda e qualquer demanda que versasse sobre o direito à saúde, que progressivamente foi sendo atendida, tendo por sustentação o direito à vida intrinsecamente ligado ao direito à saúde.

Retornando à questão nodal deste tópico, sobre a impossibilidade fática-econômica do atendimento às inúmeras necessidades que versam sobre o direito à saúde, não há como enfrentar o problema da escassez²²⁴ sem se equalizar os interesses envolvidos na microjustiça e na macrojustiça.

²²³ BRASIL. 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. Brasília: Ministério da Saúde. 2005. Disponível em: <http://www.saberviver.org.br/pdf/remedio_via_justica.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2012.

²²⁴ Que não se limita só aos recursos orçamentários, mas também de profissionais especializados da saúde, de órgãos e de equipamentos. Não se pode deixar de mencionar os próprios limites da Medicina, que apesar dos avanços alcançados na última década, ainda não permitem a cura de muitas mazelas, como determinados tipos de câncer, AIDS etc. O entendimento de que a escassez não se restringe ao viés orçamentário, mas de todo o instrumental que compreende as políticas públicas de saúde, reforça a necessidade de lidar com a impossibilidade do atendimento de todos os cidadãos. Porém além da “denúncia” desta realidade intransponível, urge a busca de

É onde se insere o que a doutrina convencionou denominar de *tragic choices*²²⁵ (escolhas trágicas), pois, quando determinado juiz determina ao Estado o cumprimento de decisão para o custeio de certa doença, inevitavelmente o gestor público (dentro do espaço que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal lhe autoriza) acabará por deslocar recursos antes direcionados para outro setor igualmente importante.

Gustavo Amaral²²⁶ é claro ao ressaltar que:

Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé, no sentido que lhe dá o escritor aos Hebreus: a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não veem, ou uma negação total aos direitos individuais.

Por isso o supracitado autor lembra-nos (e somos visceralmente a favor desta postura) que existe a necessidade de correta motivação e a fundamentação dos critérios de escolha que levaram ao atendimento de uma dada situação em detrimento de outra, até para que haja o controle social no manejo de prestações públicas²²⁷.

Não é demais lembrar que a publicização do processo de escolha não se encerraria tão somente na mera divulgação, mas principalmente na demonstração, de maneira clara, dos caminhos hermenêuticos que levaram à opção de alocação dos recursos da saúde naquele sentido, permitindo-se, assim, a sua legitimação racional.

critérios interpretativos legítimos para a alocação dos recursos disponíveis. Além da escassez orçamentária já ventilada, é relevante afirmar que há outros fatores que contribuem para a limitação da prestação da tutela do direito à saúde a todas às pessoas: a *divisibilidade* e a *homogeneidade*, que segundo a doutrina também “desafiam a visão igualitária de tratamento igual para todos.” AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 74.

²²⁵ As escolhas trágicas são muito bem delineadas por Guido Calabresi e Philip Bobbitt. “*Resource allocation confronts a society with distinct but related questions: how many resources should the society make available, and to whom should it award them. A society obviously has a wide range of choice in deciding how to answer these questions. In cases of particularly scarce resources, however, the allocation method finally chosen may create troublesome social costs. For example, permitting the free market to allocate kidney dialysis machines could mean that the wealthy patients will live while the poor will die. Such a result creates moral indignation and offends a fundamental social value – the equal worth of all human lives.*” CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: WW Norton & Company, 1978. Disponível em: <http://islandia.law.yale.edu/coleman/The%20Desk%20of%20Jules%20Coleman/Papers%20for%20Download%201970-1979_files/1979_Review_Calabresi%20and%20Bobbitt's%20Tragic%20Choices.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2012.

²²⁶ AMARAL, op. cit., p. 17.

²²⁷ Ibid., p. 180. Igualmente Juarez Freitas, como já apontamos, em obra específica sobre o assunto. FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. ref. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

Parcela da doutrina²²⁸ vem reconhecendo, inclusive, uma novel obrigação por parte do Estado que seria corporificada no “princípio do uso racional dos recursos públicos”.

Encontramos em Stephen Holmes e Cass Sustein²²⁹ os defensores mais veementes sobre a inevitabilidade da discussão em torno do custo dos direitos para que não haja o progressivo perecimento do próprio direito, e, porque não dizer, do sistema jurídico. Para tanto os autores afirmam ser falsa qualquer tentativa de classificar de maneira dicotômica os direitos em *positivos* e *negativos*, já que ambos exigem dispêndio orçamentário estatal.

Entretanto, é imprescindível frisar que, pelo fato do direito à saúde ter um (elevado) custo e, conseqüentemente, estar ligado à escassez dos recursos orçamentários, isto não implica em dizer que o juiz não poderá julgar procedente nenhuma ação que envolva o tema, mas sim apenas se busca a criação de critérios que norteiem o julgador, visando, ao fim, posturas que favoreçam a macrojustiça, e não somente àqueles beneficiários de liminares judiciais. Ou seja, “levar os direitos a sério significa também levar a escassez à sério”²³⁰.

Destaque-se, por oportuno, que as decisões que versam sobre o direito à saúde, trazem em si o elemento dos denominados *trade-offs*, que nada mais são do que as opções disjuntivas conseqüentes às escolhas anteriormente tomadas. Exemplificativamente, quando um juiz decide por alocar recursos²³¹ para o atendimento de determinado paciente para a realização de uma cirurgia específica, a verba concedida obrigatoriamente terá que ser deslocada de outra política pública do setor da saúde, prejudicando outros cidadãos detentores do direito constitucional à saúde.

Quando se reconhece, de modo honesto, a existência de *trade-off*, é admitir-se que uma decisão judicial tomada individualmente, sobretudo que trate sobre o direito à saúde, pode afetar significativamente a eficácia dos demais direitos individuais²³². A conseqüência disso seria a assunção de um maior grau

²²⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 170-171.

²²⁹ HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton & Co., 1999. p. 26-27.

²³⁰ *Ibid.*, p. 94.

²³¹ E ultimamente tem sido cada vez mais frequentes os julgados que determinam verdadeiro confisco de renda pública (sob pena, inclusive, de prisão) para o custeio de tratamentos médicos e cirurgias.

²³² AMARAL, op. cit., p. 42-43 e 150.

de transparência e racionalidade na escolha feita pelos magistrados ao prolatarem suas decisões ²³³.

Evidentemente a análise sobre a maneira mais adequada de se garantir a efetividade do direito à saúde em tempos de escassez, não implica reduzir o processo hermenêutico a uma simples operação matemática em que o elemento preponderante é a relação custo-benefício.

No entanto, é preciso que se desfaça o falacioso discurso-argumentativo de doutrinadores bem-intencionados, porém dissociados da realidade, de que, quando o Estado *lato sensu* (por meio de suas Procuradorias) suscita a questão da limitação orçamentária, o que o ente federativo busca fazer é “ponderar” dois interesses que, a princípio, não poderiam colidir o que seria o “‘princípio’ da reserva do possível” com o direito à saúde (e direito à vida), sendo que, neste caso, o balanceamento deveria sempre pender para este último.

O que precisa ser esclarecido é que o eventual conflito não se dá entre limites orçamentários e o bem supremo da vida (corolário da saúde), e sim os interesses que precisam ser sopesados. De um lado o direito à saúde (reflexamente, o direito à vida) do jurisdicionado que recorre à via judicial para ver atendida a sua demanda e, na outra ponta, o direito à saúde (vida) dos demais cidadãos, que também merecem o respaldo estatal e, no atual estado da arte judicial, são os responsáveis²³⁴ por arcar com os custos dessa excessiva judicialização²³⁵. Impende reforçar que, além da escassez, se tem também o enorme drama da indefinição das necessidades, que crescem em progressão geométrica, de modo assustador²³⁶.

²³³ “Tribunais que decidem sobre a efetividade e a eficácia de pretensões em casos específicos também fundamentarão suas decisões com mais inteligência e transparência se, de forma imparcial, admitirem o modo pelo qual os custos afetam o propósito, a intensidade e a consistência da efetividade dos direitos. A teoria legal seria mais realística se examinasse abertamente a competição por recursos escassos que passa necessariamente entre diversos direitos básicos e também entre direitos básicos e outros valores sociais.” AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 43.

²³⁴ Também denominados de “financiadores ocultos”. Isto é, “aqueles que deixam de ter acesso à política pública que seria desenvolvida com a verba realocada”. *Ibid.*, p. 141.

²³⁵ Seja por meio de tributos ou na forma de um custo pessoal por ter sido preterido na alocação dos recursos públicos que (supostamente) deveriam ser destinados à proteção de sua saúde e de suas famílias.

²³⁶ À guisa de ilustração, citamos que, em 4 anos, o gasto do Ministério da Saúde com remédios fornecidos pela via judicial, teve um acréscimo de 1611%. Isto é, passou de R\$7,7 milhões para R\$132 milhões. Em outros entes da federação, a situação não é diferente. No Rio Grande do Sul, aproximadamente 50% do orçamento da Secretaria Estadual de Saúde é usado para a aquisição de remédios por determinação judicial. No Paraná, 58% do valor do orçamento destinado à saúde está sendo manejado pela via judicial para a aquisição de medicamentos (R\$35,7 milhões de um total de R\$61 milhões). PARANÁ. Secretaria de Saúde. **Orçamento da saúde terá mais R\$ 130**

Por todo o exposto, e diante dos múltiplos critérios utilizados para a alocação dos recursos públicos, e para afastar o chamado “voluntarismo jurídico” é que impende uma uniformização de raciocínio lógico para que, ao manejar o direito à saúde, o magistrado (levando em consideração os reflexos sociais) consiga otimizar os recursos já escassos, sem aprofundar ainda mais tal carência.

Resumidamente, é preciso nas respostas que são oferecidas quando há o debate do direito à saúde, pensar não somente em quem vai ganhar, mas também em quem (ainda que potencialmente) poderá perder²³⁷, para que o critério utilizado na produção das respostas dos magistrados não se convole na análise do *interpositione litis primum*.

Muito embora seja, *a priori*, louvável a iniciativa do magistrado ao se deparar com ação judicial que versa sobre a possibilidade de efetividade de direito constitucionalmente previsto (saúde), o que exige do juiz uma resposta que ofereça, ao jurisdicionado, a microjustiça almejada (por força do art. 5º, XXXV, da Constituição de 88) e que faça cessar a lesão ao direito, cabe lembrar que o somatório de microjustiças, adotadas de modo esparso em gabinetes do foro pode conduzir, *in tempore*, a um resultado insatisfatório se olhado sob o prisma da macrojustiça²³⁸.

Segundo as lições de Avelãs Nunes e Fernando Scaff²³⁹, a existência do Estado Democrático de Direito que impõe a vinculação à Constituição e à lei, não afasta o Poder Judiciário que, em nome do exercício do seu mister, não pode se divorciar das competências preestabelecidas constitucionalmente.

Neste sentido, não basta a alegação de que, pelo fato de haver a previsão constitucional (art. 196) de que o direito à saúde é “universal e gratuito”, seja dever do Poder Judiciário envidar todos os esforços para, a todo o custo, promover a efetividade do direito em comento, pois a lei não tem a força de eliminar, num passe

milhões em 2012 Curitiba, 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.sesa.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=1686>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

²³⁷ AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 131.

²³⁸ “O conflito entre critérios adotados numa ótica de microjustiça e critérios adotados numa ótica de macrojustiça põe em questão um somatório de escolhas individuais racionais que produzem um resultado coletivo irracional.” Ibid. p. 97.

²³⁹ NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 36. (Estado e Constituição, 12).

de mágicas, a escassez de recursos. Portanto, tal situação precisa ser considerada, pelo juiz (que está no mundo!), em suas decisões.

É preciso admitir então que a real efetividade do direito à saúde não será realizada simplesmente com um cabedal de homens de boa vontade, não só no Judiciário, mas também no próprio Executivo e Legislativo²⁴⁰, pois verifica-se que o cumprimento do dispositivo previsto na Constituição, igualmente, está a depender de fatores exógenos²⁴¹.

²⁴⁰ Cabem aqui as percucientes colocações de José Reinaldo de Lima Lopes, *in verbis*: “Além disso, a prestação do serviço depende da real existência dos meios: não existindo escolas, hospitais e servidores capazes e em número suficiente para prestar o serviço, o que fazer? Prestá-lo a quem tiver tido a oportunidade e a sorte de obter uma decisão judicial e abandonar a imensa maioria à fila de espera? Seria isto viável de fato e de direito, se o serviço público deve pautar-se pela sua universalidade, impessoalidade e pelo atendimento a quem dele mais precisar e cronologicamente anteceder os outros? Começam, pois, a surgir dificuldades enormes quando se trata de defender com instrumentos individuais um direito social. Mas ainda, a contradição básica a que podemos chegar em muitos destes casos é a de considerar que o Estado (encarnado no Executivo para a maioria dos leigos) deve se responsabilizar por todos os prejuízos, deve comportar-se como uma agência seguradora geral dos cidadãos e instituições, enquanto fica impedido de tomar providências no exercício de seu poder de polícia, ou mesmo a aprovação de políticas públicas planejando a médio e longo prazo”. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito*. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 131.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 111.

3 ATIVIDADE JUDICANTE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS: Judicialização das Políticas Públicas *versus* Ativismo Judicial

Antes de discutirmos questões como aquelas referentes aos limites do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde, sobre a possibilidade de o juiz alocar recursos públicos para atender a determinados grupos que buscam resposta neste Poder, os limites a que o Estado está obrigado a despendar para o custeio de determinadas doenças, quais os tratamentos diferenciados merecem amparo, entre outras, é imperioso o debate sobre as diferenças entre a judicialização de políticas públicas em confronto com o que se convencionou denominar de ativismo judicial.

Preliminarmente é importante destacar que ativismo judicial não se confunde com a judicialização de políticas públicas, embora sejam institutos correlatos ou “primos” conforme as palavras de Luís Roberto Barroso²⁴².

A judicialização de políticas públicas se refere ao fenômeno de levar tais questões de enorme repercussão social para o cenário jurídico, retirando das esferas políticas tradicionais tais como o Poder Executivo e Legislativo (com todos os órgãos aí abrangidos), trazendo ínsita a noção de avocação de poder para os membros do Poder Judiciário.

Barroso enuncia que a judicialização de políticas públicas tem múltiplas origens sendo algumas também observadas dentro de contexto internacional, porém outras atinentes tão somente à realidade pátria.

O autor cita a redemocratização como a primeira grande causa da judicialização já que, em virtude do fortalecimento e expansão do Poder Judiciário, a consequência natural foi também o maior anseio social por justiça.

Um segundo fator foi a abrangência constitucional que, pela pretensão de encampar o maior número de matérias possíveis e pelo seu perfil analítico, acabou por abarcar determinadas matérias para o texto constitucional, que antes eram relegadas ao processo legislativo ordinário. Como bem explica o autor,

Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada

²⁴² “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens.” BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 13, p. 71-91, 2009.

em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A última causa que fomenta a judicialização no Brasil trazida por Barroso é a abrangência do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, pouco comparável a modelos adotados em outros países. Além da adoção do clássico controle de constitucionalidade de modo concentrado, a viabilidade da suscitação do controle de constitucionalidade incidental e difuso, aliado ao largo espectro de órgãos legitimados para ações de natureza constitucional, acabam progressivamente favorecendo a judicialização de políticas públicas. Conforme Barroso²⁴³, “nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF”.

Assim sendo, diante das causas supracitadas e da facticidade que impõe a atuação dos juízes e membros do STF a frequentemente decidir sobre questões atinentes a políticas públicas, não merece prosperar a acusação feita aos membros do Judiciário de tentar avocar para si a supremacia nas decisões. Tais condutas só se tornaram habituais pela conformação ao protótipo constitucional instituído.

Logo, dentro do sistema brasileiro, a judicialização não decorre de discricionariedade política, mas sim está atrelada à própria Constituição, não cabendo escolha diferente senão a pronta atuação do Judiciário em situações práticas em que é instado a se manifestar e decidir, diante do que preleciona o inciso XXXV do art. 5º da Lei Maior.

Já o termo ativismo é expressão que dentro do cenário acadêmico não revela consenso quanto ao seu conteúdo semântico. Conforme bem explica Vanice Regina Lírio do Valle²⁴⁴, a expressão teve sua primeira menção em ambiente fora dos limites teórico-jurídicos²⁴⁵, mas que depois foi incorporada por

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 13, p. 76, 2009.

²⁴⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 20.

²⁴⁵ À guisa de ilustração, cita-se que a expressão “ativismo” foi pela primeira vez referida na Fortune (Revista americana) em artigo intitulado “The Supreme Court: 1947” do jornalista Arthur Schlesinger Jr. que, como já mencionado, classificou os juízes da Suprema Corte como *ativistas*, *conservadores* e de *centro*. Ibid., p. 20.

constitucionalistas americanos para rotular aqueles juízes da Suprema Corte que costumeiramente não se alinhavam à jurisprudência dominante daquele Tribunal.

Ativismo, então, revela um conceito polisigificativo, plurissêmico, e, de certa forma, aberto que indica esse atual e crescente protagonismo do Judiciário no enfrentamento de questões políticas fundamentais, em vista da lacuna, do vácuo, frequentemente deixado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Ou seja, trata-se de uma indevida intervenção do Judiciário (por seus membros julgadores) na função legislativa e administrativa, em postura por vezes proximamente usurpadora e ilegítima, já que extrapola os lindes estabelecimentos previamente pelo próprio ordenamento jurídico. Portanto resta claro que está ínsito no conceito de “ativismo judicial”, o caráter pejorativo da ideia de exorbitância e ilegitimidade da postura do Poder Judiciário quando resolve invadir terreno alheio às suas funções institucionais.

Neste sentido o ativismo revela-se, então, como uma postura hermenêutica ativa e que, mormente, decorre do encolhimento (intencional ou não) do poder legiferante.

Saliente-se que tal conceito vincula-se à tentativa de alcance da efetividade dos fins colimados na Constituição, tendo por característica a maior intervenção do Poder Judiciário em ambientes classicamente reservados aos demais Poderes.

Trazendo mais uma vez a lume as lições, neste particular, de Luís Roberto Barroso, verifica-se que:

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Ao tecermos considerações sobre Ativismo, não podemos nos esquecer dos ensinamentos de Lenio Streck²⁴⁶ ao sustentar que:

um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, moral, enfim, quando o direito é substituído

²⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 589.

pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional

Importante ressaltar que o constitucionalismo (movimento que denota a sujeição do Estado de Direito aos ditames constitucionais) está intrinsecamente relacionado ao princípio basilar da Separação de Poderes.

E quando o assunto é o Ativismo o que se tem em conta é a transposição dos limites demarcatórios da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, da função de governo.

Assim, é imperioso o questionamento (tendo por escopo as atuais posturas ativistas e proativas por parte do Judiciário) dos limites hermenêuticos e discricionários dos juízes, não devendo o estudo da discricionariedade ser relegado tão somente no cenário do Direito Administrativo, mas também na seara da atividade jurisdicional.

Clarissa Tassinari²⁴⁷, objetivamente, explicita a diferenciação entre ativismo e judicialização, *in verbis*:

Desse modo, tem-se uma concepção de ativismo que pode ser assim sintetizada: como a configuração de um Poder Judiciário revestido de supremacia, com competências que não lhe são reconhecidas constitucionalmente. Portanto, é seguindo os posicionamentos dos autores acima referidos a respeito do tema que podem ser apresentados apontamentos finais sobre a forma de compreender a diferenciação entre ativismo judicial e a judicialização da política no Brasil, [...]: *Primeiro*, não há como negar o elo existente entre Direito e Política. *Segundo*, a inter-relação entre Direito e Política não autoriza a existência de ativismos judiciais; *Terceiro*, há um equívoco em considerar judicialização da política e ativismo judicial como se fossem o mesmo fenômeno; *E quarto*, a judicialização da política é um “fenômeno contingencial”, isto é, que insurge de determinado contexto social, independente de posturas de juízes e tribunais, ao passo que o ativismo diz respeito a uma *postura* do Judiciário para além dos limites constitucionais.

É oportuno ter em conta que as críticas aqui feitas, eventualmente, formuladas contra o ativismo como postura adotada pela práxis judicial não podem gerar, como antítese, o que se convencionou denominar de *passivismo judiciário*.

²⁴⁷ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo: UNISINOS, 2012. Dissertação no prelo para publicação, gentilmente cedida pela autora.

Conforme sustenta a doutrina o passivismo assenta suas matrizes históricas nos Estados Unidos e no movimento do interpretacionismo, que por sua vez apresenta como subdivisões o textualismo e o originalismo.

Como textualismo (ou literalismo) se entende a teoria que tem como premissa principal a determinação ao intérprete que, na análise interpretativa, leve em conta simplesmente os aspectos sintáticos, apenas o texto normativo da Constituição. Ressalte-se, todavia, o entendimento de Dworkin²⁴⁸ ao questionar sobre a efetiva existência de uma interpretação literal.

Já o originalismo também tem por escopo o texto da Constituição, no entanto, além dos aspectos textuais, é considerado igualmente o significado que se pretendeu conferir às disposições expostas no texto.

Ocorre, o que precisa ser frisado é que o Poder Judiciário só passou a se ater a determinadas questões - e por isso passou a tomar as rédeas na resolução de muitas destas – simplesmente porque a obrigação de dar efetividade a muitos direitos constitucionalmente previstos e confiados aos Poderes Legislativo e Judiciário, vem sendo negligenciada por estes²⁴⁹.

Assim sendo, a ineficiência do Estado, combinada com a crescente demanda populacional levou ao questionamento sobre o papel do Judiciário na efetivação dos direitos que constituem o objeto da presente pesquisa.

Porém, o que preocupa é que ocorra, como resposta à inércia dos Poderes Legislativo e Judiciário, por outro lado, o que vem sendo chamado ilustrativamente de “Juristocracia”, “Magistraturocracia”, isto é, uma verdadeira ditadura do Judiciário

²⁴⁸ Questiona o autor: “Aqui estão algumas das questões, polêmicas em nossa própria prática, que uma concepção desenvolvida do direito deve abordar em sua etapa pós-interpretativa. Dada a interpretação geral, de base, que a concepção propõe a respeito das linhas principais da legislação e do precedente, o que se deve fazer quando o texto de uma lei for obscuro? O que é decisivo: o significado ‘evidente’ ou ‘literal’ das palavras usadas para registrar a decisão, ou as intenções ou propósitos das autoridades que tomaram a decisão? O que é significado ‘literal’? [...] Esse é só o começo da longa lista de problemas que uma interpretação fundamental satisfatória de nossa prática judiciária deveria levar em consideração.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 124-125.

²⁴⁹ Há quem sustente, equivocadamente ao nosso ver, que o termo ativismo tem nos Estados Unidos da América um sentido ambíguo, podendo ter conotação negativa ou positiva dependendo do referencial teórico pelo qual é olhado. *In verbis*: “Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à objetividade e à segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. Em sentido oposto, os defensores da *construction* (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida em que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela Hermenêutica contemporânea”. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133.

nos mais diversos conflitos de interesses que surgem diariamente e que são levados para a arena dos Tribunais.

Não se pode perder de vista que o Judiciário, nessa quadra da história, assume importante papel na (re)construção da Democracia do nosso país, porém, investido dessa função, não pode levar ao ofuscamento daqueles verdadeiros titulares da função.

A preocupação com o excessivo desempenho do Judiciário e, mais que isso, com a assunção da “apropriação do discurso” por parte dos julgadores, não é recente e vem sendo discutida também fora do Brasil, o que revela que o problema também é enfrentado em outros países, apesar das especificidades e contornos adquiridos em *terrae brasilis*.

Na esteira desta discussão surgem em polos distintos, duas frentes de pensamento acerca da conduta do juiz, ambas inseridas também no Ativismo judicial.

De um lado, conforme explicita John Hart Ely²⁵⁰ temos o *interpretativismo*, em que “os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na constituição escrita”. De outro, segundo o autor, estão aqueles conhecidos por *não-interpretavistas*, que defendem que os julgadores estão autorizados a ir além “desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento”.

O que está em pauta é, portanto, a verificação do nível de profundidade das decisões postas à decisão, ou seja, até que ponto o julgador está autorizado a transpor na busca da tutela dos direitos fundamentais.

Se antes, o Judiciário adotava postura extremamente passiva e tímida, com o neoconstitucionalismo no Brasil, passamos a ter uma excessiva atuação dos juízes, tal qual um movimento pendular. O desejável é que agora se procure uma via de equilíbrio entre esses extremos, em homenagem à própria Democracia.

Importante ressaltar que John Hart Ely adota uma posição comedida que tem por norte a tentativa de equalizar as forças, buscando um modelo paradigmático que permita ao Judiciário a adoção de modelos de auto-contenção.

²⁵⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 3.

Neste sentido não há mais espaço para que se vislumbre no Judiciário o verdadeiro superego²⁵¹ de uma sociedade que, certamente, está carente de instituições que a protejam.

Por isso ganha cada vez mais importância o estabelecimento de critérios de decisão que de algum modo possam nortear a conduta dos juízes no seu mister.

Preocupação esta também do Juiz da Suprema Corte Americana²⁵², Hugo Black²⁵³, em 1970 ao afirmar, que:

Sei que é bem mais fácil substituir a justiça prescrita na constituição pela ideia que os juízes têm sobre a 'justiça', mas em nenhum momento renunciarei à crença de que o documento em si – e não o nosso conceito do que é justo, decente ou correto – deve ser o nosso guia... Como afirmei diversas vezes, prefiro depositar minha fé nas palavras da Constituição do que apoiar-me nos padrões de justiça de juízes específicos, padrões estes que se modificam dia após dia²⁵⁴.

Logo, percebemos que existe de há muito, um certo incômodo por parte da comunidade jurídica no que diz respeito sobre a discricionariedade e livre disposição do discurso dos juízes. Conforme bem explicita Ely²⁵⁵, é preciso que os juízes se comportem como “juristas e não como reis-filósofos”, o que implica conferir a devida relevância às diretrizes contidas nas diversas cláusulas constitucionais.

Essa bandeira vem sendo levantada veementemente por Ely que condena a ideia que o juiz possa, na avaliação e julgamento da causa, se valer dos próprios valores. Concordamos com o autor quando afirma que a concepção que o órgão judiciário possa assim agir, raramente é defendida de maneira explícita, porém é rotineiramente utilizada se formos a fundo nos casos concretos postos à decisão²⁵⁶.

²⁵¹ Superego (ou *Überich*, "supereu") que na teoria psicanalítica designa uma das três estruturas do aparelho psíquico. O "Supereu", neste sentido, refere-se ao setor moral da mente humana e representa os valores da sociedade. Este, por sua vez, divide-se em dois subsistemas: o *ego ideal*, que denota o bem a ser procurado; e a *consciência moral* (*Gewissen*), que preleciona o mal a ser evitado.

²⁵² Entre o período de 1937 e 1971.

²⁵³ Um dos corifeus do interpretacionismo.

²⁵⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 28.

²⁵⁵ Ibid. p. 51.

²⁵⁶ Segundo Ely: “A ideia de que o juiz, ao aplicar a Constituição, deva utilizar seus próprios valores para julgar os poderes políticos quase é defendida explicitamente. Porém a medida que analisamos as diferentes metodologias explicitamente declaradas, percebemos em vários casos que, embora o juiz ou autor em questão esteja propondo um método de identificação pretensamente impessoal e ‘objetivo’, o que ele terá mais chances de ‘descobrir’, quer tenha plena consciência disso, quer não, são seus próprios valores. Por isso é importante desde já compreender porque a abordagem dos ‘valores próprios do juiz’ é inaceitável: essa compreensão evidenciará quanto é inaceitável toda a empreitada.” Ibid., p. 58.

Ainda em Habermas²⁵⁷ sustenta-se que quando ocorre a indevida invasão de competência pelos tribunais, progressivamente há desestímulo cívico, “tornando-se o juiz e a lei as derradeiras referências de esperança para indivíduos isolados”²⁵⁸.

Neste contexto impende-se recordar de Antoine Garapon que igualmente aponta a invasão do Judiciário pela sociedade como fator-obstrutor da democracia representativa²⁵⁹.

Em simbólica passagem, o autor menciona a figura do *le petit juge*, uma menção pejorativa para referir-se àquele “pequeno juiz” que pensa, na sua decisão, poder transformar o mundo.

Diante do exposto poderíamos afirmar que, em relação ao ativismo, duas grandes correntes se formam de modo antagônico. De um lado temos Habermas²⁶⁰ e Garapon que permitem a intervenção do Judiciário com ressalvas, apenas sendo possível se tal postura ocorrer a partir de um debate público. E uma segunda corrente que admite que seja feita uma leitura moral da Constituição e que vê com profunda simpatia a possibilidade de o Judiciário resolver os principais problemas sociais da sociedade contemporânea. Entre o principal corifeu dessa corrente, temos Ronald Dworkin que funda sua argumentação teórica, precipuamente, em um Direito principiológico e assentado em valores que levariam à interpretação. Isto é, para Dworkin a interpretação, porque justificada pela moral, seria a exteriorização de uma atividade valorativa.

Neste sentido, é dura a crítica de Habermas²⁶¹ a respeito do livre discurso dos juízes que, não raras vezes, já têm uma “pré-compreensão particular” do tema e apenas escamoteiam suas argumentações teórico-jurídicas para corroborar sua *constructio decidendi*.

²⁵⁷ Embora Streck em outros temas, dele seja severo crítico, especialmente no que tange à adoção de Habermas ao procedimentalismo, enquanto o autor gaúcho se alinha ao que se convencionou denominar de substancialismo.

²⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 297.

²⁵⁹ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁶⁰ Lembrando que, inclusive, essa é a premissa da construção da sua Teoria da Ação Comunicativa.

²⁶¹ “Uma vez que os juízes, que são seres de carne e osso, ficam aquém da figura ideal de um Hércules, a recomendação de orientar-se por eles no trabalho diário nada mais é, na verdade, do que o reflexo do desejo de uma confirmação da prática de decisão, que sempre é determinada através de interesses, enfoque político, parcialidade ideológica ou outros fatores externos. Juízes escolhem princípios e objetivos, construindo a partir daí, teorias jurídicas próprias, a fim de ‘racionalizar’ decisões, isto é, dissimular preconceitos com os quais eles compensam a indeterminação do direito.” HABERMAS, op. cit., v. 1, p. 266.

Como expressamente afirma Lenio Streck, embora Habermas não afaste o modelo dworkiniano, ambos têm em comum a não aceitação do solipsismo inerente ao arquétipo do juiz Hércules que “teria que confiar em suas habilidades pessoais e individuais a garantir-lhe o acesso à justiça”²⁶².

Quando se analisa, especificamente, a judicialização da saúde a questão ganha feição dramática, pois os juízes contam com poucos critérios objetivos para decidir sobre a possibilidade de realização de determinado tratamento médico ou entrega de remédio. Portanto, não raras vezes, verifica-se que, na prática judicial, ações judiciais são encontradas com semelhante *causa petendi*, porém cujas decisões são absolutamente conflitantes no que concerne à responsabilidade estatal²⁶³.

Por isso Avelãs Nunes²⁶⁴ pontua o debate discordando do posicionamento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal tecendo os seguintes questionamentos:

Serão os tribunais a sede própria para se avaliar a eficácia ou adequação da política de saúde? Terão os Tribunais capacidade técnica para fazer esta avaliação? Poderão os tribunais decidir se uma dada política de saúde é ou não a mais eficaz e a mais adequada, tendo em conta os meios financeiros (e outros) que os poderes públicos competentes afectaram à política de saúde (nomeadamente através dos recursos financeiros que lhe são afectados nos orçamentos votados pelos órgãos competentes)? [...] Para além dos seus aspectos técnicos (que um tribunal não sabe equacionar nem resolver), não será esta uma *decisão política*, vedada aos tribunais?

De todo modo, verifica-se que o debate sobre os limites da tutela do direito à saúde e os papéis a serem desempenhados tanto pelos Poderes Legislativo e Executivo, quanto pelos Tribunais, precisa da incorporação na sua pauta de discussões do diálogo com outros campos de conhecimento²⁶⁵, tais como a Filosofia.

²⁶² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 156

²⁶³ À guisa de ilustração citamos vários processos pleiteando os mesmo medicamentos ou insumos hospitalares, mas que tiveram resultados diametralmente opostos. Todavia frisamos que tais situações serão oportunamente melhor analisadas adiante, por ocasião do item 2.4 (ainda neste capítulo) na página 156 e segs.

²⁶⁴ Em livro escrito com o Prof. Fernando Facury Scaff. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50. (Estado e Constituição, 12).

²⁶⁵ Já verificado quando defendemos em tópicos anteriores da imprescindibilidade de debate com a Economia.

3.1 A Necessidade de Diálogo com a Filosofia para o Alcance da Resposta Constitucionalmente Adequada nas Decisões que Versam sobre o Direito à Saúde no Brasil

Passo seguinte, considerando que a proposta é analisar o intercâmbio entre subsistemas (aparentemente) sem qualquer conexão, e dentro deste cenário a importância da Filosofia para a solução de problemas jurídicos de alta complexidade, resta perguntar qual a relevância deste campo de conhecimento.

Neste sentido, importante refletir sobre o debate do próprio conceito de utilidade/inutilidade da Filosofia frequentemente invocado como argumento para desconsiderar o relevo desse campo de conhecimento em outras searas.

Se considerarmos a utilidade de algo de acordo a identificação que se faz no senso comum da sociedade como aquilo que traz resultados visíveis, talvez seja difícil visualizar a utilidade da Filosofia no mundo jurídico, mormente quando a preocupação do *establishment* jurídico seja eficiência, metas, e aferição da justiça por critérios quantitativos²⁶⁶.

Não há questionamento dentro do círculo dos operadores do Direito no tocante à importância do Processo Civil, do Processo Penal etc., pois tais disciplinas tidas como dogmáticas são, de plano, identificadas como úteis para a resolução de problemas concretos que afetam diretamente o cidadão. Causa desconforto, então, para aqueles que manejam o instrumental jurídico, a descoberta de uma suposta “utilidade” para a Filosofia já que com esta não se consegue apresentar (por si só) resposta jurisdicional satisfatória para as lides trazidas ao Judiciário.

É preciso que se desconstrua o que é difundido no senso comum de que a “Filosofia não serve para nada”, se tal assertiva for compreendida como a capacidade de empregar usos técnicos dos produtos filosóficos ou, ainda, conferir-lhes alguma utilidade econômica.

Esse tipo de construção deve ser rechaçado, pois a relevância da Filosofia não reside nas possibilidades práticas que se pode fazer dela (ou com ela), mas na

²⁶⁶ Segundo o slogan do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no tocante à denominada META 2 (dentro de 10 outros objetivos a serem progressivamente cumpridos pelo Judiciário para melhorar a qualidade do serviço jurisdicional prestado), “bater recordes é garantir direitos”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Itemid=963>>. Acesso em: 16 maio 2010.

estruturação de padrões axiológicos; “na arte do bem viver ou da vida correta ou virtuosa”.

Contudo se, ao invés da visão utilitarista, forem adotados os ensinamentos de Merleau-Ponty²⁶⁷ de que “A verdadeira Filosofia é reaprender a ver o mundo” talvez se encontre espaço propício para o essa Ciência dentro dos lindes do Direito.

Neste contexto, a Filosofia do Direito se vale de conceitos abstratos para formar uma linguagem que possa ser tomada em sentido comum tanto pelo Direito como pela Filosofia.

Conforme Vicente Barretto e Alfredo Culleton²⁶⁸ sustentam, “a função do Direito consiste então em apropriar-se desse conhecimento e empregá-lo para que se possam justificar de que maneira as normas jurídicas, que são gerais e abstratas, podem ser aplicadas em cada caso concreto”.

Os autores explicam que justamente a dificuldade em traduzir tais conceitos para criar uma vibração comum entre esses dois campos cognitivos propiciaram a rejeição da Filosofia da ciência do Direito, notadamente pelo advento do Positivismo.

No entanto a comprovação empírica do fracasso do Positivismo como uma superação do Jusnaturalismo acabou dando margem para o surgimento de um novo paradigma a ser seguido e que repousa as suas premissas em princípios e valores, que se convencionou chamar de Pós-Positivismo.

Isto se deve ao fato de que a moldura estreita das regras positivistas acabou permitindo que o mundo servisse de testemunha de duas grandes guerras no século XX e do mal-estar provocado pelo ordenamento jurídico seguido por estes Estados. Surge então a urgência em buscar modelo intermediário que não retornasse ao equívoco positivista (de expulsão da Moral e Filosofia de dentro do seu círculo), mas que por outro lado não ressuscitasse a vagueza e as abstrações típicas do Jusnaturalismo²⁶⁹.

Dentro desse novo modelo de Estado Constitucional, que se convencionou denominar de Neoconstitucionalismo, é(ra) imperiosa a reaproximação da Ética e do

²⁶⁷ MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 19.

²⁶⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado democrático de direito ou porque estudar a filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 321, 2007.

²⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 322. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 491.

Direito, trazendo de volta a Filosofia.

Porém, se a Filosofia não pode substituir o Direito (e a proposta passa longe disso) porque este detém a exclusividade para impor regras, deveres, tendo a função de ordenar o comportamento social, a Filosofia do Direito se satisfaz com o papel de “acompanhante do projeto jurídico moderno, no que se refere aos argumentos e às razões justificadoras desse projeto²⁷⁰”.

Nesse cenário o que causa estranheza é a percepção de que só o Direito ficou imune à Filosofia, mesmo depois de ultrapassado o período positivista.

Ainda impregnada pela pretensão de assegurar a autonomia e a pureza pela ciência jurídica e a tentativa de conferir segurança²⁷¹ para as decisões tomadas no seu interior, é que o Direito ainda resiste a assumir a necessidade de conferir a abertura do seu meio ao entorno e finalmente dialogar com a Filosofia para resolver questões de alta complexidade²⁷².

Eduardo Bittar²⁷³ também chama atenção para tal fato ao afirmar que:

O principal problema da ciência do direito, portanto, parece repousar em suas matrizes de inspiração, que se tornaram absolutamente insuficientes para a preparação do jurista contemporâneo para os desafios dos tempos atuais. As ideias do purismo metodológico, da redução da ciência do direito a uma enciclopédia de comentários às leis positivistas, do trabalho de apuro conceitual e sistemático das regras de comportamentos normatizadas...encontram-se em franca decadência, na medida em que um mundo e uma realidade com dinamismos diversos daquele que dirige a lógica do raciocínio jurídico tradicional solapam as bases com as quais se estruturaram os alicerces da dogmática jurídica. Não se pode mais conceber a ciência do direito atrelada a estes paradigmas reducionistas, que tiveram em Kelsen seu maior expoente e defensor.

²⁷⁰ BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado democrático de direito ou porque estudar a filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 327, 2007.

²⁷¹ ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 134.

²⁷² A resistência à entrada da Filosofia no Direito pode ser visualizada mesmo no campo acadêmico, onde com raras exceções de destacados programas de Pós Graduação no Brasil, ainda se olha com desdém para essa linha de conhecimento, relegando-se uma diminuta carga horária para a Filosofia, centrando-se todos os esforços da grade curricular para matérias dogmático-positivistas. Tal fator é simbólico e revela o que se quer e espera do Direito e o quanto de interferência externa se deseja. Tal fato também é denunciado por Eduardo Bittar. BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 368.

²⁷³ *Ibid.* p. 369.

Pensamos que se o Direito, como se depreendeu até aqui, não é capaz de assegurar a necessidade quase psíquica dos indivíduos de obter segurança, o Direito - Ciência não linear- deve ao menos ser capaz de controlar essas expectativas, reduzindo a insegurança a um nível de suportabilidade aferindo o grau de intromissão sistêmica desejada para o seu meio.

3.1.1 Quando os Casos Fáceis e Casos Difíceis se Confundem

Na atual quadra da história, em que é visível o crescimento da atuação jurisdicional, impõe-se como efeito a necessidade de discutir as diversas formas de como o operador do Direito deve interpretar, e as formas de alcançar a melhor resposta.

No entanto, a dupla estrutura da linguagem foi relegada a segundo plano e equivocadamente fez-se a divisão estrutural entre casos fáceis e difíceis. A partir dessa classificação equivocada, surgiu, como corolário, um segundo erro em que os casos fáceis seriam resolvidos por mera adequação, subsunção do fato descrito na lei à situação concreta. E na outra ponta, os casos difíceis demandariam em percorrer uma trilha discursiva-argumentativa que pudesse apresentar resposta adequada à questão.

Lenio Streck enfatiza a questão ao afirmar que

A construção de racionalidades discursivas implicou a substituição da razão prática, questão bem presente nas diversas teorias da argumentação (a teoria do discurso é também uma teoria de argumentação). Isso fez com que a questão da interpretação fosse alçada ao patamar da argumentação, a partir da construção de racionalidades comunicativas, estabelecendo previamente modos de operar diante da indeterminabilidade do direito²⁷⁴.

No entanto, a teoria da argumentação paradoxalmente cria um problema de difícil solução se entendermos que *hard* e *easy cases* têm um sentido próprio, já que deliberar se tal caso é fácil ou difícil (para aplicar subsunções ou não) já constitui, em si mesmo, um precedente *easy-hard case*. O que levaria, de modo regressivo ao infinito²⁷⁵.

²⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 247.

²⁷⁵ Lenio Streck chama atenção para o problema, *in verbis*: "Distinguir casos simples de casos difíceis não é o mesmo que cindir casos simples de casos difíceis. Essa pode ser a diferença entre a

Não há uma essência autoexplicativa do que seriam os casos fáceis e difíceis como também inexistente colocar uma divisão lógico-matemática entre as duas espécies de casos.

Aliás, identificar esse marco divisório exige muito mais de uma pré-compreensão do caso ao intérprete. Isto é, torna-se perfeitamente admitido que um dado caso seja de intrincada solução para determinado observador, e para outro intérprete o caso seja facilmente resolvido, não exigindo grande construção hermenêutica para o alcance do resultado final.

Todavia, ainda com Streck, não se pode confundir tais assertivas com o fato de que “podem existir casos difíceis”. O que se rechaça é que os casos tenham intrinsecamente, em seu “código genético”, a essência da sua dificuldade ou da facilidade. Esclarece o autor que:

[...] não se nega que possam existir casos fáceis; o problema está no fato de que é impossível uma institucionalização de casos fáceis e casos difíceis. No plano da fenomenologia hermenêutica, mesmo em face de uma ‘suficiência ôntica’ que se expresse em um caso simples (raciocínio causal-explicativo), já estarão dadas – em face da pré-compreensão – as condições para um ‘ir além’, na direção de um acontecer (ontológico), isto é, mesmo que o acontecer possa se dar de forma objetivada, sempre já existe um indicador a partir do qual essa objetivação faz sentido²⁷⁶.

A fragilidade da divisão entre casos fáceis e difíceis pode ser vista quando se depara com as várias demandas sobre o direito à saúde e que vem exigindo atuação frequente do Judiciário. Questiona-se por que a deliberação sobre determinados tratamentos flagrantemente supérfluos não podem ser enquadrados em fáceis, para, em um juízo de subsunção, serem de plano indeferidos²⁷⁷.

dicotomia *hard* e *easy cases* de Dworkin e das teorias discursivo-procedurais. Cindir *hard cases* e *easy cases* é cindir o que não pode ser cindido: o compreender, com o qual sempre operamos, que é condição de possibilidade para a interpretação (portanto, de atribuição de sentido do que seja um caso simples ou um caso complexo). Afinal, como saber *se estamos em face de um caso simples ou de um caso difícil? Já não seria um caso difícil decidir se um caso é fácil ou difícil?* STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 250.

²⁷⁶ Ibid. p. 253.

²⁷⁷ Exemplo desta total ausência de critério de decisão e a incompreensão sobre o alcance do direito à saúde vemos no caso seguinte. No dia 23 de maio de 2011 a Justiça mineira concedeu a um transexual, morador de Juiz de Fora, o direito de receber gratuitamente o tratamento para eliminar os pelos da face, através de depilação a laser. Segundo o defensor público federal que atuou no caso, “Não se trata de estética, mas de uma questão de saúde. O tratamento atende, sobremaneira, ao princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o direito fundamental à saúde”. A partir desse julgamento, percebe-se o quanto a “ponderação de interesses” manejada como vem sendo pela comunidade jurídica, e a demasiada elasticidade conferida ao princípio da

3.1.1.1 A Impossibilidade de Distinguir, A Priori, Princípios e Regras

Conforme esclarece Rafael Tomaz de Oliveira²⁷⁸, muito embora seja comum no mundo jurídico o uso indiscriminado do termo ‘princípios jurídicos’, quando tentamos conceituá-lo, a resposta facilmente não se apresenta pelo seu caráter multifário²⁷⁹. Daí a escolha do autor por buscar uma aproximação hermenêutica da face conceitual dos princípios.

De acordo com Rafael Oliveira, há um erro inicial na discussão da questão que envolve regras e princípios, que é a tentativa de distinguir essas duas categorias de enunciados. Isto porque,

de tudo o que foi dito, esperamos que uma coisa tenha sido esclarecida: distinguir *estruturalmente*, regras de princípios representa uma operação de classificação normativa que se movimenta num nível puramente semântico, que não problematiza, radicalmente, o problema da interpretação num nível pragmático-existencial (hermenêutico, poderíamos dizer). Isso acontece claramente nas posturas de Robert Alexy que continua preso a um normativismo idealista ao afirmar o conceito de norma como o principal conceito da ciência do direito e fazer derivar dele o caráter deôntico dos princípios²⁸⁰.

dignidade da pessoa humana propicia o surgimento de abusos. No entanto, a notícia é extraída da página eletrônica institucional da Defensoria Pública da União com destaque e encômios à atuação do nobre defensor pelo êxito na relevante causa. TRANSEXUAL consegue tratamento para retirar pelos faciais. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8460:transexual-conseguetratamento-para-retirar-pelos-faciais&catid=79:noticias&Itemid=220>. Acesso em: 29 jul. 2012.

Não deixamos de reconhecer com a crítica aqui formulada, o drama vivido pela parte e os desconfortos que a inadequação de gênero deve causar a esta. O que se questiona aqui é se o Estado deve arcar com tratamento de cunho estético de custo elevado para minimizar o sofrimento do cidadão. Ainda mais quando, sabemos, há outros meios alternativos e mais econômicos (v.g, lâminas de barbear, cera depilatória, depilação com linha etc.) dos quais pode o interessado dispor sem que onere o Poder Público. Ademais, há que se lembrar do caso de milhões de mulheres que também gostariam, para seu maior conforto e comodidade, de usufruir de tratamento semelhante para eliminar pelos do corpo. Pergunta-se: Terá o Estado condições de custear tratamento a laser para todos que assim desejarem? Ou será que somente terão “direito” àqueles que forem mais hábeis no manejo da retórica principiológica para instruírem suas ações, e, mais ainda, quando tiverem como advogados, defensores custeados pelos cofres Públicos? Ainda no caso: Não seria mais adequado que o Defensor Público ao invés de ajuizar ações deste cariz, ingressasse com **ação civil pública pleiteando, de modo inédito, pedido de indeferimento de tratamentos supérfluos** para resguardar o orçamento público, e para que este pudesse ser melhor empregado nos tratamentos prioritários daqueles de baixa renda que, aliás, - frise-se! - justificam a existência institucional da própria Defensoria Pública?

²⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45.

²⁷⁹ Ibid., p. 45.

²⁸⁰ Ibid., p. 198.

Assim é a linha adotada por Lenio Streck²⁸¹ que sustenta que cindir regras e princípios é consequência da (indevida) classificação entre *easy cases* e *hard cases*, sendo que parcela considerável da doutrina²⁸² explica ainda que, quando o intérprete estiver diante de casos fáceis, estes seriam resolvidos por mera subsunção às regras, de antemão já dadas pelo legislador. Por outro lado, ao se deparar com *hard cases*, diante da impossibilidade de aplicação das regras, a resposta só seria plenamente alcançável com a construção de outro tipo de trilha discursiva, notadamente pelo manejo dos princípios, que paradoxalmente só vem à baila nos casos mais complexos e justamente são afastados quando a questão a ser enfrentada é “banal”²⁸³.

Um dos maiores defensores desta distinção no país é Daniel Sarmiento, que afirma que os princípios, diferentemente das regras, são abertos e “passam por um processo de concretização sucessiva, através de princípios mais específicos e subprincípios, até adquirirem o grau de densidade das regras”²⁸⁴. Esclarece ainda que essa densificação não ocorre de forma direta, através de um mero processo lógico-formal, mas sim através de um procedimento dialético, aonde novas possibilidades de aplicação vão sendo progressivamente construídas e buscadas pelo aplicador.

Wilhelm Canaris²⁸⁵ também é orientado por essa distinção e sustenta que os princípios se distanciam das regras pelo seu maior grau de abstração e fluidez, sendo que os princípios, numa escala de “concretude”, situam-se entre os valores e as regras jurídicas.

²⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 197

²⁸² Por todos citamos Ana Paula de Barcellos e Daniel Sarmiento. BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 47. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 42.

²⁸³ Talvez os que admitem o caráter subsidiário dos princípios assim o fazem seguindo o que preleciona o art. 4º do Decreto-Lei 4657/42, Lei de Introdução ao Código Civil, mas já admitido pela doutrina, como sendo uma “norma de sobredireito”, isto é, lei de aplicação a todas às demais leis, mesmo sem conteúdo de Direito Civil. Tal artigo dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

²⁸⁴ Acrescenta Sarmiento ainda que “os princípios representam as traves-mestras do sistema jurídico, irradiando seus efeitos sobre diferentes normas e servindo de balizamento para a interpretação e integração de todo o setor do ordenamento em que radicam”. SARMENTO, op. cit., p. 42.

²⁸⁵ CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989. p. 86.

No mesmo sentido é Zagrebelsky²⁸⁶, que entende que por não terem *fattispecie*, os princípios não se encerram em sua subsunção, não podendo, pois, ser aplicados de forma mecânica.

Humberto Ávila²⁸⁷ corroborando o que afirma Josef Esser, estabelece que a diferença entre regras e princípios, muito além do que uma distinção lastreada no grau de abstração entre as duas espécies normativas, é uma diferenciação de cariz qualitativa, isto é, “a função de fundamento normativo para a tomada de decisão”.

Porém é em Dworkin que encontramos uma melhor explicação sobre o método de aplicação das regras e princípios. Para o autor, esta distinção - base de sustentação maior de todo seu trabalho - é de natureza lógica, em virtude da “natureza de orientação que oferecem”²⁸⁸.

As regras incidem sob a forma do “tudo ou nada”, isto é, ou os fatos se adequam à regra e esta é aplicável ao caso, ou os fatos não guardam pertinência com a regra posta, sendo inválida para este.

Os princípios, por sua vez, não seguem essa mesma diretriz do “*all or nothing*”. A principal diferença reside no fato de que os princípios ostentam uma dimensão de peso (*dimension of weight*) que será levada em conta em caso de conflitos entre dois ou mais princípios. Já as regras são distintas neste aspecto, uma vez que não carregam essa dimensão. Para o autor, é possível afirmar que as regras “são funcionalmente importantes ou desimportantes”²⁸⁹ e completa afirmando que a partir do momento em que se estabelecem as distinções entre regras e princípios é que se tem em conta que estes se encontram por toda a parte.

A grande questão, e justamente a mais tormentosa, é que na forma como Alexy estabelece as diferenças entre regras e princípios, os primeiros como sendo *mandados de definição* e os últimos como *mandados de otimização*, estes acabam conferindo um poder demasiado àquele a quem caberá a atribuição de densificar os princípios, o juiz.

²⁸⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il Mulino, 2009. p. 213-214.

²⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 35.

²⁸⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 39.

²⁸⁹ *Ibid.*, p. 42-43.

Todavia o que nunca é explicado dogmaticamente - talvez porque simplesmente não haja mesmo resposta²⁹⁰-, é como se identifica estruturalmente essa diferença entre regras e princípios.

Grosso modo: Ao olhar um dispositivo constitucional, como o intérprete saberá de antemão se está diante de um princípio ou de uma regra para estar ciente de que deverá usar mera subsunção ou a ponderação de valores²⁹¹? E mais: um princípio não poderá ser usado por mera subsunção?

A partir dessas perguntas preliminares é que se percebe mais uma vez quão frágil é a teoria alexyana que separa regras e princípios e igualmente divide os casos postos à decisão em fáceis e difíceis²⁹², como se fosse possível de antemão etiquetá-los.

3.1.2 A Fragilidade da Teoria de Alexy e sua Insuficiência como Parâmetro de Julgamento Calcado (somente) no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana para Decisões sobre Direito à saúde (a Teoria da Argumentação como Nova Roupagem do Positivismo Discricionarista)

Considerando que muitas vezes incidirão sobre o mesmo caso dois ou mais princípios em conflito, surge a técnica da ponderação²⁹³ de valores para resolver a antinomia²⁹⁴.

²⁹⁰ Tal fato é expressamente reconhecido até por Robert Alexy, principal defensor desta separação, ao afirmar que “as reflexões levadas a cabo até agora demonstram que regras e princípios são razões de naturezas distintas. Princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas. Mas com essa identificação como razões *prima facie* e razões definitivas ainda não se disse *para quê* regras e princípios são razões.” ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 106.

²⁹¹ Colocação também feita por Rafael Tomaz de Oliveira, questionando ainda, por exemplo, por que a saúde pública é um princípio e não uma regra. E mais, o que faz um princípio ser um princípio? OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 215.

²⁹² Lembrando que não é possível, aprioristicamente, definir *hard cases* e *easy cases*. A distinção entre casos fáceis e difíceis só se dará posteriormente no momento de encontro do juiz com a causa e essa separação vai depender da compreensão do julgador da questão posta à decisão. Vale dizer: O que é difícil para determinado julgador (impondo a aplicação dos princípios) pode ser extremamente fácil para outro (determinando a subsunção das regras). Logo a definição desta cisão (se é que ela se sustenta) reside na ainda-não-compreensão-do-caso, pois quando o julgador o compreende, o mesmo torna-se fácil. Por isso a falibilidade dessa dicotomia *easy-hard cases*, que também segue a não superação da filosofia da consciência adstrita ao esquema sujeito-objeto. Do contrário, definir o que é *hard case* e o que é *easy case*, já seria por si só um *hard case*, o que levaria a uma infinita sequência compreensiva pelo julgador. É o que pensa Lenio Streck. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 250-251.

²⁹³ A ponderação de valores, enquanto critério de solução entre princípios, teve surgimento na Alemanha, ganhando reconhecimento como princípio implícito ao Estado Democrático de Direito. Outros países também sofreram influência do princípio da proporcionalidade, em especial a Itália,

Classicamente²⁹⁵ se ensina que, quando duas ou mais regras estiverem em conflito para a aplicação de um caso concreto, este será dirimido com a utilização dos três critérios de resolução de antinomias, quais sejam, o hierárquico, o da especialidade e o cronológico.

Isto é, quando houver choque entre regras que disponham sobre o mesmo assunto, mas que o tratem de forma colidente, uma delas terá que ser afastada para que reste apenas uma.

Inicialmente verifica-se se há, entre as regras conflitantes, alguma de hierarquia superior à outra e, em caso positivo, esta prevalecerá sobre a de nível hierárquico inferior²⁹⁶.

Não sendo resolvida a antinomia nesta primeira fase, passa-se ao critério seguinte para avaliar se há entre as regras alguma com elemento especializante, ou

Portugal e Espanha. Nos EUA, o princípio foi convolado no que hoje se denomina de “Princípio da Razoabilidade”.

²⁹⁴ A respeito da ponderação de valores, que tem sido tratado pela doutrina brasileira como ponderação de interesses, insta ressaltar que o assunto fora tratado dentro do movimento que se convencionou denominar de “Jurisprudência dos Interesses”. Tal doutrina, surgida no início do século XX, teve como principal pensador Philipp Heck, e tinha como fim se apresentar como um método finalístico e prático. Neste sentido, muito embora, na prática, se faça certa confusão entre os termos “jurisprudência de interesses” e “ponderação de interesses”, há reconhecimento por parte dos defensores da “ponderação de interesses” de que esta técnica decorre da doutrina sustentada por Heck. Se não vejamos o que diz o próprio Daniel Sarmento: “Tal método, como observou o constitucionalista espanhol Raúl Canosa Usera, não deixa de ser uma projeção algo temporã da ‘jurisprudência de interesses’ sobre o direito constitucional. Dita linha filosófica, que floresceu no início do século e teve em Philipp Heck o seu maior expoente, promoveu uma verdadeira ‘revolução copernicana’ na metodologia do Direito, ao pugnar pela substituição do método clássico de subsunção lógico-formal, baseado em conceitos jurídicos e estáticos, por uma técnica muito mais fecunda de avaliação dos interesses em jogo, refratária ao formalismo e aberta à realidade da vida social.” SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 55.

²⁹⁵ Comungam do mesmo entendimento quase a totalidade dos constitucionalistas brasileiros, tais como Luis Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Daniel Sarmento, Ana Paula de Barcellos que bebem na fonte da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 322. SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 100. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e a atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Passim. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 252.

²⁹⁶ Sobretudo quando a norma de maior grau for constitucional já que a Constituição – como é por todos sabido – é o parâmetro de validade das normas inferiores, conforme nos lembra Canotilho ao afirmar: “O carácter das normas ou fonte primária da produção jurídica implica a existência de um procedimento de criação das normas jurídicas no qual as normas superiores constituem determinantes positivas e negativas das normas inferiores. No quadro deste processo de criação, concebido verticalmente como um ‘processo gradual’, as normas superiores constituem fundamento de validade das normas inferiores e determinam, até certo ponto, o conteúdo material destas últimas. Daí a existência de uma hierarquia das fontes do direito, isto é, uma relação hierárquica, verticalmente ordenada, à semelhança de uma ‘pirâmide jurídica’.” CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 138.

seja, se é possível estabelecer uma escala de generalidade e especialização entre as normas envolvidas. Existindo, prevalecerá a norma especial em detrimento da geral (*lex specialis derogat legi generali*).

Se ainda assim não restar possível a resolução nessa fase, passa-se então para o critério derradeiro que avaliará a cronologia das regras, já que ambas têm o mesmo grau hierárquico e versam sobre o mesmo tema com o mesmo grau de amplitude. Assim, considerar-se-á válida a que tiver sido promulgada posteriormente (*lex posterior derogat legi priori*).

A doutrina constitucionalista²⁹⁷, de maneira ampla, estabelece que, em caso de conflito entre princípios constitucionais insculpidos no texto constitucional, será imprescindível o manejo da técnica da ponderação de interesses²⁹⁸. Tal técnica implica que, no caso concreto, quando se estiver diante de uma antinomia principiológica, será necessário conferir uma dimensão de peso entre os princípios para que possa restar aquele com primazia.

Desde logo é importante frisar – e nisso a doutrina é uníssona, admitindo ou não a técnica da ponderação – que o critério de atribuição de peso entre os princípios só se mostrará relevante caso não seja possível harmonizar os princípios em conflito.

O que se deve ter em conta é que, diante de uma Constituição Compromissória, tal qual a brasileira, que, portanto é resultado de matrizes ideológicas distintas e por vezes até antagônicas, não raro num caso concreto haja normas aparentemente incoerentes. Ocorre que, em nome da unidade

²⁹⁷ Daniel Sarmento assim se posiciona sobre o tema: “[...] A ponderação de interesses só se torna necessária quando, de fato, estiver caracterizada a colisão entre pelos menos dois princípios constitucionais incidentes sobre um caso concreto. Assim, a primeira tarefa que se impõe ao intérprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder à interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução do caso, ou se, ao contrário é possível harmonizá-los. Nesta tarefa, estará o exegeta dando cumprimento ao princípio da Unidade da Constituição, que lhe demanda o esforço de buscar a conciliação entre normas constitucionais aparentemente conflitantes, evitando as antinomias e colisões. Isto porque a Constituição não representa um aglomerado de normas isoladas, mas um sistema orgânico, no qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais. Assim, como ressaltou Canotilho, o *princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição em sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão entre as normas constitucionais a concretizar.*” SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 100. Remetemos o leitor à obra de Ana Paula de Barcellos para estudo mais aprofundado sobre o tema. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e a atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁹⁸ Também denominado de Princípio da Concordância Prática, da Harmonização ou ainda Princípio da Proibição (ou Vedação) do Excesso.

constitucional²⁹⁹ que deve prevalecer, o intérprete deve ser o intermediário, na medida do possível, do diálogo entre tais dispositivos supostamente em conflito.

Como já se disse, é na forma da sua aplicação - como defende o pensamento majoritário - que supostamente se encontraria a distinção entre as regras e princípios já que as primeiras incidem na forma do “tudo ou nada”, consoante Dworkin³⁰⁰.

Já no que concerne aos princípios, estes são normas de otimização³⁰¹ do sistema, conforme preleciona Robert Alexy³⁰², por permitirem um balanceamento de valores e interesses consoante o seu peso, pelo juiz, que realizaria tal ponderação através da intrincada fórmula matemática³⁰³.

Logo, diante do conflito entre princípios (diferentemente do que acontece com as regras) não há que se falar em cláusulas de exceção ou invalidade de um deles³⁰⁴, já que o que ocorre é o “afastamento” de um dos princípios para *aquele* caso³⁰⁵. Sendo certo que a hipótese poderá ser diametralmente oposta em outra decisão, dando-se preferência justamente pelo princípio outrora preterido.

²⁹⁹ A Unidade da Constituição, conforme Canotilho, “obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 1097.

³⁰⁰ Explicando em outras palavras: ou a hipótese de incidência se faz presente e a regra se aplica, ou, ao contrário, não existem elementos de enquadramento e a regra não se amoldará ao caso em questão. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

³⁰¹ Para o autor, “princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fácticas. A *máxima da proporcionalidade em sentido estrito*, ou seja, exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades *jurídicas*. Já as máximas da necessidade e adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades *fáticas*.” ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 118.

³⁰² ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁰³ $W_{i,j} = I_i/I_j$ em que I_i representaria a importância de se satisfazer o Princípio P_i . I_j significando a importância de preservação do princípio concorrente P_j , e finalmente $W_{i,j}$ seria a representação do peso concreto de P_i . *Ibid.*, p. 298. Também do mesmo autor, a obra *Constitucionalismo Discursivo*. ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 146.

³⁰⁴ Como preleciona Alexy em sua principal obra. ALEXY, op. cit., p. 92.

³⁰⁵ Como pontua Rafael Tomaz Oliveira, “se não há problematidade, se não há caso concreto não se pode falar em princípios”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 206.

De acordo com os seguidores da técnica da ponderação de valores³⁰⁶, para aplicá-la, faz-se imperiosa a análise do “princípio” em comento sob a ótica de três outros subprincípios: a) adequação, b) necessidade e c) proporcionalidade *stricto sensu*³⁰⁷.

Como afirmado, na hipótese de conflito entre princípios não é possível afirmar, *a priori*, de forma abstrata qual princípio goza de peso maior. Necessário, pois, atribuir a avaliação dos interesses envolvidos e, só assim, efetuar o sopesamento entre eles. Isto decorre da *lei de colisão* que rege o ordenamento jurídico como um todo, já que os princípios muitas vezes analisados são absolutamente contraditórios, o que geraria a irracionalidade do sistema³⁰⁸.

Todavia, ainda com Alexy, muito embora o Tribunal Constitucional Federal alemão exclua a possibilidade de relação de precedência “abstrata” ou “absoluta” entre os princípios (‘nenhum desses interesses goza, em si mesmo, de precedência sobre o outro’), em sua opinião é possível admitir-se isso quando estiver em jogo o princípio da dignidade da pessoa humana. Nos demais casos, haverá sempre uma precedência condicionada ou relativa diante do caso concreto. Neste contexto expõe que o mais importante é descobrir qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder diante de determinadas condições.

³⁰⁶ Chamado de *balancing* por influência do direito norte-americano, como salienta Ana Paula de Barcellos. BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e a atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 23.

³⁰⁷ O subprincípio da adequação exigiria que a medida a ser adotada fosse apta aos fins a que foi idealizada, ou seja, se os meios empregados são apropriados para a consecução dos fins a que se destina. No segundo nível da análise do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão deve-se perquirir a necessidade (ou exigibilidade) da restrição impingida. Trata-se, portanto, de verificar se há outro mais adequado, vez que sempre que possível deve-se adotar o meio menos gravoso para o alcance do fim colimado. Finalmente, a medida deve ultrapassar a peneira da proporcionalidade em sentido estrito (denominado por Alexy, de ‘mandado de ponderação’), verificando se a eventual ‘correspondência entre o fim a ser alcançado por um dispositivo normativo e o meio empregado, que deve ser juridicamente possível’. Neste momento é que o aplicador da lei, e, portanto, manejador do princípio *sub examine*, deve proceder de modo a indagar a relação de custo-benefício da norma suscitada. Em outras palavras: o sacrifício fixado pela norma deve ficar aquém do benefício alcançado, sob pena de inconstitucionalidade. ALEXY, op. cit., p. 112. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In. MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1, p. 259.

³⁰⁸ ALEXY, op. cit., 1993. p. 95. Nas palavras de Alexy, “levando-se em consideração do caso concreto, o estabelecimento de relações de precedência condicionada consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.” *Ibid.*, 1993. p. 96.

A condição preponderante deve então sempre levar em conta a não violação a um direito fundamental, já que, “se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida”.³⁰⁹

Segundo o autor, costuma-se usar como um dos critérios para a distinção entre regras e princípios, o que classifica estes últimos como razões para as primeiras, e por sua vez as regras seriam as razões para as decisões concretas. Contudo tal entendimento não pode prosperar já que se isto fosse admitido os princípios jamais poderiam ser razões diretas para decisões concretas. Neste contexto, para Alexy, as regras podem ser tidas como razões para demais regras e os princípios igualmente podem servir para embasar, de forma direta, as decisões concretas. O que ocorre é que há uma distinção no aspecto das regras e princípios enquanto razões dos juízos concretos como forma de decidir. Isto porque quando uma regra é a razão para um dado juízo concreto é denominada *razão definitiva*³¹⁰.

O autor parte da distinção entre regras e princípios a partir do estudo da Teoria dos Direitos Fundamentais, deixando expresso que não há como alcançar uma teoria integrativa de direitos fundamentais sem percorrer necessariamente uma teoria estrutural, analítica, acima de tudo³¹¹, e conclui que se nessa análise o foco também alcançar a questão da decisão correta, neste caso, ela adquire um caráter normativo-analítico.³¹² Por isso a dedicação do autor em tentar conferir, argumentativamente, precisão conceitual à noção de princípios, muito embora reconheça a dificuldade da tarefa³¹³.

³⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 98.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 106-107.

³¹¹ *Ibid.*, p. 42.

³¹² Paradoxalmente, o autor não percebe que a construção de toda sua teoria não permite o alcance dessa resposta correta, ao revés, dando azo à multiplicidade de respostas possíveis, uma vez que não consegue romper com o esquema representacional sujeito-objeto, como se verá. Também é o que pensa Alexandre da Maia ao dizer que “[...] por outro lado, isso não quer dizer que a teoria de Robert Alexy esteja necessariamente vinculada à tese da possibilidade de uma resposta correta e racional, pois os participantes do discurso, adotando as mesmas regras, podem chegar a caminhos e conclusões diversos.” MAIA, Alexandre da. Dogmática jurídica e multiplicidade: uma análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 30, 2007.

³¹³ O que se extrai é que para Alexy assim como é inapropriada a redução da Ciência do Direito a uma dimensão analítica, por outro lado também é indesejável subestimar o inafastável caráter analítico deste campo de conhecimento. Portanto, o que propõe o autor, não obstante reconheça as limitações do “tratamento lógico”, é extrair o que há de correto nele para o Direito. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 49. Ainda com Alexy, estabelecer a distinção entre regras e princípios, muito mais do que purismo teórico, é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, “uma das colunas-mestras” no edifício da teoria dos direitos fundamentais, afirmando ainda que sem ela não pode haver nem

Muito embora Alexy não admita a existência de princípios absolutos de antemão considerados, entretanto, aponta que na Constituição Alemã é possível a identificação de pelo menos um direito absoluto, qual seja, o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, §1º, 1), mas isto não pelo fato somente de ser um princípio absoluto e, sim, porque a dignidade nos moldes deste texto constitucional é tratada parcialmente como regra e princípio, e também por haver um largo espectro de condições de precedência que conferem altíssimo grau de certeza de que o princípio em comento deve prevalecer se conflitante com outros.³¹⁴

O que o autor não resolve, e que, portanto, desde logo já demonstra a fragilidade dos seus argumentos, é o que ocorrerá se houver o conflito do próprio princípio da ponderação de interesses com outro qualquer. Ou então se um dos subprincípios (e conseqüentemente, princípios em si mesmo considerados) chocarem-se com outros no ordenamento jurídico. Isto é, como um “princípio” poderá ser usado para resolver conflitos entre outros princípios. Não há explicação plausível para esse enigma.

Algo que também precisa ser salientado e que revela o perigo do uso da ponderação de valores, como critério hábil para a solução de conflitos principiológicos, é que a ponderação de valores, por usar o balanceamento dos princípios e sua aplicação ao caso concreto, pode dar margem a qualquer interpretação, em qualquer sentido, notadamente quando se tem em jogo a atribuição de peso do princípio da dignidade da pessoa humana³¹⁵ que, pelo que se tem visto, tem sido progressivamente mal utilizado pelos intérpretes da Constituição.

No entanto, embora o método de Alexy seja complexo, a leitura que se faz do autor é bastante simplificada e as decisões (até de Tribunais Superiores) que, supostamente, se lastreiam na Teoria da Argumentação, na verdade, não aplicam sua fórmula, nem tampouco explicitam o caminho usado para a escolha deste ou daquele princípio. Não são demonstrados quais foram os parâmetros utilizados para que o juiz alcançasse uma maior dimensão de peso de um dos princípios envolvidos, o que resulta em puro e simples subjetivismo.

uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente na dogmática dos direitos de liberdade e de igualdade, mas também dos direitos à proteção, à organização e ao procedimento e a prestações em sentido estrito. Ibid., p. 85.

³¹⁴ Ibid., p. 112.

³¹⁵ Art. 1º, inciso III da Constituição da República.

Ultimamente, o que se observa é que todas (ou quase todas) as causas levadas a juízo, sejam elas de que natureza forem, de que assunto versarem, buscam sustentação no princípio em comento, tal como se fosse uma “chave-mestra”, que abre qualquer porta. Tal princípio por ser o mais importante do ordenamento jurídico, aquele que fundamenta o próprio Estado, já que este só justifica sua existência para a proteção do ser humano em toda a sua complexidade, plenitude e dignidade, não pode ter o condão de embasar questiúnculas sem qualquer relevo, em que está nítido que não há qualquer ofensa à dignidade dos envolvidos³¹⁶.

Diante da impossibilidade de adoção do jusnaturalismo puro e tampouco do cego Positivismo³¹⁷, surge o modelo denominado de pós-Positivismo que tinha por fim precípua figurar como arquétipo que pudesse permear a severidade positivista e a demasiada amplitude do jusnaturalismo. O pós-positivismo é traduzido no neoconstitucionalismo, que teoricamente lastreia-se nos valores e princípios, e, de certo modo, ansiava a volta do intercâmbio entre o Direito e a Ética.

Entretanto, ainda que seja necessário reconhecer os avanços paradigmáticos do modelo do pós-positivismo no cenário mundial e os reflexos dessa mudança observados na Constituição de 1988, é preciso que se reveja o posicionamento doutrinário e jurisprudencial hodierno. Isto porque tal qual um

³¹⁶ Para reforçar o que afirmamos socorremo-nos das palavras do Constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet que afirma que “levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor de dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, **se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental.** Aplica-se aqui a concepção subjacente ao pensamento de Laurence Tribe, no sentido de que **a dignidade (assim como a Constituição) não deve ser tratada como um espelho no qual todos veem o que desejam ver, sob pena de a própria noção de dignidade e sua força normativa correr o risco de banalizada e esvaziada. [...] Convém, quanto a este ponto, tomar a sério a advertência de P. Häberle, *Menschenwürde als Grundlage*, p. 823, recomendando um uso não inflacionário da dignidade e repudiando a utilização da dignidade de modo panfletário e como fórmula vazia de conteúdo.** Neste sentido, por mais que se possa afirmar, que em matéria de dignidade e direitos fundamentais, seja melhor pecar pelo excesso, **não há como desconsiderar o fato que o recurso exagerado e sem qualquer fundamentação racional à dignidade – tal como vez por outra ocorre – efetivamente pode acabar por contribuir para a erosão da própria noção de dignidade como valor fundamentalíssimo da nossa ordem jurídica.** (Grifo nosso). SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 102.

³¹⁷ Lembremos que o regime fascista de Hitler, ao contrário do que se possa pensar, só foi possível com o estrito cumprimento das regras à época. Todavia a ausência de um filtro ético-valorativo foi o que permitiu que as barbáries do regime ditatorial fossem perpetradas.

movimento pendular, se antes os princípios eram relegados a segundo plano e não eram dotados de nenhuma efetividade, mas sim assumiam o papel de mera recomendação, hoje se transformaram nas verdadeiras vedetes do Direito³¹⁸.

Preocupa a banalização do uso dos princípios e a confusão que se encerra no seu manejo como se, sob o manto dos mesmos, qualquer significado semântico lhes pudesse ser atribuído³¹⁹.

Em outros termos: Interpretação principiológica não pode significar o que Lenio Streck ressaltou como sendo “uma espécie de ‘livre disposição do discurso’; ao contrário, é exatamente a hermenêutica que melhor propiciará as condições para encontrar as respostas corretas no Direito.”³²⁰ Por isso, para que se levem os princípios a sério e para permitir que o texto não ganhe o sentido que o juiz pretender atribuir, surge a necessidade de entender que os princípios “fecham” a interpretação (como ousadamente faz Streck³²¹, na contramão da doutrina) e não “abrem-na”, como entende a maioria dos autores, notadamente os que adotam a linha da Teoria Argumentativa.

Comungar do mesmo posicionamento de Lenio Streck revela justamente a tentativa de evitar a multiplicidade das respostas possíveis ao caso e não dar espaço para a atuação da subjetividade do juiz³²² solipsista que discricionariamente é o “senhor absoluto da semântica jurídica”³²³.

³¹⁸ Possibilitando inclusive que tudo seja visto como princípio. Há o que Ana Paula de Barcellos chama de “embriaguez principiológica” ou ainda “panprincipiologismo”, como bem define Streck (em diversas passagens), afirmando ainda ser tal fenômeno um dos grandes predadores do Direito. Ou outras expressões semelhantes tais como “euforia principiológica”, “carnavalização dos princípios”, que se propõe a designar o uso desmedido destes. BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

³¹⁹ Assim é enfático o autor Lenio Streck ao dizer que “nesse sentido – e aqui me permito insistir –, confunde-se a ‘Era dos princípios’ com a ‘abertura hermenêutica’ e a consequente necessidade de construção de racionalidade de cariz epistemo-metodológicas. A todo tempo é necessário referir: regras não estão ligadas/limitadas à subsunção; princípios não são ínsitos às teorias argumentativas. Em outras palavras, princípios não se constituem em álibis teóricos para suplantar problemas metodológicos oriundos da ‘insuficiência das regras. Não são, pois, ‘mandados de otimização’ ou postulados interpretativos. Devem, sim, ser entendidos no contexto da ruptura paradigmática pela qual se superou o positivismo (afinal, esta não é a era pós-positivista?)”. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 247.

³²⁰ Ibid., p. 168.

³²¹ Ibid., p. 171.

³²² Chamando-nos a atenção para o problema do poder judicial ao decidir uma causa e adotar uma “resposta”, dentre várias, é que Arango afirma que: “Cualquier persona ao largo de su vida puede llegar a ser afectada por la decisión de um juez. Las decisiones judiciales, que traducen y aplican a una situación concreta los dictados abstractos de la ley, pueden significar la diferencia entre lo bienestar o la desgracia para un individuo. Las normas jurídicas pretenden dar certeza al prescribir a conducta debida según reglas de mandato, prohibido o permitido. No obstante, dichas normas,

E isso perpassa também por um estudo dos princípios que seja muito mais zetético do que dogmático, vale dizer, questionador da real necessidade de enquadramento ou classificação de um determinado instituto como princípio (e não meramente reproduzidor do que vem sendo ensinado³²⁴), como se só assim o mesmo fosse ser percebido pela comunidade jurídica com a importância devida³²⁵.

A tomar como base a enorme quantidade de princípios enumerados pela doutrina, e tendo como verdade a doutrina de Alexy que, em caso de conflitos entre os mesmos, o magistrado resolveria o embate atribuindo dimensão de peso a estes para observar o que mais se sobressai, considerando ainda que (conforme salienta Sarlet³²⁶) com algum esforço todas as questões são atravessadas pelo princípio da dignidade, é possível concluir que praticamente qualquer assunto³²⁷ levado a juízo é passível de ponderação, o que foge ao razoável.

com frecuencia, resultam insuficientes para brindar la anhelada seguridad.” ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, 1999. p. 2.

³²³ Ou como prefere Lenio Streck (seguindo o clássico platônico “Crátilo”) um “onomaturgo”, um “dador” de nomes. STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 94.

³²⁴ Crítica, aliás, também feita por Lenio Streck, que analisa o ensino jurídico enquanto instância de reprodução do *habitus*. STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2 ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 30.

³²⁵ Derivado de *zetein* cujo significado é investigar, questionar. Tércio Sampaio Ferraz bem esclarece que “o enfoque dogmático revela o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões. O zetético, ao contrário, desintegra, dissolve as opiniões, pondo-as em dúvida. Questões zetéticas têm uma função especulativa explícita e são infinitas. Questões dogmáticas têm uma função diretiva explícita e são finitas. Nas primeiras, o problema tematizado é configurado como um ser (que é algo). Nas segundas, a situação nelas captada configura-se como um dever-ser (como deve ser algo). Por isso, o enfoque zetético visa saber o que é uma coisa. Já o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação”. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008. p. 39-40.

³²⁶ Com quem concordamos.

³²⁷ Tomemos o disparatado exemplo que vem ganhando adeptos e criando moda no cenário jurídico como o do aluno do curso de Biologia da UFRGS (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), R. F. B., que por questões de consciência obteve autorização judicial para ser dispensado das aulas das cadeiras de Bioquímica 2 e Fisiologia Animal “B” que implicassem a utilização de animais. A procedência da ação foi concedida pelo juiz da Vara Federal Ambiental, Agrária e Residual de Porto Alegre, Dr. Cândido Alfredo Silva Leal Júnior.

O autor ajuizou ação sob o argumento da “objeção de consciência”, em razão de sua visão ecológica, para não participar de tais aulas considerando que é contra o sacrifício de animais e a viviseção durante as aulas práticas do curso.

Inicialmente, o aluno tentou ser dispensado das aulas junto em pleito administrativo junto à própria UFRGS. A Universidade, porém, não acatou a argumentação, recusou o pedido e reprovou o aluno das cadeiras.

Segundo a UFRGS, havia a alternativa de “desistir do curso”, ou aderir ao conteúdo programático da disciplina, *in verbis*: “A partir do ingresso no curso, o estudante fica submetido integralmente ao programa de disciplinas e, inclusive, às aulas práticas propostas pelos professores.”

Todavia de acordo com a decisão judicial, prevaleceu o argumento do aluno que segundo o magistrado tem direito à “objeção de consciência”. A decisão determina ainda que a Universidade providencie trabalhos alternativos em substituição às aulas práticas, apresentando integral

No fundo, o apego à técnica da ponderação de valores revela que a dogmática jurídica não conseguiu fazer um *upgrade* hermenêutico e ainda finca suas bases apostando na não-superação da Filosofia da Consciência³²⁸. Para tanto, continua-se afirmando e repetindo para os discentes, *v. g.*, que afinal de contas, “sentença vem de *sentire*, sentir, é o que o juiz sente”³²⁹ (sic). Isto é, o juiz, seria o sujeito com a fala autorizada, o verdadeiro e supremo guardião da verdade, que teria o dever de “extrair a interpretação das normas”, “dar o real significado do vocábulo” e o faz por meio de uma sentença que expressa o seu sentir...³³⁰

Voltando a analisar a falta de objetividade da técnica do *balancing*³³¹, chamamos à discussão as objeções feitas por Habermas³³², que entende de modo

validade a estas para fins de aprovação final, além de assegurar o aprendizado do autor nas disciplinas referentes.

Além disso, a **UFRGS**, em sentença de 1º grau, **foi condenada a pagar ao estudante a quantia de R\$1.000,00 a título de reparação por danos morais(?)**.

Entretanto, o juiz negou o pedido genérico do aluno para proibir o uso de animais em aulas práticas do curso. De acordo com ele, não há comprovação de que os procedimentos sejam ilegais ou abusivos. ESTUDANTE de Biologia obtém na Justiça direito de não sacrificar cobaias em aula. **IHU**, São Leopoldo, 20 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/7889-estudante-de-biologia-obtem-na-justica-direito-de-nao-sacrificar-cobaias-em-aula>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

Caso semelhante aconteceu recentemente no Rio de Janeiro onde a estudante do curso de Biologia, J. I. O. X., por ser vegetariana, alegou objeção de consciência e conseguiu dispensa de assistir aulas práticas (ZOO III e todas as subsequentes) através de liminar em Mandado de Segurança contra a Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). A liminar foi concedida pelo juiz Adriano Saldanha Gomes de Oliveira, da 11ª Vara Federal do Rio de Janeiro. Processo Nº 2009.510.1009.2366 – Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *In verbis* a decisão: “É o relatório. Decido. A prática de vivisseção com finalidade anatômica é reprovável, embora essa afirmação não conduza necessariamente à existência de crime ambiental. De todo modo, o que parece fora de dúvida é que o inciso VIII do art. 5º da CRFB assegura a liberdade de convicção filosófica, não sendo possível, por força desta disposição, que a ré obrigue a Autora a participar de tais práticas em oposição a sua convicção filosófica, se ela opta por realizar o respectivo aprendizado anatômico por método alternativo. Isto posto, ressalvada a obrigação de a Autora realizar aulas ou avaliações práticas de vivisseção somente quando estas tiverem finalidade preponderantemente curativa, defiro a liminar nos termos requeridos na alínea “a” do parágrafo 97 (fl. 28). Intime-se a ré para cumprimento. Cite-se.” RIO DE JANEIRO. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. (IOERJ) Disponível em <http://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/view_pdf.php?ie=NTk3OA==&ip=MjE=&s=YzAyYzBhZGE4NjI4ODJIMjBjNTFjNjk0YTYxNzBmYjg=> Acesso em: 20 nov. 2012.

³²⁸ Isto é observado até mesmo no que (ainda) se ensina nos livros, nos artigos de internet e demais campos em que a Ciência do Direito é difundida.

³²⁹ MAYR, Eduardo. **Sentença penal**. Disponível em: <<http://advalexandrers.wordpress.com>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

³³⁰ DINIZ, Maria Helena apud STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 96. “Sabe-se que sentença - do latim *sententia*, originado de *sententiendo* do verbo *sentire*, que significa ‘o sentir do juiz’ - é, sem maiores requintes, o ato judicial que põe fim ao processo. SOARES, Evanna. **Os nomes das partes como um dos elementos essenciais da sentença**. [S.l., 2009?]. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan11.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

³³¹ Fato este inclusive, de certo modo, reconhecido por Daniel Sarmiento, fiel seguidor da Teoria da Argumentação, das teorias de Alexy, e defensor da ponderação de valores como instrumento de

acertado, que no mais das vezes tal técnica acaba conduzindo o discurso a áreas alheias à justificação, à correção e à objetividade quando diz que:

Alexy sabe que as decisões jurídicas fundamentadas pelo discurso não podem ser ‘corretas’ no mesmo sentido que juízos morais válidos: ‘A racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através das leis, portanto relativa à racionalidade da legislação. Uma racionalidade ilimitada da decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação.’ E, enquanto esse pressuposto não for preenchido, a harmonia entre direito e moral, defendido por Alexy, tem uma desagradável consequência: ela não somente relativiza a correção de uma decisão jurídica, mas a coloca em questão enquanto tal. [...] Para fugir a essa objeção, precisamos enfrentar, com Dworkin, a tarefa de uma reconstrução racional do direito vigente. Uma decisão jurídica de um caso particular só é correta, quando se encaixa num sistema jurídico coerente.

O que não é explicado pela teoria alexyana é que critérios o juiz utilizará para optar por este princípio em detrimento daquele³³³. E mais, tal escolha, por ser absolutamente subjetiva³³⁴, se torna refém das concepções morais do julgador, não

resolução de antinomias. *In verbis*: “[...] Afinal, os princípios conferem maior plasticidade e dinamismo ao Direito, permitindo que ele evolua com o tempo, e tornam, por outro lado, mais íntima a sua relação com a Moral, atuando como válvulas de escape contra graves injustiças. Estas e outras características dos princípios justificam que se celebre a nova importância que eles assumiram no Brasil, sobretudo na última década. Mas o propósito destas linhas não é o de repetir esta ladainha, já por todos conhecida, e sim mostrar o outro lado da moeda. **E a outra face da moeda é o lado do decisionismo e do ‘oba-oba’.** Acontece que muitos juizes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, convertem-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador consegue fazer ‘quase tudo o que quiser.’ (Grifo nosso). SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 199-200.

³³² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade.** 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1, p. 289.

³³³ Além de outros questionamentos feitos também por Rafael Tomaz de Oliveira ao indagar com acerto: “Quem elege os princípios em conflito para que seja realizada a ponderação? Por que são sempre apenas dois os princípios em conflito? Qual a diferença entre princípio e valor? Por que o juízo de ponderação é sempre um juízo de valoração, mas isso não implica dizer que o conteúdo dos princípios sejam propriamente valores?”. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 210.

³³⁴ Admitido incidentalmente por Ana Paula de Barcellos apesar do dedicado trabalho a responder às críticas aos opositores da técnica da ponderação: “É preciso reconhecer que a crítica resumida acima é em boa parte procedente. Não há como negar, considerando o estado atual da dogmática sobre o assunto, que, de fato, a ponderação é metodologicamente inconsistente, enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio.” BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e a atividade jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 53.

confere contornos democráticos à decisão, ferindo o que há de mais caro no Estado de Direito³³⁵.

A tese, como se vê, não se sustenta, e tal qual um castelo de cartas, rui diante de um sopro um pouco mais vigoroso, não obstante tenha o autor tentado dar abordagem objetiva e, portanto, científica à técnica empregada. Assim sendo, sustentamos que a Teoria da Argumentação nada mais é do que nova roupagem do velho Positivismo já que traz como centro interpretativo a discricionariedade implícita na (ou da) ponderação de interesses.

Muito embora o termo Positivismo seja corriqueiro para indicar correntes filosóficas distintas, todas guardam a “tentativa de compreender o Direito como um fenômeno social objetivo³³⁶” e, diferentemente do jusnaturalismo que intentava fundamentar na Natureza a racionalidade de algumas normas³³⁷, entendem o Direito como sendo derivado de atos de vontade que podem ser socialmente identificados.

No entanto é possível afirmar, desde logo, que as múltiplas matrizes do Positivismo guardam uma uniformidade quanto às suas principais características, a saber:

³³⁵ Mais uma vez paradoxalmente reconhecido por Sarmento: **“Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação de poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o Direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a sua vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico. Ela substitui, em suma, o governo da lei pelo governo dos juízes.** E há agravantes na atmosfera cultural brasileira, que tornam este fenômeno ainda mais perigoso do que no cenário norte-atlântico, dos países de 1º mundo. É que o povo brasileiro é o povo da ‘cordialidade’. Esta cordialidade, no sentido cunhado por Sérgio Buarque de Holanda, tem aspectos muito positivos e outros mais problemáticos. Do lado positivo, são conhecidos o calor humano, a simpatia, a generosidade do brasileiro. Mas, do lado negativo, temos uma grande dificuldade em cumprir e exigir o cumprimento de regras gerais e impessoais de conduta. As regras são muito frias e por isso preferimos o ‘jeitinho’. Um sorriso simpático e há uma boa chance de você conseguir convencer o guarda de trânsito a ‘aliviá-lo’ da multa que ele acabou de lhe aplicar. Macroscopicamente, esta faceta da nossa cultura gera o patrimonialismo e a indevida confusão entre público e privado, em que os atos do Estado serão frequentemente contaminados pelas relações pessoais dos seus agentes. **Em culturas mais rígidas, como a alemã e mesmo a norte-americana, a ductibilidade dos princípios tende a temperar e suavizar a dureza das normas. Mas numa cultura já tão flexível como a brasileira, a invocação metodológica desordenada dos princípios pode afrouxar ainda mais o nosso já escasso compromisso com o cumprimento das leis.**” (Grifo nosso). SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais:** estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 200-201.

³³⁶ BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo Jurídico In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito.** Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 643.

³³⁷ Além da busca de romper com a esfera teológico-filosófica do seu surgimento e consolidar seus aspectos jurídicos. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 182-183.

Em primeiro lugar sua interconexão com a Teoria das Fontes. Vale dizer, o fato do Direito estar subordinado aos acontecimentos sociais acaba impedindo que este seja verdadeiramente transformador da realidade.

Uma segunda característica do Positivismo foi o divórcio entre o Direito e a Moral³³⁸.

Finalmente o terceiro (e talvez, mais importante) traço do Positivismo seja a discricionariedade³³⁹.

Como já foi antecipado por nós, o Positivismo surge como contraponto à vagueza do jusnaturalismo dando contornos científicos e precisos às normas regentes da sociedade. Tal movimento surge da necessidade de conferir segurança aos que estavam submetidos ao alcance da lei³⁴⁰.

Entretanto diante da impossibilidade fática de antever todas as hipóteses de sua aplicação os cultores do Positivismo jurídico, paradoxalmente, permitem que o juiz, na análise do caso concreto, em hipótese de lacuna, isto é, face à ausência de uma norma que regule expressamente o fato, mas tendo que decidir a questão, este possa valer-se da discricionariedade³⁴¹ que confere justamente a insegurança jurídica da qual se quer(ia) fugir³⁴². Muitas vezes é(ra) inclusive utilizado o recurso

³³⁸ Mais uma vez vale dizer que as barbáries perpetradas pelos governos ditatoriais nazi-fascistas só foram possíveis pela ausência de contornos morais e valorativos nos ordenamentos jurídicos vigentes à época. Com o mal-estar e o trauma pós-2ª Guerra Mundial é que a Moral retoma o lugar de cooriginariedade com o Direito. Essa cooriginariedade é lembrada por Streck quando destaca que: “[...] Por isso, o avanço representado por esse novo paradigma: a moral deixa de ser autônomo-corretiva, para se tornar cooriginária ao (e com o) direito. Direito e Moral são cooriginários porque o direito do Estado Democrático de Direito, sustentado nos princípios que traduzem o mundo prático, origina-se de um lugar que não prescinde (mais) da moral”. STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 176.

³³⁹ Elemento que mais nos interessa na análise desse trabalho.

³⁴⁰ Conforme nos lembra Lopes, “O ideal de uma ciência positiva, ou positivista, assenta-se na tradição idealista da filosofia do fim do século XVIII. Em primeiro lugar, define-se uma distinção entre sujeito e objeto do conhecimento e suas relações recíprocas. Em segundo lugar, propõe uma objetividade do conhecimento demonstrável pela manipulação e pela experimentação. Conhecer é saber fazer, é reproduzir e prever.” LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 222.

³⁴¹ Entendido aqui como o instituto que permite ao julgador escolher, a opção que mais lhe convier dentre as hipóteses possíveis, sem estar adrede vinculado.

Neste caso, se o decisor se movimentou entre a moldura interpretativa não poderá ter sua resposta tachada de errada, já que eram múltiplas as respostas possíveis.

³⁴² Conforme Barzotto, “neste sentido, o positivismo revela-se como tentativa de controlar uma burocracia *que ele* mesmo demonstra ser incontrolável. Como axiologia jurídica, o positivismo representa a tentativa de fornecer segurança a um mundo em que a presença do outro gera insegurança. O Direito, que para os clássicos só faz sentido a partir da alteridade, da presença do outro, agora passa a ver a presença do outro como uma ameaça aos meus interesses. Enfim, o positivismo (e o pós-positivismo com ele) parece a tentativa fadada ao insucesso de dar sentido a um direito que perdeu o sentido.” BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 647.

normativo dos “conceitos jurídicos indeterminados”, que conferem ao aplicador da lei uma superfície pela qual pode se movimentar hermeneuticamente, dando ao texto as mais amplas direções, daí o seu inconveniente.

Neste caso, o próprio legislador positivista, reconhecendo sua limitação em prever tudo, e não vendo alternativa melhor, simplesmente admite a lacuna e estabelece que tais situações devem ser decididas pelo julgador,³⁴³ por analogias, princípios, sendo certo que a escolha será sempre carregada de grande dose de discricionariedade.

O que ocorre hoje com a Teoria da Argumentação não passa muito distante do que se viu nos tempos ditatoriais do cego apoio ao Positivismo e da discricionariedade que é dele corolário. De acordo com o que afirmam Antonio Cavalcanti Maia e Thomas da Rosa de Bustamante³⁴⁴, a Teoria da Argumentação,

deve ser entendida como um *método de análise* racional das normas jurídicas (e das interpretações dos textos legislativos em geral), dos enunciados da dogmática, das premissas empíricas utilizadas pelos juristas, da estrutura lógica das proposições normativas, enfim: de todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para a *justificação* das decisões judiciais. Para os teóricos da argumentação jurídica, argumentar é ‘dar razões a favor ou contra uma determinada tese que se está a sustentar ou refutar’.

Neste sentido é que mais uma vez surge a necessidade de fechar a interpretação do sentido dos princípios, espanando a poeira da argumentação de que há distinção entre regras e princípios e que estes, pelo seu sentido aberto, permitiriam o agir discricionário do juiz³⁴⁵.

³⁴³ Que afinal, por força constitucional, não se pode eximir de decidir.

³⁴⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação jurídica. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 66.

³⁴⁵ Lembremos mais uma vez o pensamento de Streck, “[...] a partir disso é possível dizer que é equivocada a tese que os princípios são mandados de otimização e de que as regras traduzem especificidades (d’onde, em caso de colisão, uma afastaria a outra, na base do ‘tudo ou nada’), pois dá a ideia de que os ‘princípios’ seriam ‘cláusulas abertas’, espaço reservado à livre atuação da subjetividade do juiz’, na linha aliás, da defesa que alguns civilistas fazem das cláusulas gerais do novo Código Civil, que, nesta parte, seria o ‘Código do juiz’ – sic. [...] Ora, de tudo o que foi dito, não parece democrático delegar ao juiz o preenchimento conceitual das assim chamadas ‘cláusulas gerais’ (a mesma crítica pode ser feita ao uso da ponderação para a ‘escolha’ do princípio que será utilizado para a resolução do problema causado pela ‘textura aberta da cláusula’).” STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 171-172.

No fundo tal admissão da discricionariedade judicial decorre também da indevida separação entre discursos de aplicação e fundamentação, tal como patrocinado pela “fórmula Günther”³⁴⁶, isto porque esta linha admite a subsunção nos casos fáceis e a livre escolha do juiz nos casos complexos. Mais uma vez voltamos ao erro da separação (e toda a nefasta consequência que dela decorre) entre *hard* e *easy cases*.

Portanto, vê-se que a discricionariedade tão bem-aceita em tempos coevos, mormente quando da utilização dos princípios, nada mais é do que uma releitura do que outrora foi duramente combatido com o xeque-mate ao Positivismo³⁴⁷.

3.2 Da Necessidade do Desenvolvimento de uma Teoria da Decisão no Brasil para a Garantia da Integridade do Direito (ou de como a ausência de critérios de decisão podem comprometer a democracia)

Por tudo até aqui exposto é que se faz necessária a discussão das possibilidades de se implementar em solo brasileiro uma Teoria da Decisão, isto é, um método hábil a criar parâmetros para o juiz conduzir seu mister de julgar. A intenção com a criação desse sistema não é manietar o decisor, mas ao contrário dar-lhe liberdade, porém que esta esteja vinculada a um fio condutor único, conferido pela tradição e pré-compreensão, que dará a chave de acesso autêntico ao sentido do texto. Acesso este que não é fruto de entendimento individual (aprisionado nas teias do esquema sujeito-objeto), mas sim, que pode(rá) ser

³⁴⁶ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 70.

³⁴⁷ De acordo com Streck, “no fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis de que falam as teorias argumentativas a escolha do princípio aplicável ‘represtina’ a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Isto é, cabe ao intérprete dizer qual o princípio aplicável, isto é, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas ‘zonas de incertezas’ e em face das ‘insuficiências ônticas’ (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a ‘dobra da linguagem’ que sustenta a ausência de cisão entre *hard* e *easy cases*). Sendo mais claro, nos casos difíceis (indeterminações, insuficiências ônticas, limitações da semântica que não conseguem apresentar uma resposta satisfatória, ou outras denominações que queiramos dar para os *hard cases*), o problema no positivismo era – assumidamente – resolvido pela discricionariedade (para tanto, o próprio ordenamento jurídico sempre foi constituído de dispositivos autorizatórios para essa completude autopoietica, a partir do recurso aos princípios gerais do direito, à experiência do juiz, aos usos e costumes e assim por diante).” Ibid., p. 181.

entendido por qualquer outro julgador em situação semelhante, e principalmente por aqueles afetados direta ou indiretamente pelos efeitos da decisão.

Isto porque no estágio hermenêutico atual o intérprete vê-se legitimado a “dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa³⁴⁸”, sem que haja a percepção da nocividade social desse hábito comum nos foros.

Cabe ressaltar, todavia, que a defesa de uma nova Teoria da Decisão³⁴⁹ não é purismo técnico, ou algo que na prática se revelaria estéril. Muito menos é algo que não recebe amparo constitucional.

Ao contrário, a busca pela integridade do Direito é corolário do direito fundamental de acesso à justiça, hoje já entendido muito além da mera possibilidade de acesso ao juízo, mas da própria proteção jurisdicional ao detentor do melhor direito³⁵⁰. Porém, tal acerto na decisão não pode mais ser visto hodiernamente de modo unívoco e individual, mas igual e sistemicamente de maneira ampla. Vale dizer de modo simples: É meu direito (fundamental), enquanto cidadã, receber a mesma resposta jurisdicional do Estado-juiz concedida a outros, na mesma situação, que já tenham batido às portas do Judiciário.

Tal fato não chega a ser novidade em se tratando de direitos transindividuais quando tutelados simultaneamente via ação coletiva e ação individual, mas que não é discutido quando as ações em tela são individuais e, notadamente, o debate passa ao largo da mudança paradigmática do *modus operandi* hermenêutico do juiz.

Ou seja, é preciso, para o alcance de diferentes resultados uma mudança de “mirada” para o problema (ou uma visão em paralaxe, conforme Zizek)³⁵¹. Se o que se busca (e sempre buscou) é um sistema jurídico que esteja assentado no valor primordial de segurança jurídica (o que perpassa pela garantia da integridade do direito) é preciso que se investigue o modo de produção das

³⁴⁸ STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 216. Tal tema é recorrente nas obras de Lenio Streck que vem corajosamente denunciando a crise de paradigmas do Direito. STRECK, Lenio. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJN, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 203.

³⁴⁹ Feita por Lenio Streck em todas as suas obras, citadas na Referência Bibliográfica, em especial no Posfácio de sua última obra ‘Verdade e Consenso’. STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 3. ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 446.

³⁵⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 31.

³⁵¹ Citado por Alexandre Morais da Rosa em diversas passagens de sua obra. ROSA, Alexandre Morais da. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. *passim*.

respostas oferecidas pelos juízes aos casos postos à decisão, sem o quê, de nada adiantarão as reformas sucessivas e pontuais da legislação adjetiva hoje vigente, já que estas continuam incidindo no erro de não superação da Filosofia da Consciência.

Por isso a bandeira erguida em solo brasileiro por Lenio Streck³⁵² (lastreado pela hermenêutica filosófica gadameriana), e em terreno estrangeiro por Dworkin³⁵³ e Rodolfo Arango³⁵⁴ pela busca da resposta correta³⁵⁵, ainda mais imperiosa quando o que se vê é a “desneutralização do Judiciário, a emergência do seu ativismo e sobretudo a ‘judicialização da política’”³⁵⁶ cada vez mais crescente.

O reconhecimento do Direito como integridade para espancar a discricionariedade da discussão também é defendido por Castanheira Neves³⁵⁷ apesar da opção de trilhar nas sendas do jurisprudencialismo. Para o autor, inclusive, a discricionariedade seria um terceiro elemento situado para além da questão de Direito.

É certo que mesmo independente da linha que se siga (substancialismo ou procedimentalismo) não há como prescindir da análise do caso concreto na criação de um método de decidir e, nisso, todos estão de acordo³⁵⁸. Mas para Castanheira Neves não se pode perder de vista que o ponto nodal do problema não pode se resumir a essa hermenêutica clássica onde a “boa” interpretação é aquela que

³⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3 ed. rev. ampl. e com posfácio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2

³⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 430-431. Do mesmo autor: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 175.

³⁵⁴ “La tesis de la única respuesta correcta es la teoría de la decisión judicial que, según Dworkin, interpreta mejor la práctica Del derecho. Como parte especial de la teoría general Del derecho, la tesis de la única respuesta correcta comparte las característica creativa, evaluativa y pragmático-argumentativa del derecho concebido como práctica interpretativa.” ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Bogotá: Siglo Del Hombre, 1999. p. 58.

³⁵⁵ Não necessariamente a única (como defende Dworkin), mas apenas aquela que atenda ao desiderato constitucional.

³⁵⁶ VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palácios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 31.

³⁵⁷ “A essência da decisão discricionária reside na liberdade quanto à vinculação jurídica’ e como tal seria justamente o contrário, lógico e metodológico, da decisão jurídica, da ‘aplicação do direito’. O que logo implicaria esta consequência, para nós da maior importância: estando para além da aplicação do direito e delimitando-a, a discricionariedade por isso mesmo definia um domínio que estaria para além e delimitaria o domínio problemático em que tem sentido pôr o problema da distinção entre a questão-de-direito e a questão-de-facto.” NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 532.

³⁵⁸ Para Castanheira Neves em primeiro lugar, há a necessidade de se reconhecer o *caso concreto* como fundamento primeiro do método. Isto é, não é nem o ponto de partida nem o objetivo último, mas o caminho que deve ser trilhado sendo o problema central a partir do qual toda a “juridicidade deve ser intencionada”. *Ibid.*, p. 392.

diante do caso dado oferece a correta significação do texto da norma positiva, mas antes e além disso, é aquela que obedece ao papel construtivo do Direito, e que se vale da perspectiva prático-normativa, utilizando a norma como critério da justa decisão do problema.

A exigência de propiciar ao juiz um norte interpretativo seguro no seu ato de julgar respalda-se no fato de que, conforme Dworkin e Castanheira Neves, o direito não é algo “dado”, mas sim um verdadeiro projeto que vai sendo construído progressivamente, formado a partir de direitos e princípios e que vai ganhando seus contornos a partir de sua própria realização prática, já que “*law is an interpretativ concept*”³⁵⁹.

Dworkin³⁶⁰ também é um entusiasta da integridade como critério balizador das decisões e ferramenta democrática a conciliar o direito pleiteado com os interesses dos demais integrantes do cenário social; o autor analisa o direito a partir de sua prática interpretativa, e a pedra de toque dessa Ciência repousaria na compreensão de “como os juízes julgam os casos” (*how judges decide cases*), sendo certo que essa prática interpretativa seria parte de um todo (*legal practices as a whole*).

E é em Castanheira Neves³⁶¹ que encontramos (fazendo referência permanente a Dworkin) o *modus* dessa busca pela resposta precisa em contraponto à discricionariedade. Trata-se de estabelecer estágios pelos quais a tarefa interpretativa deve percorrer para encontrar seu parâmetro de validade.

Em primeiro lugar, o estágio “pré-interpretativo” com o fim de encontrar as regras e os parâmetros relevantes para o caso, bem como a tentativa de descobrir e alcançar certo consenso social.

³⁵⁹ NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3, p. 413.

³⁶⁰ “Na política comum, porém, devemos tratar a integridade como um ideal independente se a admitirmos por inteiro, pois pode entrar em conflito com esses outros ideais. Pode exigir que apoiemos uma legislação que consideraríamos inadequada numa sociedade perfeitamente justa e imparcial, e que reconheçamos direitos que, segundo acreditamos, seus membros não teriam. Vimos um exemplo desse conflito no último capítulo. Um juiz que esteja decidindo o caso *McLoughlin* poderia considerar injusta a exigência de indenização por quaisquer danos morais. Mas se ele aceita a integridade, e sabe que a algumas vítimas de danos morais já foi conferido o direito à indenização, terá não obstante uma razão para se pronunciar favoravelmente à sra. McLoughlin.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 214.

³⁶¹ NEVES, o. cit., v. 3, p. 419.

Adiante, passa-se para o estágio interpretativo propriamente dito em que o intérprete deve liquidar algumas considerações gerais sobre a principal justificação para a prática dos elementos identificados na fase ou estágio pré-interpretativo. Isto é, deve-se buscar a sua normatividade jurídica, tendo como base a referência em algum esquema de interesses (objetivos) ou princípios da prática que podem ser tomados para expressar ou exemplificar a prática interpretativa, sem a necessidade de recorrer à invenção de uma nova fórmula.

E finalmente, um terceiro estágio apresenta-se como sendo “pós-interpretativo”, em que o intérprete, ultrapassando os limites do sentido normativo, busca “o que a prática realmente quer”.

Depois de vencer todas essa etapa é que poderia se sustentar a tese de uma resposta correta na interpretação do direito, que nada mais é do que a não abertura à discricionariedade nas decisões judiciais. E é justamente o estabelecimento desses critérios que servirá de baliza para fundamentar as decisões judiciais, notadamente àquelas que envolvam *hard cases*³⁶², sem necessariamente depender das qualidades do juiz ou intérprete envolvido, devendo este apenas encontrar respaldo na *coerência* global da prática interpretativa.

Decorrencia disso é que, como já antecipamos, a necessidade de uma Teoria da Decisão será o único meio de o jurisdicionado saber de antemão as regras do “jogo de críquete”³⁶³, sendo certo que é dever do Estado(-juiz) agir com *fairplay*, na fiel acepção do termo traduzido como “jogo limpo”, conforme ressalta Dworkin.³⁶⁴

Mas é pertinente a pergunta de Dworkin³⁶⁵ ao questionar se integridade é apenas uma forma mais ‘grandiosa’ de definir o que se conhece por coerência no Direito, isto é, decidir casos semelhantes da mesma maneira. Mas o autor antecipa, desde logo, que integridade tem um sentido muito mais amplo do que coerência, já que exige ‘que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na

³⁶² Caso, ainda haja insistência nessa dualidade *hard-easy cases*.

³⁶³ Como lembrou Hart, mesmo sendo um positivista.

³⁶⁴ “A defesa mais popular da legitimidade é o argumento do ‘jogo limpo’: se alguém recebeu benefícios na esfera de uma organização política estabelecida, tem então a obrigação de arcar também com o ônus dessa organização, inclusive a obrigação de aceitar suas decisões políticas, tenha ou não solicitado esses benefícios ou consentindo com o ônus de maneira mais ativa. Esse argumento evita a fantasia do argumento do consentimento e a universalidade e outros defeitos do argumento de um dever natural de justiça, e poderia, portanto, parecer um rival mais forte de minha sugestão de que a legitimidade tem fundamentos mais sólidos na integridade.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 235.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 263.

medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção’.

Tal integridade evitará que a discricionariedade subjetiva dos juízes ocupe o lugar deixado pela discricionariedade do Positivismo³⁶⁶.

E isto se mostra relevante para assegurar o caráter democrático que deve permear também a atividade jurisdicional. Visto de outro ângulo, afirme-se que, permitir que um determinado juiz julgue um caso envolvendo certo conflito de um modo, e outro em situação semelhante decida de forma diametralmente oposta sem razão a justificar tal discrimen é profundamente antidemocrático na medida em que exhibe as entranhas de um sistema que não é hábil o suficiente para garantir a segurança jurídica dos que estão sob o seu manto³⁶⁷.

Estamos com Warat³⁶⁸ nesse ponto ao lembrar, pois, que por todos os motivos explicitados até aqui, não cabe mais nessa quadra da história a defesa do chamado “movimento Alternativo do Direito”, nem tampouco a figura dos juízes alternativos que pretendem impor socialmente os “seus desejos de justiça e não querem se encontrar submetidos a nenhuma lei (reivindicam o perverso para si)” já que também não permite o controle das decisões *ex ante* por critérios democráticos³⁶⁹.

Por tudo o que foi denunciado aqui é que se revela imperiosa a exigência de uma mudança paradigmática no ato de decidir a partir da compreensão do papel do juiz como produtor de efeitos num mundo não-linear.

No entanto, só haverá a ruptura do que vem ocorrendo no *modus* de decidir quando houver não só a criação de critérios para nortear os magistrados, mas sim - e sobretudo - uma mudança paradigmática na maneira como enxergam os juízes ao

³⁶⁶ Já discutido no tópico anterior.

³⁶⁷ Esta também é a posição de Lenio Streck, bem como de Dworkin, citado por aquele. *In verbis*: “[...] Mas o fato de se obedecer à coerência e a integridade do direito (só para registrar, lembremos Dworkin e o *dever fundamental de fundamentar as decisões previsto no art. 93, IX, da Constituição*), a partir de uma adequada suspensão de pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental que cada cidadão tem de obter uma resposta adequada a Constituição.” STRECK, Lenio Luiz. **Decisionismo e discricionariedades judicial em tempos pós-positivistas**: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da constituição no Brasil. Coimbra: Almedina, 2008. p. 116.

³⁶⁸ E mais: “Não querem, para si o limite de uma lei... E não se dão conta que desta forma tampouco há uma lei jurídica para a sociedade.” WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III**: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 154.

³⁶⁹ O assunto foi também abordado por Wernneck Vianna (e outros) em sua obra. VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 294.

emitirem suas decisões, a partir da (cons)ciência do papel que assumem e dos efeitos que podem ser desencadeados a partir dos seus julgados.

Algumas questões surgem a partir disso: Por que é tão difícil o juiz abrir mão da técnica da ponderação? Por que ainda se confia na discricionariedade judicial para a resolução dos casos? Por que a Teoria da Argumentação é um dogma tão forte no Brasil e ensinado na Academia como se fosse a entoação de um mantra? A resposta é simples: Porque tal ruptura implicaria reduzir o limite de poder pelo qual circula o juiz e isso, como resta claro, não é de interesse da classe que decide a vida de pessoas e muitas vezes o rumo da nação. É também a crença que ronda o imaginário da magistratura e mesmo da sociedade que entende que juízes são funcionários públicos diferenciados, especiais³⁷⁰.

Isso já foi percebido por Wernneck Vianna, Rezende de Carvalho, Cunha Melo e Baumann Burgos³⁷¹ quando afirmam que

A situação do juiz brasileiro é, assim, ambígua: ele é criatura de uma carreira burocrático-estatal, porém se concebe como um ser singular, auto-orientado, como se a sua investidura na função fizesse dele um personagem social dotado de carisma. Daí que, embora recrutado fora da política, isto é, pelo instituto do concurso público, ele não se enquadre inteiramente no *ethos* burocrático preconizado por Max Weber.

Entretanto diante de um universo (não só o jurídico, mas também ele), em que as questões são cada vez mais impregnadas de complexidade, deixar as regras de decisão ao livre dispor de quem decide acaba levando o Direito ao seu encobrimento, à sua opacidade³⁷².

O que precisa ficar claro da postura discricionarista adotada nas decisões frequentemente prolatadas e que comprometem a integridade do Direito não é *aquele* caso posto à decisão, mas sim os que sobrevierem. Como ficam os casos seguintes?

³⁷⁰ Assim pensa(va) Hely Lopes Meirelles, clássico do Direito Administrativo, e que mesmo depois de quase duas décadas de seu falecimento e superação de muitos conceitos trazidos em sua obra principal, (ainda...) continua sendo citado como referência no tema. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 77.

³⁷¹ VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 295.

³⁷² Para adotarmos a terminologia adotada por Carlos María Cárcova. CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998. p. 182.

O tema ganha foros de dramaticidade quando envolvemos questões polêmicas como o direito à saúde e os limites da tutela deste direito frente ao Estado, que é inclusive o cerne do nosso debate.

Sabemos que com o modelo dirigente³⁷³ adotado pela Constituição de 88 que, entre outras metas, pretendia finalmente reconstruir o Estado Democrático de Direito no país e implementar o Estado do Bem Estar Social³⁷⁴ (antes, apenas um arremedo), uma série de demandas sociais outrora reprimidas vieram à tona, pela promessa de um Judiciário mais ativo que ganhou espaço diante do encolhimento do Executivo para a resolução de políticas públicas.

Resultado disso foi uma postura intervencionista dos juízes, notadamente no que toca à entrega de medicamentos e o direito à saúde de forma geral.

Embora a questão seja essencial, pois abrange, muitas vezes, o próprio direito à vida de quem pede socorro ao Judiciário, o problema não pode ser tratado com superficialidade como muitas vezes é feito pelos julgadores, já que envolve não só fatores de justiça comutativa, mas igualmente de justiça distributiva³⁷⁵.

Todavia, tal qual um movimento pendular, se num primeiro momento era necessário a intervenção ativa dos juízes, hoje o que se vê é que a facilidade de recorrer ao Judiciário para o pleito de medicamentos, aliada à técnica da ponderação e discricionariedade usada pelos mesmos, acabou gerando uma

³⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição, dirigente e vinculação do legislador:** Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 11.

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado.** 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 99.

³⁷⁵ [...] Grosso modo, a ideia é a seguinte. Levando-se em conta instituições justas no segundo plano, e para cada cidadão um índice equitativo de bens primários (tais como exigem os princípios de justiça), considera-se que os cidadãos são capazes de ajustar seus objetivos e suas aspirações em função daquilo que podem razoavelmente obter. Além disso eles são considerados capazes de limitar suas reivindicações no que se refere à justiça daquilo que os princípios de justiça permitem." RAWLS, John. **Justiça e democracia.** Trad. Irene A. Paternot. São Paulo, Martins Fontes, 2000. p. 231.

Neste sentido também se pronuncia Eduardo Gonçalves Boquimpani. BOQUIMPANI, Eduardo Gonçalves. Rawls e seus críticos: revisitando a teoria da justiça. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 10, n. 40, p. 183-204, jul./set. 2002.

Assim bem observa José Reinaldo de Lima Lopes ao afirmar que: "Nas questões de justiça distributiva propriamente dita há outros problemas. Em primeiro lugar, o de legitimidade política. A justiça distributiva diz respeito a regras de apropriação individual de recursos comuns, como dito acima. [...]". LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais:** teoria e prática. São Paulo: Método, 2006. p. 132.

desconcertante enxurrada de ações e pedidos, nem sempre imbuídos de razões nobres³⁷⁶, como por exemplo, o pedido de remédios para impotência sexual.

Evidentemente que uma vida sexual saudável é importante e compõe a gama de esferas do ser humano que precisam ser atendidas para uma existência plena e feliz. Isso é indubitável.

Porém o que não quer calar é: ereção peniana é um direito fundamental a ser defendido em ação judicial? Resolvido o problema do autor da ação, como ficarão os casos seguintes? Terão os demais homens do Brasil equivalente direito? E quantos serão os homens com disfunção erétil no país? Haverá um estudo científico nesse sentido? Dados estatísticos?

Por mais que, em um primeiro momento, o assunto pareça jocoso, trata-se de tema sério e certamente envolve cifras vultosas que podem comprometer o orçamento do país e deslocar quantia significativa de recursos de setores sociais mais prioritários (educação, moradia, habitação etc.), e inclusive da própria saúde tais como medicamentos para tratamentos de cânceres, diabetes, AIDS e tantas outras mazelas de maior relevo.

Ainda no direito à saúde, podemos afirmar que a ausência de critérios de decisão e a aposta na discricionariedade judicial podem acarretar efeitos desastrosos³⁷⁷, pois pela falta de aparelhamento técnico dos magistrados, estes são guiados muitas vezes pela sua solipsista visão e afã de botar fim ao problema que

³⁷⁶ Exemplos destes abusos não são raros tais como demonstra a Secretaria Estadual de Saúde de São Paulo que afirma que junto com o pedido para prestação dos remédios, outros pedidos absurdos costumam ser incluídos tais como solicitação de shampoo, alimentos (como requeijão cremoso), e até um inusitado pedido para a concessão de medicamento para impotência sexual (Viagra®).

Tais abusos também vêm sendo denunciados pelos autores pátrios, como Fernando Facury Scaff que aponta que outras fraudes vêm sendo cometidas sob a falsa égide de proteção do direito à saúde, tal como a obtenção de recursos para a compra de automóveis, no lugar dos medicamentos requeridos. SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. (Coord.). **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 109.

“[...] É preciso ter cautela, contudo, para que dentre as decisões a serem proferidas, aquelas que se configurarem como sentenças aditivas não venham a ser proferidas com efeitos financeiros imediatos contra os cofres públicos, sob pena de serem mantidas as mesmas dificuldades hoje existentes, apenas que sob outra roupagem.” Ibid., p. 115.

³⁷⁷ Citamos aqui, mais uma vez, o exemplo do transexual que conseguiu decisão favorável obrigando o Estado a lhe custear tratamento de depilação a laser para eliminação de pelos do seu rosto, já explicado anteriormente. TRANSEXUAL consegue tratamento para retirar pelos faciais. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8460:transexual-consegue-tratamento-para-retirar-pelos-faciais&catid=79:noticias&Itemid=220>. Acesso em: 29 jul. 2012.

lhe chega às mãos, não se cogitando dos resultados que advirão desta, como foi o caso de sentença que determinou o custeio de tratamento médico no exterior³⁷⁸.

Pergunto: Se por hipótese outra pessoa for acometida de doença rara, em obediência à coerência e a integridade do sistema, terá igualmente o direito que o Estado custeie seu tratamento no exterior, na Suíça, por exemplo? E o que dizer dos milhares de indivíduos que padecem nas filas dos hospitais públicos do país? Será que são tolos por não pleitearem o que lhes é de “direito” que é um tratamento digno fora dos limites territoriais brasileiros?

Em breves linhas afirmamos que o limite da tutela da saúde é aquilo que puder ser estendido a todos que estiverem na mesma situação.

Se o tratamento feito não exterior (por motivos financeiros óbvios que dispensam maiores comentários) não pode ser concedido a todos os brasileiros que são obrigados a se valer do sistema público de saúde, penso que (infelizmente) não poderá ser também dado a algumas pessoas que recorrem ao Judiciário e têm a sorte de cair com determinado juiz que assim pensa, muito embora este esteja imbuído do mais puro sentimento de pretender fazer o bem e pôr fim ao sofrimento alheio. Não está sob questão o fato que tais pacientes têm uma doença grave e que merecem tratamento a ser custeado pelo Estado. Mas questiona-se a demasiada elasticidade da decisão e a (im)possibilidade de extensão do benefício aos demais. Esse é o ponto³⁷⁹.

³⁷⁸ No que tange a determinações judiciais que ordenam o custeio de tratamentos no exterior, já houve caso no Brasil neste sentido. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região determinou que a União arcasse com o pagamento da terapia de 12 pessoas portadoras de retinose pigmentar (doença degenerativa que resulta na perda da visão), sendo que o tratamento seria realizado em Cuba. O TRF acatou manifestação da Procuradoria Regional da República da 1ª Região que no parecer da lavra do Procurador Regional da República, José Osterno Campos de Araújo afirmou que o fato de não existir norma que regulamente a concessão de custeio de tratamentos em países estrangeiros não pode servir de óbices para a tutela do direito à saúde, que é garantia constitucional. Segundo ele “é impossível conceber-se que a um ser humano, ameaçado com as trevas da cegueira, sejam negados os meios para buscar os recursos disponíveis para sua cura, ainda que em país estrangeiro” (Proc. nº 1999.34.00.037172-7).

Aduza-se a isso a argumentação de Avelãs Nunes que revela a preocupação com os resultados desastrosos trazidos por essas decisões isoladas, ao afirmar, *in verbis*: “E sempre fica de pé a questão do acesso à justiça. A grande maioria dos mais necessitados não tem acesso a um tribunal. Neste contexto, o recurso aos tribunais para fazer valer direitos individuais (o direito à saúde ou qualquer outro direito social) não só não tornará esses direitos efectivos para *todos*, como acentuará as desigualdades e as injustiças resultantes de variadíssimos factores.” NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 20. (Estado e Constituição, 12). O mesmo posicionamento foi adotado pelo autor supra em sua fala na XXI Conferência Nacional dos Advogados, realizada no dia 22 de novembro de 2011 em Curitiba/PR.

³⁷⁹ Outros temas podem ser analisados sob a ótica de possibilidade de efeitos das decisões judiciais. O assunto foi enfrentado em artigo escrito por Lenio Streck no caso do Habeas Corpus concedido

Trazendo a lume as considerações esposadas por Avelãs Nunes, em esclarecedora comparação com o sistema português, o autor menciona que não se encontra naquele país, sentença oriunda de tribunal sobre pedido formulado individualmente por cidadão pleiteando ao Judiciário a condenação do Estado-Administração para dar efetividade ao direito à saúde³⁸⁰.

O autor, fazendo paralelo do *modus decidendi* do Tribunal Constitucional (TC) Português com o sistema pátrio ressalta que decidir sobre medidas desse cariz é mister típico de atividade política e, neste sentido, ficaria reservado ao Judiciário a função de assegurar os procedimentos exigidos e os objetivos prelecionados nos programas expressos na Constituição Portuguesa.

O Poder Judiciário seria, dentro da configuração dada, um órgão cuja função precípua é a análise normativa, através de controle de constitucionalidade.

Segundo Avelãs Nunes, o TC decidiu pela Constitucionalidade de lei que passou a cobrar pela utilização do serviço público de saúde (*taxas moderadoras*), excepcionando tão-somente os comprovadamente carentes de recursos para arcar com o pagamento do tratamento em rede privada. Atualmente, após a revisão do texto constitucional (em 1989), o serviço nacional de saúde passou a entender como sendo “tendencialmente gratuito”, subsistindo a necessidade de se fazer prova quanto à hipossuficiência econômica.

O risco de tal medida (ressaltado por Avelãs Nunes) é o progressivo enfraquecimento do serviço público posto à disposição da população, sobressaindo (indevidamente), uma função caritativa.³⁸¹ Conforme o exposto pelo autor, se o serviço é classificado como *gratuito* e *universal*, há de assim ser para todos.

Os Tribunais, por intermédio de seus juízes, estariam impedidos pela própria divisão orgânica de Poderes de se “arvorarem em legislador, nomeadamente em matéria de direitos sociais a prestações, através da organização de meios públicos para os proporcionar”.³⁸²

Todavia, no mais das vezes, as questões que porventura são levadas às raias do Poder Judiciário em Portugal envolvendo limites da efetividade do direito à saúde,

pelo Min. do STF, Gilmar Mendes ao banqueiro Daniel Dantas por ocasião da Operação Satiagraha. STRECK, Lenio Luiz. **Antes e depois de dantas (AD-DD)**. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/poa/>>. Acesso em: 11 set. 2009.

³⁸⁰ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 12. (Estado e Constituição, 12).

³⁸¹ Ibid., p. 20.

³⁸² Ibid., p. 21.

envolvem a análise de inconstitucionalidade por omissão em casos que o Tribunal se vê compelido a informar quais as medidas jurídicas necessárias a conferir exequibilidade, descartada totalmente a possibilidade de rever ou indicar opções políticas.³⁸³

Aqui, em boa hora, o autor compara o cenário português com o que vem se verificando diuturnamente em *terrae brasilis*, onde os tribunais (em nome da defesa de direitos fundamentais albergados no texto constitucional) exercem a missão de tornar os direitos sociais factíveis e reais (não raro com determinação de obrigações de fazer, sequestro de bens e confisco de contas públicas, entre outras), ainda que em prejuízo da racionalidade orçamentária, fato este respaldado pelo Supremo Tribunal Federal³⁸⁴.

Concordamos, neste ponto, com Avelãs Nunes ao reconhecer que o agigantamento do espaço ocupado pelos Tribunais se deve ao encolhimento dos demais Poderes e igualmente pela tibia atuação da cidadania, bem como da própria fragilidade do modelo de democracia representativa adotado. Isto porque, os interesses públicos da Administração muitas vezes não se coadunam com a vontade dos cidadãos³⁸⁵.

O que se observa é que, atualmente, a jurisprudência brasileira, no afã de dirimir as tensões e os conflitos com os demais poderes, tem lastreado suas decisões com amplitude tamanha (notadamente ancoradas no fluido princípio da dignidade da pessoa humana) que as colocam acima de quaisquer outros interesses que possam ser vislumbrados *in casu*, o que de certo revela o carácter radical e extremado das soluções adotadas³⁸⁶.

³⁸³ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 25. (Estado e Constituição, 12).

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 27.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 29.

³⁸⁶ Posição também sustentada por Avelãs Nunes em sua mais recente obra sobre o tema. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 32. (Estado e Constituição, 12).

Trazemos à colação, ainda, com Avelãs (e Scaff), decisão oriunda do Tribunal de Santa Catarina onde juiz de 1º grau (ratificado pelo Tribunal do Estado) simplesmente condenou o Executivo a disponibilizar em favor da parte, no prazo exíguo de 48 horas, a quantia de US\$62 mil para que o autor da ação pudesse realizar tratamento de saúde no exterior, a exemplo do que inclusive já citamos na nota de rodapé nº 378. *Ibid.*, p. 33.

Para maior aprofundamento, remetemos o leitor ao: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Reg. Pet. 1246-1/SC**. Disponível em: <www.stf.gov.br.>. Acesso em: 19 fev. 2012.

Imaginemos, só por um segundo, o caos gerado ao Erário e a inviabilização da continuidade de TODAS as atividades estatais, se em sinonímia com a decisão supra referida, outros casos semelhantes tivessem o mesmo desfecho!

Ou mesmo, com base nos argumentos de Avelãs Nunes, na hipotética situação de todos os municípios do Rio de Janeiro ingressarem com ações judiciais individuais buscando o adimplemento do direito social à moradia (digna), pleiteando, pois, a condenação do Estado a lhes fornecer uma casa adequada.

O “estado de natureza hermenêutico” fica patente quando inclusive nos deparamos com decisões do Superior Tribunal de Justiça permitindo que o Ministério Público se imiscua na execução de política orçamentária, sem qualquer respaldo para tanto.

Por isso, por estarmos diante de situação que envolve direitos afetos não só a interesses individuais, mas, sobretudo coletivos, é que devem ser buscadas respostas socialmente integradoras.

Embora discordemos de Avelãs e Scaff no sentido de que faltaria legitimidade ao Poder Judiciário para análise de toda e qualquer ação concernente ao direito (individual) da saúde, já que pela situação concreta do Brasil, a supressão desse mister do Poder Judiciário implicaria aquilo que Canotilho outrora denominou de *vedação do retrocesso social*, por outro lado estamos com os autores quando afirmam que “*o que é verdade e relevante é que não há- em nenhum país do mundo! – recursos financeiros bastantes para atender, sem limites, todas as exigências de todos quanto à satisfação plena dos direitos sociais, econômicos e culturais*”³⁸⁷.

Inevitavelmente volta-se, então, à discussão das “escolhas trágicas” (*tragic choices*) sobre ‘o quê’ e ‘a quem’ tutelar, preferencialmente, que é sobretudo uma decisão política.

Questiona-se, na esteira deste raciocínio, se os Tribunais terão capacidade técnica para realizarem a avaliação sobre a (in)adequação de determinada política de saúde³⁸⁸. Ou mais ainda, sobre o alcance econômico de suas decisões com espeque em opções realizadas para o alcance de determinadas respostas jurídicas.

Desde já sustentamos que sentenças deste cariz deve(ria)m contar com o auxílio de equipe multidisciplinar³⁸⁹ que teriam o condão de melhor aparelhar o juiz

Para o autor, por se tratarem de direitos sociais (saúde e moradia condigna), o modo de enfrentamento do problema deve ser o mesmo. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 56. (Estado e Constituição, 12).

³⁸⁷ Ibid., p. 37.

³⁸⁸ Ibid., p. 50.

³⁸⁹ Inclusive esse é o teor Recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de nº 31, de 30 de março de 2010, que orienta aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que criem órgãos multidisciplinares, bem como realizem convênios que possibilitem ao Magistrado um maior instrumental técnico para prolatarem suas decisões. Além disso, a Recomendação também sugere a inclusão da disciplina específica sobre direito à saúde nos concursos de ingresso na carreira da magistratura e também no próprio curso de formação dos magistrados. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010**. Brasília, 07 de abril 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

em sua decisão, evitando-se com isso que o julgador caia na tentação e armadilha fácil de recorrer à Filosofia da Consciência emitindo resposta solipsista, destituída de qualquer critério que não seja a sua própria subjetividade.

Proceder esse raciocínio, buscando a necessidade de delimitar os espaços de convivência possíveis e desejáveis entre Judiciário e Executivo, é no fundo, assumir de maneira sensata (como o fazem Avelãs Nunes e Scaff³⁹⁰) a condição de que,

as Constituições não substituem a vida, nem resolvem os problemas coletivos dos povos, e muito menos fazem revoluções. Só os povos podem fazer a história, só o povo soberano pode fazer escolhas políticas que quer ver levadas à prática. Mas esse é o papel da política, não é o papel dos tribunais. Seria ingenuidade pensar que é com decisões como as que procurei analisar que se resolvem os problemas que elas pretendem resolver. Nem os tribunais nem as Constituições podem ocupar o lugar que pertence à esfera da luta política, à luta dos povos pelos seus direitos, luta que é, em certa perspectiva, a luta de classes.

3.2.1 De Como a Sentença não pode Constituir um “Grau Zero” de Sentido: A tradição como âncora do Direito

Neste ponto do trabalho começamos a questionar até que ponto as decisões judiciais podem, por critérios discricionários e calcados na subjetividade dos seus julgadores, a todo instante instaurarem um novo marco paradigmático de interpretação das normas (e, conseqüentemente casos) que se põe a julgamento.

Inevitável, pois, é a reaproximação dos ensinamentos de Heidegger e Gadamer que buscaram a superação do subjetivismo interpretativo, bem como o alcance da pré-compreensão como horizonte de sentidos.

Apesar do exposto, é preciso que fique ainda mais claro que a pré-compreensão adotada por Gadamer a partir da leitura de Heidegger, não pode ser confundida com a subjetividade e a visão particular de mundo do juiz.

Afirmar que para todo caso é possível encontrar uma resposta constitucionalmente mais adequada e que esta depende de uma pré-compreensão conferida pela tradição, que funciona como condição de possibilidade, não implica

³⁹⁰ NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 61. (Estado e Constituição, 12).

em aceitar a discricionariedade e as concepções pessoais do julgador, que é justamente o que se quer evitar.

Entretanto, a confusão de conceitos é frequentemente feita por quem se depara, ainda que incidentalmente, com os estudos da hermenêutica-filosófica gadameriana.

No entanto, são corriqueiras as críticas formuladas por autores³⁹¹ que comungam as teorias de Alexy e da ponderação de valores contra o entendimento aqui sufragado.

Tais críticas sustentam ser desaconselhável a utilização da pré-compreensão como elemento norteador de uma hermenêutica constitucional, tendo em vista que a sociedade brasileira é plural e fragmentada, existindo distintas visões de mundo disputando espaço.

A questão que precisa ser ressaltada é que não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria. Tal fato não autoriza que o intérprete possa colocá-las acima da Constituição.

Defende-se, ainda, que a inadequação da utilização da pré-compreensão reside no fato de que os estigmas e desigualdades têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras e isto macularia a “pré-compreensão” de nossos intérpretes.

Reaproximando a discussão aqui travada com o tema principal da pesquisa, veremos que no direito à saúde, tais questões não são de somenos importância, mas ao contrário conferem a legitimidade às decisões judiciais, bem como respaldam os jurisdicionados com a certeza de que obterão a mesma resposta judicial independentemente das convicções pessoais do julgador da lide.

Não raro se verifica a tentativa de resolver os problemas da implementação do direito à saúde através de ações cujos pedidos, embora não tenham na sua essência pertinência direta com o direito fundamental, acabam sendo deferidos judicialmente por tangenciarem a saúde.

Neste sentido é farta a jurisprudência ao trazer as mais diversas decisões que, amparadas sob o manto do direito social-fundamental à saúde, determinam que

³⁹¹ Por todos, Daniel Sarmento. SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJN, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311.

o Estado arcar com despesas médicas que vão desde cadeira de rodas³⁹², fralda descartável³⁹³ até leite em pó³⁹⁴, remédios para acne³⁹⁵, protetor solar³⁹⁶, tratamento para sudorese³⁹⁷ e concessão de meias de alta compressão³⁹⁸ para tratamento de trombose profunda, e que tais. Sem falar nas já conhecidas decisões que veem absurda “fundamentalidade” no direito ao recebimento, de modo gracioso ao jurisdicionado, mas custeado pelo Estado, de remédios para impotência sexual³⁹⁹. E

³⁹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70047948682**, 7ª Câmara Cível – TJ/RS. Rel. Des. Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em: 12 de abril de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n: 0014620-95.2012.8.19.0000**, 3ª Câmara Cível – TJ/RJ. Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa. Julgado em: 21 de março de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 7004683210170046832101**, 8ª Câmara Cível do TJ/RS. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 12 de abril de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível proc. n: 0056216-81.2008.8.19.0038**, 20ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim. Julgado em: 15 de março de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível proc. n. 0001792-46.2011.8.26.0505**, 10ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. Julgado em: 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Proc. n. 0010519-63.2010.8.26.0073**, 3ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Angelo Malanga. Julgado em: 03 de abril de 2012. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹⁵ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Remédio para acne – isotretinoína 20 MG/roacutan**: Apelação Proc. N. 0023309-16.2010.8.26. 13ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Ferraz de Arruda. Julgado em: 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2009.001.36257**, 17ª Câmara Cível do TJ/RJ - Rel.Des. Maria Inês da Penha Gaspar. Julgado em: 22 de julho 2009. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹⁷ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível em mandado de segurança n. 570.423-5/1**. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹⁸ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0015581-64.2009.8.26.0576**, 6ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁹⁹ “O fato de ser o VIAGRA vulgarmente conhecido ‘salvador’ da raça masculina, possibilitando atividade sexual satisfatória àqueles que não a desempenhavam de tal forma, é desinfluyente. Não se cuida de mero capricho do Autor. **Trata-se, sim, de necessidade.**[...] Privar alguém que já se encontra em difícil situação, diante da paraplegia, do tratamento da doença já reconhecida por seu médico como disfunção erétil (doc. de fls. 18), somente pelo preconceito existente na sociedade de que a mesma não é moléstia, cuidando-se de satisfação sexual pura e simplesmente, parece atitude desumana. RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 3833/2004**. Processo n.. 0141149-11.2002.8.19.0001 (2004.001.03833). Des. Renato Simoni. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Julgado em: 24 de maio de 2005.

No entanto há de se frisar que o entendimento supracitado não é majoritário, sendo mais frequentes as decisões que indeferem tal medicamento por não configurarem indispensabilidade à vida do paciente-jurisdicionado, como bem salientou a decisão, *in verbis*: “Como bem lançado na sentença recorrida (fl. 23), “*por mais que a disfunção erétil afete a vida sexual do autor, e, conseqüentemente, sua autoestima, o remédio destinado a proporcionar ereções (Viagra ou Sildenafil e Cialis), com certeza não é essencial a que o autor continue a viver.*” RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70024634032**, 21ª Câmara Cível. Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 04 de junho de 2008. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em: 30 maio 2012. Cabe aduzir ainda que este também é o

mais recentemente, o entendimento de que cabe ao Estado custear às mulheres carentes, o direito de realizar tratamentos de inseminação artificial⁴⁰⁰.

Se em um primeiro momento tais decisões parecem acertadas, já que todas tangenciam, ainda que de modo indireto, o direito prelecionado no art. 196 da Constituição, mediante uma análise um pouco mais minuciosa, se chegará à conclusão de que é preciso que se busque hermeneuticamente uma resposta correta para os pleitos que se colocam à decisão judicial envolvendo remédios e tratamentos médicos.

Isto porque considerada a fundamentação de tais pedidos calcada tão-somente na vagueza do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como no direito à saúde, o raciocínio levaria à conclusão da procedência de toda e qualquer ação que visa à obtenção gratuita de medicamentos.

Importante passo seria dado se fossem criadas Varas especializadas nas demandas que envolvem o direito à saúde, pois neste caso todas as ações deste tipo seriam centralizadas em juízo único que poderia estar mais aparelhado para análise sob o ponto de vista global⁴⁰¹. Ações propostas de modo difuso não só não promovem a saúde, como acabam dificultando a ordenação das políticas públicas do setor.

O que se pretende superar é o inevitável “efeito cascata” das decisões judiciais a partir de construções hermenêuticas destoantes de sentido.

Conforme ressalta Lenio Streck⁴⁰²,

entendimento sufragado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, conforme conclusão da 10ª Câmara de Direito, ao dispor que: “Não é razoável compelir o Poder Público a fornecer um medicamento com a finalidade específica de provocar ereções”. BARBOSA, Rogério. TJ-SP não garante tratamento para impotência sexual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-29/estado-nao-obrigacao-fornecer-remedio-impotencia-sexual>>. Acesso em: 30 maio 2012.

⁴⁰⁰ ESTADO do RS deve custear tratamento de fertilização. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-24/estado-obrigado-custear-tratamento-fertilizacao>> Acesso em 30 de abril de 2012.

⁴⁰¹ Situação que inclusive será colocada à discussão para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proposta por Flávio Dino, ex-Secretário do CNJ. Calcula-se que aproximadamente 240 mil ações judiciais tramitem hoje, na maioria envolvendo pedidos de concessão de medicamentos pelo SUS e leitos em hospitais da rede pública. CONJUR. UTI judicial: Flávio Dino propõe ao CNJ criação de varas de saúde. **Revista Consultor Jurídico**, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-28/flavio-dino-propoe-criacao-varas-especializadas-direito-saude>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

⁴⁰² STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 142.

Além disso, é necessário alertar para o fato de que a afirmação ‘a norma é (sempre) produto de interpretação do texto’, ou de que ‘o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto’, nem de longe pode significar a possibilidade deste - o intérprete – poder ‘dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa’, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem ‘existência’ autônoma). O texto ‘limita a concretização e não permite decidir em qualquer direção, como querem as diversas formas de decisionismo’, alerta Adeodato.

Resta, pois, reconstruir as trilhas hermenêuticas que levaram à elaboração do art. 196 da Lei Maior e a incorporação do direito fundamental à saúde no ordenamento jurídico pátrio para - passo seguinte – estabelecer os limites semânticos de tal direito bem como espancar as interpretações que se afastam do sentido originalmente idealizado.

3.2.2 A Pré-Compreensão como Condição de Possibilidade

Gadamer ao inaugurar nova corrente de pensamento na contemporaneidade é influenciado fortemente por Heidegger⁴⁰³. Mas diferentemente do que se costuma pensar, Gadamer não foi apenas um continuador da linha filosófica heideggeriana⁴⁰⁴, aprofundando questões como a tradição e a pré-compreensão e diferenciando-se do antecessor pela mutualidade⁴⁰⁵.

Desde logo, com Duque-Estrada, afirmamos que a tradição pode ser conceituada como “a constante recepção de conceitos, costumes e práticas a que nos encontramos permanentemente expostos pela linguagem⁴⁰⁶”.

Também inspirado por Wittgenstein e Nietzsche, Gadamer utiliza a noção de “jogo” para tentar definir a verdadeira realidade da linguagem e afastar toda a espécie de subjetivismo, na forma de pergunta e resposta aberta.

⁴⁰³ DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 372.

⁴⁰⁴ Abordando temas heideggerianos como: a) conceito mais originário de compreensão; b) a destruição da metafísica: resgatando a experiência do pensamento originário e c) a temática da essência da verdade.

⁴⁰⁵ Aspecto de relação com o outro, colocando o sujeito em posição de escuta para compreender. Conforme ressalta Marrafon, Gadamer deu nova perspectiva às ideias heideggerianas, “promovendo a sua ontologização”. MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido à estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008. p. 171.

⁴⁰⁶ DUQUE-ESTRADA, op. cit., p. 372.

Portanto a hermenêutica centra-se sobre a ideia do incompreensível, o que ainda não foi dito, que conseqüentemente o leva à senda do perguntar para compreender⁴⁰⁷.

Nesse sentido a linguagem filosófica não pode ser reduzida a um conjunto de sentenças ou símbolos matemáticos, pois ela não é tanto um objeto, mas sim a realização do nosso ser aí, do que pensamos, desejamos e somos.

A hermenêutica filosófica em Gadamer não se resume, portanto, tão-somente, a uma doutrina que busca analisar o modo de compreender o mundo fático, mas sim a assunção de postura que tenha como diretriz uma pergunta filosófica.

E para a consecução deste objetivo é imperioso saber que a arte de interpretar nada mais é do que vivenciar uma experiência, o que implica também, a quebra constante de expectativas determinadas, sendo certo que para Gadamer a verdadeira experiência é aquela em que o homem se torna consciente de sua finitude.

Não se pode esquecer de mencionar, neste contexto, que há em Gadamer a retomada do conceito de alteridade, isto é, o reconhecimento do “tu” no desenvolvimento do processo dialético, que terá importância na (e para a) pré-compreensão.

Essa mudança de paradigma se revela quando no processo hermenêutico há o reconhecimento autêntico de que o outro também pode ter razão sobre o “eu”. Quando isso acontece, nenhum dos pólos em jogo é anulado, mas ambos reconhecem-se no outro ampliando seus horizontes.

Em Gadamer a pré-compreensão traz dois elementos, que são conceitos-chave: a) a abertura e b) a experiência.

Assim, trazendo Gadamer para a discussão do Direito, e mais precisamente para o campo decisório que nos propusemos a abordar, é preciso admitir que a lei não traz de antemão todos os sentidos e elementos para aplicação antes mesmo do uso que se faça dela. O desvelamento do sentido da lei pelo juiz terá que ser realizado no momento em que este se depara com o caso concreto e tiver que manejar a norma.

⁴⁰⁷ RHODEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica**: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem. São Leopoldo: UNISINOS, 2002. p. 70.

E isto é inevitável, porque nossa capacidade de interpretar nos acompanha desde o momento em que acordamos até a hora de dormir, já que é o nosso modo de conhecer e nos situar no mundo, não sendo um ato de vontade⁴⁰⁸.

Somente somos capazes de entender e compreender porque já há uma pré-compreensão do que se põe a conhecer, mesmo que não totalmente. Ou como bem coloca Rhoden⁴⁰⁹, “podemos compreender mais e melhor porque fomos projetados a viver num mundo que nos compreendeu, que nos plasmou antes que soubéssemos disso”. Ou seja, é a adoção de um olhar referencial, haja vista que só compreendemos quando o identificamos com algo que já integra nosso horizonte de sentido e compreensão anterior.

Não há grau zero de conhecimento nesse sentido, sendo certo que o fato de não termos “nascido a bordo”⁴¹⁰, nem tampouco na “carona da história”⁴¹¹ é que exige que a pré-compreensão seja levada pelo juiz no seu agir decisório, não havendo necessidade de lançar mão de método outro como a ponderação de interesses, por exemplo.

Gadamer mesmo não sendo um filósofo voltado especificamente à Ética desenvolveu sua hermenêutica dentro de uma postura ética, não podendo prosperar, portanto, a afirmação de seus críticos, de que a adoção da pré-compreensão como critério decisório judicial seria admitir preconceitos.

A pré-compreensão estudada na filosofia gadameriana é de fundamental importância para um novo olhar sobre a hermenêutica jurídica, por ser a condição de possibilidade da nossa compreensão, verdadeira estrutura pré-conceitual, conforme salienta Manfredo Araújo de Oliveira⁴¹².

Gadamer segue o pensamento de Heidegger no que concerne à matriz da Fenomenologia⁴¹³. Segue também a ideia de que existe um espaço intermediário

⁴⁰⁸ RHODEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008. p. 35.

⁴⁰⁹ Ibid., p. 38-39.

⁴¹⁰ Ibid., p. 39.

⁴¹¹ Ibid., p. 39.

⁴¹² OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006. p. 227.

⁴¹³ Uma das correntes mais importantes na Filosofia do séc. XX que busca “se afastar para ver melhor”, para “iluminar melhor” que tem por fim “voltar ao mundo” ou “às coisas mesmas”, que é o slogan da Fenomenologia. É a tentativa de recuperar um contato primitivo com as coisas. Resgatar para esse mundo o momento em que o sujeito e o objeto se encontram pela 1ª vez. Tal movimento foi iniciado por Husserl, que buscava um método de suspensão dos sentidos em que o conhecimento verdadeiro parte do singular, vai “recortando” as experiências particulares, o que há de psicológico, botando molduras e o que sobrar disso é fenômeno. Isto é não algo

entre o sujeito e o objeto, entre o sensível e o racional que seria a intencionalidade. Toda consciência é consciência de algo; ou seja, não há consciência pura, neutra, sozinha (como ocorria para Descartes).

Neste espectro, somos sempre atingidos pelo mundo, não se podendo falar em uma prioridade do sujeito. Este é fruto do mundo.

E mesmo quando estamos sós, assim somos em função do outro, do ser-com-o-outro, que é preservado em Gadamer.

O autor segue nessa discussão dizendo que o ser-aí só desponta (“O mundo munda”⁴¹⁴) na linguagem, razão pela qual esta não é (nem pode ser) objetificada ou apropriada⁴¹⁵.

Por tal motivo a arte de compreender um texto não é simplesmente “decifrar” os caracteres da escrita, unir as letras, mas sim traduzir o texto à fala⁴¹⁶.

Para tanto, se faz necessário seguir a trilha hermenêutica, que impõe investigar o sentido do texto. Não com o objetivo de tentar descobrir o pensamento do autor na elaboração do texto, o que seria impossível ou bastante difícil, mas transportar-se para o momento do texto e colher as impressões daquele momento fazendo um elo com o presente.

Assim, diante de todo texto, a tarefa do intérprete não pode introduzir seu gosto pessoal ou mesmo hábitos, mas ao contrário reconhecer que a tarefa interpretativa é buscar a compreensão deste somente a partir do hábito da linguagem da época e de seu autor em posição de abertura para a opinião do outro e até mesmo do texto em si, em perfeita posição de alteridade⁴¹⁷.

Perseguindo-se essa posição prévia é que se permite buscar os “preconceitos” do texto e, portanto, a sua tradição, que significa “ter validade sem precisar de fundamentação”⁴¹⁸.

Apesar do exposto, é preciso que fique ainda mais claro que a pré-compreensão adotada por Gadamer a partir da leitura de Heidegger, não pode ser

tomado como dado desde o início. GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. A posição da filosofia na sociedade. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 4, p. 110.

⁴¹⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 2, p. 42.

⁴¹⁵ GADAMER, op. cit., v.4, p. 95.

⁴¹⁶ Ibid., p. 88.

⁴¹⁷ Ou nas palavras do próprio Gadamer: “Em princípio, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixar que este lhe diga alguma coisa”. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 358.

⁴¹⁸ Ibid., p. 372.

confundida com a subjetividade, pré-conceitos e nem com a visão particular de mundo do juiz.

Afirmar que para todo caso é possível encontrar uma resposta constitucionalmente mais adequada e que esta depende de uma pré-compreensão conferida pela tradição que funciona como condição de possibilidade, não implica em aceitar a discricionariedade e as concepções pessoais do julgador, que é justamente o que se quer evitar.

Entretanto, a confusão de conceitos é frequentemente feita por quem se depara, ainda que incidentalmente, com os estudos da hermenêutica-filosófica heideggeriana-gadameriana.

Muito embora existam diversos autores que cometam tal deslize, optamos por tecer os esclarecimentos a partir das críticas feitas por Daniel Sarmento⁴¹⁹, fiel seguidor das teorias de Alexy e da técnica da ponderação de valores.

Sarmiento estabelece ser desaconselhável a utilização da pré-compreensão como elemento norteador de uma hermenêutica constitucional, tendo em vista que a sociedade brasileira é plural e fragmentada, existindo distintas visões de mundo disputando espaço.

A questão que precisa ser ressaltada é que não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria. Tal fato não autoriza que o intérprete possa colocá-la acima da Constituição.

Para o autor a inadequação da utilização da pré-compreensão reside no fato de que os estigmas e desigualdades têm raízes profundas na cultura e nas práticas sociais brasileiras e isto macularia a “pré-compreensão” de nossos intérpretes⁴²⁰.

A primeira crítica feita por Sarmento e que o faz “desconfiar das pré-compreensões” é que habitamos um mundo plural, complexo, em que não há uma única pré-compreensão e sim múltiplas cosmovisões, algumas absolutamente conflitantes. Não haveria, pois, um *ethos* comum.⁴²¹

O autor não descarta a pré-compreensão, mas duvida que esse seja o único meio ou o melhor meio para alcançar a resposta correta na interpretação do Direito.

⁴¹⁹ SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJN, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 311.

⁴²⁰ Sarmento propõe não um abandono da pré-compreensão e sim uma “filtragem” dessa pré-compreensão, a partir de uma racionalidade crítica em que todos devem ser tratados como livres e iguais. *Ibid.*, p. 312.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 313.

Esse primeiro argumento do autor merece ser rebatido eis que Sarmento confunde pré-compreensão com visão de mundo. São coisas absolutamente distintas.

Não é relevante na hermenêutica filosófica de matriz heideggeriana-gadameriana a concepção moral do julgador. Pré-compreensão se relaciona com a tradição, e esta por sua vez apresenta elementos de uma matriz comum. Se não for comum, não é tradição e, portanto, deve ser repudiado por simplesmente revelar o “gosto” individual do julgador⁴²².

Stein chama isso de “standard de racionalidade” da Fenomenologia hermenêutica, sendo certo que é com ela que “se supera toda a questão extrínseca de fundamentação de um discurso e também a veleidade de autofundamentação de qualquer discurso científico”⁴²³.

Outra crítica feita por Daniel Sarmento diz respeito ao fato de poderem subsistir na sociedade mais de uma pré-compreensão socialmente aceita. E assim sendo, não existindo uma única pré-compreensão aceita o que restaria na verdade na visão do autor, seriam “pré-compreensões individuais de cada intérprete com seus valores e psiquismo”⁴²⁴.

Isto corresponderia a liberar o arbítrio individual de quaisquer amarras comprometendo a possibilidade de controle intersubjetivo. Resultado disso seria a valoração dos juízes se sobrepondo à vontade dos representantes do povo, traduzindo ofensa à Democracia.

Em réplica, é preciso ratificar que a aposta na pré-compreensão não exige de forma alguma o intérprete de fundamentar suas decisões mostrando a trilha que o levou até sua decisão. Trata-se de exigência constitucional disposta no art. 93, que não pode ser afastada independente da matriz teórico-ideológica que se adote. Na verdade o que os defensores da pré-compreensão sustentam é justamente o

⁴²² “É neste ponto que a fenomenologia hermenêutica ultrapassa a metafísica, a partir da ideia de que a dualidade metodológica de aplicar e compreender (ou o processo das *subtilitas* que comandava a interpretação hermenêutica clássica de que Gadamer fala) será precedida por uma compreensão que se dá como condição de possibilidade (*standard* de racionalidade estruturante). STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Barueri: Manole, 2005. p. 59.

⁴²³ STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 167.

⁴²⁴ SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJN, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 314.

contrário. É o respaldo num standard hermenêutico de pré-compreensão que vai legitimar a decisão, não podendo se confundir mais uma vez (como faz Sarmento) pré-compreensão com ponto de vista.

O que se deseja, em consonância com a alteridade, é a abertura à opinião do outro e do próprio texto⁴²⁵.

O último ataque feito por Daniel Sarmento estabelece que a aposta hermenêutica na pré compreensão parece ignorar o fato de que as nossas tradições e práticas sociais estão encharcadas de opressão, estereótipos negativos e de preconceitos. Para ele “introjetamos e neutralizamos os preconceitos” e neste aspecto a pré-compreensão pode ser uma instância de reforço das injustiças e hierarquias naturalizadas na cultura e na tradição⁴²⁶.

Mais uma vez afirmamos que Sarmento incorre em erro por empregar o termo pré-compreensão em sinonímia com preconceito.

Gadamer distingue os preconceitos legítimos dos ilegítimos, e para nós Daniel Sarmento deu tratamento igual para ambas as expressões traçando paralelo com a pré-compreensão. Tal posição adotada pelo autor escolhido para reflexão não faz o menor sentido eis que uma decisão judicial não poderia ter legitimidade se fosse fundada num “preconceito ilegítimo”⁴²⁷.

Pré-compreensão relaciona-se à realidade histórica do nosso ser e a “historicidade do ser”, que por sua vez está intrinsecamente ligado a um horizonte de tradição de sentido.

Em relação às discussões que envolvem tutela da saúde em juízo, entendemos que esse horizonte de sentido deve ser buscado a partir da verificação da igualdade, e, conseqüentemente da possibilidade de universalização da demanda, a todos aqueles que se encontrarem na mesma situação do postulante.

⁴²⁵ “Se você quer saber o que diz um texto é preciso que você deixe que esse texto te diga algo!!!”

⁴²⁶ “Se o poder e a opressão estão instalados nas entranhas da pré- compreensão, onde tem a sua morada, por exemplo, a hierarquização social, a estigmatização do diferente, o racismo, o sexismo e a homofobia, dentre outras tantas patologias, tomar a pré-compreensão como norte na hermenêutica jurídica sem submetê-la ao crivo de uma razão crítica e desconfiada é cancelar o *status quo* cultural e legitimar a injustiça em nome do Direito e da Constituição”. SARMENTO, Daniel. Interpretação Constitucional, Pré-compreensão e capacidades institucionais do Intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJN, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 315.

⁴²⁷ Argumento que é reforçado, como já vimos, com a postura ética sempre adotada por Gadamer.

3.2.3 A Igualdade na Tutela do Direito à Saúde como Virtude Soberana

Faz-se mister neste tema, que se recorra aos estudos de Dworkin para se investigar sobre as teorias da igualdade na distribuição de riquezas, que são de extrema relevância para deslindar o problema da alocação de recursos no direito à saúde.

Dworkin, inicialmente, antecipando seu posicionamento, destaca que a “consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política”.⁴²⁸

Basicamente, a tese de igualdade que o autor defende ampara-se em dois grandes primados do individualismo ético. Em primeiro lugar, naquilo a que ele denomina de *princípio da igual importância*⁴²⁹, que sustenta que cada vida seja aproveitada em sua maior amplitude, e isso é relevante tendo-se em conta cada vida humana.

O segundo pilar argumentativo seria aquele representado pelo *princípio da responsabilidade especial*⁴³⁰, que esclarece que, muito embora, cada vida tenha igual importância, o titular daquela vida tem responsabilidade final pelo êxito em sua existência.

Trazem-se ao debate, outras teorias sustentadas por filósofos⁴³¹ sobre o grau de comprometimento das pessoas, que vivem em sociedade, com o bem-estar dos demais cidadãos componentes do espectro social.

Cite-se o *princípio da beneficência*, onde cada indivíduo teria a obrigação, de índole moral, de agir com o mesmo grau de cooperação pelo destino das pessoas como teria caso estivesse em discussão a própria vida, ou, ainda, de algum membro de sua família.

⁴²⁸ Prossegue o autor: “[...] Quando as riquezas da nação são distribuídas de maneira muito desigual, como o são as riquezas de nações muito prósperas, então sua igual consideração é suspeita, pois a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito mais das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais. Quando o governo promulga ou mantém um conjunto de tais leis e não outro, não é apenas previsível que a vida de alguns cidadãos pior devido a essa escolha, mas também, em um grau considerável, quais serão esses cidadãos. Nas democracias prósperas, é previsível, sempre que o governo restringe os programas de previdência social, ou se recuse a ampliá-los, que tal decisão deteriore a vida dos pobres. Devemos estar preparados para explicar aos que sofrem dessa maneira por que foram, não obstante, tratados com a igual consideração que lhes é devida”. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. ix.

⁴²⁹ Ibid., p. xv.

⁴³⁰ Ibid., p. xv.

⁴³¹ Não explicitados pelo autor na sua obra.

No entanto, Dworkin rechaça a aplicação individual do *princípio da beneficência* afirmando que, evidentemente, questões pessoais (v.g, aspectos familiares ou vínculos de amizade) podem ensejar um maior grau de consideração para com aqueles que são mais afetos a nós. E tal princípio não anularia o *princípio da igual importância* por ele defendido.

Dworkin prossegue explicitando duas grandes teorias de igualdade distributiva⁴³², a saber: i) a igualdade de bem estar; e ii) a igualdade de recursos.

Para a *teoria da igualdade de bem estar*, a justiça distributiva estaria representada, ao se tratar as pessoas com igualdade, caso houvesse a transferência e a distribuição de recursos, entre elas, até o alcance de um ponto onde nenhuma transferência de recursos fosse necessária para igualá-las em seu bem-estar⁴³³.

Já para a *teoria da igualdade de recursos*, o esquema distributivo trataria as pessoas como iguais, quando, após a divisão de recursos, nenhuma transferência complementar pudesse deixá-las mais equiparadas em seus recursos.

Dworkin mesmo reconhece que ambos os esquemas distributivos apresentam uma falha intrínseca, que seria o subjetivismo dos conceitos de bem-estar e recursos. No entanto, apesar disto, o autor afirma que se partir do enfrentamento desses dois modelos distributivos seria o passo inicial para o alcance de soluções viáveis visando o modo de distribuição de serviços e riquezas entre as pessoas.

Em relação à teoria assentada na igualdade de bem-estar, Dworkin apresenta, através da elaboração de casos concretos, várias situações que poderiam ensejar a distribuição desigual de recursos. Ora devido a uma deficiência em relação aos demais da coletividade; ora provocado pela escolha de gastos despendiosos e, por isso, desproporcionais se comparados ao restante. De todo modo, tal critério é repellido por Dworkin como o único válido para a escolha em como oferecer justiça distributiva⁴³⁴.

Ao analisar a concepção de bem-estar, Dworkin, mais uma vez, subdivide o estudo de tal teoria em dois subgrupos, afirmando que, em primeiro lugar existiria a *teoria do êxito*⁴³⁵⁻⁴³⁶.

⁴³² O autor admite, no entanto, apesar de focar nessas duas grandes teorias para explicar sobre a problemática concernente sobre a justiça distributiva, uma terceira via que seria a igualdade de oportunidades. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 4.

⁴³³ Ibid., p. 4.

⁴³⁴ Ibid., p. 8-9.

⁴³⁵ Ibid., p. 11.

O autor, esclarecendo justamente essas possibilidades que a assunção desta teoria de bem-estar impõem, declara que

estas presumem que o bem-estar individual é uma questão de êxito na satisfação de preferências, na realização de metas e aspirações e, assim, a igualdade de êxito, como conceito de igualdade de bem-estar, recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir as diferenças entre os êxitos das pessoas. Porém como as pessoas têm tipos diferentes de preferências, a princípio estão disponíveis diversas versões de igualdade de êxito⁴³⁷.

Apresentando a dificuldade em se adotar a supracitada teoria, Dworkin a confronta com os sectários do Utilitarismo, já que, para estes (dentre todos, Jeremy Bentham), o bem-estar repousaria na garantia do prazer e no esquivamento da dor. Mais uma vez estar-se-ia a recorrer a acepções demasiadamente subjetivas e variáveis de pessoa a pessoa, o que desaconselharia a sua utilização.

Em segundo lugar, como derivação ainda da teoria do bem-estar, apresenta-se a *igualdade de satisfação*, onde “a igualdade de bem-estar consiste em iguais quantidades ou graus de um estado de consciência”⁴³⁸. A diferença dessa teoria em relação às já apresentadas residiria no grau de convencimento individual do alcance pessoal da satisfação. Neste aspecto é que se inicia o questionamento basilar do autor no que concerne à alocação dos recursos públicos para o alcance do bem-estar dos indivíduos, investigando se deve, toda uma sociedade, arcar com a transferência exagerada de recursos, para um (ou alguns) integrante(s) da coletividade, em detrimento do sacrifício de todos os demais⁴³⁹.

⁴³⁶ Que por sua vez, estariam assentadas no alcance da satisfação em preferências políticas impessoais ou pessoais (aqui o êxito seria relativo ou total). DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17.

⁴³⁷ Ibid., p. 11.

⁴³⁸ Ibid., p. 46.

⁴³⁹ “Não afirmo (como essa última observação reconhece) que qualquer comunidade que adote a igualdade de bem estar em princípio estaria, então, comprometida com a transferência radical. Algum outro princípio que a comunidade também aceitasse (por exemplo, o princípio da utilidade) talvez recomendaria um compromisso com a igualdade. Mas onde traçar o limite? Talvez a tarefa de traçar o limite? Talvez a tarefa de traçar tal limite caiba à política prática da intuição. Mas, então, a vítima de paralisia total pode não receber absolutamente nada. O princípio de igualdade não ofereceria uma razão para a comunidade aceitar uma perda inicial de utilidade ao lhe fazer algum bem que também não se lhe aplicasse à decisão de lhe fazer mais bem, pelo menos nas circunstâncias que descrevo, nas quais sua utilidade marginal pelas transferências não cai muito. O princípio não ofereceria quase nenhuma orientação à comunidade aqui, além de um pedido de ajuda igualmente estridente para toda a escala de transferências possíveis para essa vítima, um pedido muito pouco prático para que seja honrado por completo, e desestruturado demais para

Passo seguinte, o autor mencionado começa a investigar acerca da maior viabilidade de uma *teoria de igualdade de recursos*, afirmando que “uma teoria geral da igualdade deve procurar um meio de integrar recursos privados e poder político”.⁴⁴⁰

Inicialmente, Dworkin propõe o método denominado de *teste da cobiça*, segundo o qual a divisão não poderá ser tida como igualitária se, depois de repartidos os recursos, qualquer integrante preferir o quinhão do outro do que o seu próprio⁴⁴¹. Dworkin descarta-o por entender que tal critério poderia levar a uma infinita cadeia de divisões (ou leilões) sem que ao final nenhuma das partes ficasse plenamente satisfeita com o resultado.

Também não escapa de sua análise a possibilidade, na igualdade de recursos, de compensação pelas deficiências (naturais ou adquiridas)⁴⁴².

De modo bastante realista, esclarece sobre a inadequação em se adotar uma *teoria*, para solucionar este tipo de desigualdade, apenas baseada em compensações⁴⁴³.

Antecipa-se o autor, em boa hora, em descartar possível semelhança da *igualdade de recursos* com aquilo que se convencionou denominar de “igualdade de oportunidades”, que poderia ser traduzido também como sendo (nas palavras de Dworkin) em uma *teoria da justiça da linha de largada*⁴⁴⁴.

Isto porque, segundo o mesmo, tais teorias não são harmônicas já que a *teoria da linha de largada* apenas garante, como o próprio nome indica, as mesmas chances do ponto de partida. Porém, no curso do processo, não há interferência para o alcance do êxito final, considerando-se, que o resultado deve, a partir daí, ser conseguido pelo mérito e esforço individual.

um compromisso baseado em princípios.” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 73.

⁴⁴⁰ Ibid., p. 79.

⁴⁴¹ Ibid., p. 83.

⁴⁴² Ibid., p. 99.

⁴⁴³ “Não obstante a sugestão de que um projeto de recursos deveria oferecer uma compensação inicial para avaliar as diferenças em recursos físicos ou mentais é problemática em diversos aspectos. Requer, por exemplo, algum padrão de poderes ‘normais’ para servir de base de comparação. Mas de quem são esses poderes que se devem considerar normais para tais finalidades? Sofre, aliás, do mesmo defeito que a recomendação paralela em prol da igualdade do bem-estar. De fato, nenhuma quantia de compensação inicial igualaria em recursos físicos ou mentais uma pessoa cega ou mentalmente deficiente de nascença a alguém considerado ‘normal’ nesses aspectos. Assim, o argumento não oferece um teto para a compensação, mas deve deixá-lo a mercê de um compromisso político que talvez seja menos generoso, novamente, do que ditaria o mercado hipotético de seguros.” Ibid., p. 100.

⁴⁴⁴ Ibid., p. 110.

Dentro desse espírito, começa a discussão de Dworkin sobre um eventual conflito entre os valores de liberdade⁴⁴⁵ e igualdade. O mencionado autor questiona se,

Será mesmo mais importante que a liberdade de algumas pessoas seja protegida para melhorar a vida que essas pessoas levam, do que outras pessoas, que já estão na pior situação, disponham dos diversos recursos e de outras oportunidades de que elas precisam para levar uma vida decente?⁴⁴⁶

Dworkin não desconsidera a relevância de se assegurar a liberdade, quando se trata de escolhas políticas, mas afirma que esta precisa se coadunar com a igualdade (distributiva, *in casu*), sobretudo se tratando cada cidadão com igual consideração (*equal concern*).

Ingressando no terreno específico da tese, que seria o estabelecimento de critérios para a alocação de recursos da saúde, a questão ganha especial relevo. Isto porque embora, de fato, não exista restrição para a realização de tratamentos no exterior (por exemplo), essa liberdade não poderia ser assegurada se a concessão desse tratamento pudesse fragilizar outro valor inserido no Estado Democrático de Direito, e que seria representado pela igualdade. Considerada a circunstância de que tal tratamento não pode ser estendido a todos em igual situação, bem como de que os integrantes da comunidade, devem ser tratados com a mesma consideração (*equal concern*) dentro do Estado Democrático de Direito, é que a liberdade, nesse caso, deve ser afastada.

O mesmo raciocínio deve ser aplicado para tantos outros tratamentos que vêm sendo pleiteados, e concedidos em juízo, tais como remédios para impotência sexual, controle de sudorese, acne, procedimentos de evidente caráter estético (v.g, depilação a laser⁴⁴⁷), em nome de um pretenso princípio da “felicidade”⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Aqui entendido apenas como ausência de restrição. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 165.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 159.

⁴⁴⁷ Questão já discutida na Nota de Rodapé nº 277, às fls. 119, que remetemos o leitor. Para que seja feita uma comparação, recentemente foi negado o mesmo pedido nos Estados Unidos.

Segundo foi noticiado na imprensa, um juiz do Estado de Massachussetts, nos Estados Unidos indeferiu pedido realizado por um preso transexual chamado Robert Kosilek, que pleiteava que o Estado arcasse com tratamento de depilação a laser.

O mesmo juiz, Mark L. Wolf, que negou o tratamento de depilação a laser por considerá-lo desnecessário, no entanto, concedeu o direito à realização de cirurgia para mudança de gênero ao detento. A decisão, porém, ainda não foi cumprida já que depende do julgamento do recurso interposto pelo Departamento Carcerário dos Estados Unidos, que alega que tal procedimento não

Os defensores, que vislumbram respaldo em tal “princípio”, além de extraí-lo a partir do princípio-*mater* da dignidade da pessoa humana, fazem-no também encontrando a sua matriz histórica na Declaração de Independência dos Estados Unidos, de 4 de julho de 1776, que traria, em seu preâmbulo, a menção à busca de felicidade⁴⁴⁹. Todavia, em nenhum momento a Declaração trata da busca individual

deveria ser arcado financeiramente pelos contribuintes americanos. A título de curiosidade, a reportagem ressalta que se trata de decisão emblemática, já que é a primeira que acata tal pedido e concede o direito à cirurgia de transgenitalização a um prisioneiro americano, por sofrer de transtorno de identidade de gênero. NOS EUA, juiz nega pedido de depilação a laser a preso transexual. **UOL Notícias**, 21 nov. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/11/21/nos-eua-juiz-nega-pedido-de-depilacao-a-laser-a-preso-transexual.htm>>.

Acesso em: 21 nov. 2012.

⁴⁴⁸ Agora até sufragado pelos Tribunais Superiores.

Para isso, citamos a decisão do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de união estável homoafetiva, que teve, como um dos seus fundamentos, o direito à busca da felicidade, conforme se depreende abaixo.

“Proibição de discriminação das pessoas em razão do sexo, seja no plano da dicotomia homem/mulher (gênero), seja no plano da orientação sexual de cada qual deles. A proibição do preconceito como capítulo do constitucionalismo fraternal. Homenagem ao pluralismo como valor sócio-político-cultural. Liberdade para dispor da própria sexualidade, inserida na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, expressão que é da autonomia de vontade. Direito à intimidade e à vida privada. Cláusula pétrea. [...] Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da CF, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de ‘promover o bem de todos’. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana ‘norma geral negativa’, segundo a qual ‘o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido’. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da ‘dignidade da pessoa humana’: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. **Direito à busca da felicidade**. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. [...] Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do CC, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (ADI 4.277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 5-5-2011, Plenário, DJE de 14-10-2011.) No mesmo sentido: RE 687.432-AgR, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 18-9-2012, Primeira Turma, DJE de 2-10-2012; RE 477.554-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 16-8-2011. Segunda Turma, DJE de 26-8-2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴⁴⁹ “We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the **pursuit of Happiness**. — That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed, — That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness”. IN CONGRESS, July 4, 1776: the unanimous declaration of the thirteen united States of America Disponível em: <<http://www.ushistory.org/declaration/document/>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

“Que traduziríamos como: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de determinados direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade. Que para assegurar tais direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do

de felicidade como meta egoísta e isolada, e sim da possibilidade de encontrá-la através de objetivos governamentais comuns. Frise-se, mais uma vez, que se tratava de um documento que corporificava os ideais libertários de um povo dos domínios do país colonizador (*in casu*, a Inglaterra). Logo, o princípio deve ser interpretado como aquele que viabilizaria o bem-estar comum.

E, mesmo que o “princípio da felicidade”, trazido pela Declaração mencionada, tivesse sido, de fato, estatuído tendo como seu prisma o indivíduo, não se pode extrair daí que, em homenagem a essa tal busca da felicidade, se fundamente a tutela de pedidos absolutamente egocêntricos, que se escondem sob o manto da dignidade da pessoa humana e do direito à saúde⁴⁵⁰. Ainda mais quando o atendimento de tais pedidos pode, a médio e longo prazo, comprometer a “felicidade” dos demais integrantes da sociedade. Refletir a partir deste modo confere um viés mais democrático para as questões que concernem à tutela da saúde.

Avançando na leitura de Dworkin, este autor explicita que a sua *teoria da igualdade de recursos* precisa ser conglobada a uma *teoria do aprimoramento*, que teria por fim tornar a sociedade mais igualitária do que é, reduzindo o *déficit* de desigualdade⁴⁵¹. E tal avaliação é feita adotando-se, como parâmetro, não o bem-estar, mas o espaço dos recursos.

Dworkin não afasta, entretanto, a discussão sobre Bem-Estar, mas entende que essa noção deve ser contextualizada. Para ele, o Bem-Estar seria a combinação de *Bem-Estar Volitivo* e *Bem-Estar Crítico*⁴⁵². *Bem-Estar Volitivo* ocorreria com a melhoria da vida quando o indivíduo tem ou alcança o *que quer*. Já o *Bem-Estar Crítico* estaria configurado se a vida torna-se melhor quando o indivíduo tem (ou alcança) aquilo o *que deve querer*.

A par dessa conceituação, o autor apresenta dois modelos de Bem-Estar. Um primeiro, designado de *Impacto*, onde a vida boa seria a consequência das

consentimento dos governados, - que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, é Direito do Povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando seus poderes, na forma, como lhe pareça mais conveniente para realizar sua segurança e felicidade ”.

⁴⁵⁰ Como defendem alguns, entre eles, Saul Tourinho Leal. LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude#ixzz2Co7C9V1C>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴⁵¹ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 224.

⁴⁵² *Ibid.*, p. 342.

ações dos indivíduos para o mundo. E, na outra ponta, o modelo de *Desafio*, cujo ideal de vida boa estaria diretamente relacionado à ideia de realização pessoal⁴⁵³.

O que Dworkin pretende, neste aspecto e com tais definições, não é tornar as pessoas iguais na capacidade de tornar suas metas realizáveis, mas fazer os indivíduos iguais em recursos para que, com a ajuda destes, possam realizar suas concepções de “vida boa”.

Na esteira deste raciocínio, uma das maiores contribuições de Dworkin encontra-se no fato de apontar a igualdade como virtude soberana, e, assim, apresentar um conteúdo ético para o ordenamento e aos direitos humanos de um modo geral.

Dentro desse prisma, e tendo por matriz teórica os estudos de Dworkin, é que se chega à conclusão de que o bem estar (ou a “felicidade”) de alguns não pode subsistir se isso colocar em risco a igualdade de acesso, ao mesmo bem, pelos demais sujeitos sociais, ou causar-lhes um excessivo sacrifício⁴⁵⁴.

O próprio autor reconhece que se trata de uma “escolha angustiante” ter que optar por um desses valores (liberdade e igualdade) quando os dois estão em aparente conflito⁴⁵⁵.

No entanto, Dworkin claramente demonstra a sua opção metodológica pela prevalência da igualdade⁴⁵⁶. E tal posição é corroborada a partir do acertado entendimento no sentido de que, se é verdadeira a afirmação de que é dever dos governos assegurar a mesma consideração por todos os cidadãos (o que inclui o acesso ao direito à saúde), é preciso que todos tenham, de fato, acesso aos mesmos bens de saúde. E se optarmos, como parece ser o mais adequado, pela preferência do valor da igualdade, o valor da liberdade restará prejudicado neste

⁴⁵³ Segundo Dworkin, “o modelo do desafio põe a integração ética sob luz completamente diferente. Não precisa demonstrar, para que tal integração tenha sentido, que cada indivíduo provoca maior impacto por intermédio de atos coletivos da comunidade do que sozinho. Só precisa demonstrar como a integração ética poderia parecer uma reação adequada a um parâmetro importante das circunstâncias do indivíduo – o fato de viver ligado a outras pessoas em uma diversidade de comunidades. Essa é, de fato, uma perspectiva de bem comum do bem viver, e assim o modelo do desafio consegue dar sentido à integração ética de maneira natural, e não forçada” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 385

⁴⁵⁴ Com uma majoração tributária excessiva, por exemplo.

⁴⁵⁵ Ibid., p. 168.

⁴⁵⁶ “Qualquer disputa genuína entre a liberdade e a igualdade é uma disputa que a liberdade deve perder”. Ibid., p. 168.

caso. Por tal lúcido raciocínio é que o autor considera ser a igualdade a virtude soberana⁴⁵⁷.

3.3 Da Exigência de uma Mudança Paradigmática no Ato de Decidir e o Papel do Juiz como Produtor de Efeitos: o problema da discricionariedade e das decisões *Ad Hoc* para o alcance da efetividade do direito à saúde no Brasil

Para demonstração da falta de integridade e coerência trazemos à lume a discussão sobre determinadas mazelas e como estas são enfrentadas no Poder Judiciário.

Não será objeto de debate o acerto ou equívoco em particular das decisões aqui exemplificadas, mas sim o grave fato de que, sob o manto da discricionariedade e da “ponderação de interesses”, a mesma doença ou necessidade médica terá seu tratamento custeado pelo Estado a depender do Juízo a que porventura vier a ser distribuída a ação.

Exemplificamos a tese com análise de jurisprudência de alguns Tribunais⁴⁵⁸ do país. E escolhemos determinados temas que normalmente suscitam dúvida nos tribunais dada a inferência indireta que se faz do direito à saúde.

No tocante ao dever do Estado em fornecer fraldas descartáveis em decorrência de determinadas doenças incapacitantes, e se estas estão ou não incluídas sob o manto do direito à saúde, as decisões são diametralmente antagônicas. A depender do endereçamento da ação, o fornecimento de fraldas descartáveis está englobado no dever do Estado como ligado ao direito à saúde mesmo que ausente de previsão legal e não listagem pela ANVISA⁴⁵⁹. Ou ao contrário, por especificamente não se tratar de “medicamento capaz de evitar

⁴⁵⁷ “Faço essa afirmação ousada porque acredito estarmos hoje unidos na aceitação do princípio igualitário abstrato: o governo deve agir para tornar melhor a vida daqueles a quem governa, e deve mostrar igual consideração pela vida de todos. Qualquer pessoa que aceita a igualdade como ideal político, e embora igualdade admita concepções distintas, essas concepções distintas são interpretações adversárias de tal princípio. Assim, quem pensa que a liberdade e igualdade realmente entram em conflito em algum momento deve pensar que proteger a liberdade significa agir de modo que não demonstre igual consideração por todos os cidadãos. Duvido que muitos de nós pensássemos, após reflexão, que seja possível justificar isso.” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 169.

⁴⁵⁸ Em especial os Tribunais do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo.

⁴⁵⁹ No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, se o recurso for distribuído para as 1ª, 2ª, 3ª, 7ª, 8ª ou 21ª Câmaras Cíveis, o resultado será a procedência do pedido. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ainda sobre o tema “fraldas descartáveis”, se o recurso for endereçado às 10ª, 15ª, 16ª, 20ª Câmaras Cíveis, o Autor da ação sairá vitorioso com a decisão de que o Estado tem obrigação de custear tal insumo.

iminente perigo de vida”, e sim ser tão-somente um instrumento facilitador, utilizado nos cuidados de higiene da parte autora passível de substituição e, que por tal motivo, poderá ser de plano indeferido, com o argumento de que o ente público não está obrigado ao seu fornecimento de modo gratuito, sob pena de comprometimento dos recursos públicos destinados a outras demandas porventura mais necessárias e urgentes⁴⁶⁰.

Em relação à cadeira de rodas, a falta de integridade muitas vezes também é observada no interior de um mesmo Tribunal de Justiça, colocando o jurisdicionado em situação de insegurança jurídica sobre a legitimidade do seu pleito.

Há posicionamento no sentido de que tal aparelho se insere no mandamento do art. 196 da Constituição da República⁴⁶¹. Enquanto outros órgãos decisórios, em sentido oposto, entendem que “por não se tratar de equipamento capaz de evitar iminente perigo de vida, mas de recurso para o transporte do autor, que não pode caminhar, não pode ser imposta ao ente público a obrigatoriedade do fornecimento de cadeira de rodas motorizada, sob pena de comprometer verba pública a ser destinada à outra demanda excepcionalmente necessária⁴⁶².”

Quando o assunto é “leite em pó”⁴⁶³ e “complementos nutricionais”, a depender do “sorteio” do recurso o entendimento será de que se trata de insumo inserido no direito social à saúde, e portanto deve ser deferido de modo gracioso pelo Estado⁴⁶⁴, ou, ao revés, tratam-se de alimentos e, em caso de hipossuficiência do Autor da ação, tais insumos devem ser buscados em instituições assistenciais que prestam alimentação a pessoas carentes já que não estão abrangidas no direito social à saúde⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ É o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nas 4ª e 22ª Câmaras Cíveis. E da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁴⁶¹ É o entendimento das 2ª, 3ª, 7ª, 8ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O mesmo se dá no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Se o recurso versando sobre cadeira de rodas for dirigido (via distribuição) às 3ª, 16ª, 18ª, 20ª Câmaras Cíveis, a demanda será julgada procedente e o custeio será feito pelo Estado.

⁴⁶² Processo nº 70048146831 - Apelação Cível – 22ª Câmara Cível. Rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro.

Posicionamento adotado pelas 4ª e a 22ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

⁴⁶³ Ex.: Leite Ninho e “Mucilon”.

⁴⁶⁴ 4ª, 7ª, 8ª, 10ª, 11ª, 13ª, 14ª, 16ª e 17ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁴⁶⁵ 6ª e 17ª Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

No quesito sobre a possibilidade de remédios, tratamentos e mesmo cirurgias existentes somente no exterior, é possível que com a devida sorte do Autor da ação, este consiga decisão que obrigue o Estado a importar o medicamento. Tudo a depender da distribuição do recurso para Câmara (ou Relator) simpatizante a este entendimento que confere a maior amplitude possível ao direito à saúde⁴⁶⁶.

Isto sem falar que em várias das decisões fica muito mais patente uma “política humanitária de benevolência” do que propriamente razões de cunho técnico-jurídico.

Em suma, o que se propugna aqui é que a resposta hermeneuticamente correta e em consonância com a Constituição, não pode ficar condicionada ao acaso da distribuição ao órgão julgador que seja simpático à causa discutida.

Portanto, necessário se faz uma mudança paradigmática no modo de enfrentamento das causas atinentes à saúde.

Daí a importância dos estudos sobre a forma de julgar e o modo de produção das decisões judiciais⁴⁶⁷.

Tal tema suscita acalorado debate mesmo entre autores de linhas teóricas distintas tal como Dworkin e Posner⁴⁶⁸.

Este último, a despeito de ser adepto do pragmatismo, igualmente revela preocupação com o não seguimento dos juízes às doutrinas, e na sua obra tenta inclusive encontrar as justificativas para tais posturas, ao sustentar:

Que los jueces sean insesibles a las críticas de la academia deriva em parte de las diferentes condiciones laborales de jueces y

⁴⁶⁶ Agravo de Instrumento nº 0019609-67.2000.8.19.0000 (2000.002.07345)- 6ª Câmara Cível. Rel. Des. Albano Mattos Correa - Julg. em 07/11/2000.

⁴⁶⁷ Entre os brasileiros, além dos diversos textos do Prof. Dr. Lenio Streck já anteriormente mencionados no trabalho, citamos as recentes pesquisas de Pós Doutorado realizadas por Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho no Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra que resultaram no artigo gentilmente cedido pelo autor. Afirma Grandinetti: “Por tudo isso, é imperioso que se mergulhe profundamente nas entranhas da atividade judicial para que se resgate o sujeito criador da decisão, que possa assumir a responsabilidade histórica de co-produzi-la, juntamente com a lei, com a Constituição e com a realidade social que não pode nunca ser alheada. Trata-se, antes de tudo, de um processo de desalienação, de conscientização de como as coisas são constituídas e para que o são”. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de direito e decisão jurídica: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar**. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra, 2009. p. 27.

⁴⁶⁸ Importante frisar que a intenção em fazer, sequencialmente, a citação de Dworkin e Posner não é propriamente tentar “compatibilizar” os dois autores, já que até pela análise global de suas obras e mesmo pelo histórico de enfrentamento entre os mesmos, isto seria tarefa hercúlea, mas sim demonstrar que cada qual, dentro de enfoque teórico distinto, busca, a seu modo, solução para o mesmo problema: a excessiva discricionariedade judicial sem parâmetros de julgamento.

profesores, incentivos, condicionantes, selecciones, punto de vista y rol social, muchos jueces creen que los académicos no entienden los objetivos y presiones bajo las que se realiza su trabajo como jueces, de ahí que las críticas que los primeros hacen de la actividad judicial resulten capciosas, obtusas y no constructivas. Esta sensación la comparten también los jueces de apelación, incluyendo aquí los jueces nombrados de entre El profesorado, aun involucrados como están en la actividad de fundamentar el fallo de sus decisiones (*opinion writing*), que es um trabajo cuasi académico⁴⁶⁹.

Igualmente Dworkin⁴⁷⁰, seu principal antagonista, ao dispor sobre a laboriosa tarefa que tem o juiz ao se deparar com os casos difíceis.

São questões difíceis. Cidadãos, juristas e juízes não deveriam tentar respondê-las a partir do zero, ignorando as respostas que outros, especialmente os juízes, já lhes deram no passado. Como disse, qualquer estratégia de argumentação constitucional com pretensões à integridade constitucional total deve buscar respostas que combinem bem com nossas práticas e tradições – que se apoie firmemente em nossa continuidade histórica, bem como no texto da Constituição – para que essas respostas possam, de maneira aceitável, ser consideradas como descrições de nossos compromissos como nação.

A crítica que se faz é quanto ao atual estado hermenêutico jurisprudencial que, divorciado de qualquer coerência e integridade, julga a seu bel prazer quando determinadas questões referentes à saúde veem à tona, o que demanda que se realize uma mudança a partir de como as sentenças são produzidas.

Nessa quadra da história, não se pode admitir que dois (ou mais) casos semelhantes tratando sobre a mesma enfermidade ou a demanda por um dado remédio (ou insumo hospitalar) possam ter resultados tão díspares devido à boa ou má sorte na protocolização da petição.

O jurisdicionado deve saber que terá a mesma resposta jurisdicional independente do juiz que julgará a causa. Em outras palavras, o que se afirma é que o direito à saúde deve estar acima de questões burocráticas-formais, não devendo depender do “sorteio” da ação.

E assim nos posicionamos porque cremos que tais decisões *ad hoc* produzidas no interior dos gabinetes dos juízes, - certamente bem intencionados, frise-se -, apesar de individualmente poderem cessar o sofrimento do autor da ação ao conceder-lhe acesso a determinado tratamento médico, se globalmente

⁴⁶⁹ POSNER, Richard. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 230.

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 174.

analisadas, não só não resolvem o problema da falta de efetividade do direito à saúde, como a longo prazo, podem criar uma situação mais nefasta no setor ao gerar verdadeira desorganização administrativa.

Além de inegável estado de insegurança jurídica, que é exatamente o oposto da própria função do Direito.

No entanto, ao trazermos Posner para o debate não significa a adoção da Teoria Utilitarista. Estamos com Dworkin ao afirmar que

A explicação teórica da decisão judicial não é necessariamente antiutilitarista nos detalhes. Alguém que a aceite poderia defender o ponto de vista (como Posner realmente faz com frequência) de que a melhor interpretação da prática jurídica revela o princípio de utilidade em sua essência. Mas a abordagem teórica tampouco está comprometida com o utilitarismo como guia para a decisão judicial - e, pelo menos em minha opinião, boa parte de nosso direito constitucional, não pode ser justificada em bases utilitaristas, mas, ao contrário, deve pressupor princípios de igualdade e justiça que não são utilitaristas em espírito ou consequência⁴⁷¹.

Até porque a adoção do Utilitarismo e Consequencialismo nas decisões judiciais poderia acarretar uma indesejável inação na atividade judicante, o que deflagraria situação ainda mais nefasta do que os possíveis reflexos de sentenças mal lastreadas. Mais uma vez com Dworkin, na boa crítica a Posner, esclarece que

O experimentalismo aparentemente inocente de Posner termina em um dos absolutismos mais ambiciosos e tecnocráticos jamais concebidos pelos filósofos, que é o consequencialismo utilitarista, e o conselho de Sustain sobre a abstinência judicial, ainda que fosse minimamente viável, não produziria mais democracia, mas sim a imobilização de um processo essencial a ela.

É certo que tais questões tornam-se ainda mais preocupantes quando o cenário diz respeito a países que ainda não alcançaram a plenitude do ideal de vida boa buscado pela Constituição e onde quase a totalidade dos direitos fundamentais ainda se encontram incumpridos.

Nesse contexto, justamente pelo deslocamento do pólo de tensão para o Poder Judiciário, antes confiado ao Legislativo e ao Executivo, é necessário investigar os instrumentos que norteiam o modo de decidir do principal personagem envolvido nesse enredo: o juiz.

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 90.

E assim, todas as recentes teorias a que se propõem discutir o assunto com a seriedade que o tema exige, buscam criar terrenos férteis para a verdadeira aplicação dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, revelam preocupação em estabelecer limites ao “poder hermenêutico”⁴⁷² dos juízes⁴⁷³, vez que o contrário da inação judicial não pode resultar em “ativismos judiciais” nem em perigoso decisionismo e discricionariedades, já que isto, como se verá, é atentatório aos valores republicanos e à essência da própria Democracia.

No entanto, e assim afirma a melhor doutrina, os “casos fáceis” e os “casos difíceis” se confundem, nem sempre sendo seguro fazer a distinção entre eles como quer fazer parecer parcela dos estudiosos do assunto, sendo impossível distinguir, *a priori*, princípios e regras⁴⁷⁴.

Por isso a fragilidade da Teoria de Alexy e a sua insuficiência como parâmetro de julgamento, razão pela qual se deve buscar, outro referencial e instrumental teórico-jurídico para municiar o juiz no seu mister.

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 2.

⁴⁷³ Limites estes que são buscados - paradoxalmente - até mesmo por positivistas clássicos como H. L. A Hart. No caso, conferidos pelo direito preexistente e por demais restrições de índole formal como o respeito aos princípios insculpidos no ordenamento jurídico como um todo. KOZICKI, Kátya. Herbert Lionel Adolphus Hart. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006. p. 409.

⁴⁷⁴ Como amplamente discutido por nós nos tópicos 2.2.1.1 [A impossibilidade de distinguir, *a priori*, princípios e regras] e 2.2.2 [A fragilidade da Teoria de Alexy e sua insuficiência como parâmetro de julgamento calcado (somente) no princípio da dignidade da pessoa humana para decisões sobre direito à saúde (A Teoria da Argumentação como nova roupagem do velho Positivismo)].

4 APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA BOA GOVERNANÇA À REALIDADE BRASILEIRA NO TOCANTE AO DIREITO À SAÚDE: Má Governança como fator-obstrutor do direito à saúde

Não se pode deixar de ter em conta, como, aliás, já foi dito, que a escassez de recursos constitui fator que obstaculiza a promoção do direito à saúde na sua inteireza, já que impõe ao administrador público a árdua tarefa de ter que selecionar o destino das verbas estatais, no mais das vezes preterindo outros setores igualmente carentes: as tais “escolhas trágicas” já discutidas no decorrer da pesquisa.

No entanto, a tese da limitação de recursos frequentemente ventilada para justificar a má prestação do serviço público de saúde, não é observada para estancar os gastos públicos realizados em setores cuja aplicação seria completamente despicienda, ou, quando necessária poderia ser realizada de modo menos gravoso ao erário.

À guisa de ilustração, para bem situar o problema, e se verificar que nem com todos os esforços jurídicos seria possível aumentar a efetividade do direito à saúde sem que cesse a rapinagem do orçamento, cite-se que desde 2007 até os dias atuais, o Senado Federal gastou R\$25 milhões⁴⁷⁵ com as despesas médicas de parlamentares e ex-congressistas⁴⁷⁶.

Para se ter dimensão do problema e, mais que isso, a certeza de que a má gestão é fator-preponderante pelo qual o Brasil, mesmo ocupando, atualmente, a 6ª posição na Economia global, não ter ainda conseguido promover o direito à saúde de modo minimamente satisfatório a todos os brasileiros, recorreremos novamente à objetividade dos números.

Nos últimos anos, expressiva quantia⁴⁷⁷ foi usurpada por expedientes dos mais diversos, mas que se equivalem por se apoderar de verba orçamentária que deveria ser empregada para o cumprimento das metas estabelecidas

⁴⁷⁵ Quantia essa que seria reduzida, pelo menos, à metade, caso, hipoteticamente, o Senado Federal contratasse um plano de saúde com a cobertura mais ampla possível para os seus 81 Senadores.

⁴⁷⁶ GOIS, Chico de. O melhor dos planos: para ex e atuais Senadores, saúde sem limites. **O Globo**. O País, São Paulo, p. 12, 25 mar. 2012.

⁴⁷⁷ Estudos da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) calculam que em 10 anos, foram subtraídos 720 bilhões de reais dos cofres públicos, sendo a Saúde a mais prejudicada. A vingança contra os corruptos: Brasileiros começam a se indignar com a corrupção, mal que consome por ano o dinheiro que seria suficiente para acabar com a miséria no país. **REVISTA Veja**. São Paulo: Abril, Ed. 2240, ano. 44, n. 43, p. 76, 26 out. 2011.

constitucionalmente, entre elas o acesso público e universal da saúde, conforme o disposto no art. 196 da Lei Maior.

Oportuno ressaltar, por corroborar nossa tese de que o problema da falta de efetividade do direito à saúde no Brasil não se subsume apenas a questões teórico-jurídicas, mas, sobretudo, deve-se a falhas na gestão dos recursos possíveis e existentes, que pesquisas revelam que com o dinheiro arrebatado do Erário por expedientes escusos⁴⁷⁸, seria possível, por exemplo: formar 312 mil médicos nas melhores universidades privadas do Brasil, ou custear 17 milhões de sessões de quimioterapia para o tratamento de câncer ou construir 33 mil unidades de pronto atendimento 24 horas para atender à população hipossuficiente.

Inevitável, pois, recorrer-se novamente, de modo incidental aos estudos da *Law and Economics* para dizer que a corrupção constitui um custo de transação para os direitos sociais, em especial para o direito à saúde.

Referimos a Juan Vicente Sola⁴⁷⁹ para trazermos o conceito dos custos de transação, *in verbis*: “*Los costos de transacción incluyen los costos de los recursos utilizados para la creación, mantenimiento, utilización y cambio en una institución o en una organización*”.

Contudo, apesar da incontinência no uso das verbas públicas, pesquisas apontam que o Sistema Único de Saúde está bem distante de parâmetro mínimo de qualidade⁴⁸⁰.

No entanto, não é exclusividade do Brasil a usurpação de verbas públicas destinadas à saúde para fins escusos.

No mundo, estima-se que as fraudes nos sistemas de saúde alcancem a ordem de US\$ 800 bilhões, valor esse que supera em cem vezes os delitos perpetrados contra os sistemas financeiros⁴⁸¹.

Estudos realizados nos Estados Unidos revelam que aproximadamente 100 bilhões de dólares são desviados anualmente do Sistema Público de Saúde

⁴⁷⁸ Mais precisamente, 85 bilhões de reais, correspondente a 2,3% de toda a riqueza produzida no país. REVISTA Veja. São Paulo: Abril, Ed. 2240, ano. 44, n. 43, p. 76, 26 out. 2011.

⁴⁷⁹ SOLA, Juan Vicente. **Constitución y economía**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 216.

⁴⁸⁰ Segundo o Índice de Desempenho do SUS, apenas 6,2% dos municípios do país têm um serviço público de saúde de boa qualidade. Isto é, dos 5565 municípios existentes no Brasil, tão-somente 345 apresentam serviços de saúde com qualidade satisfatória para a população. SOUZA, Andréa de. Saúde pública: SUS muito longe da perfeição. **O País**, São Paulo, p. 03. 02 mar. 2012.

⁴⁸¹ FRAUDES em saúde são cem vezes maiores que as contra bancos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 out. 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/997984-fraudes-em-saude-sao-cem-vezes-maiores-que-as-contra-bancos.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

americano por fraudadores⁴⁸², e, para tentar conter o avanço desse problema, em 2009 foi criada nos EUA uma agência⁴⁸³ que visa a identificar especificamente os problemas de ilegalidades nesse setor.

Paralelamente à criação do *National Health Care Anti Fraud Association*⁴⁸⁴, em 1996 houve a aprovação da lei denominada *de Health Insurance Portability and Accountability (HIPAA)* que conferiu maior rigor às fraudes envolvendo a saúde pública daquele país, além da imposição de multas elevadas para os infratores.

O mesmo se dá na Europa, onde, calcula-se que o gasto com saúde na União Europeia é de aproximadamente um trilhão de euros, porém desse valor 56 bilhões são perdidos em fraudes e corrupção. Para estancar tal desperdício e otimizar o emprego orçamentário na saúde, foi criado no ano de 2005 uma Rede Europeia de Luta contra a Fraude e Corrupção na Saúde (*The European Healthcare Fraud & Corruption Network - EHFCN*⁴⁸⁵⁻⁴⁸⁶) que cria uma plataforma de intercâmbio de informações, ferramentas, assistência e treinamento para elidir as diversas formas de desvio do dinheiro da saúde pública.

A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos e em países europeus, é imprescindível que haja transparência no que tange aos contratos celebrados pelos entes estatais, que porventura versem sobre saúde pública, através de bancos de dados que permitam à sociedade civil, imprensa e órgãos estatais (incluindo Ministério Público, Defensoria e Tribunais de Contas) a identificação de empresas vencedoras de licitações⁴⁸⁷, preços praticados pela aquisição de remédios e demais insumos hospitalares (para comparação com os valores de mercado).

⁴⁸² KAVILANZ, Parija. Health care: a 'goldmine' for fraudsters. fixing health care. **CNN Money**, 13 jan. 2010. Disponível em: <http://money.cnn.com/2010/01/13/news/economy/health_care_fraud/>. Acesso em: 18 abr. 2012.

⁴⁸³ STOP MEDICARE FRAUD. **Multi-medicare fraud task force**. Disponível em: <<http://www.stopmedicarefraud.gov/heattaskforce/index.html>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

⁴⁸⁴ NATIONAL HEALTH CARE ANTI FRAUD ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.nhcaa.org>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

⁴⁸⁵ THE EUROPEAN Healthcare Fraud & Corruption Network (EHFCN). Disponível em: <<http://www.ehfcn.org>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

⁴⁸⁶ Tal Rede é formada por 12 países europeus: Bélgica, República Checa, França, Alemanha, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Portugal, Eslovênia, Espanha e Reino Unido.

⁴⁸⁷ Não se pode deixar de mencionar, por oportuno, os recentes casos trazidos pela mídia que apontam determinadas empresas que pagavam propina para serem favorecidas em licitações de hospitais no Rio de Janeiro. Quatro empresas receberam da União, do Estado do Rio e do Município, o equivalente a R\$177,5 milhões em 2011. RIBEIRO, Marcelle; ALVES, Maria Elisa; GALDO, Rafael. Denúncia leva governos a cancelarem contratos: polícia federal abre inquéritos para investigar as 4 empresas flagradas oferecendo propina a suposto gestor de hospital. Rio. **O Globo**, São Paulo, p. 15, 20 mar. 2012.

Não se pode esquecer também da criação de inexistentes situações de emergência para a dispensa de realização de licitações e, assim não realizar contratos no setor da saúde.⁴⁸⁸

Muitas vezes sob o manto da dispensa da licitação, prevista no inciso IV do art. 24 da Lei 8666/93, o Administrador oculta sua própria negligência, criando situações disfarçadas de emergência para forçar a realização de contratos de vultosas quantias sem o prévio procedimento concorrencial.

Torna-se, neste sentido, imperioso um aparato que permita de modo mais eficaz o controle das despesas na área da saúde, o intercâmbio de dados bem como a fiscalização, mas que igualmente não descure de punição adequada, rápida e severa às infrações porventura cometidas.

4.1 A Teoria da Vedação da Proteção Insuficiente (Untermassverbot) Aplicada ao Direito à Saúde (ou como a lassidão da aplicação da lei penal em crimes do “colarinho branco”, curiosamente, contribuem para a inefetividade do direito à saúde no Brasil)

Neste momento é mister analisar como o bem jurídico da saúde é tutelado fora do âmbito tradicional do Direito Constitucional, Administrativo e Sanitário.

Vale dizer, até agora sustentamos que a boa governança se revela verdadeiro direito fundamental de 4ª dimensão e, na outra ponta, a má condução *da res publica* e gestão ineficiente do orçamento são fatores que colaboram para o aprofundamento da crise da saúde no Brasil.

Em outras palavras, é mister que se tenha em conta que para a existência do pleno cumprimento do direito à saúde, é basilar que haja a conjugação de esforços, inclusive em ambientes cognitivos em que a saúde não figure como pauta principal, mas que de algum modo com ela se relacionem.

Apesar da profusão de atos normativos que apontam a escolha do ordenamento jurídico em defender o direito à saúde em alinhamento aos ditames constitucionais (art. 196 e segs.), se verificado tal direito sob a ótica do Direito Penal e seus corolários, o que se verá é que o sistema jurídico pouco oferece de proteção para a saúde.

⁴⁸⁸ No Estado do Rio, por exemplo, entre 2007 e 2010, pagou-se o equivalente a R\$354 milhões a 26 Cooperativas de médicos sem que houvesse contrato. VASCONCELLOS, Fábio. Cheque em branco na saúde. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2. ed., p. 16. 14 ago. 2011.

Necessário, pois, que se promova um diálogo com outras Fontes do Direito, em especial com o Direito Penal, que permita uma releitura e análise da eficácia das leis penais brasileiras no que concerne à verdadeira punição de eventuais infratores no uso de verbas públicas para conferir a maior eficácia e amplitude ao direito social que aqui se discute.

Muito embora se admita que o mero recrudescimento das penas não seja a solução para os problemas alinhados, e que o Direito Penal, pela sua própria natureza restritiva, deva ser a *ultima ratio*⁴⁸⁹, só devendo ser utilizado depois de exauridas as possibilidades de sanção por outros ramos jurídicos, entendemos que, por outro lado, a lassidão⁴⁹⁰ do sistema penal (passando pelo direito material e pelo direito adjetivo, incluída aqui a fase de execução da pena) se revela como mais um incentivo ao descumprimento do preceito da boa governança e para a não efetividade do direito à saúde previsto constitucionalmente.

Segundo a doutrina majoritária, o Direito Penal se reveste de duas funções precípuas. Uma de caráter preventivo, que se verifica no aspecto de demonstrar exemplarmente as condutas em desacordo com a lei, para a coletividade (prevenção geral) e igualmente para o indivíduo que cometeu o crime (prevenção especial) e outra de cunho repressivo, que é de punir efetivamente o autor do crime, como retribuição ao mal feito.

De todo modo, a ética deve permear a tipificação dos fatos tidos como ilícitos para nortear o bem viver em comunidade e sancionar aqueles que se afastarem do modelo desejado.

É o entendimento de Eugenio Zaffaroni e Pierangeli⁴⁹¹ ao afirmarem que,

⁴⁸⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 290.

⁴⁹⁰ Exemplos da lassidão no que tange aos delitos de improbidade administrativa são vistos em todo o Brasil. No Estado do Rio de Janeiro, desde o advento da Lei 8429/92, isto é, duas décadas após a promulgação da Lei de Improbidade Administrativa, só 6% das ações contra corrupção que foram levadas a julgamento resultaram em condenação. Dos 1209 processos no Estado que versam sobre Improbidade Administrativa envolvendo desvios de dinheiro público, tão-somente 70 resultaram em condenação com trânsito em julgado. Calcula-se que circundando os processos supracitados, cerca de R\$4,6 bilhões de reais deixaram de ser recuperados ao patrimônio público, incluindo o valor efetivamente desviado (cerca de R\$1 bilhão), acrescido do que poderia ser determinado a título de multa (até cinco vezes o total do dano). OTÁVIO, Chico. Vinte anos de improbidade: lenta em punir, ágil em perdoar. **O Globo**, São Paulo, p. 03, 25 mar. 2012.

⁴⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 98

Portanto, também, o direito penal tem uma aspiração ética: aspira evitar o cometimento e repetição de ações que afetam de forma intolerável os bens jurídicos penalmente tutelados

Logo, fica patente que a tipificação de fatos no sistema e a sua reprimenda, ostenta um aspecto simbólico⁴⁹², que efetivamente sustentam o magma social.

A função do Direito Penal, desde a sua origem, é a de atuar como “forma de interdição em direção à sua emancipação”⁴⁹³. E dentro desse sistema, a proteção de bens jurídicos com a devida cominação legal de condutas inoportunas e inconvenientes se reveste de especial importância já que confere contorno ético aos preceitos normativos penais.

A delimitação do âmbito de proteção da lei penal se faz através da escolha do bem jurídico penalmente tutelado que seria “a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam⁴⁹⁴”.

Ou conforme muito claramente Maria Luiza Streck⁴⁹⁵ instrui,

Nunca é demais lembrar que a função do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos - nada mais são do que valores e interesses de relevância constitucional ligados explícita ou implicitamente aos direitos e deveres fundamentais – e que a intervenção do poder punitivo se realizará para evitar comportamentos que neguem ou violem tais valores.

Não obstante a expressão crime do “colarinho branco” (*White collar crimes*⁴⁹⁶) tenha sido inicialmente cunhada para delimitar os delitos praticados contra o sistema financeiro, definidos na Lei 7492/86, posteriormente a doutrina e

⁴⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001. p. 78.

⁴⁹³ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e a constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

⁴⁹⁴ ZAFFARONI; PIERANGELI, op. cit. p. 462.

⁴⁹⁵ STRECK, op. cit. p. 40.

⁴⁹⁶ Expressão inicialmente empregada por *Edwain H. Sutherland* em 1939 para designar crimes cometidos por autoridades e pessoas de alto poder aquisitivo que se valiam dessa posição na escala social para prática de delitos lesivos ao sistema financeiro. Conforme Feldens, “*Edwain H. Sutherland define os 'white collar crimes' à luz de uma perspectiva subjetivo-profissional, identificando-os como sendo os delitos cometidos por pessoas dotadas de respeitabilidade e elevado status social, no âmbito de seu trabalho. São dois, portanto, os pontos de apoio do conceito proposto: o 'status' do autor e a conexão da atividade criminosa com sua profissão.*” FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 225.

jurisprudência ampliaram o alcance do termo para abarcar outros delitos⁴⁹⁷ que ostentam semelhança no cometimento e dos agentes, bem como a sua lesividade à Ordem Econômica, direta ou indiretamente.

Dentre estes, merecem destaque no trabalho, os atos de improbidade administrativa e os delitos contra a Administração Pública, em especial o crime de corrupção, dispostos respectivamente na Lei nº 8429/92 bem como no Código Penal, no art. 317.

No entanto, resta claro que, em análise conglobada com demais delitos tipificados no Código Penal, há uma clara opção legislativa por punir mais severamente os crimes costumeiramente praticados pelos excluídos socialmente.

Maria Luiza Streck⁴⁹⁸, de modo percuciente, atenta para tal fato ao afirmar que

Isso implica uma opção paradigmática. Se parece evidente que a teoria do bem jurídico deve estar vinculada a Constituição (mormente a do Brasil, que é nitidamente dirigente), essa ‘evidência’ desaparece quando se examina o Código Penal, as leis esparsas, enfim, o tratamento dado aos diversos bens jurídico-penais pelo legislador, depois de já passados 20 anos da promulgação da nossa Lei Maior.

Além do tratamento legal mais benevolente em relação aos crimes que protegem o patrimônio público, não se pode deixar de mencionar, por oportuno, a pouca efetividade do sistema penal em julgar condenar e executar os eventuais infratores destes delitos.

Afinal de contas, como ressalta com frequência Lenio Streck⁴⁹⁹, a (pseudo)eficiência demonstrada pelo sistema penal em punir de maneira severa os

⁴⁹⁷ Crimes de “lavagem de dinheiro” (Lei 9613/98), Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Previdenciária (Lei 8137/90; 8176/91; art. 168-A, 337-A do Código Penal) contra o consumidor (Lei nº 8.078/90), dentre outros.

⁴⁹⁸ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e a constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

⁴⁹⁹ Na palavras do autor: “O que não está dito é que a pesada máquina pública se mostrou ineficiente para punir os criminosos (afinal, *la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos...*, e, é claro, as leis desfuncionais colaboraram para esse mau resultado). [...] Na verdade, somos bons nisso. De há muito perseguimos com êxito ladrões de galinha e de sabonetes, mas não somos tão bons para “pegar” sonegadores e lavadores de dinheiro. Por todos, lembremos do “grande” Marcos Valério, que, recentemente, mesmo já condenado à prisão, pagou o valor sonegado e teve extinta a sua punibilidade (a seu favor, a bondosa Lei 10.684 e uma generosa interpretação dada ao artigo 9º.). Se não fosse trágico, seria engraçado, porque, ao mesmo tempo, milhares de ladrões (sic) continuam encarcerados (lembremos que temos mais de trezentos mil presos no Brasil por crimes contra o patrimônio individual e pouquíssimos por crimes de sonegação ou evasão de divisas).” STRECK, Lenio Luiz. Dinheiros mal havidos e autoenjoamento. **Contexto Político**. 01 out. 2009. Disponível em: <<http://contextopolitico.blogspot.com.br/2009/10/dinheiros-mal-havidos->

seus “clientes” habituais, isto é, infratores que cometem crimes contra o patrimônio individual bem como delitos contra a vida, não demonstra o mesmo rigor quando estão em jogo crimes que ofendem o patrimônio coletivo e interesses metaindividuais, perpetrados por pessoas de classe social privilegiada.

O que se depreende é que o ordenamento jurídico penal não foi propositadamente forjado para defender bens jurídicos coletivos, mas sim precipuamente delitos de índole individual patrimonial⁵⁰⁰.

Neste sentido, os números falam por si. Muito embora o Brasil tenha como população carcerária, quase meio milhão de presos, figurando internacionalmente no terceiro lugar⁵⁰¹ em número de encarcerados⁵⁰², apenas 0,13% cometeu crime contra a Administração Pública⁵⁰³.

A maioria dos detentos que se encontram no Sistema Penitenciário, responde a infrações contra o patrimônio, tráfico de entorpecentes e por crimes dolosos contra a vida⁵⁰⁴, o que simbolicamente diz muito, pois representa a opção do ordenamento jurídico em conferir maior grau de importância e a forma evidentemente seletiva com que os crimes são tratados em *terra brasilis*.

Do mesmo entendimento é Lenio Streck⁵⁰⁵, ao sustentar que:

e-autoenjoamento.html>. Acesso em: 27 mar. 2012. STRECK, Lenio Luiz. **A “função social do crime” em terrae brasilis**. Disponível em <http://www.unipli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/A_Proposito_/Anistia_lavagem_de_dinheiro.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2012.

⁵⁰⁰ Dentro desse espírito, são as palavras de Lenio Streck, *in verbis*: “Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparados historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual, não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual (bens jurídicos coletivos), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira. Há, nitidamente, uma crise que envolve a concepção de bem jurídico em pleno Estado Democrático de Direito. Urge, pois, um redimensionamento na hierarquia dos bens jurídicos como forma de adaptá-los à sua dignidade constitucional”. STRECK, Lenio Luiz. **Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)**: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. p. 5. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wpcontent/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

⁵⁰¹ Atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China. BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/Document>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

⁵⁰² Segundo o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen) do Ministério da Justiça o número é de 496.251 detentos. *Ibid*.

A mesma distorção se vê em relação ao nível de escolaridade dos detentos: Quase metade tem Ensino Fundamental Incompleto. Presos que possuem Curso Superior Completo não chegam à 0,5% dos que cumprem pena privativa de liberdade no Brasil.

⁵⁰³ BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/services/Document>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

⁵⁰⁴ 50,42% por delitos contra o patrimônio, 24,83% por tráfico de entorpecentes e 11,84% por crimes contra a vida, o que totaliza 75,25% para esses três delitos.

⁵⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: Superando o ideário liberal-individualista-clássico. p. 2. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/>>. Acesso em 30 de março de 2012. Também: “A Lavagem de Dinheiro é crime. Faz 13

Dito de outro modo: enquanto predominou o interesse liberal-individualista na persecução penal, as classes mais abastadas da sociedade brasileira mantiveram-se em uma situação extremamente confortável em relação aos estratos sociais economicamente mais carentes, pois praticamente apenas *as condutas das parcelas mais pobres e exploradas da população, que não tinham função alguma na reprodução e manutenção de uma determinada ordem sócio-econômica, eram, e ainda em grande parte continuam sendo, destinatárias da aplicação de alguma norma penal incriminadora*. De todo modo, é possível dizer, sem maiores rodeios, que o direito penal brasileiro, por ainda guardar característica liberal-individualista na proteção dos bens jurídicos em um país com distâncias sociais tão significativas, continua com forte cheiro de direito penal de classe, ou seja, suas baterias continuam apontadas na direção dos setores mais desfavorecidos da sociedade.

Vale dizer, se a função da lei penal é a de promover a interdição de determinados comportamentos nocivos ou inconvenientes, bem como de prevenção geral e impedimento de comportamentos futuros semelhantes, não nos parece que a lassidão com que são tutelados os crimes “do colarinho branco” atendam aos fins colimados pela Constituição.

Tal diálogo permite uma releitura e análise até mesmo da eficácia das leis penais brasileiras no que concerne à verdadeira punição de eventuais infratores no uso de verbas públicas.

Trata-se, pois, do que a doutrina convencionou denominar de Princípio da Proibição de Proteção Deficiente (*Untermassverbot*).

A partir do princípio da proporcionalidade que surgiu historicamente para conferir liberdade individual em face do Estado, e vincular os poderes a adotar postura em conformidade com a Constituição, inicialmente surge a teoria (no âmbito do Direito Penal) que visa a coibir eventuais excessos do legislador, chamada de Proibição do Excesso (*Übermassverbot*)⁵⁰⁶.

A teoria, de cunho eminentemente garantista positivo, tinha por escopo regular a necessidade, a adequação e a proporcionalidade *stricto sensu*⁵⁰⁷ do nexu retributivo, isto é, entre o preceito primário e secundário do tipo penal. Em outras

anos. Só que desde lá (1998) foram condenados apenas 17 pessoas. Furto e estelionato também... só que, neste mesmo período, mais de cem mil pessoas foram condenadas por esses delitos. E então? Onde está o problema? Uma tradição patrimonialista nos prende ao passado. Mas isso não explica tudo. E, por isso, há assunto para outras colunas.” STRECK, Lenio Luiz. Fetiche da lei, cidadania terceirizada. Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-05/senso-incomum-fetiche-lei-cidadania-terceirizada>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

⁵⁰⁶ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e a constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 63-65.

⁵⁰⁷ Segundo a doutrina majoritária, a tríade do princípio da proporcionalidade.

palavras: A reprimenda penal deve ser adequada e justa à atividade perpetrada pelo autor do fato criminoso para estar em conformidade com o Direito Penal e a própria Constituição.

No entanto, se de um lado a medida punitiva não deve ser além do razoável para reprimir o mal feito e proteger o bem jurídico tutelado, por outro, a sanção penal não deve ser tão tímida que deixe desguarnecido o bem jurídico protegido, já que essa desproporção negativa também está em desconformidade com o preceito constitucional⁵⁰⁸.

É aqui que se insere a teoria da proibição deficiente (*Untermassverbot*) que entendemos aplicável aos delitos que, direta ou indiretamente, tangenciam o direito fundamental à saúde.

Neste sentido é o entendimento da autora antes referida, Maria Luiza Streck⁵⁰⁹, ao afirmar que

Assim, o Estado também poderá deixar de proteger direitos fundamentais, atuando de modo deficiente/insuficiente, ou seja, deixando de atuar e proteger direitos mínimos assegurados pela Constituição. A partir disso, vislumbra-se o outro lado da proteção estatal, o da proteção deficiente (ou insuficiente), chamado no direito alemão de *Untermassverbot*.

O mesmo pensamento comunga Lenio Luiz Streck⁵¹⁰ ao sustentar que,

Esse comando (ordem de legislar) traz implícita – por exemplo, no campo do direito penal – a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, razão pela qual o *estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas*. Em outras palavras, não há liberdade absoluta de conformação legislativa nem mesmo em matéria penal, ainda que a lei venha a descriminalizar condutas consideradas ofensivas a bens fundamentais. Nesse sentido, se de um lado há a proibição de excesso (*Übermassverbot*), de outro há a proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). Ou seja, *o direito penal não pode ser*

⁵⁰⁸ Segundo Maria Luiza Streck, “Estamos falando, então, nas palavras de Dieter Grimm, da proibição de ‘ir longe demais’ (*Übermassverbot*), em contraponto com a proibição de ‘fazer muito pouco’ (*Untermassverbot*), ambos mecanismos semelhantes, porém vistos de ângulos diferentes”. STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e a constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 92.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 92.

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. p. 5. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wpcontent/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

tratado como se existisse apenas uma espécie de garantismo negativo, a partir da garantia de proibição de excesso.

Na medida em que verificamos que os crimes denominados de “colarinho branco” perpetrados pelos administradores públicos, sequer são investigados e quando o são, não raro chegam ao fim sem condenação dos envolvidos (em perfeita dissonância com infrações assemelhados praticados por pessoas de classe social menos abastada), fica patente que a proteção deficiente (ou insuficiente, *Untermassverbot*) do orçamento público em seara penal, é fator que dificulta a efetividade do direito (fundamental-social) à saúde, servindo como verdadeiro estímulo para a continuada má gestão administrativa.

Muito embora tenha ocorrido um aumento⁵¹¹ da investigação de lavagem de dinheiro, corrupção e improbidade administrativa o fato é que ainda se percebe de maneira extremamente tímida a investigação de tais práticas se comparados com os ilícitos penais de outra natureza.

Ademais é preciso que se tenha em conta a desproporcionalidade de sanções que tutelam o patrimônio individual e o dinheiro público. À guisa de ilustração, o furto qualificado (art. 155, §4º do *Codex*) tem como preceito secundário a pena de reclusão de 2 a 8 anos. Enquanto isso, a infração de “lavagem de dinheiro” obtido pela prática de crime contra a Administração Pública (art. 1º, V, da Lei 9613/98), potencialmente muito mais danosa e lesiva, não no plano individual, mas aos cofres públicos, já que oculta a movimentação de verbas e, conseqüentemente os subtrai do seu destino legítimo, recebe a reprimenda legal de 3 a 10 anos.

Igualmente merece ser considerada a ausência normativa de tipo penal que preveja de modo expreso e mais severo o desvio de verbas destinadas à saúde.

Embora a Lei 8080/90 que dispõe sobre a proteção da saúde disponha no seu art. 52 sobre o crime de emprego irregular de verbas destinadas ao Sistema Único da Saúde (SUS)⁵¹², na verdade o delito em tela tem lesividade menor já que o

⁵¹¹ Dados oficiais indicam que no ano de 2011, somente nos oito primeiros meses, o STF julgou 108 processos relacionados a tais crimes em comparação com 88 no ano anterior. STF e CNJ divulgam números sobre corrupção e improbidade. Notícias do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=193686>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

⁵¹² Determinando a aplicação do art. 315 do Código Penal (Emprego irregular de verbas ou rendas públicas (dar às verbas destinação diversa do que estabelecido em lei) cuja pena é de 1 a 3 anos e multa.

infrator não se apropria nem subtrai as verbas em benefício próprio ou de terceiro. O delito em questão aqui se caracteriza pelo uso das rendas públicas em proveito da própria Administração Pública. Portanto, tal tipificação não se enquadra nos delitos que aqui discutimos e que de fato lesam os destinatários da saúde pública.

Vejamos como são tratados os crimes previstos na Lei de Licitações (8666/93), onde no mais das vezes delitos que lesam a saúde poderiam ser amoldados.

De acordo com o art. 89 da lei supracitada, que prevê o crime de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, a pena aplicada, por exemplo, ao administrador de hospital público que, dolosamente, desobriga a realização de licitação para a compra de insumos hospitalares em prejuízo da Administração Pública, receberia a reprimenda penal de 3 a 5 anos de detenção e multa.

O gestor público que frauda licitação mediante ajuste com terceiros com o intuito de obter vantagem para si ou para outrem, segundo previsão legal do art. 90 da mesma lei, está sujeito à pena de 2 a 4 anos e multa. A pena máxima deste delito é, a título de comparação, inferior ao crime daquele que emite premeditadamente um cheque sem provisão de fundos (crime de estelionato), cuja pena máxima é de até 5 anos.

Observa-se que todos os crimes tipificados na Lei de Licitações (arts. 89 a 97 da Lei 8666/93), com exceção do art. 96 (Fraude à Licitação em prejuízo da Fazenda Pública), que é o crime mais grave (e, portanto tem pena de 3 a 6 anos e multa), tem no seu preceito secundário, uma reprimenda penal leve e que, em tese, admite a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, o que destoaria do objetivo prelecionado na Constituição que coloca o direito à vida (corolário que é do direito à saúde) como epicentro do sistema jurídico.

5 A GESTÃO EFICIENTE DE RECURSOS PARA OTIMIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: As dificuldades do Brasil para implantar a realidade de um Estado do Bem Estar Social

Neste ponto do trabalho, cabe questionar se afinal de contas, o Estado Social estaria com os seus dias contados ou tal modelo ainda seria possível de fato, mas poderíamos almejar voos mais altos. É o que procuraremos tratar.

Sem dúvida nenhuma fica difícil o retorno ao Estado Liberal, como aponta Esteruelas⁵¹³:

[...] ¿Como justificar el corte de unas políticas a costa de las generaciones jovens e mantenerlas al mismo tiempo para las más propectas? El borrón y cuenta nueva se constituye en una injusticia comparativa de difícil sostenimiento. Los intereses creados – burocráticos y políticos – aumentan los problemas. ¿Como desmontar la ingente maquinaria creada al efecto? ¿Quien se atreve a incluir en un programa electoral el menor atisbo de reducción de prestaciones? ¿Como satisfacer las exigencias igualitarias si se adoptasen medidas que cierren los caminos de la redistribución?

Diante disso pensamos que não é possível abrir mão das conquistas vindas com o Estado do Bem Estar Social, até pela vedação do princípio do retrocesso social tão bem delineado por Canotilho⁵¹⁴. Também por analisar o contexto fático brasileiro que demonstra a necessidade da (ainda) forte mão do Estado⁵¹⁵, em que 316 mil pessoas saíram da linha de pobreza no Brasil devido aos investimentos com bolsa família, aumento de salário etc.

Logo os elementos para superar a crise num primeiro momento não podem significar redução drástica dos recursos empregados, mas sim medidas tomadas a longo prazo tais como: a) melhor gestão dos recursos existentes; b) aumento da

⁵¹³ ESTERUELAS, Cruz Martínez. **La agonía del estado** - ¿un nuevo ordem mundial? Madrid: Centro de estudos políticos e constitucionales, 2000. p. 124.

⁵¹⁴ Assim afirma o eminente constitucionalista português, J. J. Gomes Canotilho: "O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas ("lei da segurança social", "lei do subsídio de desemprego", "lei do serviço de saúde") deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa "anulação", "revogação" ou "aniquilação" pura a simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado". CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. p. 327.

⁵¹⁵ De outubro de 2008 até agora, cf. estudos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). BRASIL em desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas. Brasília: IPEA, 2009. v. 3. (Brasil: o estado de uma nação). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/bd/pdf/Livro_Brasil_DesenvEN_Vol03.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2012.

transparência e fiscalização dos recursos; c) estabelecimento de prioridades; d) fomento da atividade empresarial e fortalecimento de seu papel comunitário; e) reforço da cidadania e mecanismos próprios de desenvolvimento social; e) “banho” ético nas Instituições para a redução dos níveis de corrupção, o que passa também pela mudança legislativa das leis que tratam sobre improbidade administrativa, etc.

Tais condutas otimizarão os recursos existentes evitando que estes se escoem em virtude da má gestão.

Além disso, pensamos que é possível a busca de “parceiros” no seio social pelo reforço do seu papel, em especial o empresariado, que tem compromisso também com a realidade que os cerca. Não cabe mais, em tempos de neoconstitucionalismo, afirmar que o empresário tem apenas o compromisso com o lucro, não lhe importando os resultados muitas vezes nefastos de sua própria atividade empresarial.

Entretanto, o tema traz ínsita uma candente aporia. Isto porque, paradoxalmente, o sucesso do Estado do Bem Estar social é também o seu fracasso. Vale dizer, foi a difusão e implementação de direitos sociais, e mais que isso, a (cons)ciência do povo que deles faz jus, que levaram ao inchaço do Estado e hoje este já não dá conta de todas as demandas que lhe batem às portas havendo a necessidade – para escapar da crise atual - de uma adaptação do modelo de Estado⁵¹⁶ constituído aos anseios sociais sem que isto leve à sua inviabilidade total.

Conforme Bolzan de Moraes⁵¹⁷ argumenta, a crise pela qual atravessa o Estado do Bem Estar Social se subdivide em três faces principais, a saber: a) Fiscal; b) Ideológica e c) Filosófica.

Em primeiro plano, há a insuperável crise financeira que foi deflagrada a partir da década de 60 e se agravou nos anos 70 com a crise mundial (causada pela crise do petróleo) e o aumento das demandas sociais. E mais recentemente, as crises globais de 2008 e 2009, que se estendem até os dias atuais. Tais fatos acarretaram um círculo vicioso entre a crise econômico-financeira, a fraqueza do ente público e as exigências sociais, ampliadas progressivamente.

Em segundo lugar tem-se o que o autor⁵¹⁸ denominou de crise ideológica explicitada pelo aumento das demandas, “complexificação das pretensões sociais” e

⁵¹⁶ “Refundação” do Estado como defende López Calera. CALERA, Nicolas Marái López. **Yo, el estado**. Madrid: Trotta, 1992. p. 81.

⁵¹⁷ MORAIS, José Luís Bolzan. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 41.

consequentemente um aumento da máquina burocrática para tentar atender a essa demanda antes criada.

Finalmente Bolzan de Moraes salienta a existência de uma crise filosófica que põe a luz sobre os fundamentos que sustentam o modelo do Bem Estar Social.

Como até já deixamos antever, tal momento em que se vislumbra a impossibilidade de continuação do *Welfare State* com a feição que passou a assumir é também fruto do desmoronamento do conceito de solidariedade, o que gerou um afrouxamento dos laços sociais. Numa sociedade em que vale a máxima da “farinha pouca, meu pirão primeiro”, em que já não conhecemos sequer as pessoas que moram ao lado de nosso apartamento, passa a ser aceitável também que o Estado não confira aos direitos sociais a mesma dose de dedicação dada a direitos humanos de outras dimensões, fazendo eclodir uma sociedade individualista calcada em valores burgueses, naquilo que Marx chamou de “mônada ensimesmada”⁵¹⁹.

Por isso a necessidade de reforço e do resgate dos aspectos éticos dos direitos humanos⁵²⁰ (do qual os direitos sociais são espécie) tendo em vista que apesar de haver um intercâmbio entre os sistemas político, jurídico e econômico⁵²¹, é necessário que se criem certas imunidades dos direitos sociais⁵²² frente ao mercado, pois do contrário, qualquer sinal de dispnéia ou lassidão levará à sua inefetividade e posterior óbito.

Além daquela crise estrutural já aventada, é preciso frisar que temos também uma crise conceitual, institucional, funcional e mesmo uma crise política⁵²³.

⁵¹⁸ MORAIS, José Luís Bolzan. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 43.

⁵¹⁹ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 171.

⁵²⁰ NINO, Carlos. **Ética y derechos humanos: un ensaio de fundamentación**. Barcelona: Ariel, 1989. p. 305.

⁵²¹ Muito bem tratada por Alexandre Moraes da Rosa, em obra dedicada sobre o assunto, a que remetemos o leitor. ROSA, Alexandre Moraes da. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁵²² ROIG, María José Añón. La contribución de los derechos sociales al vínculo social. In: **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 286.

⁵²³ Muito bem esmiuçada por Bolzan de Moraes em texto sobre o Estado, onde o autor “revisita” os conceitos clássicos que permeiam o estudo sobre a Teoria do Estado, lançando novo olhar para os fatores que desencadearam na crise atual. MORAIS, José Luís Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 09.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Revisitando o Estado!** da crise conceitual à crise constitucional (institucional). p. 02. Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_08.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

A crise funcional do Estado é verificada pela perda da exclusividade do Estado no desempenho de atividades e serviços estatais, outrora confiados tão-somente ao ente público⁵²⁴. Outro aspecto é o próprio deslocamento do pólo de tensão para o Judiciário, trazendo à tona um fenômeno de “sociologia dos tribunais⁵²⁵”, delegando a magistrados (que não são eleitos) o mister de decidir, p. ex., quem terá direito à internação médica, à vaga em escola pública e outros assuntos de mesmo quilate.

Contudo, muito embora nos deparemos com todas as dificuldades que envolvem a realização do Estado de Bem Estar Social, que vão desde as evidentes limitações de recursos até os entraves burocráticos, passando pela dificuldade em administrar as expectativas dos cidadãos (que são muitas), pensamos que não é possível admitirmos que tal modelo é um mito, sendo necessário (pelo menos no contexto brasileiro) para o fortalecimento da sociedade e sobretudo para que possa haver a superação real do *Etát Providence* para o alcance de verdadeiro Estado Democrático de Direito⁵²⁶.

Estamos com García-Pelayo⁵²⁷ quando este diz que o Estado do Bem Estar Social mostra-se imprescindível e decisivo para a estruturação da sociedade através de medidas diretas ou não.

Assim, se os recursos são escassos, não sendo suficientes para o atendimento de toda e qualquer demanda social, é imperioso que com muito mais razão se dê a esse dinheiro um destino responsável, revelando-se absolutamente

⁵²⁴ MORAIS, José Luís Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 50

⁵²⁵ LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

⁵²⁶ DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992. p. 114.

⁵²⁷ “El Estado Social, por el contrario, parte de la experiencia de que la sociedad dejada total o parcialmente a sus mecanismos autorreguladores conduce a la pura irracionalidad y que solo la acción Del Estado hecha posible por el desarrollo de las técnicas administrativas, económicas, de programación de decisiones, etc., puede neutralizar los efectos disfuncionales de un desarrollo económico y social no controlado. Por consiguiente, el Estado no puede limitarse a asegurar las condiciones ambientales de un supuesto orden social inmanente, ni a vigilar los disturbios de un mecanismo autorregulado, sino que, por el contrario, ha de ser el regulador decisivo del sistema social y a de disponerse a la tarea de estructurar la sociedad a través de medidas directas o indirectas: “Estado Social – dice H.P Ipsen – significa la disposición y la responsabilidad, la atribución y la competencia del Estado para la estructuración del orden social”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 22.

incompatível com os ditames constitucionais, um mau governo e uma gestão irresponsável da *res publica*⁵²⁸.

Na mesma linha de pensamento é Canotilho⁵²⁹, que preleciona que “Devemos ter serenidade bastante para reconhecer que a otimização dos direitos sociais não deriva só, ou primordialmente, da proclamação exaustiva do texto constitucional, mas da *good governance* dos recursos públicos [...]”

Por tal motivo é que deve ser visto *cum grano salis* a alegação frequente do ente público de descumprimento do exigido constitucionalmente no que concerne à efetividade dos direitos sociais com a invocação do “princípio da ‘reserva do possível’”, quando o que se observa é o contínuo desperdício do dinheiro público⁵³⁰

⁵²⁸ No mesmo sentir se manifesta Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo quando enfrentam a questão da eventual ponderação entre o princípio da reserva do possível e o caso concreto do direito à saúde. Os autores afirmam: “Com efeito, quanto mais diminuta é a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa, como bem destaca Rogério Gesta Leal, o que também diz respeito à ampliação do acesso à justiça como direito a ter direitos capazes de serem efetivados e, além disso, envolve a discussão em torno da necessidade de evitar interpretações excessivamente restritas no que diz com a legitimação do Ministério Público para atuar na esfera da efetivação também dos direitos sociais”. SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 31.

⁵²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 249.

⁵³⁰ Fartos são os exemplos do nosso cotidiano que demonstram o acima afirmado. Vamos a eles. Em primeiro lugar cabe lembrar a notícia de que o Brasil sediará a Copa do Mundo de Futebol de 2014, e tal evento custará fantásticos R\$10,6 BILHÕES de reais, grande parte desta quantia (80%) financiada pelos cofres públicos. ESPORTES. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 16, 31 out. 2007. O mesmo ocorreu com os Jogos Pan-Americanos em 2007 no Rio de Janeiro. O evento que inicialmente tinha orçamento previsto de R\$ 523,84 milhões alcançou R\$ 2,847 bilhões, em uma inflação de 444% do orçamento inicial. RANGEL, Sérgio. Orçamento do Pan-2007 infla 444% e chega a R\$ 2,8 bilhões. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u109000.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2009. Pergunto: Futebol deve ser tratado como prioridade pelo Administrador Público a justificar suntuoso investimento? É lícito ao Administrador Público, diante de tantas mazelas sociais, incluindo os problemas atinentes à saúde, despender tal monta a custear evento esportivo (provisório, frise-se) que será diretamente usufruído por pequena parcela da população (que poderá arcar com os caros ingressos...)? A discricionariedade do Administrador chega a tal ponto? Tal dinheiro não seria mais bem empregado se utilizado para outros fins de claro cunho social (educação, saúde, moradia etc.) que atendessem aos preceitos constitucionais? Futebol tem status constitucional? Os maus exemplos não param por aí... Temos visto com frequência inúmeras reportagens que demonstram o desperdício do dinheiro público e a total ausência de compromisso do servidor público com o bem comum. Una-se a tudo isso a débil transparência de todos estes gastos. Aqui nos valem dos ensinamentos do Prof. Rui Cunha Martins ,ao lembrar Canotilho que cita como elementos do Estado Democrático de Direito na atualidade como sendo: a) Transparência (para evitar a corrupção), b) a abertura (a novos paradigmas); c) Eficácia; d) Responsabilidade. Logo a corrupção é a negação da transparência e conseqüentemente das

em setores de pouca (ou nenhuma) relevância social, ou até mesmo com condutas caracterizadoras de corrupção⁵³¹, o que nos leva a concluir que o essencial é o estabelecimento de prioridades públicas e compromisso do Administrador Público com o bem comum.

Na esteira deste raciocínio é que se chega à conclusão que diante da limitação de recursos financeiros para a realização de todas as prestações possíveis, e tendo como fator prejudicial a ampla e irrestrita discricionariedade do administrador público, que por vezes, pela ausência de comprometimento com fins sociais acaba não dando o uso devido do dinheiro público existente, é que se faz imprescindível a análise da pauta de prioridades das políticas públicas para dar maior eficácia à gestão administrativa e conseqüentemente a concretização dos direitos fundamentais.

Indubitavelmente, apenas o controle da corrupção, malversação do dinheiro público e demais desvios não será, por si só, suficiente para estancar os problemas endêmicos brasileiros relacionados à desigualdade social. Todavia, pensamos que essa mudança de paradigmas deve integrar o conjunto de medidas que devem ser adotadas no sentido de fomentar o adimplemento dos direitos que compõem a Constituição Federal.

Por outro lado, mas ainda mantendo coerência dentro da ideia central, verifica-se também o descaso com o meio-ambiente. Para se ter ideia da gravidade da situação e o quanto o descaso com o meio ambiente põem em risco a saúde da população e, ainda, o quanto tal incúria se apresenta como fator contribuinte para agravar a crise financeira estatal, no Brasil, aproximadamente 60% das despesas realizadas com internações hospitalares, têm como causa as enfermidades por uso de água inadequada⁵³².

próprias regras do jogo democrático. Assim, sendo a *accountability* (que poderia ser entendido como o dever de prestação de contas) é núcleo indissociável do bom governo (*good governance*).

⁵³¹ Neste contexto nos filiamos ao entendimento esposado por M. Madeleine Hutyrá de Paula Lima que sustenta que “sem dúvida, qualquer desvio de verba pública constitui um prejuízo para a comunidade em geral, alcançando todas as classes, por suas conseqüências nas interações sociais, em prazo maior ou menor. No entanto o desvio das verbas destinadas às políticas sociais constitui prejuízo maior para uma vasta população, haja vista que enfraquece a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que compõem a base do direito ao desenvolvimento, gerando um círculo vicioso de falta de perspectiva de promoção social e afetando, muitas vezes, várias gerações.” LIMA, M. Madeleine Hutyrá de Paula. *Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, ano 09, n. 36, p. 176, jul./set. 2001.

⁵³² SAÚDE e meio ambiente: enfermidades relacionadas com o meio ambiente são preocupação para o novo milênio. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

Estima-se que o Sistema Único de Saúde gaste anualmente cerca de R\$300 milhões para custear o tratamento das inúmeras mazelas⁵³³ relacionadas à contaminação das águas⁵³⁴.

Lamentavelmente o Brasil ainda apresenta em tempos coevos níveis alarmantes de precária gestão de saneamento básico, tendo 80% do esgoto do país despejado em rios, mares, lagos sem qualquer tipo de tratamento.

No entanto, sob o ponto de vista da prevenção (e como corolário, da eficiência econômica), calcula-se que de cada unidade monetária (real, dólar, euro etc.) investido em saneamento básico, quatro são poupados em gastos médico-hospitalares para o tratamento de doenças associadas à carência infra-estrutural da água e do esgoto⁵³⁵.

O mesmo se afirma em relação à poluição do ar causada pelo setor industrial, veículos automotores e que liberam nas camadas atmosféricas elementos tóxicos entre os principais, dióxido de enxofre (SO₂), monóxido de carbono (CO), dióxido de nitrogênio (NO₂), ozônio (O₃) e chumbo (Pb) e partículas totais, que em níveis acima do tolerado, são responsáveis pelas mais diversas doenças cardio-respiratórias⁵³⁶, causando até o óbito, sobretudo das pessoas mais vulneráveis como crianças e idosos⁵³⁷. Além das enfermidades no trato respiratório, outras mazelas aparentemente não relacionadas com o ar, tais como doenças oculares, e até mesmo determinados tipos de cânceres podem ser associados ao contato com substâncias tóxicas encontradas na atmosfera⁵³⁸.

Como já afirmamos, calcula-se que aproximadamente 80% das doenças mundiais sejam causadas pela carência de água límpida e apropriada para o

⁵³³ Hepatite, diarreia, cólera, leptospirose entre outras.

⁵³⁴ No que toca à inadequação dos aterros sanitários e do destino dos lixões, sabe-se que o chorume (líquido altamente corrosivo, poluente e malcheiroso resultado da decomposição dos resíduos orgânicos) lançado nos rios ou quando atinge os lençóis freáticos pode causar danos irreparáveis à saúde. Passa pela diminuição da qualidade do esperma (causando infertilidade masculina ou defeitos genéticos em caso de fecundação), à endometriose até a alguns tipos de câncer, tais como mama, próstata e testículos. POLUENTES podem causar até câncer. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 7, 20 mar. 2012.

⁵³⁵ SAÚDE e meio ambiente: enfermidades relacionadas com o meio ambiente são preocupação para o novo milênio. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵³⁶ Rinite, bronquite, asma etc.

⁵³⁷ No Instituto do Coração (INCOR) em São Paulo foi realizada pesquisa que constatou o aumento de 16% de pacientes apresentando sintomas de infarto nos dias cuja poluição era mais evidente. BRAGA, Alfesio; PEREIRA, Luiz Alberto Amador; SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento. **Poluição atmosférica e seus efeitos na saúde humana**. Disponível em: <www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=1039>. Acesso em: 12 mar. 2012.

⁵³⁸ A saber, o aumento de mortes fetais tardias e alterações endocrinológicas podem estar associadas à maior liberação de nitrogênio no ar.

consumo, sendo certo que neste aspecto as populações que se encontram mais próximas da linha da pobreza é que sofrem de modo mais direto os reflexos da desídia com o meio ambiente e com a falta de investimentos no setor.⁵³⁹

Neste contexto a abrangência do conceito de saúde perpassa pela compreensão de que muitas doenças existentes no Brasil (e no mundo) ainda decorrem de falta de prevenção e investimentos em outros setores sociais, tais como saneamento básico, que é, sem dúvida, a política ambiental que mais está imbricada com a saúde e a própria vida⁵⁴⁰.

Entende-se por saneamento básico a rede de ações que visem a preservação (e potabilidade) da água⁵⁴¹, a destinação responsável do lixo industrial, a erradicação da poluição, o manejo das águas pluviais e a preservação dos mananciais, que deve ser erigido à problema de saúde pública, já que o maciço investimento neste setor acaba impedindo a propagação de muitas doenças.

Conforme Luís Roberto Barroso⁵⁴², dentro da agenda para os próximos anos para a promoção dos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, o saneamento básico deve ser considerado como prioridade, na medida em que é a “principal política pública de saúde pública conforme parâmetro mundialmente aceito, além de ser vital para impedir o comprometimento do meio ambiente”.

Outra crítica que frequentemente se faz ao Estado do Bem Estar Social e que evidenciaria sua fragilidade como modelo a ser adotado é que progressivamente haveria um enfraquecimento social, algo como a “infantilização” da cidadania, vez que esta acabaria se acomodando com a generosa mão do Estado em prover-lhes

⁵³⁹ SAÚDE e meio ambiente: enfermidades relacionadas com o meio ambiente são preocupação para o novo milênio. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

⁵⁴⁰ Tratamos o tema com maior profundidade em artigo específico, para o qual remetemos o leitor. CALDEIRA, Ana Paula Canoza. A interconexão entre o direito à saúde e o meio ambiente sob a ótica da hermenêutica. In: FLORES, Nilton Cesar. (Org.). **A sustentabilidade ambiental e suas múltiplas faces**. Campinas: Millennium, 2012. p. 249-269.

⁵⁴¹ Em relação à temática da água e seu manejo racional, segundo pesquisas realizadas pela FAO (Food and Agriculture Organization), agência das Organizações das Nações Unidas (ONU) para debate sobre Agricultura e Alimentação, aproximadamente dois terços da população mundial deve enfrentar problemas com a escassez da água, nos próximos vinte anos. Atualmente, um contingente de mais de um bilhão de pessoas já não possui acesso à água minimamente limpa para atender às necessidades básicas do cotidiano e mais de 2,5 bilhões de indivíduos no mundo não possui adequado saneamento básico. WILLEY, David. Em 20 anos, faltará água para 60% do mundo, diz ONU. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 fev. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272_u60947.shtml>. Acesso em: 01 mar. 2012.

⁵⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos**. Palestra Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em Curitiba, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/we/pt/noticias>. Acesso em: 01 de mar. 2012.

suas necessidades e não encontraria incentivo para, *sponte propria*, buscar atender a suas expectativas⁵⁴³.

Por isso, são preciosos os ensinamentos de Bruce Ackerman⁵⁴⁴ ao ressaltar a importância da participação popular nos momentos de política constitucional para que – dentro do dualismo que lhe é inerente – haja a preponderância do “*we the people*” sobre os desejos do “*their the government*”.

E para não se correr o risco de enfraquecer o conceito de cidadania dentro deste modelo estatal que tem compromisso com a prestação de direitos sociais, é preciso revisitar o próprio conceito de cidadania. Neste cenário, comungamos da mesma crença de Bolzan de Moraes⁵⁴⁵ quando este afirma que

para que se constitua a democracia representativa, em especial como procedimento que viabiliza, em sociedades plurais e complexas, o estabelecimento de decisões coletivas/comuns, sob este viés, mister se faz que este cidadão-eleitor – o *povo ativo* de que fala F. Müller – tenha diante de si a possibilidade real – não ilusória – de escolher dentre modelos diversos de resposta aos problemas sociais.

A crítica é pertinente, todavia não elimina o dilema que é o atendimento à população desassistida, que tem pressa quando o assunto é a manutenção de sua própria condição de ser humano.

Em todo caso, somos do entendimento de que diante da realidade econômica (e aqui foco no modelo brasileiro e suas possibilidades), o Estado do Bem Estar Social não deve se converter em mero prestador de serviços, uma vez que direitos sociais têm uma dimensão de solidariedade⁵⁴⁶, e não caritativa⁵⁴⁷. O papel do Estado é maior que esse.

⁵⁴³ ESTERUELAS, Cruz Martínez. La agonía del estado - ¿un nuevo orden mundial? Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2000. p. 123. BARRETTO, Vicente de Paulo. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 192, p. 33, abr./jun.1993.

⁵⁴⁴ AGRA, Walber Moura. O conceito de povo no dualismo constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 745.

⁵⁴⁵ MORAIS, José Luís Bolzan. Crise do Estado e democracia: onde está o povo? In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 117.

⁵⁴⁶ Wanda Nunes, em consonância com Erhard Denninger, chama atenção para o novo paradigma dos direitos humanos e o enfoque a solidariedade enquanto princípio constitucional. NUNES, Wanda Cláudia Galluzzi. A Solidariedade como princípio constitucional: Uma visão comparativa das Culturas Jurídicas Européia e Americana. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 76.

⁵⁴⁷ Assim também se manifesta José Luís Bolzan de Moraes que entende que desapareceu o caráter assistencial dos direitos sociais devendo ser vistos nessa quadra da história como direitos

Dentro deste contexto é necessário perquirir quem são os destinatários das políticas públicas e como se pode concretizar o Estado do Bem Estar Social, sem a adoção do ingênuo discurso da irrestrita possibilidade orçamentária do Estado.

Num primeiro momento, para adequar as expectativas da população frente às possibilidades econômicas do Estado deve-se perquirir quem é destinatário do Estado do Bem Estar Social, e no nosso trabalho mais especificamente, a quem são endereçadas as políticas públicas de saúde e as decisões judiciais que, de algum modo, tangenciam tal direito.

Tal modelo foi idealizado justamente para diminuir o abismo social entre classes, criando condições favoráveis para o fortalecimento social.

Logo, os lindes das prestações devem ser pelo menos num primeiro momento, aqueles que atendam a esse fim sem criar o afrouxamento dos laços de cidadania e indesejável dependência econômica.

Neste contexto, em similitude com outros países, deve-se dar foco para a população de baixa renda e enfatizar políticas públicas que promovam o Bem Estar coletivo permitindo o salto qualitativo na esfera social.

Isto para não cair na armadilha perigosa, já delineada e também ressaltada por Cruz Martínez Esteruelas⁵⁴⁸, de o Estado do Bem Estar Social sair do berço à sepultura (*de la cuna a la tumba*):

El incremento de la acción del Estado en el campo social y su ambiciosa meta en la protección de “la cuna a la tumba”, hicieron nacer un nuevo concepto con resonancias religiosas: el Estado-Providencia, es decir, el Estado al que corresponde proveer a los ciudadanos; si providencia es el ciudadano que Dios tiene de las criaturas, el Estado-Providencia viene a ser – prometeicamente – una ascensión laica de tan gigantesca misión. Esta denominación, más ambiciosa – y, para otros, más aterradora – hizo fortuna y ha propendido a la universalización de su uso. Es, en definitiva, la Idea de la secularización de la providencia.

O autor⁵⁴⁹ também traz as consequências do Estado do Bem Estar Social. Em primeiro lugar a estatificação de atividades existentes ou criação de novas

inerentes à dignidade da pessoa humana, por serem direitos típicos da cidadania. MORAIS, José Luís Bolzan. **As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 37.

⁵⁴⁸ ESTERUELAS, Cruz Martínez. **La agonía del Estado** - ¿un nuevo orden mundial? Madrid: Centro de estudios políticos e constitucionales, 2000. p. 121.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 123.

atividades, a cargo do Estado; depois a conseqüente burocratização do seu exercício, e por fim, o incremento colossal dos gastos do Estado.

Aduza-se a isso a retração crescente dos recursos econômicos pela via da fiscalização ou da parafiscalidade e também a extensão das atitudes passivas (mentalidade assistencial) na vida das pessoas e redução até da esperança e da exigência de que a providência estatal será o remédio a toda situação de necessidade.

O tema assume feição especial quando estão em debate questões palpitantes como, *v. g.*, o direito à saúde e os limites da tutela deste direito frente ao Estado.

Como já anteriormente exposto, o modelo dirigente tinha por escopo a refundação do Estado Democrático Direito e, com isso, surge o Poder Judiciário atuando de modo mais ativo, com o compromisso de solucionar as novas demandas sociais.

No campo da saúde isso foi traduzido pela sistemática propositura de ações cujo pleito é a concessão de medicamentos e o custeio de tratamentos médico-hospitalares, pelo Estado.

Porém, devemos reforçar que, embora tal relevante questão perpassasse pelo próprio direito à vida, ainda assim deve ser enfrentado com acuidade pelos magistrados, já que versa não apenas sobre elementos de justiça comutativa, mas também de justiça distributiva.

Contudo, assim como o movimento do coração que se expande e se retrai em sístoles e diástoles, se num primeiro estágio fez-se necessário a intervenção ativa dos juízes, atualmente o que se verifica é que deve haver uma postura mais crítica por parte dos julgadores, diante da excessiva judicialização, que por vezes leva à realização de pedidos flagrantemente destituídos de fundamentalidade⁵⁵⁰.

Por tal motivo, é que sustentamos no decorrer desta tese que a discricionariedade judicial atrelada ao manejo indiscriminado da técnica da ponderação de interesses, é potencialmente danosa por não conferir ao juiz um instrumental adequado para o enfrentamento dos casos trazidos a juízo (em especial no tocante ao direito à saúde), servindo como álibi teórico para o que se convencionou denominar de solipsismo.

⁵⁵⁰ Cf. já discutido na nota de rodapé n. 54.

Qual é então o critério? Quem tem direito a recorrer ao Estado por direitos sociais? E qual será o espaço de decisão e limites em que poderá circular o juiz quando estiverem em discussão os direitos sociais?

Corroborando o que temos argumentado, defendemos que as decisões que envolvam o direito à saúde, devem ter como limite e parâmetro para o magistrado, somente aqueles tratamentos e remédios que puderem ser, razoavelmente, estendidos a todos aqueles que se encontrem em posição semelhante.

O tema é complexo eis que, muito embora, quando se discuta a sindicabilidade dos direitos sociais, como primeira centelha pensa-se automaticamente no direito à saúde e na possibilidade de vindicá-los em juízo, sabemos que a gama de direitos sociais é bem mais ampla do que esta, incluindo moradia, direito à alimentação, educação⁵⁵¹ etc.

Qual será então o dever que compete ao Estado na prestação desses outros direitos sociais? Será que há um direito subjetivo do cidadão em exigir que o Estado lhe forneça um prato de comida e uma casa?

Estes argumentos nos levam a pensar que para que não haja total ruína do modelo do Estado do Bem Estar Social causado pela impossibilidade de arcar com todas as promessas antes feitas, é que em um primeiro momento se devam articular parâmetros para legitimar os pleitos concernentes aos direitos sociais.

Inicialmente, o critério usado deve ser de índole material, notadamente na fundamentalidade do direito, restrito ao “mínimo existencial”.

Neste estágio, a prioridade deve ser no atendimento dos hipossuficientes, sendo certo que isto não se confunde com condições de miserabilidade⁵⁵².

Como já afirmamos, é necessário também analisar a possibilidade de universalização da medida entre os sujeitos em igual condição, por questões de medida distributiva.

Igualmente deve-se conferir prioridade na escolha técnica da Administração, só podendo haver a substituição de forma excepcional e justificada.

⁵⁵¹ Debate proposto também por Flávio Pansieri. PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006. p. 273.

⁵⁵² Já que é sabido da existência de medicamentos e tratamentos de alto valor que não podem ser custeados pelo paciente sem prejuízo de sua manutenção e de sua família, mesmo que este não se encontre em posição de pobreza. Trata-se de situação de hipossuficiência relativa.

No que tange ao direito à saúde, temos a crença de que, sobretudo no Brasil, país-referência internacional no uso de genéricos, deve-se dar primazia à solução sempre mais econômica, mas que assegure a mesma eficácia.

Não é por demais lembrar, apesar de parecer bem óbvio, que quanto maior for a ação do Executivo, mais restrita deve ser a atuação do Judiciário.

No que tange aos critérios processuais, é preciso que se deixe claro que se deve conferir sempre prioridade às ações coletivas, vez que estas promovem sempre mais diálogo com os entes, desorganizando menos a Administração Pública, e gerando um impacto aparentemente maior, porém feito de uma só vez. Na esteira desse raciocínio a ação individual ficaria reservada apenas quando houvesse o risco de dano irreversível e na ausência de políticas públicas para a promoção do direito em comento.

Por isso a necessidade, a meu ver, de se buscarem métodos seguros para a implementação do direito social à saúde, sobretudo quando estes desembocam no Judiciário, já que a situação chegou a tal ponto que o Estado do Bem Estar Social passa por revisão que já começa a colocar em dúvida a sua própria manutenção.

5.1 A Estrita Observância do Estabelecimento de Prioridades como Pressuposto de Eficiência da Gestão da Saúde Pública no Brasil

A partir do perfeito entendimento de que a boa governança é em si um direito fundamental e que a eficácia (tanto jurídica quanto econômica) é um dos elementos que a compõem, deve-se partir para o debate da visão atual dos direitos sociais e do tratamento que lhes é dado nas políticas públicas.

Se, de um lado, o conceito de boa governança está atrelado à gestão racional, e que tenha por escopo a observância dos deveres de eficiência, ética e atendimento aos fins sociais, na outra ponta tem-se que a noção de má governança relaciona-se à utilização do dinheiro público que justamente contrarie as metas colimadas pelos preceitos constitucionais, descumprindo-se com o dever (fundamental, a nosso ver) de acatamento das prioridades públicas no que tange aos direitos sociais.

As notícias que dão conta dos desmandos no manejo de recursos públicos é - para dizer o mínimo! - revoltante.

Sabidamente se constata em *terrae brasilis* um largo desperdício do dinheiro público, onde os recursos financeiros se esvaem nos “ralos” da corrupção⁵⁵³, “mordomias” e outros vícios, que, na outra ponta, comprometem a efetividade dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, que sabidamente exigem do Poder Público um maior dispêndio de verbas públicas por serem prestacionais. Neste contexto, assumir a responsabilidade pelo gasto das verbas públicas é seguir à risca os preceitos constitucionais, notadamente os dispostos no art, 37, *caput*, da Lei Maior, onde destacamos os princípios da legalidade, moralidade e eficiência.

O grande problema, neste contexto, é saber quem estabelece as prioridades na alocação de bens públicos ou no manejo das verbas públicas. Nas precisas palavras de Scaff, “O Estado deve gastar em favor de quem? Quem estabelece quais serão os destinatários e as prioridades dos gastos públicos com saúde no Brasil?”⁵⁵⁴

Em um país com sérios problemas sociais como o Brasil é imprescindível que o Administrador Público paute as políticas públicas tendo como norte as prioridades da população; sobretudo baseado naquelas que a própria Constituição da República de 1988 estabeleceu.

É sabido que tal Carta alçou a pessoa humana e sua dignidade à posição estratégica de epicentro de todo o ordenamento jurídico, sendo estes valores o filtro axiológico através do qual as demais leis devem ser interpretadas e (re)lidas. Isto é, não subsistirá a legalidade de qualquer ato caso este não esteja em perfeita conformidade com o valor-central da dignidade da pessoa humana⁵⁵⁵, previsto no art. 1º, III da Lei Maior. E isto se dá também quando se analisam os atos administrativos praticados pelos administradores públicos.

Tal raciocínio vem sistematicamente sendo adotado pelos setores mais modernos da doutrina, que entendem que não cabe mais falar, de forma absoluta e indistinta, na supremacia do interesse público sobre o privado⁵⁵⁶ e que entendem ser

⁵⁵³ Que não deixam de ser custos de transação na efetividade dos direitos sociais, aprofundando ainda mais a situação de escassez e comprometendo, de modo crescente, (num círculo vicioso) a dificuldade de alocação dos bens direcionados aos direitos sociais, em particular, ao direito à saúde.

⁵⁵⁴ SCAFF Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 95.

⁵⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 81.

⁵⁵⁶ Por todos citamos Gustavo Binenbojm e Daniel Sarmento. BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 748.

o princípio da dignidade da pessoa “a condição de possibilidade para a construção hermenêutica do Direito Administrativo⁵⁵⁷”, como já explicitado anteriormente nesse trabalho.

Por isto, se o elemento basilar do Direito e sua aplicação prática espelhada na gestão administrativa não pode se afastar da dignidade da pessoa humana, torna-se imperioso, para a concretização da Constituição o estabelecimento de prioridades de políticas públicas, levando-se em conta aqueles fins que mais atendam aos anseios da população envolvida⁵⁵⁸.

Neste contexto, as escolhas feitas pelo administrador que impliquem em aplicação de recursos orçamentários públicos devem estar estritamente pautadas na Constituição e nas prioridades eleitas pela própria comunidade. Razão pela qual, se o agir do gestor público se desvirtuar deste norte interpretativo, é possível que o mérito administrativo seja controlado, pelos órgãos do contencioso administrativo, pela Jurisdição ou mesmo pelos cidadãos, por meio de instrumentos de participação direta na coisa pública⁵⁵⁹.

Logo, o desgastado entendimento de que o administrador, por ter nas mãos a discricionariedade administrativa, e sendo esta um espaço livre de atuação e decisão do administrador, é frágil se (re)lido à luz da Constituição e dos princípios nela inseridos⁵⁶⁰.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos vs. interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 23 e ss.

⁵⁵⁷ OHLWEILER, Leonel Pires. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**. A Filosofia no Direito e a Filosofia do Direito. Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 159, 2007.

⁵⁵⁸ Sobre a ausência de cumprimento de prioridades, mais uma vez nos referimos a Juarez Freitas que enumera, destacadamente, a questão: “Não raro, prioridades não são cumpridas. Outras tantas vezes, obras restam inconclusas, enquanto principiam outras altamente questionáveis. Traçados de estradas são feitos em desacordo com normas técnicas básicas de Engenharia. Decisões de obras são tomadas em rompantes conducentes a erros amazônicos. Hospitais são sucateados, enquanto se iniciam outros. Materiais são desperdiçados acintosamente. Obras apresentam projetos básicos que discrepam dos custos finais. Falta, por incrível que pareça, um sistema nacional de avaliação dos custos, digno do nome”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 33.

⁵⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 748

⁵⁶⁰ E isso é frequentemente destacado por Juarez Freitas, em livro que recomendamos a leitura. ”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. *passim*.

A questão nodal aqui é saber se, diante da mudança de rota do administrador público na inobservância das prioridades públicas no seu agir, se o Judiciário poderia se fazer presente para corrigir tais desvios.

Pensamos que a normatização constitucional da dignidade da pessoa humana conferiu novos contornos à função pública, seja no agir administrativo como também no papel jurisdicional. Com Bolzan de Moraes⁵⁶¹, afirmamos que “tudo isto reflete um rearranjo das relações intrapoderes e dos papéis peculiares de cada um.”

5.2 A Gestão da Saúde Pública tendo como Elemento Constitutivo e Vinculante a Prioridade a partir da Escassez de Recursos: propostas instrumentais na busca de maior efetividade do direito à saúde no Brasil

A crise que assola o Brasil no que tange aos custos econômicos para conferir efetividade à tutela da saúde não é algo que aflige apenas aos países de modernidade tardia, em especial o Brasil, mas sim, configura-se um problema de ordem mundial⁵⁶².

À guisa de ilustração, segundo pesquisas recentes⁵⁶³, os gastos despendidos com a saúde apenas no que concerne a um tipo de doença específica (câncer) no mundo, atingiram em 2009 a ordem de U\$305 bilhões de dólares. O

⁵⁶¹ Prossegue o autor: “A jurisdição, neste aspecto, acaba, assim, através de uma crescente judicialização da política, alçada a uma posição de garante positivo dos conteúdos legislados, promovendo uma reviravolta profunda na sua perspectiva clássica liberal, deixando ser apenas um agente encarregado do expurgo do sistema jurídico de textos infraconstitucionais em dissonância com a Constituição assumindo uma postura substancialista – não apenas procedimentalista – frente aos conteúdos constitucionais.” MORAIS, José Luís Bolzan. O Brasil pós-1988. dilemas do/para o Estado constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108-109.

⁵⁶² Conforme pesquisas divulgadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS), em virtude dos gastos com a saúde, estima-se que aproximadamente 100 milhões de famílias em todo o mundo estão aquém da linha da pobreza. OMS: gasto com saúde leva 100 milhões para pobreza. **Clique Saúde**, [S.l.]. Disponível em: <<http://cliquesaude.com.br/oms-gasto-com-saude-leva-100-milhoes-para-pobreza-305.html>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

E, mesmo em nações abastadas, como citamos o exemplo dos EUA, que sempre foram o país-arquétipo de pujança econômico-financeira, o dispêndio de verbas com a saúde e o reflexo desses gastos na sua economia interna vem trazendo preocupação para o risco de um colapso. É o que explica Tommy Thompson, ex-secretário de Saúde e de Serviços Humanos dos Estados Unidos: “Hoje gastamos US\$ 1,9 trilhão nos sistemas públicos e privados de saúde e a expectativa é que este gasto aumente ano a ano, chegando a 20% do PIB. Com este índice, nossa economia perderá competitividade e o sistema de saúde dos EUA deverá entrar em colapso nos próximos sete anos”. SISTEMA de saúde dos EUA em colapso. **INFORME SINDHRIO**, Rio de Janeiro, n. 21, jan./fev. 2006. Disponível em: <http://www.saude.com.br/site/materia.asp?cod_materia=129>. Acesso em: 05 ago. 2011.

⁵⁶³ MARINHO, Antônio. Brasil terá 500 mil casos de câncer em 2010. **O Globo**, São Paulo, p. 10, 25 nov. 2009.

prognóstico não é favorável já que, até pelo estilo de vida das pessoas nos grandes centros, o número de pacientes com o mesmo diagnóstico tende a crescer⁵⁶⁴.

No Brasil o número de pessoas diagnosticadas com tal doença igualmente atinge níveis preocupantes⁵⁶⁵, e todas elas, em princípio, poderiam potencialmente pleitear, em juízo, o custeio dos seus tratamentos pelo Estado, já que a disposição constitucional prevê 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” (art. 196)⁵⁶⁶.

No entanto, o que precisa ser reforçado é que o direito à saúde não diz respeito tão-somente àquelas pessoas que ‘baterão às portas’ do Judiciário para serem atendidas no custeio de seus tratamentos. Não se podem ignorar os incontáveis brasileiros que padecem das mais diversas mazelas, que vão desde a diarreia⁵⁶⁷, passando por doenças tropicais, à falta de aparelhos para a realização

⁵⁶⁴ Estima-se que nos próximos 40 anos o número de pacientes com câncer vá dobrar, alcançando níveis epidêmicos, muito decorrente dos enormes problemas relacionados à obesidade, que atinge, indistintamente países industrializados como também os emergentes.

Segundo pesquisas do Fundo de Pesquisas sobre o Câncer Mundial, 7 milhões de pessoas, em média, falecem todos os anos desta doença e calcula-se que este número pode aumentar para 16 milhões até 2020. CASOS de câncer no mundo vão dobrar nos próximos 40 anos. **O Globo Ciência**, São Paulo, 22 set. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/ciencia/casos-de-cancer-no-mundo-vaodobrar-nos-proximos-40-anos-3124623>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

Estudos indicam que mais de 12, 7 milhões de pessoas são diagnosticadas anualmente com câncer e 7,6 milhões de pessoas são vítimas fatais da doença. Além disso, a pesquisa alerta que, se não houver um investimento racional e adotadas posturas a longo prazo, prazo e largo alcance, haverá 26 milhões de casos novos e 17 milhões de mortes por ano no mundo em 2030. INSTITUTO NACIONAL DE CANCER. **Dia mundial do câncer**. 2011. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/wps/wcm/connect/dia_mundial_do_cancer/site/2011/>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁵⁶⁵ Atualmente o câncer mata por ano, no Brasil, aproximadamente, 160 mil pessoas, e estima-se que esse número chegará a 500 mil novos casos em 2011. Aponta-se que somente no ano de 2011 surjam 500 mil novos casos. INSTITUTO NACIONAL DE CANCER, op. cit.

GRUPO DE APOIO AS PESSOAS COM CÂNCER. **Estimativas de novos casos de Câncer no Brasil em 2011**. [S.l.], 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://gapc-gapc.blogspot.com/2011/02/estimativas-de-novos-casos-de-cancer-no.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁵⁶⁶ Insta ressaltar que foi promulgada no dia 22 de novembro de 2012, a Lei nº 12.732 que confere direito ao recebimento de tratamento, inteiramente gratuito, aos pacientes com câncer (neoplasia maligna). Tal tratamento deverá ser fornecido pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em 60 dias a partir da data em que for confirmado o diagnóstico da doença. A lei, com *vacatio legis* de 180 dias, reconhecemos, acaba por comprometer algumas discussões travadas aqui quando nos referimos ao câncer. No entanto, não afasta a relevância da discussão no tocante a todas as demais doenças e a necessidade de parâmetros de decisão quando o direito à saúde for levado a juízo. BRASIL. **Lei n. 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12732.htm>. Acesso em: 08 dez. 2012.

⁵⁶⁷ Que em pleno século XXI em que o estado-da-arte biomédica se fala avançadamente de Medicina Nuclear e tecnologia robótica desenvolvida para realizar cirurgias, inclusive, à distância, a diarreia ainda mata no Brasil, em especial, crianças na primeira infância!

Segundo dados do Ministério da Saúde, em 2008 foram 1988 mortes de crianças por diarreia. Entretanto é importante reconhecer que o número de crianças que faleceram por esta doença

de exames elementares, atendimento ginecológico e tantas outras demandas possíveis que não são (ou não serão) julgadas, simplesmente porque não submetidas à apreciação judicial. Mais uma vez lembremos que o direito à saúde, por envolver prelecionado constitucional, não pode ser encarado como o direito do “mais ligeiro”, ou seja, aquele que de modo mais hábil e rápido ingressa com ação judicial em face do Estado pleiteando sentença concessiva de tratamento médico ou que defira a compra de remédios.

Dessa forma, com acerto, Ana Paula de Barcellos⁵⁶⁸ ressaltou, *in verbis*:

E é assim não porque essas necessidades estejam sendo atendidas perfeita e espontaneamente pelo Poder Público, mas porque a questão não chega aos olhos do Judiciário e a doutrina não tem discutido o tema a ponto de formar uma massa crítica consistente. Ou seja: a saúde básica não é acudida nem pelo legislador nem pelo administrador, embora seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, e nem pelo Judiciário.

Daí o enorme risco de se enfrentar o problema da judicialização do direito à saúde de uma forma isolada, parcial, sem diálogo institucional (tampouco participação cidadã) e negligenciando uma análise responsável sobre os riscos e implicações econômicas das decisões, permitindo que, se fragilize o próprio direito, razão pela qual qualquer solução pretendida deve ser buscada de uma maneira sistêmica e holística⁵⁶⁹.

Se, conforme já mencionado, a relação entre a Economia e o Direito é uma realidade intransponível, faz-se imperioso que se estabeleçam as bases para essa interdisciplinaridade, mormente quando estão em jogo os limites do Poder Judiciário no manejo de verbas públicas ao prolatar decisões⁵⁷⁰, e as repercussões

primária, teve redução de 93,9% em 25 anos (1980-2005), muito devido a investimentos econômicos realizados em setores sociais, o que confirma a tese também de que o direito à saúde não se efetiva tão-somente de forma reparadora sob o viés judicial, mas sim, e principalmente de forma preventiva através de boa gestão administrativa em setores relevantes, como *v.g.*, saneamento público básico. MORTALIDADE infantil causada por diarreia cai 93,9% em 25 anos no país. **GLOBO.COM-G1**, São Paulo, 19 nov. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1384119-5598,00-MORTALIDADE+INFANTIL+CAU+SADA+POR+DIARREIA+CAI+EM+ANOS+NO+PAIS.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

⁵⁶⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 807.

⁵⁶⁹ Como bem ressaltou Germano Schwartz em minucioso estudo sobre o tema. SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 156.

⁵⁷⁰ Sentenças aditivas que são aquelas que implicam no dispêndio financeiro pelo Estado. Como vem sendo pontuado por grande parcela da doutrina, com acerto, estas decisões num primeiro

econômicas destas, bem como os limites do Estado, em especial no que diz respeito aos direitos prestacionais. Além da necessidade de organização racional do orçamento público para deliberar (dentro dos próprios limites legais estabelecidos pela Lei Orçamentária) ‘onde’ e ‘como’ gastar, ou seja, dentro da administração pública, motivo pela qual a necessidade de estabelecer minimamente prioridades, assume especial relevo⁵⁷¹.

Neste diapasão, não se pode esquecer que a intercessão entre esses dois “mundos” (Economia e Direito) - que a princípio parecem tão distintos por terem linguagens e bases próprias - deve subsistir sem permitir que o Estado se torne “refém dos grandes conglomerados econômicos”⁵⁷². Até porque os interesses das grandes indústrias farmacêuticas não espelham, em muitas das vezes, os reais interesses da população⁵⁷³.

Frise-se que a ponderação de eventuais repercussões econômicas no centro das decisões jurídicas e também da Administração Pública, não pode significar o desprezo pela dignidade humana (princípio tão caro ao ordenamento jurídico brasileiro e da maioria dos Estados Modernos que assumem o homem com seu valor-fonte) e a solidariedade entre os povos. Não se pode aceitar, pois, o argumento de que se flexibilizem direitos sociais⁵⁷⁴ como resposta aos anseios

momento podem se revelar as mais adequadas ao caso, contudo, com o tempo (mais uma vez condicionando o sistema de forma circular) estas podem-se revelar verdadeiramente desastrosas por comprometer a organização administrativa de forma eficiente, desorganizando o próprio Estado.

⁵⁷¹ Neste diapasão, encontra-se Fernando Scaff em sua mais recente obra (coletiva com o Prof. Avelãs Nunes) onde preleciona ser o “direito financeiro o *locus* privilegiado para o estudo dos sobre os direitos sociais”. NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 80. (Estado e Constituição, 12).

⁵⁷² Preocupação esta de Plauto Faraco de Azevedo. AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999. p. 114.

⁵⁷³ À guisa de ilustração, frisamos que as pesquisas científicas dos grandes conglomerados farmacêuticos se concentram em drogas que venham a atender à demanda dos países mais opulentos, justamente porque são os maiores consumidores dos medicamentos. Conforme Barros: “Entre 1223 novas entidades químicas que deram entrada no mercado entre 1975 e 1997, 379 foram consideradas ‘inovações terapêuticas’ e apenas 13, isto é, tão-só 1%, destinavam-se a doenças chamadas tropicais. Estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS) dão conta que dos 56 bilhões de dólares gastos a cada ano em pesquisa na área da saúde, menos de 10% são destinados a enfermidades que afetam 90% da população do mundo”. BARROS, José Augusto C. Genéricos versus patentes: o caso dos anti-retrovirais põe a nu os interesses das multinacionais farmacêuticas. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 57, p. 85-89. Jan./abr. 2001.

⁵⁷⁴ Como por exemplo, a discussão sobre flexibilização de direitos trabalhistas que frequentemente retorna muito impulsionada por setores econômicos e mesmo a mídia que propala os benefícios dessa medida. Vale lembrar que a conquista pelo reconhecimento dos direitos sociais foi muito sofrida e, portanto, devemos reconhecer tais direitos como muito caros ao Estado Democrático.

econômicos e às tentativas de implementação do neoliberalismo em determinadas estruturas de nosso país⁵⁷⁵.

No entanto, mesmo autores que lastreiam sua fundamentação na ponderação de valores e dão ênfase à dignidade da pessoa humana, reconhecem que não pode ser afastada discussão sobre a “reserva do possível” para o enfrentamento da questão do direito à saúde, a exemplo de Antonio Maués⁵⁷⁶.

Diante da facilidade de ingresso no Judiciário para pleitear concessão de remédios para tratamentos médicos, no fim das contas, o que se verifica na atualidade, é que os magistrados estão gerindo o orçamento da saúde, sem que tenham sido eleitos para tanto, o que foge absolutamente de seu mister.

Em decorrência do deslocamento do pólo de tensão do Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário, encarado muitas vezes como bálsamo e último alento, torna-se de suma importância a investigação sobre o modo de produção das respostas dos juízes, sobretudo quando o assunto *decidendi* versa sobre o direito à saúde.

Todavia ao tratarmos sobre o tema inevitável é recorrer aos estudos de Dworkin⁵⁷⁷ para tentar se perquirir qual o nível de saúde que uma sociedade deve e pode oferecer a todos, dentro de parâmetros de razoabilidade e, que seja considerada a impossibilidade de oferecer tratamento médico de excelência e de ponta para a comunidade em geral.

Portanto, o que deve ser buscado é o padrão de qualidade médica que poderá ser custeado de modo gratuito pelo Estado a todos.

De fato é uma questão intrincada principalmente diante dos sucessivos avanços na Medicina, que colocam no mercado, diuturnamente, assistência médica cada vez mais complexa, e conseqüentemente, mais cara. Isto faz com que haja

⁵⁷⁵ Ao menos da forma como é ventilada nos ambientes acadêmicos, como sinônimo de enxugamento da máquina estatal.

⁵⁷⁶ Remetemos o leitor ao minucioso artigo do autor Antonio Gomes Moreira Maués, da Universidade Federal do Pará. MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. (Org.). **A eficácia dos direitos sociais**: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009.p. 257-273. Também do mesmo autor, em coautoria com Sandro Simões. MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **Direito público sanitário constitucional**. Disponível em: <http://www.gesan.ndsr.org/docma_nualespecializacao16DireitoPublicoSanitarioConstitucional.pdf> Acesso em: 11 nov. 2012.

⁵⁷⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 431.

exigência da sociedade por demandas em juízo que acompanhem a velocidade dos recursos médicos disponíveis.

A partir disto, surgem duas grandes teorias que procuram definir o nível de saúde que se pode exigir do Estado, quais sejam, a *teoria do resgate* e *teoria do seguro prudente*.

O primeiro modelo (*teoria do resgate*) se baseia na clássica noção de que sendo a saúde o bem mais relevante (condição de possibilidade da própria vida), os restantes bens devem ser postos em segundo plano para salvar a saúde.

No entanto, e isto bem ressalta Dworkin⁵⁷⁸, tal nível dificilmente poderia ser alcançado por alguma nação, nem mesmo a mais próspera. Aliás ressalva o autor, que nem mesmo um indivíduo organizaria suas finanças pessoais gastando todo o seu orçamento com saúde, em detrimento de outros setores igualmente relevantes (moradia, transporte, educação etc.).

Portanto, diante da quase utopia do princípio do resgate, que não oferece respostas plausíveis para a dúvida de quanto o Estado deve despender com gastos em assistência médica à população, o caminho é analisar o segundo modelo avaliado por Dworkin.

A *teoria do seguro prudente* inicialmente aponta para uma solução mais equânime, já que determina a divisão dos recursos disponíveis entre a saúde e os demais campos que compõem a complexidade da vida social. Além do mais também preleciona que haja uma distribuição justa entre os sujeitos que demandam por tratamento.

Tal linha de pensamento é lastreada também em análise feita com a relação de custo-benefício que orienta as pessoas em suas vidas privadas no campo da saúde. Isto é, mesmo tendo a disposição no mercado um plano de saúde que ofereça os mais modernos recursos médicos e insumos hospitalares, a escolha pela categoria adequada ao perfil individual se dá sem que o contrato sacrifique as outras necessidades e despesas igualmente essenciais.

Logo, a mesma lógica deve ser transportada quando quem custeia o tratamento médico é o Estado, e no fim das contas, os demais integrantes da sociedade mediante o pagamento de tributos, não sendo justo nem lícito que haja a subvalorização de outros setores, nem mesmo um endividamento excessivo de

⁵⁷⁸ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 434.

todos na busca de um nível ótimo de saúde que, - lembre-se – se eleva a cada dia diante do progresso da Ciência já mencionado⁵⁷⁹.

O que se verifica a partir da confrontação entre os dois modelos apresentados por Dworkin é uma opção filosófica distinta que cada linha de pensamento segue, mas que traz consequências técnico-jurídicas, e consequentemente econômicas relevantes.

O modelo do *resgate* impõe que o Estado (através do sacrifício imposto à sociedade) deve arcar com os custos do tratamento médico sempre que houver a possibilidade de salvar uma vida, por mais remota que seja.

Já o *princípio do seguro prudente* equaliza os gastos que devem ser realizados em saúde com outros interesses, levando em conta que as “as pessoas talvez pensem em levar uma vida melhor quando investem menos em medicina duvidosa e mais para tornar a vida bem sucedida ou agradável, ou para proteger-se contra outros riscos, inclusive econômicos, que também possam arruinar a sua vida”⁵⁸⁰.

Dworkin sustenta que por estar relacionado ao próprio princípio da igualdade, o modelo sustentado pelo *seguro prudente* prevê como procedimento recomendado, a consulta à opinião pública sobre a racionalidade nos gastos da saúde.

Entretanto, muito embora a consulta popular fosse o mais indicado para o estabelecimento das prioridades em “que” e “onde” investir o orçamento referente à saúde, a complexidade das relações da vida em sociedade bem como a macroestrutura das cidades, não permite que a todo instante o Administrador Público recorra a tal método para servir de parâmetro para a gestão desse setor. Do contrário, a submissão a essa consulta popular não só inviabilizaria as políticas públicas da saúde, como também retiraria a própria função destas, já que em alguns

⁵⁷⁹ Dworkin esclarece bem a questão: “Analisemos o caso de uma pessoa de 25 anos de idade, com saúde, normal, boas perspectivas e conhecimentos a respeito do que há de mais avançado em medicina. Admitamos que ela possa escolher dentre uma série de possíveis contratos para o fornecimento de assistência médica que poderia desejar, em diversas circunstâncias, no decorrer da vida. Qual plano de saúde seria o mais prudente para essa pessoa? Poderia sentir-se inclinada, inicialmente, a comprar um plano de saúde que lhe fornecesse todos os tipos de tratamento que se pudesse imaginar que lhe seriam úteis em qualquer circunstância. Mas logo descobriria que o preço de um seguro tão ambicioso seria proibitivo – não lhe sobraria dinheiro para mais nada – e decidiria que a prudência exige um plano de saúde bem menos abrangente.” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 434.

⁵⁸⁰ Ibid., p. 434.

casos a celeridade na prestação do atendimento médico-hospitalar é o que garante a própria vida.

Assim, sustentamos que se mostra extremamente válida, sempre que possível, a realização de 'audiências populares' para que se estabeleçam os critérios de gestão dos escassos recursos da saúde. No entanto, tal consulta não deve ser tida como pré-condição para a organização administrativa do setor. As consultas populares são legítimas para o traçado de linhas gerais de atuação, mas não para decisões dos rumos específicos e para as demandas diuturnas.

Considerando que o critério da distribuição do bem 'saúde' deve ser avaliado com base no princípio da igualdade (e isso é ressaltado por Dworkin) já que os limites orçamentários não permitem o acesso de todos a tudo em termos de Medicina, o critério a ser utilizado para equacionar os anseios com a realidade, deve ser pautado no binômio necessidade-possibilidade. Necessidade de quem pleiteia e possibilidade no custeio.

No tocante à possibilidade, é imperioso perquirir se o custeio a todos, ou, ao menos ao número mais próximo daqueles que necessitam o atendimento, é factível. Aqui é que se vê a importância de analisar-se a possibilidade de universalização do tratamento como espécie de freio decisório. Em outros termos: Se o atendimento àquela demanda ajuizada não puder ser razoavelmente estendida a todos os pacientes que se encontram naquela situação, então deve-se buscar uma medida que atenda ao autor da ação sem que os demais restem prejudicados.

Exemplo que mais uma vez citamos, é o caso do deferimento de tratamento no exterior.⁵⁸¹

Não é preciso muito esforço para perceber a inviabilidade econômica de custear tratamento médico a ser realizado fora dos limites territoriais do país para a totalidade de brasileiros.

Na esteira desse raciocínio, todo e qualquer atendimento e concessão de remédio só deve ser fornecido de modo gratuito se a medida puder ser ampliada, universalizada aos que se encontrem na mesma situação.

Assim, a principal pedra de toque e de vital relevância, além da já explicitada possibilidade, é a investigação sobre a necessidade da tutela, questão de altíssima complexidade como, aliás, ressaltou Dworkin⁵⁸².

⁵⁸¹ Cf. Nota de rodapé nº 377.

Impede, pois, trazer a lume a real norma do art. 196⁵⁸³ da Constituição da República quando estabelece que “a saúde é direito de todos” e o seu acesso é universal.

Para tanto, entendemos deva ser trilhado o caminho hermenêutico para tentar alcançar, em tempos de escassez, quais são os limites possíveis que o Estado está obrigado a fornecer quando se estão a discutir as prestações de saúde. Além das questões de cunho teórico-jurídicas, é necessário analisar o problema do estabelecimento de critérios para a distribuição do bem saúde sob o ponto de vista prático-instrumental.

Isto é, que tipo de práticas podem ser adotadas de modo a tornar mais equânime e justo o acesso à saúde, conferindo certa racionalidade aos gastos no setor e o atendimento ao maior número possível de cidadãos.

Como se afirmou, em um primeiro momento somente aquelas ações que versam sobre o direito à saúde de modo direto e insofismável à manutenção da saúde *stricto sensu* como pressuposto para a garantia da própria vida, devem ser asseguradas pelo Estado.

Com isso estamos, de certo modo, reduzindo o conhecido conceito de saúde trazido pela OMS, já explicitado no corpo deste trabalho, que estabelece que saúde compõe uma gama de situações que envolvem não só a ausência de doença, mas igualmente a noção de bem estar físico, psíquico e social do indivíduo. Não há nesta quadra da história, como se comprometer, pela via da judicialização, com o total bem estar de todos os cidadãos sem que haja o sacrifício de algumas prestações. Por isso a escolha em, um primeiro momento, dentro do critério da prioridade, visando a atender ao que há de mais urgente e grave, que seriam aquelas doenças onde o não tratamento resulta no óbito.

As demais demandas, importantes e que igualmente merecem proteção, devem ser implementadas de modo progressivo à medida que a capacidade

⁵⁸² “O impulso igualitário do princípio afirma que a assistência médica deve ser distribuída segundo a necessidade. Mas o que isso significa? Como avaliar a necessidade? Será que alguém ‘necessita’ de uma operação que talvez lhe salve a vida, mas haja poucas probabilidades de isso acontecer? [...] A idade do paciente importa? [...] Como devemos equilibrar a necessidade que muitas pessoas têm de alívio para o sofrimento ou incapacidade, com a necessidade de tratamentos que salvariam a vida de um número menor de pessoas?” DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 435.

⁵⁸³ Constituição da República Federativa do Brasil – “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

financeira estatal for sendo solidificada e robustecida, diante da absoluta impossibilidade de realizar simultaneamente todos os pedidos referentes ao tema.

Com isso, nessa primeira etapa de implementação, espancam-se aquelas situações que envolvem a saúde sem comprometer a vida (enquanto existência) bem como aquelas que apenas a facilite ou a torne mais confortável e ditosa.

À guisa de exemplificação, ficariam de fora remédios contra acne, impotência sexual e sudorese (pinçados da jurisprudência analisada), já que a presença de tais doenças, embora tragam desconforto e até um grau de incômodo, infelicidade, descontentamento aos seus possuidores, não levam a óbito como consequência direta da doença.

Outra medida que pensamos ser de extrema relevância é a possibilidade de cogestão entre o paciente e seus familiares.

Tal argumento já foi sustentado por outros autores anteriormente⁵⁸⁴ e encontra embasamento legal no dever de alimentos (que resulta do princípio de solidariedade) entre pais, filhos, parentes e cônjuges.

Dentro do que se convencionou denominar de perspectiva sistêmico-constitucional, o autor estabelece que não só ao Estado, mas também aos familiares, é possível a atribuição de responsabilidade pelo custeio da saúde, de um de seus membros.

Lastreia-se esse entendimento a partir da interpretação mais ampla que se realiza da obrigação alimentar prevista no Código Civil nos arts. 1694 e seguintes.

Segundo Rogério Gesta Leal⁵⁸⁵,

Para tanto, mister é que se faça uma avaliação da estrutura normativa do direito à saúde no Brasil, a partir de algumas matrizes teóricas da Teoria da Constituição, para em seguida avaliar as condições e possibilidades de ser compartilhado tal direito com outros sujeitos de direito, notadamente os familiares, haja vista o espectro ampliado que se tem hoje do conceito de obrigação alimentar. Neste ponto, impor-se-á o diálogo necessário e construtivo de institutos do direito privado (constitucionalizados) com institutos do direito público (projetados ao âmbito dos direitos subjetivos).

⁵⁸⁴ Entre todos, citamos Rogério Gesta Leal. LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro**. Porto Alegre, p. 01-02. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc>. Acesso em: 09 maio 2012.

⁵⁸⁵ LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro**. Porto Alegre, p. 01-02. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc>. Acesso em: 09 maio 2012.

Portanto é imprescindível que se responda ao questionamento se o Estado é o único responsável pela prestação do direito à saúde, e qual é o grau de comprometimento que deve assumir a sociedade no custeio de assistência médica.

Já enunciamos anteriormente que se deve investigar a possibilidade de outros atores sociais privados (à guisa de ilustração, as grandes indústrias farmacêuticas) na busca da efetividade do direito em discussão.

A defesa de postura mais ativa e intervencionista da sociedade com os problemas que a todos cometem, faz com que progressivamente se abandone a figura subserviente e absolutamente dependente da comunidade frente ao Estado.

E paradoxalmente frearia os excessos da judicialização já que espargir a responsabilidade pelo pagamento do tratamento, remédio (ao invés de centralizá-los no ente estatal), criaria, progressivamente, uma cultura de racionalidade nos custos.

Como bem ressalta Dworkin⁵⁸⁶, ao enfrentar o problema do alto dispêndio com saúde igualmente sentido nos Estados Unidos, talvez o problema se encontre no fato de que a decisão pelo tratamento médico é feito entre o paciente e o médico, mas o custo é arcado por um terceiro (Estado) que não necessariamente participou do processo de eleição da via mais adequada de assistência.

Sustenta ainda que caso as pessoas, ou suas respectivas famílias, tivessem que arcar com o próprio tratamento, às custas da manutenção de outros bens jurídicos relevantes, provavelmente a solução encontrada seria a redução da expectativa quanto à assistência médica para ponderar com os outros gastos ou interesses.

Como afirma o autor, a partir da interpretação conglobada do art. 196, da Constituição da República com outros dispositivos da Carta, é possível inferir-se que o dever de proteção da saúde, não compete só ao Estado.

Conforme o estabelecido no art. 227 da Lei Maior, cabe à família assegurar à criança e ao adolescente, além de outros deveres tais como educação, lazer, alimentação, a garantia à saúde.

É dever dos pais prestar auxílio médico aos filhos menores e do mesmo modo, atingida a velhice, é obrigação dos filhos maiores custear prestações médicas dos pais em caso de enfermidade, conforme se depreende do art. 229 da

⁵⁸⁶ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 436.

Constituição. Dever igualmente previsto em sede infraconstitucional no art. 1695 e 1696 do Código Civil.

Sendo certo que já se encontra devidamente consagrado nos nossos Tribunais e em sede doutrinária que tal dever de prestação de alimentos⁵⁸⁷ deve perdurar além da maioridade, enquanto ainda houver a dependência do filho em relação aos seus genitores.

Vale lembrar também o dever da entidade familiar em garantir o direito à vida das pessoas idosas que compõem tal núcleo, de acordo com o que preleciona o art. 230, de onde é possível compreender-se que está inserida a proteção do direito à saúde, pressuposto da própria força vital.

Inegavelmente nos casos acima, estando patente a hipossuficiência não só daquele que necessita da prestação médica, mas igualmente de todo o seu núcleo familiar, desaparece o dever de custear o auxílio, ante a impossibilidade financeira daqueles que constitucionalmente são responsáveis também por fazê-lo. Regra também prevista no art. 1695, 1698 e 1699 do Código Civil.

Além dos deveres alimentares solidificados constitucionalmente, o Código Civil é próspero em trazer outros personagens que igualmente estão obrigados no plano privado a prestarem auxílio, como é exemplo a mútua assistência entre os cônjuges.

E no mesmo diploma legal encontra-se a possibilidade de pleitear alimentos indispensáveis à vida, em caso de necessidade, entre os cônjuges após a dissolução do casamento (independente do regime de bens avençado) e até entre parentes, com fulcro no art. 1694 e 1696 do Código Civil.

Dentro desse espírito, trazemos, à guisa de ilustração, a Constituição Estadual do Rio Grande do Sul, que em seu texto previu de modo expresso a não exclusividade do Estado na assistência médica para com o cidadão, ampliando o espectro de possíveis prestadores do direito em comento. *In verbis*⁵⁸⁸:

Art. 241 - A saúde é direito de **todos** e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação.
Parágrafo único - O dever do Estado, garantido por adequada política social e econômica, **não exclui o do indivíduo, da família e de**

⁵⁸⁷ Entendido aqui em sentido amplo, não abrangendo apenas o dever de alimentação, mas abarcando também o dever de moradia, educação, vestuário e prestações atinentes à saúde.

⁵⁸⁸ RIO GRANDE DO SUL. **Constituição Estadual**. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/prop/Legislacao/Constituicao/Constituicao.htm>>. Acesso em: 10 maio 2012.

instituições e empresas que produzam riscos ou danos à saúde do indivíduo ou da coletividade.

Analisada a possibilidade de chamamento de outros atores sociais para o custeio da assistência médica, cabe discutir se dentro do dever de autorresponsabilidade, o próprio paciente não é obrigado a custear, ainda que parcialmente, com a sua saúde, avaliadas as especificidades financeiras individuais.

Em outros termos o que se questiona é se não é possível o enfrentamento do problema fora do sistema binário da “hipossuficiência total” vs. “capacidade financeira absoluta” na prestação médica.

Isto porque, o que se verifica é que ao se ingressar com a ação pleiteando um dado remédio ou tratamento médico, a análise sobre a possibilidade de arcar com tal despesa é feita dentro de uma lógica dual: se o autor da ação apresentar condições de hipossuficiência para aquela despesa, como consequência direta o tratamento será integralmente custeado pelo Estado. Por outro lado se o sujeito não for hábil em demonstrar sua situação de impossibilidade para arcar com a despesa médica, o resultado direto será o indeferimento do pedido.

No entanto, não se perquire ‘se’ o sujeito pode e, mais, ‘o quanto pode’ contribuir para arcar com o devido tratamento médico. Isto é, não há um questionamento se, na impossibilidade de o sujeito custear todo o tratamento, pode ele contribuir em parte, com algum valor da integralidade da prestação.

Sustentamos que deveria ser avaliada a possibilidade de uma “transação coparticipativa” na prestação médica, avaliando se é viável o custeio parcial do tratamento, pelos entes já citados e pelo próprio paciente.

Exemplificando, é possível que em um caso concreto o sujeito, dado o alto valor de um remédio ou tratamento, não tenha de fato condições de arcar com a integralidade da assistência médica. No entanto, é perfeitamente factível que seja feita uma “composição” para o custeio do tratamento. À guisa de ilustração, o Estado pagaria 60%, o paciente arcaria com 25%, a esposa com 10% e os pais com o restante (5%).

Tal discussão é importante, sobretudo, para remédios de alto custo e para aquela faixa de pessoas que não são de todo carentes, mas que sob outro prisma, não podem custear com a totalidade de um tratamento de valor elevado.

Ou em caso de tratamentos unitários (não-contínuos), que o sujeito possa parcelar posteriormente o pagamento deste junto ao Estado, de maneira que evidentemente não comprometa a sua própria subsistência.

Frisamos que as hipóteses aqui aventadas não seriam aplicadas em casos de comprovada hipossuficiência total. Mas podem ser solução interessante para aqueles que se encontram no entremeio dos polos da riqueza e da miserabilidade. Lembremos que grande parte dos que hoje acessam o Judiciário pleiteando medicamentos ou tratamentos, são aqueles que pertencem à denominada “classe média” que descobriu as portas do Judiciário para tais pedidos. No mais das vezes, aqueles mais carentes sequer conhecem os próprios direitos e a quem recorrer para verem garantida a assistência à saúde.

Ciente de que a ‘classe média’ muitas vezes não pode, pelas contingências do valor elevado, arcar com o custo médico-hospitalar, mas por outro lado não deve ser punida por ter ascendido socialmente, nada mais razoável e legítimo que receba o tratamento, porém que contribua dentro e na fração das suas possibilidades financeiras.

Para isso vislumbramos a criação de unidades (ou Comissões) formada por uma equipe multidisciplinar⁵⁸⁹, que discuta a viabilidade de “financiamento” do remédio, tratamento com o próprio e com aqueles que compõem o rol de devedores da prestação.

⁵⁸⁹ Que contaria com psicólogos, assistentes sociais, contadores, advogados, para subsidiarem o convencimento do juízo em dados mais objetivos, e assim escapar da subjetividade judicial nestes casos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O trabalho principia com escorço histórico sobre os modelos de Estado, trazendo as formas iniciais de organização social até culminar na noção de Estado que se tem nos tempos mais modernos, fruto do pensamento contratualista de Hobbes. Dentro dessa evolução é que surge a discricionariedade como resposta ao Positivismo e à normatividade, diante da impossibilidade de se delinear previamente todas as situações fáticas que apresentam interesse jurídico.

2. Passa-se, pois, a admitir que o administrador público possa guiar a sua conduta com liberdade de agir dentro de espaço delimitado pela própria lei, com base no binômio da conveniência e da oportunidade. Todavia, progressiva e desafortunadamente, a discricionariedade deu margem a toda a sorte de arbitrariedades, sobretudo no que tange ao correto manejo de verbas e concretização de políticas públicas.

3. Por tal motivo é que já tem início, em sede doutrinária, o entendimento que propugna pela releitura do conceito amplo da discricionariedade como um espaço de liberdade ao administrador público, e de “situação carecedora de legitimação”.

Trata-se, então, da necessidade de exposição dos fundamentos ensejadores das políticas públicas e atos em geral, dentro do arquétipo constitucional e estabelecido em lei, e não de escolhas meramente subjetivas até para que se possa realizar o devido controle jurisdicional.

4. Dentro dessa revisão conceitual emerge a acepção de que a boa governança (*good governance*) deve ser entendida não como mera recomendação ao administrador público e sim um verdadeiro direito fundamental (de 4ª dimensão), a partir do realinhamento entre direito e a ética.

Entendemos que a boa governança (conceito surgido nos anos 1990) é o pressuposto para o alcance de direitos fundamentais insculpidos na Constituição, em especial os direitos sociais (nos quais a saúde se insere) que demandam, inegavelmente, maior dispêndio de dinheiro público, e, por isso mesmo requerem uma gestão responsável e transparente. Conforme se mencionou neste trabalho, em resumo poder-se-ia definir boa governança como sendo a “a condução responsável dos assuntos do Estado”, sendo certo que tal conceito não se confunde com governabilidade.

5. No entanto, e embora se revista de contornos éticos, a boa governança é um conceito que pode ser extraído da Constituição Federal, ainda que de modo implícito, pela democracia representativa que traz como corolário a possibilidade de vindicar o bom desempenho dos administradores públicos. A discussão sobre boa governança ganha especial relevo em países de modernidade tardia, tal qual o Brasil, que não conseguiu implementar as promessas estabelecidas no texto Constitucional.

6. Neste sentido, foi relevante, no presente trabalho, perquirir o quanto a má governança é obstrutora da efetividade dos direitos sociais, em especial do direito à saúde. Daí a apreensão com a incontinência com os gastos públicos, ressaltando-se que, inegavelmente, a corrupção constitui-se um custo de transação para os direitos sociais, em especial para o direito à saúde.

7. Todavia, a preocupação com o desvio de verbas públicas, destinadas à saúde para fins escusos ou setores de somenos importância, não é exclusividade do Brasil. É em razão disto que alguns organismos internacionais na Europa (*The European Healthcare Fraud & Corruption Network* - EHFCN, em 2005) e nos Estados Unidos da América (*National Health Care Anti Fraud Association*, em 2009) vêm sendo criados com o fim precípua de tentar estancar a sangria do desperdício, a otimização do emprego orçamentário na saúde, pelo uso do intercâmbio de dados e fiscalização.

8. Ressalte-se que o Estado Democrático de Direito deve ter como norte a ideia de transformação da realidade social, e, para isso, não pode se afastar dos marcos regulatórios éticos trazidos pela Constituição de 1988.

9. No entanto, assiste razão à parcela da doutrina que sustenta que o fato de os direitos sociais (de 2ª dimensão) dependerem de dispêndio financeiro por parte do Poder Público não pode, por si só, servir como argumento para dificultar a sua fruição. Isto porque, como é sabido, os demais direitos fundamentais também requerem investimentos para que possam ser exercidos em sua plenitude.

10. Conforme demonstrado no decorrer do trabalho, e alinhado à boa doutrina, os princípios da eficiência e efetividade dos direitos fundamentais, além da superação da escassez dos recursos financeiros, para a maximização dos seus resultados, dependem de uma gestão administrativa proba e que esteja adstrita aos princípios da boa governança. E, dentro do debate sobre a boa governança, torna-se imprescindível a pesquisa sobre os limites conceituais da democracia e o

entendimento a respeito da atual conformação do sentido de democracia representativa.

11. Na atual configuração estatal, revelam-se uma virtude democrática e expressão de controle social, a transparência e publicidade de atos públicos, que, indubitavelmente, permitem a avaliação de um bom governo que esteja comprometido com os preceitos constitucionais.

12. Na esteira desse raciocínio, ganha especial importância a ampliação da noção de democracia participativa, visando a ampliar o *locus* de discussão das questões sociais, conferindo delineamento mais ético e racional à própria representação.

13. No entanto, não pode ser omitido que os direitos sociais (em particular o direito à saúde) exigem uma resposta estatal diferenciada, já que demandam – pelo menos no contexto brasileiro atual – gastos realizados de modo esparsos por sentenças judiciais, o que não ocorre, via de regra, quando estão em jogo os direitos fundamentais das demais dimensões.

14. Portanto, embora tenhamos em conta de que a etiquetagem do direito à saúde como sendo de 2ª dimensão não pode ter o condão de torná-lo mera promessa constitucional a ser cumprida quando houver disponibilidade financeira, por outro lado, não concordamos com argumentos que sustentam serem as questões financeiras de segunda ordem. Não se pode perder de vista que o direito à saúde, atualmente, no Brasil, possivelmente represente um dos direitos fundamentais (sociais) mais pleiteados em juízo. Tal fato torna a questão complexa e intrincada, devendo-se trazer ao debate não apenas fundamentos teóricos, mas também a aceitação de que eventualmente os reflexos econômicos das decisões devem ser (ao menos!) mensurados pelos juízes diante dos casos concretos.

15. Importante lembrar que, uma vez que os direitos fundamentais, em suas múltiplas dimensões, por formação cultural, são manejados de modo distinto pela comunidade jurídica e pela sociedade, devem ser apreciados diferentemente pela jurisprudência. E refletir neste sentido não significa reduzir a fundamentalidade do direito à saúde. Ao contrário, é ampliar-lhe o conceito não o tratando apenas como um viés da justiça comutativa.

16. O que se sustenta, é que não obstante o engajamento com o direito à saúde, não se pode ignorar que, além da boa governança, ainda assim há uma inafastável limitação material para arcar com todas as demandas sociais. Em razão

disso, a mera enunciação dos direitos sociais e dos seus componentes de cunho filosófico e moral não resolvem problemas de ordem prática que tangenciam o drama de ter que escolher entre “o quê” e “a quem” atender.

17. Contudo, além da evidente limitação de recursos orçamentários, a doutrina aponta outras dificuldades para a implementação dos direitos sociais, assim agrupados: comunicação, recursos, atitudes (posturas) e burocracia. Daí porque é imprescindível a possibilidade de discussão e, mais que isso, o controle das metas e prioridades assim como sobre o resultado esperado das políticas públicas.

18. Isso perpassa pela temática ainda relevante sobre a eventual falência ou insubsistência do modelo de Constituição Dirigente. No cenário nacional, Lenio Streck sustenta que o conceito de dirigismo constitucional ainda permanece atual, no entanto sugere que – consoante a ideia de que cada Constituição deve expressar uma identidade nacional – seja fomentada a criação de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada à Países de Modernidade Tardia, que teria o condão de sedimentar as “condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade incumpridas”, entre elas os direitos fundamentais-sociais.

19. Especificamente, o que se procurou defender no decorrer do trabalho foi um caminho hermenêutico intermediário situado entre a mera programaticidade das normas que versam sobre o direito à saúde (o que implicaria o total esvaziamento da norma) e a abusividade dos pedidos formulados (e rotineiramente concedidos) em juízo.

20. Por tal motivo, o trabalho traz, de modo incidental, os estudos da Análise Econômica do Direito para o enfrentamento do tema. Embora não seja a matriz teórica assumida pela presente Tese, entendemos que o trabalho não poderia deixar de enfrentar a questão do direito à saúde sem abordá-lo sob a ótica da AED (ainda que não se precise recorrer a ela para a solução de problemas hermenêuticos aqui tratados), já que tal debate se apresenta como candente no Direito. Por isso, de modo breve, foi necessário abordar a possibilidade de interconexão do Direito e da Economia na tomada de decisões envolvendo o direito à saúde, refletindo sobre os conceitos de eficiência econômica em paralelo com o de eficiência jurídica, já que os orçamentos públicos, a reserva do possível e a boa governança impactam diretamente na efetivação dos direitos sociais, em especial do direito à saúde.

21. A partir da compreensão do cenário em que se desenvolveu o constitucionalismo contemporâneo no Brasil, entendemos que é possível conglobar

os critérios de eficiência econômica e jurídica, não só a partir dos já citados elementos que envolvem a noção de *good governance*, como também quando estiver em jogo a atividade judicial, para que se concretize o que se convencionou denominar de “bom Judiciário”: a independência, a força (meios hábeis a implementar as decisões), e a eficiência gerencial, que implica não só a boa administração dos seus próprios órgãos (atividade-meio), mas também a eficiência conteudística das soluções apresentadas (atividade-fim).

22. E, dentro desse espírito, valemo-nos do entendimento no sentido de que, não obstante a saúde esteja intrinsecamente vinculada à dignidade da pessoa humana e à própria vida, merecendo proteção estatal, esta não pode ser tutelada com o afastamento dos princípios de *economicidade e eficiência* que devem nortear a sua gestão, previstos inclusive em disposições internacionais.

23. Assim, para a efetividade do direito à saúde, resta claro que é necessária uma atuação constitucionalmente adequada em duas frentes. No Executivo, através da assunção de compromissos éticos com a boa gestão do orçamento público, tendo como baliza a noção de que o bom governo (e conseqüentemente o alcance dos fins previstos constitucionalmente) é, em si, um direito fundamental. E, uma vez sendo o direito à saúde levado ao Judiciário, deve este compreender que a efetividade do direito à saúde não é alcançada por medidas judiciais *ad hoc* isoladas.

24. Foi defendida na presente Tese que a “reserva do possível” (*Der Vorberhalt des Möglichen*), em sua tríplice dimensão (disponibilidade fática de recursos, disponibilidade jurídica e proporcionalidade), não tem por fim solapar direitos individuais, mas, ao contrário, possui função garantidora sobretudo quando se apresenta na situação fática o envolvimento de outros direitos de mesmo nível hierárquico, tal como o direito à saúde de mais de um indivíduo.

25. Compreendida, portanto, a importância de se discutir, com seriedade, que a concretude econômica é limite do direito fundamental à saúde, e igualmente, da forma de produção de decisões judiciais, é que começamos a ingressar no ponto mais nodal do trabalho. A busca da efetividade do direito à saúde não pode tangenciar o debate basilar sobre o custo dos direitos e a imprescindibilidade de que as demandas, a serem atendidas pelo Judiciário, de fato sejam expressão da fundamentalidade do direito à saúde.

26. Portanto, para que não se incorra na “falta de sinceridade normativa” da Constituição é que se torna essencial desvelar-se os lindes hermenêuticos que alcancem a maior eficácia ao direito à saúde, sem se resvalar em profundo descrédito das políticas governamentais desta área.

27. A partir, então, do final dos anos 1980, já sob a égide do atual ordenamento jurídico constitucional, começam a surgir as reiteradas ações judiciais pleiteando a concessão gratuita de medicamentos (AIDS) perante o Estado. Diante do fortalecimento da sociedade civil, que passou a compreender a possibilidade que se apresentava neste novo cenário de se provocar o Judiciário para determinar a concessão de remédios e tratamentos médicos pelo Estado, é que começam a crescer, em progressão geométrica, ações neste mesmo sentido. Assim, diante da absoluta impossibilidade fático-econômica de se atender às inúmeras demandas referentes à saúde que se apresentam, é que não há como se encarar o problema da escassez sem se equilibrar os pilares da microjustiça e da macrojustiça.

28. Nesta questão insere-se o que se convencionou denominar de *tragic choices* (escolhas trágicas), pois, quando um magistrado determina ao Estado o cumprimento de decisão para o custeio de certa doença, inevitavelmente o gestor público deslocará recursos antes direcionados para outro setor, igualmente importante. Ou até mesmo irá retirar recursos da saúde de determinados grupos para atender às determinações judiciais, atinentes (também) ao mesmo direito, mas que favoreçam os beneficiários da decisão judicial. É preciso ressaltar que as decisões que versam sobre o direito à saúde trazem em si o elemento dos denominados *trade-offs*, que nada mais são dos que as opções disjuntivas consequentes às escolhas anteriormente tomadas. Em resumo: “levar os direitos a sério significa também levar a sério escassez”.

Admitir-se a existência de *trade-off*, é reconhecer que uma decisão judicial tomada individualmente, sobretudo que trate do direito à saúde, possa afetar significativamente (de modo negativo) a eficácia dos demais direitos individuais. Corolário disso seria um maior grau de transparência e racionalidade na escolha feita pelos magistrados ao prolatarem suas decisões, legitimando-as, portanto.

Isto não implica a redução do processo hermenêutico a uma simples avaliação da relação de custo-benefício, mas sim conferir seriedade às decisões concernentes ao direito à saúde em tempos de escassez.

29. Mais uma vez afirme-se que o conflito existente no caso não se dá entre o direito à saúde (e o bem supremo da vida) e limites orçamentários (interesses de segunda ordem, para alguns). O que está em choque é o direito à saúde (vida, portanto) daqueles que preferiram o acesso ao Judiciário em cotejo com aqueles que não ingressaram com ações judiciais (até pelo profundo desconhecimento desta via), mas que igualmente merecem ser tutelados, pois também são destinatários do comando constitucional.

30. Neste cenário, a tese teve por fim trazer alguma contribuição para o enfrentamento desse dilema, afastando a possibilidade de utilização da técnica da ponderação de interesses por ser flagrantemente antidemocrática, sobretudo quando o que se está discutindo é o direito à saúde, que não pode ficar a reboque de “voluntarismos jurídicos”.

Visou-se, pois, a uniformização de raciocínio lógico para instrumentalizar o Judiciário para fins de otimizar os recursos já escassos, sem aprofundar ainda mais tal carência, já que no enfrentamento da questão do direito à saúde, as respostas produzidas no Direito devem levar em consideração não só os possíveis beneficiários da decisão, mas também os eventuais sujeitos prejudicados por ela. Do contrário, o direito à saúde tutelado constitucionalmente seria reduzido a um critério temporal do *interpositione litis primum*.

31. Foi preciso, para entender a questão, tecer uma distinção entre judicialização das políticas públicas e ativismo judicial, muito embora sejam institutos assemelhados.

32. Denomina-se de judicialização de políticas públicas o fenômeno de carrear questões atinentes a políticas públicas de grande repercussão social para a esfera jurídica, retirando dos cenários políticos tradicionais (o Executivo e o Legislativo), decorrência do próprio mandamento constitucional contido no inciso XXXV do art. 5º.

33. Por outro lado, tem-se o ativismo que, não obstante não traga consenso doutrinário quanto ao seu alcance, majoritariamente compreende-se como sendo um conceito polissêmico que revela o crescente protagonismo do Judiciário no enfrentamento de questões políticas essenciais diante do flanco deixado pelos Poderes Legislativo e Executivo. Note-se que, no mais das vezes, o ativismo tem conteúdo depreciativo, indicando a indevida intromissão do Judiciário (por seus membros julgadores) na função legislativa e administrativa, em postura por vezes

proximamente daquela usurpadora e ilegítima, já que extrapolaria os lindes estabelecidos previamente pelo próprio ordenamento jurídico.

34. Neste sentido, é de vital importância, para compreendermos o alcance do direito à saúde em *terrae brasilis*, o questionamento a respeito dos limites hermenêuticos dos juízes na aferição sobre a concessão de medicamentos e o custeio de tratamentos hospitalares, devendo-se ter o zelo para que, sob o manto da atividade judicante, não se oculte uma ditadura do Judiciário (“Juristocracia”, Magistraturocracia”).

Preocupa ainda mais que, nos casos de julgamentos de causas atinentes ao direito à saúde, haja verdadeira “apropriação do discurso” por parte dos membros do Judiciário, recordando que a invasão deste Poder indistintamente apresenta-se como um fator-obstrutor da democracia representativa. Contundente é a crítica no que tange ao livre discurso dos julgadores, que, no mais das vezes, já possuem uma particular pré-compreensão do tema, mas, para corroborar e fundamentar suas decisões, escamoteiam-nas com argumentos mais palatáveis aos jurisdicionados.

35. O *modo decidendi* ganha foros de dramaticidade quando a questão envolve a efetividade do direito à saúde, uma vez que os juízes contam, na prática, com poucos critérios objetivos que lhe auxiliem a deliberar sobre a concessão de determinado remédio ou na realização de tratamento médico-hospitalar. Em razão disto, com certa frequência verifica-se o ajuizamento de ações judiciais semelhantes, versando sobre a mesma causa de pedir, porém se correndo o risco de resultados diametralmente opostos por terem sido distribuídos para diferentes juízos, na própria Comarca inclusive.

36. Por tais motivos é que sustentamos na tese a inadequação da técnica da ponderação de interesses para decisões que versem sobre o direito à saúde, e a urgência na criação de Teoria da Decisão que escape da Filosofia da Consciência.

37. Dentro desse espírito, ainda que brevemente, sustentou-se, no presente trabalho, o diálogo com outros campos de conhecimento, tais como a Filosofia para o alcance da resposta constitucionalmente adequada às decisões que versam sobre o direito à saúde no Brasil. Isto porque, se é certo que a Filosofia não pode ocupar o espaço do Direito, uma vez que este detém a relevante função de impor sanções, ordenando o comportamento social, por outro lado seria imperiosa a quebra do hermetismo jurídico para resolução de questões de alta complexidade.

38. Retornando à discussão central do trabalho, resta evidente que a classificação entre casos fáceis e difíceis mostra-se absolutamente frágil e insuficiente. E, como consequência desse equívoco, um segundo engano é frequentemente cometido, e que consiste na conclusão de que os casos fáceis (*easy cases*) são solucionados por mera subsunção da lei ao caso concreto. Todavia, para desenredar os casos difíceis (*hard cases*) seria preciso trilhar uma senda discursiva-argumentativa que conseguisse oferecer resposta adequada à questão, lastreada em princípios.

O grande problema, não percebido pela comunidade jurídica em geral, é que, ao utilizar a teoria da argumentação, cai-se num verdadeiro paradoxo insolúvel, já que a prévia etiquetagem dos casos em *hard* ou *easy* (para escolher qual o modo de solução adequado, se subsunção de regras ou apelos principiológicos), já constitui em si mesmo um *easy-hard case*. Corroboramos este fato quando nos deparamos com as ações que envolvem o direito à saúde. Se realmente é verdadeira a divisão em casos difíceis e fáceis, não vemos lógica ao não se classificar como fáceis determinadas ações que buscam tratamentos eminentemente supérfluos, para, e de plano, rechaçá-los.

39. Também representou objeto de pesquisa a impossibilidade de distinguir, *a priori*, princípios e regras, não sendo tarefa fácil a distinção entre as duas espécies de enunciados. Tal fato é, em solo brasileiro, denunciado por juristas que sustentam que cindir regras e princípios é consequência da (indevida) classificação entre *easy cases* e *hard cases*.

Grande parcela da doutrina argumenta que quando o intérprete se deparar com casos fáceis deve recorrer, para solucionar o problema, à subsunção. No entanto quando estiver diante de um caso difícil, não sendo possível a técnica anterior, deverá valer-se do manejo dos princípios tal qual “jogadores reservas”, que só são demandados quando a questão é mais complexa, não podendo ser invocados quando o caso é (dito) simples.

40. Aduza-se, ainda, o entendimento aqui tratado no sentido de que as regras incidem sob a forma do “*all or nothing*”, isto é, ou os fatos se amoldam à regra e esta é aplicável ao caso, ou os fatos não guardam pertinência com a regra posta, sendo inválida para este. Por sua vez, os princípios trazem em si uma dimensão de peso (*dimension of weight*), que será manejada quando se estiver diante de dois ou mais princípios.

O grande questionamento que se faz é como o intérprete será capaz de identificar estruturalmente a diferença entre regras e princípios, ao examinar o dispositivo, para saber previamente qual a técnica a ser empregada. Pela impossibilidade prévia de conhecer essa classificação, é que propugnamos pela fragilidade da Teoria de Alexy e sua insuficiência como parâmetro de julgamento, não sendo válido o uso da técnica da ponderação de interesses para resolver antinomias.

41. Outro enigma que a Teoria de Alexy não consegue suficientemente explicar (o que revela a debilidade de seus argumentos) é o que sucederá caso exista conflito entre o próprio princípio da ponderação de interesses com outro princípio. Ou se houver colisão entre um dos subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*) com outros no ordenamento jurídico.

42. *A latere* disso, exsurge problema de profunda relevância (que salienta, pois, o perigo do emprego da ponderação de interesses para solução de antinomias) é que o balanceamento realizado por tal técnica permite, no caso concreto, qualquer interpretação (mesmo em direções opostas), sobretudo quando perpassa pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

43. No caso da saúde, considerando que esta é corolário da dignidade da pessoa humana, o manejo da ponderação de interesses pode(ria) equivocadamente dar azo à concessão de *todo e qualquer* medicamento, desde que bem fundamentado no princípio em comento por advogado habilitado. Sustenta-se, pois, que, neste sentido, a Teoria da Argumentação nada mais é do que nova vestimenta do velho Positivismo, no que tange ao seu elemento caracterizador mais importante, qual seja, a absoluta discricionariedade.

Consequentemente, fundar-se, somente, no princípio da dignidade da pessoa humana, pedidos que versem sobre o direito à saúde, não é suficiente para decisões favoráveis.

44. À guisa de ilustração, citamos farta jurisprudência que enumera diversas decisões que, tendo como argumento o direito social-fundamental à saúde, determinam o custeio, pelo Poder Público, de tratamentos médico-hospitalares que vão desde cadeira de rodas, fralda descartável até leite em pó, remédios para acne, protetor solar, tratamento para sudorese e concessão de meias de alta compressão para tratamento de trombose profunda. Isto sem contar as excêntricas decisões que curiosamente conseguem vislumbrar “fundamentalidade” no direito ao recebimento,

de modo totalmente favorável ao jurisdicionado, mas custeado pelo Estado, de remédios para impotência sexual!

A preocupação reside na banalização e na falta de clareza no uso dos princípios, como se fosse possível na instrumentalização destes, a atribuição de qualquer conteúdo semântico, e, para isso, defende-se o desenvolvimento de uma Teoria do Direito para a garantia da integridade do Direito no Brasil, e especificamente no que diz respeito à Tese também do direito à saúde.

Ressalte-se que a busca pela integridade do Direito é decorrência lógica do direito fundamental de acesso à justiça, atualmente com seu conceito semântico ampliado, ultrapassando a mera possibilidade de buscar as vias jurisdicionais.

45. Em outras palavras, defendemos o direito fundamental de receber a mesma resposta jurisdicional do Estado-juiz concedida a outros, na mesma situação, que tenham anteriormente demandado o Judiciário. E, para nós, a busca da resposta correta constitucionalmente encontra seu referencial teórico através da hermenêutica filosófica gadameriana visando à busca da superação do subjetivismo interpretativo, bem como o alcance da pré-compreensão como horizonte de sentido.

Parcela dos autores, inclusive, apresenta o *modus* de como alcançar a resposta precisa em contraponto à discricionariedade através de níveis de análise, sem que se precise depender das qualidades do intérprete: estágio pré-interpretativo, interpretativo e pós-interpretativo. A relevância da adoção dessa postura é o asseguramento do caráter democrático que deve entremear a atividade jurisdicional.

46. Caráter este que também é ressaltado pelas teses de Dworkin, aqui discutidas, em especial quando o autor analisa o aparente conflito entre os valores da liberdade e da igualdade.

Endossamos o entendimento do autor ao encampar a *teoria da igualdade de recursos* (em detrimento da igualdade de bem estar) no que se refere ao estabelecimento de critério de justiça distributiva.

Em consonância com tal teoria, igualmente se defendeu no decorrer dessa tese, que em se tratando de escolhas políticas, muito embora seja relevante preservar a liberdade, esta não pode suplantar a igualdade.

47. A pedra de toque para dirimir o aparente conflito reside no fato de que, a partir da aceção de que, em um Estado Democrático de Direito, todos os cidadãos devem ser tratados com a mesma consideração (*equal concern*), não é legítimo que

determinada pessoa tenha acesso à determinada transferência de recurso, sem que o mesmo ocorra com os demais integrantes da sociedade.

48. E isso também se dá quando o que está a ser avaliado é a possibilidade de determinado tratamento de saúde ser custeado pelo Estado, que para ser legítimo, deve ter a pretensão de ser universalizado e estendido a todos que se encontrem na mesma posição, por se revelar postura mais democrática.

49. Rechaçamos, pois, qualquer tentativa de respaldar os pleitos referentes ao custeio estatal de tratamentos médicos, em suposto “princípio da felicidade”.

A uma, porque tal princípio não encontra amparo constitucional, nem por inferência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A duas, porque tal conceito de felicidade é eminentemente subjetivo, não podendo, a partir dele, surgir um rol de direitos que pudessem ser exigidos do Estado.

E em terceiro lugar, porque não seria minimamente razoável que a “felicidade” de alguns integrantes do cenário social (com o custeio público de tratamentos médicos flagrantemente despropositados), pudesse colocar em risco a igualdade de acesso, ao mesmo bem (saúde), dos demais sujeitos. Ou, então, que tal garantia de acesso implicasse em excessivo sacrifício da coletividade, por meio de uma sobrecarga tributária.

50. No que concerne às ações envolvendo o direito à saúde e às posturas voluntaristas de determinados magistrados (e, por isso, comprometedoras da integridade do Direito), o problema não reside, propriamente, *naquele* caso posto à decisão, mas sim os que sobrevierem. Como ficam os casos seguintes? Afirmamos que se alinhar à discricionariedade judicial, e apostar na ponderação de interesses para decidir o intrincado problema da (falta de) efetividade no direito à saúde, representa assumir os riscos de decisões cujos efeitos não possam ser previstos e que eventualmente privilegiarão um grupo de pacientes em detrimento dos demais jurisdicionados (justiça comutativa vs. justiça distributiva).

51. Em breves linhas, sustentamos que o limite da tutela da saúde é aquilo que puder ser estendido a todos que estiverem na mesma situação.

A grande questão não é o âmbito da sentença que está sendo proferida naquele momento, que, no mais das vezes, é correta por reconhecer no pedido a necessidade de tutela do direito à saúde pelo cidadão.

A dúvida que emerge é como, a partir da anterior decisão, serão decididos os casos seguintes. E os posteriores.

52. Daí surgindo o que se vem, apropriadamente, denominando de “estado de natureza hermenêutico”, que seria uma permanente instauração de “grau zero de sentido”, criando, a todo instante, um novo marco paradigmático de interpretação das normas (e, conseqüentemente de casos) que se põem a julgamento a partir das decisões judiciais solipsistas.

Salta aos olhos a constatação de que sob a justificativa da ponderação de interesses e da discricionariedade, a mesma doença ou necessidade médica terá seu tratamento custeado pelo Estado (ou não) a depender do juízo a quem porventura vier a ser distribuída a ação. O direito à saúde, em *terrae brasilis*, de acordo com as práticas judiciais atuais, é questão de pura sorte! Ou azar...

Exemplificamos com o exame das decisões dos Tribunais de Justiça de três Estados (Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo), avaliando como estes se posicionaram a respeito de determinados temas que frequentemente suscitam dúvida e à inferência indireta que se faz do direito à saúde (fraldas descartáveis, leite em pó, complementos nutricionais, remédios existentes somente no exterior e cadeira de rodas).

Verifica-se total falta de integridade (e coerência), muitas vezes no interior de um mesmo Tribunal, o que faz com que o jurisdicionado não tenha nenhum grau de certeza sobre a segurança jurídica do seu pedido.

O direito à saúde não pode, dentro desse espírito, ficar mais na dependência de “política humanitária da benevolência” do que propriamente de razões de cunho técnico-jurídico, ou condicionado ao acaso da distribuição ao órgão julgador que seja simpático à causa discutida.

53. O que precisa ser compreendido é que ações (e conseqüentemente decisões) que versem sobre o direito à saúde não só não promovem eficazmente tal direito, como, progressivamente, dificultam a ordenação das políticas públicas do setor. Neste sentido, o que se buscou superar foi o inevitável “efeito cascata” das decisões judiciais a partir de construções hermenêuticas destoantes de sentido.

54. A *latere* dessa discussão, surge outra questão candente (que também contribui para o aprofundamento da crise do direito à saúde no Brasil), no que concerne à má governança, e que se constitui na forma como o bem jurídico, patrimônio público é tratado no ordenamento jurídico brasileiro.

55. Considerando-se que, para o implemento de políticas públicas sociais na área da saúde, se faz necessário um enorme aporte de verbas públicas, a lassidão da aplicação da lei penal em crimes do “colarinho branco”, curiosamente, contribui para a inefetividade do direito à saúde no país. Esse tratamento mais benevolente inicia-se desde o modo evidentemente mais brando com que são tratados os crimes que versem sobre bens jurídicos coletivos (em comparação com delitos de índole individual patrimonial). E prossegue com a inaptidão do sistema penal em julgar, condenar e executar os eventuais infratores destes delitos.

56. É aqui que se insere a teoria da proibição deficiente (*Untermassverbot*), que entendemos aplicável aos delitos que, direta ou indiretamente, tangenciam o direito fundamental à saúde, e vêm servindo como um verdadeiro estímulo para a continuada má gestão administrativa.

57. Derradeiramente, trouxemos ao debate as dificuldades para se implementar um Estado do Bem-Estar Social no Brasil, questionando quem são os destinatários de fato das políticas públicas de saúde.

58. No que toca aos direito à saúde, podemos afirmar que o limite da tutela em juízo deve ter como parâmetro o que puder ser estendido a todos que estiverem na mesma situação. Isto é: averiguar a possibilidade de universalização da medida entre os sujeitos em igual condição, por questões de medida distributiva.

A conclusão disto, para que não exista o desmoronamento do modelo do Estado do Bem-Estar Social, causado pela impossibilidade de arcar com todas as promessas assumidas constitucionalmente, é que, em um primeiro momento, se devam articular parâmetros para legitimar os pleitos concernentes aos direitos sociais, inicialmente calcados na fundamentalidade do direito, restrito ao “mínimo existencial”. Do mesmo modo, deve-se atender à prioridade na escolha técnica da Administração, só podendo haver a substituição de maneira excepcional e justificada.

59. Imperioso discutir-se qual nível de saúde uma sociedade *deve*, e *pode*, oferecer a todos dentro de parâmetros da razoabilidade, dada a absoluta impossibilidade de se apresentar tratamento de excelência para toda a comunidade em geral (não só sob o prisma financeiro, como, e também, material-fático).

60. Apresentamos, então, as duas grandes teorias propostas e que se debruçam para tentar definir o nível de saúde que se pode exigir do Estado: a *teoria do resgate* e a *teoria do seguro prudente*.

61. Sob o ponto de vista prático-instrumental, foram apresentadas propostas que podem ser adotadas visando a tornar mais justo o acesso à saúde.

62. Inicialmente, deve-se perquirir a possibilidade de chamamento ao problema de outros atores sociais (tais como, grandes indústrias farmacêuticas) para se buscar a amplitude do direito social em comento.

63. Além disto, pensamos ser de extrema relevância, é a possibilidade de uma “transação coparticipativa” na prestação médica, avaliando se é viável o custeio parcial do tratamento, pelos familiares e pelo próprio paciente, mormente nas demandas individuais. Em outros termos, o que se questiona é se não seria possível o enfrentamento do problema fora do sistema binário da “hipossuficiência total” vs. “capacidade financeira absoluta” na prestação médica.

64. Na esteira desse raciocínio, é recomendável investigar não apenas se o sujeito pode arcar com o tratamento, mas o *quanto* ele *pode* pagar. Ou seja, sustentamos a viabilidade de custeio parcial do tratamento por parte daqueles que puderem fazê-lo, em colaboração com o ente público.

Isto é de profunda relevância quando está em jogo o custeio de remédios de alto custo e para aquela parcela da população que não se enquadra ao conceito de hipossuficiente geral, mas que não pode arcar com a totalidade de um tratamento de valor elevado.

O mesmo se dá em caso de tratamentos não-contínuos, em que poderia ser considerada a hipótese de se financiar o pagamento destes tratamentos com o Estado, de modo que evidentemente o paciente não comprometa a sua própria subsistência.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce Law. Economics and the problem of legal culture. **Duke Law Journal**, Durham, n. 6, p. 929-934, 1986.
- AGRA, Walber Moura. O conceito de povo no dualismo constitucional. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e economicidade. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ARANGO, Rodolfo. **¿Hay respuestas correctas en el derecho?** Bogotá: Siglo Del Hombre, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: RT, 1999.
- BARBOSA, Rogério. TJ-SP não garante tratamento para impotência sexual. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-29/estado-nao-obrigacao-fornecer-remedio-impotencia-sexual>>. Acesso em: 30 maio 2012.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional**: entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO Cláudio Pereira; SARMENTO Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e a atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Algumas discussões contemporâneas do direito constitucional no Brasil. **Âmbito Jurídico**, Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Algumas reflexões sobre direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Interpretação constitucional e Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 203, p. 22, jan./mar. 1996.

BARRETTO, Vicente de Paulo. O conceito moderno de cidadania. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 192, p. 33, abr./jun.1993.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo. Raízes filosóficas do Estado democrático de direito ou porque estudar a filosofia do direito. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 321, 2007.

BARROS, José Augusto C. Genéricos versus patentes: o caso dos anti-retrovirais põe a nu os interesses das multinacionais farmacêuticas. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 57, p. 85-89. Jan./abr. 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Democracia, desenvolvimento e dignidade humana: uma agenda para os próximos dez anos**. Palestra Magna de Encerramento da XXI Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil em Curitiba, 24 de novembro de 2011. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/we/pt/noticias>. Acesso em: 01 de mar. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **RDE. Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 13, p. 71-91, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes (Org.). **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARZOTTO, Luís Fernando. Positivismo jurídico. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BITTAR, Eduardo C. B. **O direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOREKI, Vinicius. Gasto com remédios obtidos por liminar cresce 1.600% em 4 anos. **Gazeta do Povo**, Londrina, 10 set. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1167595>>. Acesso em 20 fev. 2012.

BRAGA, Alfesio; PEREIRA, Luiz Alberto Amador; SALDIVA, Paulo Hilário Nascimento. **Poluição atmosférica e seus efeitos na saúde humana**. Disponível em: <www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?down=1039>. Acesso em: 12 mar. 2012.

BRASIL em desenvolvimento: Estado, planejamento e políticas. Brasília: IPEA, 2009. v. 3. (Brasil: o estado de uma nação). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/bd/pdf/Livro_Brasil_DesenvEN_Vol03.pdf> Acesso em: 05 nov. 2012.

BRASIL **Emenda Constitucional n. 19 de 1998**. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/emc%2019-1998?OpenDocumentB>. Acesso em: 21 fev. 2012.

BRASIL. **Lei n. 12.732, de 22 de novembro de 2012**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12732.htm>. Acesso em: 08 dez. 2012.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services/Document>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

BRASIL. 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. Disponível em: http://www.saberviver.org.br/pdf/remedio_via_justica.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ag. Reg. Pet. 1246-1/SC** Disponível em: www.stf.gov.br>. Acesso em: 19 fev. 2012.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr_Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_pdf>. Acesso em: 03 mar. 2012.

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic choices**. New York: WW North & Company, 1978. Disponível em: http://islandia.law.yale.edu/coleman/The%20Desk%20of%20Jules%20Coleman/Papers%20for%20Download%201970-1979_files/1979_Review_Calabresi%20and%20Bobbitt's%20Tragic%20Choices.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2012.

CALDEIRA, Ana Paula Canoza. A interconexão entre o direito à saúde e o meio ambiente sob a ótica da hermenêutica. In: FLORES, Nilton Cesar. (Org.). **A sustentabilidade ambiental e suas múltiplas faces**. Campinas: Millennium, 2012.

CALERA, Nicolas Marái López. **Yo, el estado**. Madrid: Trotta, 1992.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1989.

CANÇADO TRINDADE, A. A. **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição, dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da “Constituição Social”). In: CANOTILHO, J.J Gomes; GONÇALVES, Marcus Orione; CORREIA, Érica Paul Barcha (Coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÁRCOVA, Carlos Maria. **A opacidade do direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CARDONA, Alejandro Ramírez. **El Estado de justicia**. 3. ed. Bogotá: Editorial El Búho, 2006.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Direitos constitucionais sociais e os direitos fundamentais: são os direitos sociais constitucionais direitos fundamentais? **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 252-257, jan./mar. 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Estado de direito e decisão jurídica**: as dimensões não-jurídicas do ato de julgar. Coimbra: Instituto de História e Teoria das Ideias da Universidade de Coimbra, 2009.

CASOS de câncer no mundo vão dobrar nos próximos 40 anos. **O Globo Ciência**, São Paulo, 22 set. 2009. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/ciencia/casos-de-cancer-no-mundo-vao-dobrar-nos-proximos-40-anos-3124623>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

CÉSAR, Paulo. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.) **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

CIVANTOS, Óscar Álvarez. **Las claves del buen gobierno em la administración pública**. Granada: Comares, 2010.

CLÉVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n. 54, jan./mar. 2006.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. 3. **Journal Law & Economics**, [S.l.], n. 1, 1961.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/index.php?Item id=963>>. Acesso em: 16 maio 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 31, de 30 de março de 2010**. Brasília, 07 de abril 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos->

administrativos/atos-da-presidencia/322-recomendacoes-do-conselho/12113-recomendacao-no-31-de-30-de-marco-de-2010>. Acesso em: 22 nov. 2012.

COUTINHO, Aldacy Rachid. 15 anos de Constituição de direitos dos trabalhadores. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos de Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2. ed. Rio de Janeiro. Renovar: 2005.

CROZIER, Michel; HUNTINGTON, Samuel P., WATANUKI Jogi. **The crisis of democracy**. New York: New York University Press, 1975. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/8317647/The-Crisis-of-Democracy-Michel-Crozier-Samuel-Huntington-Joji-Watanuki>>. Acesso em: 14 nov. 2011.

DÍAZ, Elías. **Estado de derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus Humanidades, 1992.

DINITTO, Diana M.; JOHNSON, David H. **Essentials of social welfare state: politics and public policy**. New Jersey: Pearson, 2012.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. **Possibilidades e limites do controle judicial sobre as políticas públicas de saúde: contributo para a dogmática do direito à saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

DUQUE-ESTRADA, Paulo César. Hans-Georg Gadamer. In: BARRETO, Vicente de Paulo(Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESPORTES. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 16, 31 out. 2007.

ESTADO do RS deve custear tratamento de fertilização. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-24/estado-obrigado-custear-tratamento-fertilizacao>> Acesso em 30 de abril de 2012.

ESTERUELAS, Cruz Martínez. **La agonía del estado** - ¿un nuevo ordem mundial? Madrid: Centro de estudos políticos e constitucionales, 2000.

ESTUDANTE de Biologia obtém na Justiça direito de não sacrificar cobaias em aula. **IHU**, São Leopoldo, 20 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-arquivadas/7889-estudante-de-biologia-obtem-na-justica-direito-de-nao-sacrificar-cobaias-em-aula>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

FEDOZZI, Luciano. **Orçamento participativo**: reflexões sobre a experiência de Porto Alegre. 3. ed. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2001.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FRAUDES em saúde são cem vezes maiores que as contra bancos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 out. 2011. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/997984-fraudes-em-saude-sao-cem-vezes-maiores-que-as-contras-bancos.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski (Org.). **Comentários à Jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional Barueri: Manole, 2012.

FUSCO, Camila. Fraudes em saúde são cem vezes maiores que as contra bancos **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 out. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/997984-fraudes-em-saude-sao-cem-vezes-maiores-que-as-contras-bancos.shtml>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. A posição da filosofia na sociedade. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 4.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. A virada hermenêutica. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 2.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1996.

GOIS, Chico de. O melhor dos planos: para ex e atuais Senadores, saúde sem limites. **O Globo**. O País, São Paulo, 25 mar. 2012.

GRUPO DE APOIO AS PESSOAS COM CÂNCER. **Estimativas de novos casos de Câncer no Brasil em 2011**. [S.l.], 25 fev. 2011. Disponível em: <<http://gapc-gapc.blogspot.com/2011/02/estimativas-de-novos-casos-de-cancer-no.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Notas em torno ao princípio da proporcionalidade. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 1.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**: ou matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo: Martin Claret, 2003.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York: Norton, 1999.

IN CONGRESS, July 4, 1776: the unanimous declaration of the thirteen united States of America Disponível em: <<http://www.ushistory.org/declaration/document/>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=266>. Acesso em: 14 abr. 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE CANCER. **Dia mundial do câncer**. 2011. Disponível em: <http://www.inca.gov.br/wps/wcm/connect/dia_mundial_do_cancer/site/2011/>. Acesso em: 15 nov. 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martins Claret, 2006.

KAUFMANN, Daniel. **Replanteando gobernabilidad**: las lecciones empíricas desafían a los convencionalismos. Instituto del Banco Mundial. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/rethink_gov-e.pdf>. Acesso em: 30 set. 2012.

KAVILANZ, Parija. Health care: a 'goldmine' for fraudsters. fixing health care. **CNN Money**, 13 jan. 2010. Disponível em:

<http://money.cnn.com/2010/01/13/news/economy/health_care_fraud/>. Acesso em: 18 abr. 2012.

KOZICKI, Kátya. Herbert Lionel Adolphus Hart. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

KRELL, Andréas J. Direitos sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

KRELL, Andreas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à economia**. Trad. Helga Hoffmann. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Estado de Direito. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. **A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc>. Acesso em: 09 maio 2012.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Saul Tourinho. **O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude#ixzz2Co7C9V1C>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

LIMA, M. Madeleine Hutyrá de Paula. Corrupção: obstáculo à implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 9, n. 36, p. 176, jul./set. 2001.

LIMINARES condenam orçamento da saúde no país. 06 out. 2004. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI398543-EI715,00-Liminares+condenam+orcamento+da+Saude+no+Pais.html>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. São Paulo: Martins Claret, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: O dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**. São Paulo: Malheiros, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LUCAS, Douglas César. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LUÑO, Pérez. **Derechos humanos, estado de derecho y constitución**. Madrid: Tecnos, 1995.

MAIA, Alexandre da. Dogmática jurídica e multiplicidade: uma análise da teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, 2007.

MAIA, Antonio Cavalcanti; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Argumentação jurídica. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

MARÉCHAL, Jean-Paul. **Éthique et économie**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005.

MARÉCHAL, Jean-Paul. **Éthique et économie**. Rennes: Presses Universitaires de Rennes, 2005.

MARINHO, Antônio. Brasil terá 500 mil casos de câncer em 2010. **O Globo**, São Paulo, p. 10, 25 nov. 2009.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Hermenêutica e sistema constitucional**: a decisão judicial entre o sentido à estrutura e a estrutura do sentido. Florianópolis: Habitus, 2008.

MARTINEZ, Vinício. **Estado do bem estar social ou estado social?** Disponível em: <www.ihj.org.br/poa/>. Acesso em: 30 maio 2009.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; REVENGA, Miguel. (Org.). **A eficácia dos direitos sociais**: I Jornada Internacional de Direito Constitucional Brasil/Espanha/Itália. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira; SIMÕES, Sandro Alex de Souza. **Direito público sanitário constitucional**. Disponível em: <<http://www.gesan.ndsr.org/doc/manualespecializacao16DireitoPublicoSanitarioConstitucional.pdf>> Acesso em: 11 nov. 2012.

MAYER, Otto. **Droit administratif allemand**. Charleston: Nabu Press, 2010. v. 1.

MAYORGA, René Antonio. Las paradojas e insuficiencias de la modernización y democratización. In: MAYORGA, René Antonio. **Imágenes desconocidas. La modernidad en la encrucijada posmoderna**. Buenos Aires: Clacso, 1988.

MAYR, Eduardo. **Sentença penal**. Disponível em: <<http://advalexandrs.wordpress.com>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. Trad. Carlos Alberto Ribeiro Moura. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4.

MORAIS, José Luís Bolzan de. As crises do Estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan de. Contrato social. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MORAIS, José Luis Bolzan de. O Brasil pós-1988. dilemas do/para o estado constitucional. In: SCAFF Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAIS, José Luís Bolzan de. **Revisitando o Estado!** da crise conceitual à crise constitucional (institucional). Disponível em: <http://www.ihj.org.br/poa/professores/Professores_08.pdf>. Acesso em: 10 set. 2009.

MORAIS, José Luís Bolzan. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORAIS, José Luís Bolzan. Crise do Estado e democracia: onde está o povo? In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, direito e política: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller**. Florianópolis: Conceito, 2006.

MORAIS, José Luís Bolzan. O Brasil Pós-1988. dilemas do/para o Estado Constitucional. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MORTALIDADE infantil causada por diarreia cai 93,9% em 25 anos no país. **GLOBO.com - G1**, São Paulo, 19 nov. 2011. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL1384119-5598,00-MORTALIDADE+INFANTIL+CAUSADA+POR+DIARREIA+CAI+EM+ANOS+NO+PAIS.html>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

NATIONAL HEALTH CARE ANTI FRAUD ASSOCIATION. Disponível em: <<http://www.nhcaa.org>>. Acesso em: 20 abr. 2012.

NEVES, A. Castanheira. **Digesta**: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. 3.

NINO, Carlos. **Ética y derechos humanos**: un ensaio de fundamentación. Barcelona: Ariel, 1989.

NOS EUA, juiz nega pedido de depilação a laser a preso transexual. **UOL Notícias**, 21 NOV. 2012. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/bbc/2012/11/21/nos-eua-juiz-nega-pedido-de-depilacao-a-laser-a-preso-transexual.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2012.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (Estado e Constituição, n. 12).

NUNES, Wanda Cláudia Galluzzi. A solidariedade como princípio constitucional: uma visão comparativa das culturas jurídicas Européia e Americana. In: VIEIRA, José Ribas (Coord.). **Perspectivas da teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OHLWEILER, Leonel Pires. A ontologização do direito administrativo: o exemplo da dignidade humana como elemento hermenêutico. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 5, p. 159, 2007.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. **Teorias jurídica e novos direitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Morte e vida da constituição dirigente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OMS: gasto com saúde leva 100 milhões para pobreza. **Clique Saúde**, [S.l.]. Disponível em: <<http://cliquesaude.com.br/oms-gasto-com-saude-leva-100-milhoes-para-pobreza-305.html>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

OTÁVIO, Chico. Vinte anos de improbidade: lenta em punir, ágil em perdoar. **O Globo**, São Paulo, p. 03, 25 mar. 2012.

PANSIERI, Flávio. Condicionantes à sindicabilidade dos direitos sociais. In: LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; ALBUQUERQUE, Paulo Antonio de Menezes. **Democracia, direito e política**: estudos internacionais em homenagem a Friedrich Müller. Florianópolis: Conceito, 2006.

PARANÁ. Secretaria de Saúde. **Orçamento da saúde terá mais R\$ 130 milhões em 2012** Curitiba, 18 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.sesa.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=1686>>. Acesso em: 20 fev. 2012.

PIÑEIRO FILHO, José; CHUT, Marcos André. Estado. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. Direito e economia num mundo globalizado: cooperação ou confronto? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito & economia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

PIOVESAN, Flávia. A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas. In: BALDI, César Augusto (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

POLUENTES podem causar até câncer. **O Globo**, Rio de Janeiro, p. 7, 20 mar. 2012.

POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard. A. **Economic analysis of law**, 5. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

POSNER, Richard. **Cómo deciden los jueces**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RANGEL, Sérgio. Orçamento do Pan-2007 infla 444% e chega a R\$ 2,8 bilhões. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 19 out. 2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/ult92u109000.shtml>>. Acesso em: 22 out. 2009.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

REVISTA Veja. São Paulo: Abril, Ed. 2240, ano. 44, n. 43, p. 76, 26 out. 2011.

RHODEN, Luiz. **Hermenêutica filosófica: entre a linguagem da experiência e a experiência da linguagem**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

RHODEN, Luiz. **Interfaces da hermenêutica: método, ética e literatura**. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

RIBEIRO, Marcelle; ALVES, Maria Elisa; GALDO, Rafael. Denúncia leva governos a cancelaram contratos: polícia federal abre inquéritos para investigar as 4 empresas flagradas oferecendo propina a suposto gestor de hospital. Rio. **O Globo**, São Paulo, p. 15, 20 mar. 2012.

RIO DE JANEIRO. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**. IOERJ. Disponível em <http://www.ioerj.com.br/portal/modules/conteudoonline/view_pdf.php?ie=NTk3OA==&ip=MjE=&s=YzAyYzBhZGE4NjI4ODJIMjBjNTFjNjk0YTYxNzBmYjg=> Acesso em 20 de novembro de 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 2009.001.36257**, 17ª Câmara Cível do TJ/RJ - Rel.Des. Maria Inês da Penha Gaspar. Julgado em: 22 de julho 2009. Disponível em: <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 3833/2004**. Processo n.. 0141149-11.2002.8.19.0001 (2004.001.03833). Des. Renato Simoni. 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Julgado em: 24 de maio de 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n. 70047948682**, 7ª Câmara Cível – TJ/RS. Rel. Des. Jorge Luís Dall'Agnol. Julgado em: 12 de abril de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de instrumento n: 0014620-95.2012.8.19.0000**, 3ª Câmara Cível – TJ/RJ. Rel. Des. Cezar Augusto R. Costa. Julgado em: 21 de março de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 70024634032**, 21ª Câmara Cível. Rel. Des. Liselena Schifino Robles Ribeiro. Julgado em: 04 de junho de 2008. Disponível em:<www.tj.rj.jus.br>. Acesso em: 30 maio 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 7004683210170046832101**, 8ª Câmara Cível do TJ/RS. Rel. Des. Rui Portanova. Julgado em: 12 de abril de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação cível proc. n: 0056216-81.2008.8.19.0038**, 20ª Câmara Cível do TJ/RJ. Rel. Des. Marco Antonio Ibrahim. Julgado em: 15 de março de 2012. Disponível em: <www.tj.rs.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROIG, María José Añón. La contribución de los derechos sociales al vínculo social. In: ROIG, María José Añón. **El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

ROSA, Alexandre Morais da. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a law & economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Beneti (Org.). **Direito & economia**. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SANTA CATARINA. **RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219- -1220**. Recurso extraordinário do Ministério Público estadual conhecido e provido. Recurso Extraordinário (RE) nº 482611/SC – Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 23 de março de 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza ; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível em mandado de segurança n. 570.423-5/1**. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível n. 0015581-64.2009.8.26.0576**, 6ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação cível proc. n. 0001792-46.2011.8.26.0505**, 10ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Antonio Celso Aguilar Cortez. Julgado em: 02 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Proc. n. 0010519-63.2010.8.26.0073**, 3ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Angelo Malanga. Julgado em: 03 de abril de 2012. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Remédio para acne – isotretinoína 20 MG/roacutan**: Apelação Proc. N. 0023309-16.2010.8.26. 13ª Câmara de Direito Público do TJ/SP. Rel. Des. Ferraz de Arruda. Julgado em: 29 de fevereiro de 2012. Disponível em: <www.tj.sp.jus.br>. Acesso em: 23 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A administração pública e os direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangarlet.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e o direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; BINEMBOJM, Gustavo (Coord.). **Vinte anos da constituição federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJM, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais: estudos de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais e a ponderação de bens. In: TORRES, Ricardo Lobo. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SAÚDE e meio ambiente: enfermidades relacionadas com o meio ambiente são preocupação para o novo milênio. Disponível em: <<http://boasaude.uol.com.br/>>. Acesso em: 15 mar. 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHNEIDER, Patrícia Buendgens. Os direitos humanos e a sua proteção frente à globalização econômica. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Direitos humanos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.

SCHUARTZ, Luis Fernando; FALCÃO FILHO, Joaquim de Arruda. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, [S.l.], v. 1, p. 79-112, 2006.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde: Efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SISTEMA de saúde dos EUA em colapso. **INFORME SINDHRIO**, Rio de Janeiro, n. 21, jan./fev. 2006. Disponível em: <http://www.saude.com.br/site/materia.asp?cod_materia=129>. Acesso em: 05 ago. 2011.

SOARES, Evanna. **Os nomes das partes como um dos elementos essenciais da sentença**. [S.l., 2009?]. Disponível em: <<http://www.prt22.mpt.gov.br/artigos/trabevan11.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2009.

SOLA, Juan Vicente. **Constitución y economía**. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SOUZA, Andréa de. Saúde pública: SUS muito longe da perfeição. **O País**, São Paulo, 02 mar. 2012.

STEIN, Ernildo. **Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma**: Ijuí: Unijuí, 2004.

STF e CNJ divulgam números sobre corrupção e improbidade. Notícias do Supremo Tribunal Federal. Brasília, 11 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=193686>>. Acesso em: 01 mar. 2012.

STIGLITZ, Joseph. **Principes d'économie moderne**. Bruxelas: De Boeck Université, 2000.

STOP MEDICARE FRAUD. Multi-Medicare Fraud **Task Force**. Disponível em: <<http://www.stopmedicarefraud.gov/heattaskforce/index.html>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **A “função social do crime” em terrae brasilis**. Disponível em <http://www.uniqli.com.br/direito/PASTAS_DOS_PROFESSORES/A_Proposito_/Anistia_lavagem_de_dinheiro.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. A inefetividade dos direitos sociais e a necessidade de construção de uma teoria da constituição dirigente adequada a países de modernidade tardia. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 2, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **Antes e depois de dantas (AD-DD)**. Disponível em: <<http://www.ihj.org.br/poa/>>. Acesso em: 11 set. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot)**: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wpcontent/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos – estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. Barueri: Manole, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Dinheiros mal havidos e autoenjoamento. **Contexto Político**. 01 out. 2009. Disponível em: <<http://contextopolitico.blogspot.com.br/2009/10/dinheiros-mal-havidos-e-autoenjoamento.html>>. Acesso em: 27 mar. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Fetiche da lei, cidadania terceirizada. Coluna Senso Incomum. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-05/senso-incomum-fetiche-lei-cidadania-terceirizada>>. Acesso em: 05 abr. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: **Direitos fundamentais sociais**: estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado.(Org.) SARLET ,Ingo Wolfgang. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal**: Superando o ideário liberal-individualista-clássico. p. 2. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/biblioteca-do-portal/>>. Acesso em 30 de março de 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Verbete sobre “Hermenêutica Jurídica” In: BARRETO, Vicente de Paulo Coord. **Dicionário de filosofia do direito**. Porto Alegre: Unisinos, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio. A crise paradigmática do Direito no contexto da resistência positivista ao (Neo)Constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel; BIENENBOJN, Gustavo (Org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito penal e a constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TASSINARI, Clarissa. **Ativismo Judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. Dissertação (Mestrado). São Leopoldo: UNISINOS, 2012. Dissertação no prelo para publicação, gentilmente cedida pela autora.

THE EUROPEAN Healthcare Fraud & Corruption Network (EHFCN). Disponível em: <<http://www.ehfcn.org>>. Acesso em: 19 abr. 2012.

THE WORLD BANK. **Governance**: the world bank's experience. international bank for reconstruction and development. Washington D.C: World Bank Publication, 1994. Disponível em: <<http://web.worldbank.org/WBSITE>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

TRANSEXUAL consegue tratamento para retirar pelos faciais. Disponível em: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8460:transexual-consegue-tratamento-para-retirar-pelos-faciais&catid=79:noticias&Itemid=220>. Acesso em: 29 jul. 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. **Acordo de Contonou**. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/development/african_caribbean_pacific_states/r12101_pt.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. **Livro branco da governança**. Disponível: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l10109_pt.htm>. Acesso em: 23 ago. 2011.

UNITED STATES. Department of Health & Human Services. **Health Care Fraud Prevention and Enforcement Action Team (HEAT)**. Washington Disponível em: <<http://www.stopmedicarefraud.gov/heatactionteam/index.html>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

UTI judicial: Flávio Dino propõe ao CNJ criação de varas de saúde. **Revista Consultor Jurídico**, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-28/flavio-dino-propoe-criacao-varas-especializadas-direito-saude>>. Acesso em: 30 abr. 2012.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**: laboratório de análise jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 27. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VASCONCELLOS, Fábio. Cheque em branco na saúde. **O Globo**, Rio de Janeiro, 2. ed., p. 16, 14 ago. 2011.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VILLANUEVA, Luis Aguillar. **Gobernanza y gestión pública**. México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

VITTA, Heraldo Garcia, et al. Apontamentos da reforma administrativa. **Boletim de Direito Administrativo**, [S.l.], p. 106-117, fev. 1999.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997

WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinícius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta do desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinícius. **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WILLEY, David. Em 20 anos, faltará água para 60% do mundo, diz ONU. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 15 fev. 2007. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272_u60947.shtml>. Acesso em: 01 mar. 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **La legge e la sua giustizia**. Bologna: Il Mulino, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). **Direito e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.