

POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITO À SAÚDE: A NECESSIDADE DE CRITÉRIOS HERMENÊUTICOS PARA A INTERVENÇÃO JUDICIAL

*PUBLIC POLICIES AND THE RIGHT TO HEALTH: THE
NEED FOR HERMENEUTIC CRITERIA FOR JUDICIAL INTERVENTION*

Têmis Limberger¹

Leonardo Grison²

Recebido em: 06/2010

Avaliado em: 08/2010

Aprovado para publicação em: 08/2010

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O estado da arte da judicialização das políticas públicas de saúde; 3. A hermenêutica como referencial adequado de fornecimento de parâmetros para o direito à saúde; 4. Considerações finais; Referências.

RESUMO

O direito à saúde é um dos mais importantes direitos do Estado Social. Com a crescente judicialização da política, é importante criar critérios para as decisões judiciais sobre o direito à saúde. As políticas públicas são mandatos formulados pelo legislador e realizados pelo administrador. A discricionariedade administrativa encontra limites constitucionais. Nos casos de ineficiência ou omissão na execução das políticas públicas, cabe a intervenção judicial. As ações coletivas são o foro mais adequado para esta discussão. A cultura democrática implica o reconhecimento dos limites e das possibilidades do controle judicial para efetividade do direito à saúde. Pela hermenêutica, é possível alcançar critérios adequados para a intervenção judicial.

Palavras-chave: Direito à saúde. Judicialização da política. Hermenêutica.

ABSTRACT

The right to health is one of the most important rights in the Social Welfare State. With the growing judicialization of politics, it is important to create criteria for judicial decisions on the right to health. Public policies are mandates created by the legislator and implemented by the administrator, but the administrative discretion comes up against constitutional limitations. In cases of inefficiency or omission in the execution of public policies, judicial intervention is necessary. Collective actions are the most adequate forum for this discussion. The democratic culture implies recognition of the limits and possibilities of judicial control for materializing the right to health. Through hermeneutics, is possible to achieve adequate criteria for judicial intervention.

KEY-WORDS: Right to health. Judicialization of politics. Hermeneutic.

RESUMEN

El derecho a la salud es uno de los derechos más importantes del Estado Social. Con la creciente judicialización de la política, es importante crear criterios para las decisiones judiciales sobre el derecho a la salud. Las políticas públicas son mandatos formulados por el legislador y realizados por el administrador.

La discrecionalidad administrativa encuentra límites constitucionales. En los casos de ineficiencia u omisión en la ejecución de las políticas públicas, cabe la intervención judicial. Las acciones colectivas son el foro más adecuado para esta discusión. La cultura democrática implica el reconocimiento de los límites y de las posibilidades del control judicial para la efectividad del derecho a la salud. Por la hermenéutica, es posible alcanzar criterios adecuados para la intervención judicial.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud. Judicialización de la política. Hermenéutica.

1 INTRODUÇÃO

Em nosso país, por uma distorção, a implementação das políticas públicas saiu da órbita dos Poderes Executivo e Legislativo e migrou para o Poder Judiciário. O número de demandas foi tal que fez com que o STF realizasse uma audiência pública. É a judicialização da política, que por um lado prestigia o Poder Judiciário com discussões que são vitais para o país, mas por outro atesta a falência na resolução dos conflitos nas esferas que lhe são próprias. O Judiciário é sobrecarregado com inúmeras demandas e acaba por se tornar moroso devido à excessiva litigiosidade.

A sociedade brasileira, por um lado, e os poderes públicos, por outro, são pouco afetos ao cumprimento espontâneo do direito e por vezes apostam no descumprimento, pois poucas pessoas reclamam e das que se queixam a solução por vezes tarda. Diante deste panorama, a ideia básica de constitucionalismo de submissão dos cidadãos e autoridades públicas à Constituição ainda é um desiderato. A Constituição como norma superior que coordena a conduta dos poderes públicos e da sociedade carece de cumprimento substancial.

O direito social à saúde é o que adquiriu maior debate acadêmico e número de ações na esfera judicial em prol da efetividade. A acessibilidade ao Sistema Único de Saúde (SUS) é de grande vulto, o que dificulta e torna mais complexa a resolução do conflito. Cerca de 180 milhões de brasileiros são potenciais usuários do sistema. Destes, 2/3 dependem exclusivamente do SUS, quais sejam 118 milhões de pessoas. Estas vultosas cifras estatísticas evidenciam a necessidade de critérios claros para atendimento das demandas existentes e a incorporação de novas tecnologias na área médica que pautarão novas demandas.

O Congresso Nacional, que deveria promover a regulamentação no tocante aos percentuais de investimento da União, Estados e Municípios, até agora não o fez. Existe somente o PL 306/2008, decorrente da propositura de regulamentação dos §§ 2º e 3º do art. 198, trazidos pela EC nº 29/2000. Ou seja, passaram-se 9 anos e não houve a elaboração da legislação que o país tanto necessita. O Executivo, que deveria investir percentuais, por vezes, não o aplica de forma séria.

Como causa do não funcionamento, as demandas acabam no Poder Judiciário que, na maioria das vezes, oferece uma solução individualizada para os casos, em detrimento da construção de uma solução coletiva, reforçando este aspecto da pessoalidade. Compreensível, em muitos casos, devido à situação aflitiva na qual se vê o juiz, diante da enfermidade de uma pessoa, sem vislumbrar o sistema como um todo. Tudo isto serve para agravar o problema, quando é concedido determinado medicamento, sem atenção ao contexto global, reforçando ainda mais o caos no sistema.

Neste contexto, pergunta-se: As estruturas burocráticas aperfeiçoam/democratizam as políticas públicas de saúde e a sua implementação pelo Poder Judiciário? Indagando de outra maneira: A estrutura do SUS, criada pela Constituição Federal, consegue implementar o direito à saúde? A solução foi pretensiosa, no sentido de criar uma macroestrutura envolvendo os três entes da federação e com 180 milhões de possíveis demandantes.

Assim, no caso da saúde, o alerta que se instaura é no sentido de que o deslocamento do foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o legislativo e a sua implementação pelo executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o judiciário pode cumprir um papel importante com o processamento de ações coletivas. As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem, casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a administração.

Desse modo, a presente pesquisa trata, primeiramente, do estado da arte da judicialização das políticas públicas de saúde, para, então, no segundo capítulo, travar uma discussão de cunho hermenêutico e esboçar uma tentativa de construção de critérios judiciais para a intervenção. O método de abordagem da presente pesquisa é o fenomenológico-hermenêutico, o mais condizente com a matriz hermenêutica gadameriana. Já como método de procedimento, é possível referir que a presente pesquisa traduz-se principalmente em pesquisa bibliográfica, com especial atenção aos regramentos pertinentes à matéria.

2 O ESTADO DA ARTE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

As políticas públicas relativas à saúde com repercussão no tratamento médico a pacientes, procedimentos clínicos e medicamentos que não são fornecidos conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3³ das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e da compreensão ampla, em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc. Deste modo, na maioria das ações o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo.

É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira “via crucis”, fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade enfrentar todos estes percalços, fazer movimentar toda esta estrutura burocrática é algo penoso.

A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes⁴. Seu objeto é muito mais amplo, seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária destas prestações. Os recursos públicos são escassos, a expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7⁵, nos últimos anos. A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Neste contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Foram o estopim para a convocação da audiência dois casos que questionam a eficácia do art. 196 da CF e os §§ 2º e 3º do art. 198, da CF, que sofreram alteração pela EC nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes: a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, f) as ações e os serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos, no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar a alegação de que tal bloqueio, fere o artigo 100, “caput” e o § 2º, da CF (precatórios)⁶.

Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471⁷, em que foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode, devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde. Tratava-se de remédio de elevado dispêndio patrimonial para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente.

Os demais casos se constituem em questões diversas e aflitivas, envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim toda a casuística com a complexidade

nesta área em que a vida da pessoa está em jogo. Na Suspensão de Tutela nº 223⁸, foi enfrentada problemática de paciente que não tem alternativas viáveis de sobrevivência, colocando sua expectativa em fármacos experimentais. O caso tinha especificidades próprias, pois envolvia a responsabilidade do Estado de Pernambuco, pois o autor do pedido tinha sido vítima de assalto em via pública, restando incapaz de respirar sem um respirador mecânico. Nesta localidade, a segurança pública era insuficiente.

No pedido de suspensão de liminar nº 228/CE⁹, foi analisado o caso do direito dos cidadãos às vagas de Unidade de Tratamento Intensivo (UTI). A questão envolvia a suspensão da decisão do TRF da 5ª Região, que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTIs para hospitais públicos ou particulares, que disponham de tais unidades e o início das ações, visando à implementação de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs pediátricas e 10 leitos de UTIs neonatais. Tal medida baseava-se na Portaria nº 1.101/2002 do Ministério da Saúde, que fixa o nº de leitos por habitantes e não estava sendo obedecida na região de Sobral, que congrega 61 municípios. O pedido foi deferido parcialmente, suspendendo-se, apenas, a multa diária fixada no valor de R\$ 10.000,00. O debate aí travado traz à tona as principais problemáticas atinentes a respeito do direito à saúde e às suas argumentações jurídicas.

Na suspensão de tutela antecipada nº 198¹⁰, o Estado do Paraná pretendia a suspensão dos efeitos da decisão que determinara o fornecimento do medicamento orçado em mais de R\$ 1.000.000,00 anuais à criança portadora de doença degenerativa e extremamente rara. De acordo com os laudos médicos, o medicamento é a única possibilidade de melhora e a sua falta causaria problemas no seu desenvolvimento físico. O Estado não se eximiu da responsabilidade pelo fornecimento.

No pleito de suspensão de tutela nº 268¹¹, indeferiu-se o pedido do Município de Igrejinha - RS para que fosse suspensa a decisão que determinara o fornecimento do medicamento, constante na lista do SUS, em falta na farmácia do município, à pessoa portadora de leucemia.

Estas escolhas difíceis passaram a fazer parte do cotidiano de muitos juízes que, em processos de cognição sumária, tem de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar, causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponha de todos estes elementos e de forma extremamente rápida. Esta resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas que trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

Ocorre que, por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou pela omissão na sua realização, e isto envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde põe de frente a tensão entre os poderes legislativo, executivo e judiciário.

Estas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo¹² para cada cidadão ou suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas. Estas são posições extremas e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada, contemplando as diversidades e o pluralismo existente em nossa sociedade.

O que já foi apregoado por Aristóteles "in médio virtus"¹³. Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek¹⁴ no princípio do Século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes, por isso, quando se trata de direitos sociais, merece um repensar, pois sua teoria para estes não estava voltada. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, em que o indivíduo tem o direito de exigir prestação concretas do Estado, seus escritos são antes do constitucionalismo social que começa em 1917 com a Constituição Mexicana, no que é seguido dois anos mais tarde, em 1919, pela Constituição de Weimar.

O desafio é a conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e à dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado e de como a judicialização deve ser sensível a ambas¹⁵. Na suspensão de liminar nº 228-7, o STF afirmou essa dimensão individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dignidade da pessoa humana¹⁶. O direito à saúde, como direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.

O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF¹⁷, estabeleceu o seguinte: “considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa. Em outras palavras, com relação à reserva do possível o ônus da prova da falta do recurso é do poder público e o ônus da necessidade do pedido é do particular”¹⁸.

Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell¹⁹ adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a “frustração constitucional” (verfassungsenttäuschung), o que acaba desacreditando a própria instituição da constituição como um todo²⁰. Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam o descrédito e acabam se tornando dispositivos destituídos de efetividade.

Uma das críticas que se pode formular à judicialização das políticas públicas²¹, atinente à área da saúde, é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que têm condições de demandar, seja por advocacia privada ou defensoria pública, têm vantagem em relação aos que não têm acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação ou instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

Faz-se a ponderação no sentido de que se utilize a via administrativa como alternativa para resolução dos litígios. Esta via propicia uma agilização em termos de solução de conflitos, pois dialoga diretamente com o setor que institui a política pública e que por algum motivo esta não foi implementada. Sabe-se que o Brasil adotou o sistema da unidade da jurisdição em detrimento da dualidade, como ocorre na França²².

Assim, não se tem como suprimir o acesso ao judiciário brasileiro. Ocorre, porém, que se todas as demandas vão ser discutidas em juízo, em um país de alta litigiosidade²³, baixo cumprimento espontâneo do direito, pouca credibilidade das instituições públicas, ao que se somam por vezes omissões e má gestão dos órgãos públicos, o judiciário acabando colapsado com grande número de demandas, o que redundará em morosidade.

A experiência das defensorias públicas dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro mostram a diminuição do número de ações ajuizadas no plano da saúde, por meio da conciliação prévia na via administrativa, principalmente nos casos de direitos reconhecidos por políticas públicas existentes no SUS. Isto não significa desprestígio ao Poder Judiciário, mas sim uma racionalização dos custos (tempo e dinheiro), que poderão propiciar um maior investimento em outros setores que estão a demandar o investimento do setor público.

A prática da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro²⁴ é no sentido de buscar alternativas de resolução de conflitos extra-judicialmente, a partir da colaboração com outros entes e órgãos públicos, tais como: município e Defensoria Pública. Os convênios ocasionaram a criação de uma central única para recebimentos de mandados, visando evitar a duplicidade de medidas judiciais. Foi firmado acordo com a Defensoria Pública para que: não sejam propostas ações com relação a remédios constantes em listas e a entrega do medicamento seja disponibilizada por simples requerimento veiculado por meio de ofício ao gestor no âmbito do respectivo ente da federação.

Nas duas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz na avaliação de existência ou não de determinado

medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. Assim, o fortalecimento da via administrativa como forma de solucionar os conflitos, bem como o apoio técnico ao judiciário, podem servir para qualificar o acesso à saúde. O diálogo entre os poderes e as instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos, pois apesar de uma separação funcional todos são integrantes da estrutura burocrática do Estado.

O SUS é um sistema composto de diversas partes que se relacionam entre si, com regras que visam lhe conferir coerência. Não agir de acordo com estas regras inviabiliza todo o sistema. Estes dispositivos têm de ser interpretados de forma coerente com os objetivos fundamentais constantes no art. 3º da CF, quais sejam: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Dá-se a responsabilização dos três entes da federação com os investimentos que lhe são correspondentes, bem como o fornecimento dos medicamentos dentro de suas atribuições (aos municípios a farmácia básica, aos Estados os medicamentos excepcionais e à União os medicamentos estratégicos). Assim, é importante a busca de soluções para que o sistema se aperfeiçoe e não se estratifique problemas já existentes.

A CF/88 mudou a estrutura até então existente, de forma que o Estado deixou de atender somente aos contribuintes do antigo sistema previdenciário (Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social - INAMPS), ou seja, o trabalhador formal e a compreensão de saúde pública (promoção de saúde e prevenção de doenças, como ações de vacinação, campanhas de eliminação de causadores de doenças, etc.). Com a edição do art. 196 da CF, foram atribuídas à saúde as características de universalidade, integralidade e isonomia, estabelecendo-se a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Como enfrentar a questão dos medicamentos não previstos na lista do SUS? Deve ser entendida no contexto de integralidade, que é explicitado pelo art. 7º da Lei nº 8.080/90, que conceitua assistência como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso, em todos os níveis de complexidade do sistema. Integralidade diz respeito a todo o tipo de ação: a preventiva, que a CF diz que tem de ser aquela a que se dedique prioridade; a ação corretiva; a vigilância sanitária e epidemiológica. Integralidade não significa totalidade.

“A questão da escassez se põe de maneira especial no acesso à saúde. Algumas pessoas podem pensar que quando a saúde e a vida estão em jogo, qualquer referência a custo é repugnante, ou até imoral. Mas o aumento do custo com tratamento tornou essa posição insustentável”²⁵. Nenhum país do mundo, por mais rico que o seja, tem condições de suportar qualquer tratamento médico ou fornecimento de medicamento, considerando o avanço da medicina nos dias atuais e a longevidade das pessoas. A totalidade das possibilidades é impagável, seu custo extrapola qualquer parâmetro do razoável, mesmo nos países mais ricos.

Frequentemente, formulam-se pedidos ilíquidos da seguinte maneira: que seja determinada a entrega do fármaco “z” e quaisquer outros que forem necessários ao longo do tratamento. Por meio desta expressão genérica são criados títulos executivo-judiciais absolutamente abertos que geram execuções ilíquidas e que desvirtuam o sistema de saúde. Não é possível incorporar tudo em uma perspectiva de futuro e até mesmo, no presente, porque isto seria impagável. A orientação deve ser no sentido de incorporar as tecnologias que não sejam experimentais, com fortes evidências científicas em torno da sua segurança, eficiência e que guardem adequada relação entre custo/benefício.

A União não gasta em nenhuma rubrica o que foi apontado no orçamento. Os estados e municípios muitas vezes não cumprem a sua parte²⁶. Os gestores também têm seus problemas. Então, toda a vez que o controle é feito “a posteriori”, revela-se insubsistente.

O controle preventivo das informações sobre a execução do orçamento é algo importante, por isso a cidadania informada é algo essencial no Estado Democrático de Direito. A transparência é uma via de mão dupla: de um lado a administração tem o dever de dar publicidade de seus atos e, por outro, o cidadão tem o direito a ser informado. Por meio da informação disponível em meio eletrônico, desenvolve-se um controle preventivo, estimula-se a participação popular, torna-se o exercício de poder mais transparente e, conseqüentemente, mais democrático.

Isto é importante, pois o sistema jurídico se estruturou para atuar repressivamente depois do evento danoso. Essa alternativa visa punir o ilícito. Melhor alternativa ocorre, quando se consegue atuar preventivamente, ou seja, antes do fato ocorrido, pois então se age preventivamente e aí reside a importância do controle social para fiscalizar as verbas orçamentárias.

Outro fato preocupante é que a Emenda 29/2000, que determinou a vinculação e estabeleceu a base de cálculo de percentuais mínimos, ainda não foi regulamentada. O Projeto de Lei Complementar nº 306/2008 prevê a aplicação mínima do percentual de 15% da receita dos municípios e 12% dos estados, em consonância com o art. 77 do ADCT. O projeto busca corrigir falhas e muda o paradigma da fixação do piso, no âmbito da União, de despesa para receita e do PIB para receita corrente bruta²⁷. O projeto prevê também que os entes federados, cuja aplicação do mínimo em saúde se encontrar abaixo do determinado na data do início da sua vigência, terão até o exercício de 2011 para se adequarem, devendo a diferença ser reduzida à razão de pelo menos um quarto por ano.

Comparados os gastos com ações e serviços de saúde entre os anos de 2000 e 2007, observa-se que a União reduziu seus investimentos de 60% para 45% do total de gastos, enquanto os estados aumentaram de 19% para 27% e os municípios de 22% para 28%. Em 2005, conforme a OMS, gastaram-se em saúde no Brasil 7,9% do PIB, sendo 44% gasto público e 55,9% gasto privado²⁸.

Deste modo, os recursos não são escassos, por vezes não são investidos os percentuais previstos ou são equivocadamente gerenciados. É preciso situar a responsabilidade dos gestores e o impacto do financiamento do SUS no contexto de sua atuação por meio do estabelecimento de políticas públicas.

Um exemplo de política pública na área da saúde é a assistência farmacêutica do SUS, que apresenta três componentes de financiamento: assistência farmacêutica básica, os medicamentos estratégicos e os medicamentos denominados de excepcionais, cujo programa começou em 1993, possibilitando que doenças graves e com casos raros, pudessem ser atendidas. Atualmente os estados e o DF são responsáveis pelo fornecimento desses medicamentos constantes em protocolos clínicos e com eficácia comprovada aos pacientes cadastrados.

3 A HERMENÊUTICA COMO REFERENCIAL ADEQUADO DE FORNECIMENTO DE PARÂMETROS PARA O DIREITO À SAÚDE

Diante do exposto, restam ainda algumas dúvidas. Qual é o conteúdo do direito à saúde? O judiciário pode intervir nas políticas públicas? Existem critérios? E qual é o *quantum* do direito à saúde? É uma questão de ponderação?

É inegável que houve uma substancial judicialização²⁹ da política nos últimos anos. Fenômeno legítimo, diga-se de passagem, e fruto da própria evolução do Estado. De reiterar que o Judiciário não procura nem cria demandas. Contudo, é inegável que nos últimos anos esse fenômeno tem ultrapassado seus limites, trazendo uma judicialização excessiva, especialmente no âmbito do direito à saúde.

Nesse sentido, devem-se combater as práticas decisionistas adotadas pelos tribunais, ancoradas muitas vezes em um ativismo judicial, que por si já é prejudicial à democracia. Isso porque muitas vezes nesse processo a Constituição acaba por ser ignorada.

Preocupado com a legitimidade social das decisões judiciais, e a fim de evitar a discricionariedade (vale dizer, a arbitrariedade), Lenio Streck faz importante construção teórica, tendo como parâmetros a Hermenêutica Filosófica de Hans Georg Gadamer e a Teoria Integrativa de Ronald Dworkin. Deste, toma para si a importância dos princípios no processo interpretativo, que trazem para o Direito a faticidade, e daquele relembra como o sentido no processo de interpretação/aplicação se constrói socialmente, e historicamente, através da tradição.

De Dworkin vem a lição de que por trás de cada regra há um princípio instituidor da norma. Há na verdade uma cooriginariedade entre princípio e norma. "Não há primeiro uma formação subjetiva de princípios e, depois, sua aplicação compartilhada no mundo da convivência, mas essa formação principiológica é *formada pelo mundo e, ao mesmo tempo, forma mundo*, na medida em que pode articular um significado novo que exsurge da interpretação do próprio mundo".³⁰

De plano impõe-se a apreciação dos princípios no plano caso concreto, eis que eles não existem em abstrato. No plano fático é que se verifica como o princípio é a história institucional do direito. Assim, a legitimidade de uma decisão advém do fato que um princípio institui aquela regra/norma. Sem um princípio, não há legitimidade para a aplicação da regra.

Por isso erram aqueles que pretendem estabelecer um método para se investigar *a priori* a incidência ou não dos princípios. Na seara do direito constitucional, a saúde frequentemente se aponta para o direito à vida, elevando-o, muitas vezes, à condição de “princípio”. De plano percebe-se que não se trata de um princípio³¹, como é o caso da igualdade, do devido processo legal, da presunção de inocência, da publicidade dos atos do Estado, etc., princípios possuem força normativa e encontram sua realização em uma regra.

Aliás, nesse sentido muitas das decisões que se observa, concedem, de forma arbitrária, medicamentos àqueles que demandam em juízo, violando o princípio, que segundo Dworkin é a virtude soberana, o da igualdade, base de qualquer Estado Democrático de Direito. Ora, o que faz daquele que postula um medicamento mais merecedor do que o restante da população que não tem acesso à justiça?

Por vezes, já que por via de ação individual, se concede individualmente um medicamento, sob o qual não há muitas vezes eficácia comprovada, o que, considerada a escassez dos recursos, representa a retirada desse medicamento de outro. Num discricionário sopesamento entre a igualdade no acesso à saúde, e um abstrato “princípio” fundamental de direito à vida, que muitas vezes nem se demonstra nas circunstâncias concretas,³² muitos magistrados optam pelo segundo.

A esse passo, cabe abordar outro aspecto importante: o sentido da tradição na interpretação/aplicação do direito. Gadamer³³ mostrou como a interpretação autêntica, fundada nos preconceitos autênticos, é aquela fundada na tradição. Assim, os princípios adquirem sentidos porque ancorados na jurisprudência (tal qual o precedente na tradição anglo-saxã, a decisão institui um princípio, que aponta para a mesma aplicação da regra aos casos subsequentes), na doutrina e na própria opinião pública.

No caso do direito à saúde, em especial, costuma se vislumbrar uma afronta sistemática à já citada Lei 8.080 de 1990. Tal lei estabelece como se dará a aplicação do direito fundamental à saúde, estabelecendo-se os medicamentos de maior relevância e a atribuição da competência de cada ente federativo. Ora, tal lei se presume constitucional e insere-se naquilo que se pode chamar de tradição. É produzida democraticamente e a elaboração da lista dos medicamentos é acompanhada por uma série de instituições sociais. Portanto, possui uma história institucional que precisa ser levada em conta quando da sua interpretação/aplicação. Isso é uma questão de princípio, tal qual trata Dworkin.

Esse sentido, dado pela tradição, é que faz com que não haja um esvaziamento hermenêutico do direito constitucional à saúde, que como cabe lembrar, se faz por meio de políticas públicas, portanto não se traduz em um direito subjetivo, de matriz liberal-individualista, que autorize o cidadão a postular para si um “direito à saúde”.

Dessa maneira, fica evidente a postura adequada pelos tribunais ao exercerem o controle que lhes é próprio relativo à implementação do direito fundamental à saúde. Deve sempre buscar a resposta correta, vale dizer, adequada à Constituição, o que se faz recorrendo-se à tradição, que é quem confere sentido à norma.

Portanto, impossível não aplicar a lei orgânica da saúde e suas determinações em termos de políticas públicas, a menos que, em sede de jurisdição constitucional se faça: a) controle difuso da constitucionalidade, declarando a norma inconstitucional; b) deixe-se de aplicá-la em função de antinomia de normas; c) faça-se uma *interpretação conforme a Constituição*, o que implica alteração do sentido da lei; d) aplicação da *nulidade parcial sem redução de texto*, por via da qual há a exclusão de determinada hipótese de aplicação; ou e) a declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, hipótese em que, excluindo-se uma ou mais palavras, preserva-se a constitucionalidade do dispositivo.³⁴

Lembrando-se que, para isso, há de existir profunda fundamentação no sentido de desvelar adequadamente os princípios constitucionais. “Ou isso, ou teremos que admitir que a) o Judiciário constrói leis; b) a elas se sobrepõe e c) as revoga”.³⁵

Nesse espectro, insuficiente a mera menção ao direito fundamental à vida, ou até mesmo à saúde. Tais expedientes, antes de conferir eficácia à Constituição, a banalizam, tirando sua força normativa.³⁶ Nesse aspecto que se mostra inadequada, mesmo com toda sua sofisticação, a teoria de Robert Alexy, pois deixa, mesmo em sede de “ponderação de princípios”, discricionariedade ao julgador.³⁷ Isso ocorre porque, tal qual no positivismo, concebem-se os princípios em abstrato, como se pairassem no ar, para subsumi-los ao caso concreto, através da metodologia adequada.

Ora, por óbvio que a discricionariedade é necessária quando se adota tal expediente. A própria insuficiência dos enunciados linguísticos dos textos das normas não conseguem abarcar todas as hipóteses fáticas, razão pela qual se impõe a liberdade ao magistrado de ter certa flexibilidade. Ocorre que, ao se debruçar sobre o caso concreto, reconhecendo-se a faticidade inerente aos princípios, elimina-se a discricionariedade, pois, naquela situação sob análise, do ponto de vista hermenêutico, é possível encontrar a resposta correta, aquela que adequada constitucionalmente.³⁸

Portanto, é possível dizer (com STRECK) que existe um direito fundamental à obtenção de uma resposta correta, e um dever fundamental de uma adequada fundamentação das decisões judiciais que não de azo à discricionariedade. Somente recorrendo-se à tradição e buscando-se substrato nos princípios que orientam a resolução do conflito *sob judice* que se dará efetividade ao controle judicial das políticas públicas.

Assim como o fundamento do controle é a Constituição, não pode ser ele quem a viole. Em vez de um sujeito solipsista, que tem na interpretação um ato de vontade³⁹, é preciso que o magistrado, em tempos de Estado Democrático de Direito, esteja atento para a necessidade de legitimação das decisões judiciais. É atentando para o caso concreto e tudo que dele exsurge que é possível eliminar a discricionariedade. Pelo fortalecimento das instâncias democráticas de controle da saúde é que se dá a efetividade das políticas públicas de saúde e não pela mera judicialização da política.

Assim, é possível tentar estabelecer alguns critérios para correta aplicação do direito à saúde. Cabe lembrar que só no caso concreto é que se pode avaliar tais critérios, mas o caso concreto não pode ser confundido com o caso isolado. Ele se insere em uma cadeia, em uma tradição.

Luis Roberto Barroso⁴⁰, em excelente artigo, fornece diversos parâmetros. O autor lembra que nosso Sistema Único de Saúde, o SUS, foi fruto do grande movimento sanitarista, que, com sua força, conseguiu impor a criação do sistema na Assembleia Nacional Constituinte. Desde já se estabeleceu a competência concorrente dos entes federativos para legislar sobre a saúde (CF/88 art. 24, XII, e 30, II). À união cabem as normas gerais, enquanto que aos outros entes cabe normatizar sobre assuntos locais. Todos podem elaborar políticas de saúde.

Logo depois da aprovação da constituição, em 1990, foi criada a já citada Lei Orgânica da Saúde. É ela quem estabelece as responsabilidades dos entes federativos e, especialmente, da distribuição dos medicamentos. Aos municípios cabe a distribuição dos medicamentos *essenciais*. A base é a famosa lista, a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME). Ela é elaborada com base em definições da Organização Mundial da Saúde (OMS). “O próprio propósito prioritário da atuação municipal é assegurar o suprimento de medicamentos destinados à *atenção básica à saúde*, além de outros medicamentos essenciais que estejam definidos no Plano Municipal de Saúde.”⁴¹

Já aos estados federados, Distrito Federal e à união, em parceria, cabe o fornecimento dos medicamentos de *caráter excepcional*.⁴² Cabe ao gestor estadual definir os remédios que serão adquiridos diretamente pelo Estado.

Cabe ressaltar que tais listas são importante elemento para guiar as interpretações judiciais. Essas listas são elaboradas pelo poder político competente, visando às necessidades da população e com vistas à disponibilidade financeira. O poder executivo é quem tem a estrutura adequada para elaborar tal lista, visto que é quem elabora as políticas públicas de saúde. E mais, é quem tem discricionariedade política para tal. E aqui a discricionariedade que se fala não é a dos decisionismos judiciais que se combatem.

A questão é que, dentro daquilo que existe de orçamento para a saúde, aprovado pelo poder legislativo, se tem uma ampla liberdade. A questão não é nem a de se investir mais em saúde ou em educação, segurança, habitação, etc. A questão é no que investir, quando se trata de saúde. O correto manejo dos investimentos entre a saúde curativa e preventiva, por exemplo, é elemento essencial à efetividade do direito à saúde.⁴³

Todavia, é possível que as próprias listas sejam revistas judicialmente. Frise-se: só o caso concreto pode determinar. Porém não é de maneira individual que se dará. Cabe lembrar que a administração pública pauta-se pelo princípio da impessoalidade, insculpido no art. 37 da CF, que visa à condução da coisa pública em favor de todos e não de alguns indivíduos. Portanto, a ação individual não se mostra adequada, já que seus efeitos não se estendem a todos. O mesmo não ocorre com as ações coletivas.

A presunção, como bem demonstra Barroso, é de que a lista foi elaborada de forma adequada. Mas a presunção não é absoluta. Nas discussões coletivas, a legitimidade democrática se amplia e é possível uma discussão mais substancial, com base em dados que irão evidenciar a realidade pública da saúde. “Ora, na esfera coletiva ou abstrata examina-se a alocação de recursos ou a definição de prioridades em caráter geral, de modo que a discussão será prévia ao eventual embate pontual entre micro e macro-justiças”.⁴⁴

Outro fato importante citado para Barroso é o de que os medicamentos tenham eficácia comprovada. Se a dignidade da pessoa humana é fundamento para uma adequada prestação de saúde, também importa que as pessoas não sejam simples meio para experimentos científicos, ainda mais com a vênua e a atuação do próprio Estado.⁴⁵ A ideia é coibir que as pessoas sejam cobaias humanas. Para isso, o próprio controle feito pela ANVISA já é um bom parâmetro, já que os medicamentos são testados para que tenham sua eficácia comprovada antes de poderem circular no Brasil.⁴⁶

Outro critério importante é quem deva figurar no polo passivo da demanda. Barroso também é enfático nesse ponto e nega a tese de responsabilidade *solidária*, que não parece encontrar guarida em nosso ordenamento jurídico. O que se tem, sim, em termos de legislação, é divisão de competências. Para tal, repetimos o questionamento outrora feito: é válida e constitucional a lei que reparte as competências no fornecimento de medicamentos? Se sim, é preciso aplicá-la.

A hermenêutica aqui tratada, de matriz gadameriana-dworkiniana, não admite que a legislação infraconstitucional seja ignorada ou que a compreensão da Constituição se dê de forma “fatiada”. Existe hoje uma tradição que se forma em torno do Sistema Único de Saúde e que precisa ser respeitada. É uma ofensa ao pacto federativo se a repartição de tarefas não é respeitada.

Tais critérios ora apresentados não têm a pretensão de trazer uma resposta pronta *a priori*. A resposta correta só se dá no caso concreto. Não se ignora a difícil situação em que passa o magistrado de primeira instância ao se deparar com uma situação de vida ou morte a ser decidida em sede de liminar.

Compartilha-se aqui da crítica feita por Lenio Streck às análises econômicas do Direito que enfraquecem a sua autonomia, e que no caso do direito à saúde se manifestam na chamada “reserva do possível”.⁴⁷ Reconhece-se, também, que em grande parte dos casos a intervenção judicial é necessária, pois se trata de remédios que têm eficácia comprovada, constam da lista de medicamentos, deveriam estar sendo repassados e não estão.

É a realidade típica de um país de modernidade tardia, que possui em seu seio social um abismo de desigualdades.⁴⁸ Mas ainda assim muito se faz, temos um dos maiores e mais eficazes serviços de saúde do mundo. Também não se pode ser ingênuo e pensar que nosso país tenha processos extremamente democráticos e que esbarram no judiciário conservador e ativista. De fato, nossa política não é das melhores, conta com uma herança patrimonialista, que desconhece a separação entre o público e o privado, e que jamais viu surgir no seio da sociedade uma verdadeira cultura democrática.⁴⁹

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal que está inscrito na CF com as questões econômicas. Tal embate também tem de conciliar o âmbito individual e coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo, então o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e os medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento da estrutura, é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para sua incorporação ou ampliação de novos procedimentos e fármacos.

O não atendimento destes balizadores gera distorções no sistema, propiciando distorções e desigualdade que comprometem todo o sistema. Deste modo, a dotação de assessoria técnica em

centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses desvinculados com a assistência e prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

Passados 200 anos de histórica política brasileira e 20 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral e do direito à saúde, em particular. O que torna o direito à saúde de maior complexidade para sua efetividade é a sua dependência com outras políticas públicas.

A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionada à educação e à informação, ambos se situam na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação utilizado de uma maneira preventiva propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

É preciso repensar a questão da judicialização dos direitos sociais no Brasil, especialmente o direito à saúde. Na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre devido à omissão legislativa absoluta, em matéria de políticas públicas voltadas ao direito à saúde, mas em razão de uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. O Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde não seja abrangida pelo SUS, é importante distinguir se a ausência de prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa ou decisão de não fornecimento. Dá se extrai a necessidade de construção de critérios para resolução no caso concreto, com o custo de uma demanda individual e similares que possam ocorrer no futuro. Repisando-se que o melhor foro para as discussões de inclusão de medicamento ou tratamento de saúde são as ações coletivas.

A via a ser construída aponta que os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o objetivo de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização.

Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada. O STF, com a audiência nº 4, teve um papel importante em termos de diálogo multidisciplinar com a sociedade, abrindo-se democraticamente à sociedade. Deste debate poderão surgir caminhos importantes à concretização do direito fundamental à saúde.

A hermenêutica de matriz gadameriana-dworkiniana mostra também que, para se obter uma resposta correta em termos de direito à saúde, não basta mencionar o direito à vida ou o direito à saúde. É preciso uma interpretação de princípios. E os princípios, na teoria de Dworkin, não se apresentam como *mandados de otimização*, e sim como a *história institucional do Direito*.

Assim, e buscando fundamentos na hermenêutica de Gadamer, tem-se como correta a interpretação que leve em conta a tradição jurídica como um todo, e não apenas a Constituição, através de um julgamento solipsista.

É preciso levar em consideração toda a produção normativa existente, bem como a jurisprudência consolidada, a doutrina, e até mesma a opinião pública. Sem esquecer importantes debates que transcendem fronteiras tradicionais do direito, como é o caso da Audiência Pública número 4 do STF, sobre a saúde.

Nesse sentido, já é possível delimitar alguns argumentos, em especial alguns dos apresentados por Luis Roberto Barroso. Tem-se que o respeito às listas de medicamentos é importante, pois condiz com a legitimidade democrática, bem como o respeito aos entes federativos e sua divisão de competências. Isso, porém, não obsta a própria discussão constitucional da lista, o que se tem como foro mais adequado às ações coletivas, por seu efeito *erga omnes*. Assim, não existe um direito subjetivo de cariz liberal-individualista à saúde. O que existe é um direito à saúde a ser implementado por políticas públicas.

Por óbvio que, quando existente a política pública e não cumprida, cabe a intervenção judicial. E essa tem sido uma situação dramática corrente em nosso país. Porém há que se coibir os abusos. Os recursos são escassos em qualquer economia, e o benefício que se dá a um é o que se tira de outro. Justamente por isso é uma questão de escolha. E essa escolha tem de ter parâmetros, para que se possa auferir que é uma escolha correta.

REFERÊNCIAS

AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981, p. 81 apud AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. 1. ed. 4ª reimp. Madrid: Gredos, 1998.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 10. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2010.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: Formação do patronato político brasileiro. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método*: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*, Tübingen, 1919.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2006.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droit Administratif*. 15e édition. L. G. D. J., Paris, 1995, p. 107.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: do advogado, 2008.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, 1983.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: do advogado. 2009.

_____. et al. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88*.

_____; Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 8. ed. Porto Alegre: do advogado. 2009.

_____. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. 6e édition, Recueil Sirey: Paris, 1952.

NOTAS

- 1 Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, Mestre pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, Mestre pela UFRGS, professora do PPG em Direito UNISINOS, promotora de justiça/RS.
- 2 Mestrando em Direito Público pela UNISINOS. Bacharel pela mesma universidade. Advogado. Endereço eletrônico: grison@gmail.com
- 3 MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.
- 4 As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei nº 9.868/99 (AdIn e ADC) e na Lei nº 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para outros processos e procedimentos, por isso a Emenda Regimental nº 29 revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal.
- 5 A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram 3,3 anos a expectativa no período, de 73,2 para 76,5 anos, enquanto os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida muda significativamente de acordo com a região onde ocorre o nascimento. A maior expectativa é no sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é com relação à taxa de mortalidade infantil, que declinou de 45,19:1000, para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos. Segundo técnicos do IBGE, o Brasil como signatário da Cúpula do Milênio tem como meta alcançar até 2015 uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2:1000. Disponível em: <http://WWW.ibge.gov.br>. Acesso em: 27/7/2009.
- 6 A proposição de súmula vinculante nº 4 do Defensor Público da União é no sentido de que: 1) a “responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público” e 2) a possibilidade de bloqueio de valores públicos para o fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, caput e §2º da Constituição de 1988.” Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em 6/3/2009.
- 7 Recurso Extraordinário nº 566.471, Rel. Min. Marco Aurélio, Recorrente: Estado do Rio Grande do Norte. Recorrido: Carmelita Anunciada de Souza, DJU 07/12/2007.
- 8 Suspensão de Tutela Antecipada nº 223/PE, Rel. Min. Ellen Gracie. Recorrente: Estado de Pernambuco. Recorrido Rel. do Agravo de Instrumento nº 0157690-9 do TJPE, DJU 18/03/2008.
- 9 Suspensão de Liminar nº 228/ CE, Rel. Min. Gilmar Mendes. Requerente: União, Recorrido Rel. do Agravo de Instrumento nº 2007.05.00.077007-0 do TRF – 5ª Região.
- 10 Suspensão de Tutela Antecipada nº198/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes. Requerente: Estado de Minas Gerais. Requerido: Rel. do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.043356-3, DJU 03/02/2009.
- 11 Suspensão de Tutela Antecipada nº 268-9/rs, Rel. Min. Gilmar Mendes. Requerente: Município de Igrejinha. Requerido: TJRS, J. 22/10/2008.

- 12 SARLET, Ingo W. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.
- 13 ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, 1. ed, 4^a reimp., Madrid: Ed. Gredos, 1998, p. 160/80. “En la É.N. aparece el término *mesótes* junto a *symmetra* en el libro II. Así pues, la moderación y La virilidad se destruyen por el exceso y por el defecto, pero se conservan por el término médio (*mesótes*)”.
- 14 JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht*, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905, Tübingen, 1919, p. 86 e segs. Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis*, em que o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.
- 15 SARLET, Ingo W. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – os desafios do poder judiciário*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.
- 16 SARLET, Ingo W. et al. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88*, p. 152.
- 17 DJU 4/5/2004.
- 18 SARLET, Ingo. *O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário*, em 27/4/2009.
- 19 KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 46.
- 20 SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia Constitucional dos Direitos Sociais no Brasil*, 1983, p. 63 e segs.
- 21 VIANNA, Luiz Werneck (Org). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- 22 Na França, berço da doutrina de Montesquieu, que se tornou conhecida como Separação dos Poderes, foi interpretada de uma maneira drástica, como a impossibilidade de um poder exercer controle sobre o outro. A origem histórica desta interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares. A Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790 dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativa e judicial, que foi reafirmada com o período que se seguiu à Revolução Francesa, consoante WALINE, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6e édition, Recueil Sirey; Paris, 1952, p. 45. Houve proibição legal expressa aos juizes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos, encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da administração geral, conforme LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droit Administratif*, 15e édition. L. G. D. J., Paris, 1995, p. 107.
- 23 Para se ter uma ideia da litigiosidade, nosso país tem cerca de 180 milhões de habitantes e 67 milhões de processos em andamento. De tal dado é possível extrair a seguinte relação de 1:2,68 processos/habitante, considerando a totalidade da população e não apenas a com maioria civil/penal, conforme MENDES, Gilmar. *Assistência farmacêutica do SUS*. Palestra de encerramento, em 7/5/2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.

- 24 MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.
- 25 AARON, Henry J. & SCHWARTZ, William B. *The Painful Prescription: rationing hospital care*. Washington: The Brookings Institution, 1981, p. 81 *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 136.
- 26 *Vide* dados do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/evolpercEC29UF.php>. Acesso em: 20/6/2009.
- 27 A determinação do piso mínimo de recursos em ações e serviços públicos em saúde, baseado na receita, e não mais na despesa, elimina um efeito negativo para o setor, pois a ocorrência de situações extemporâneas, em que há necessidade de uma maior intervenção do governo, força o gestor a implementar ações emergenciais em detrimento de outras já programadas no orçamento. Sem embargo, não poderá haver elevação da execução total em ações e serviços públicos e saúde, já que o incremento do gasto no setor, mesmo que por motivo aleatório, implicará aumentar, futuramente, o montante a ser destinado a ações e serviços públicos de saúde. Além disso, a área econômica do governo, na definição da programação financeira, promove o contingenciamento, por meio da limitação de movimentação e empenho das despesas que excedem o piso da saúde. Como a limitação é passada aos órgãos por fonte de recursos, e não por programação, o gestor acaba por ter que optar por qual política de saúde deixará de executar para dar cabo às necessidades mais prementes. Deste modo, a utilização das receitas correntes brutas como base de cálculo para apuração dos recursos mínimos para a saúde, pois a avaliação da série histórica do PIB, em comparação com a evolução das receitas correntes, mostra que houve um maior incremento dessas últimas, sugerindo uma base mais favorável. A determinação de maiores recursos à saúde traz implicações diretas sobre a oferta de serviços públicos de saúde à população, refletindo na construção de um Sistema Único de Saúde que melhor atenda às necessidades sob o prisma da igualdade. O projeto determina recursos mínimos para a aplicação em ações e serviços de saúde, promovendo um incremento estimado de R\$ 12,3 bilhões em 2008, com a vinculação de 8,5% da receita corrente bruta e elevando de 9%, 9,5% e 10% em 2009, 2010 e 2011, totalizando ao final a projeção de mais de R\$ 30,5 bilhões para o setor. Disponível em: <http://WWW.camara.gov.br>. Acesso em: 30/7/2009.
- 28 Terra. Osmar. *Gestão do SUS – Legislação do SUS e universalidade do sistema*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 8/7/2009.
- 29 Sobre o tema é interessante fonte para consulta MORAIS, José Luis Bolzan de. Reflexões acerca das condições e possibilidades para uma ordem jurídica democrática no século XXI. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O direito e o futuro: o futuro do direito*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 450.
- 30 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 499.
- 31 Para Luís Roberto Barroso (BARROSO, Luís Roberto. *Op cit*), é sim um princípio jurídico, assim como uma infinidade de outros ditos princípios. Isso porque o autor está ancorado na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, que dá azo a infundáveis criações de princípios, já que eles existem em abstratos, e não no caso concreto, como na teoria de Dworkin. No Brasil, essa teoria deu grande força ao fenômeno do panprincipiologismo, observado por Lenio Streck. Ver STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009 p. 475-95.
- 32 Sobre a banalidade com que é empregado tal argumento já nos reportamos ao início do artigo.

Disponível em: www.univali.br/periodicos

- 33 Nesse sentido ver GADAMER, Hans Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- 34 Nesse sentido ver STRECK, Lenio Luiz. *Op cit.* p. 561-2.
- 35 *Ibidem*, p. 563
- 36 Ver HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. 34 p.
- 37 Rafael Tomaz de Oliveira mostra como o que existe em Alexy é a tentativa de justificar racionalmente, a partir da construção de procedimentos, o relativismo e a discricionariedade da jurisprudência dos valores, exercida após a segunda grande guerra na Alemanha. Para Alexy, os princípios são “mandados de otimização”, e em vez de implicarem fechamento hermenêutico, propiciam abertura para o julgador. Assim Alexy mantém, através de uma distinção estrutural entre regra e princípio, o método da subsunção, típico do positivismo, para as regras, e para os princípios institui o método da ponderação. Ambos comungam, no plano filosófico, da separação entre mundo prático e mundo teórico. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: do advogado. 2008 p. 61-2, bem como seu capítulo 4.
- 38 Lenio Streck explica que “Não há como definir ‘aplicações’ da lei em abstrato, porque isso seria retornar ao mito do dado (metafísica clássica). Aliás, é Gadamer quem diz que o sentido somente ocorre na situação concreta. Ou seja, no plano de uma ‘autônoma objetividade’ do direito, em que a aplicação se dá a partir de um conceito previamente elaborado e onde a resolução concreta do direito subsume nesse conceito – até é possível – e talvez necessário – distinguir a discricionariedade da arbitrariedade. *Ocorre que não posso perder de vista que a discricionariedade pregada e defendida pela maior parte da teoria do direito – em especial as teorias procedurais-argumentativas – é exatamente a que se confunde com arbitrariedade. [...] A discricionariedade que combato é a do sub-jectum, que dis-põe dos sentidos do direito [...] a partir de um grau zero de significado*”. (STRECK, Lenio Luiz. *Op cit.* p. 422).
- 39 Tal qual Kelsen explicita em seu cap. 8º, no qual trata da interpretação. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- 40 BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*. *Op cit.*
- 41 *Ibidem*, p. 18.
- 42 Ver Portaria nº 2.577/GM.
- 43 BARROSO cita o exemplo do Estado do Rio de Janeiro, que em 2007 investiu R\$240.621.568,00 em assistência farmacêutica e apenas R\$ 102.960.927,00 em saneamento básico, que se sabe que é muito mais efetivo na promoção da saúde. Por isso, a opção entre os gastos despedidos é crucial, e o executivo, com a aprovação do legislativo, ainda são quem detém a legitimidade democrática para tal. É uma questão de política.
- 44 *Ibidem*, p. 31.
- 45 Entende-se por dignidade da pessoa humana, desde a tradição kantiana, como a “vedação da instrumentalização humana”, como sintetiza Ingo Sarlet. A base do pensamento é a ideia de dignidade em Kant, que entende que toda ação deve ter a pessoa sempre como um fim em si mesmo, e nunca como meio para outro fim. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Do advogado, 2006. p. 51.

- 46 De ressaltar que tanto essa questão como as outras ora ventiladas nesse artigo foram tratadas também na audiência pública número 4 do Supremo Tribunal Federal, inclusive com falas de Luis Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet, autores utilizados no presente trabalho. Tal audiência é fato inédito em nosso sistema e representa grande avanço democrático. A gravação das falas está disponível no endereço do STF na Internet.
- 47 STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*. *Op cit.* p. 154-7.
- 48 Sobre a nossa realidade de país de modernidade tardia ver STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 8. ed. Porto Alegre: do advogado. 2009 p. 21-30.
- 49 Nesse sentido ver FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.