

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

PEDRO DA SILVA MOREIRA

**Eficácia Normativa dos Princípios Constitucionais: o caso do direito à
saúde.**

Porto Alegre

2010

PEDRO DA SILVA MOREIRA

Eficácia Normativa dos Princípios Constitucionais: o caso do direito à saúde.

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Bergmann Ávila

Porto Alegre

2010

PEDRO DA SILVA MOREIRA

Eficácia Normativa dos Princípios Constitucionais: o caso do direito à saúde.

Trabalho de conclusão do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais apresentado ao Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel.

Porto Alegre, 02 de dezembro de 2010.

Conceito atribuído: _____

Banca Examinadora

Professor Adão Sérgio do Nascimento Cassiano
UFRGS

Professor Igor Danilevicz
UFRGS

Professor Humberto Bergmann Ávila (Orientador)
UFRGS

Ao meu saudoso pai, pela herança
da inspiração.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, à minha família – irmã, tios, primos, todos – pela companhia, pela dedicação, pela confiança, pela acolhida, pela paciência.

Em especial, quero agradecer à minha mãe Cleide, pela entrega e por ter sabido, entre tantas outras coisas, dizer muitas vezes a palavra “não”, uma das maiores provas de amor que um filho pode receber. À tia Marisa, também de modo especial, agradeço pelo sincero investimento, pelas lições de responsabilidade e pelo carinho.

Agradeço também aos meus amigos e companheiros da Faculdade de Direito da UFRGS, pelos inúmeros e frutíferos debates, alguns deles – direta ou indiretamente – relacionados à temática deste trabalho.

À equipe de trabalho da Dra. Jussara Ritter, em especial ao amigo Marcelo Reichelt, na Procuradoria de Justiça do MP/RS, agradeço pelas discussões acerca do tema, pela liberdade para pensar e pela busca por consistência e coerência no trabalho.

Por fim, agradeço a dois mestres. Primeiramente, ao professor Humberto Ávila, pelas observações sempre muito pertinentes, pelas valiosas lições, pela leitura atenta deste trabalho e, sobretudo, pelo incentivo e inspiração. Gostaria de agradecer também ao professor Juan Carlos Bayón Mohino, da Universidade Autónoma de Madri, pelas magníficas aulas de “Metodologia e Teoria da Argumentação Jurídica” no semestre 2009/1 e pela posterior atenção e indicação bibliográfica.

“Taking rights seriously means taking scarcity seriously.” (Holmes and Sunstein, *The Cost of Rights*)

RESUMO

A ideia essencial deste trabalho é apreciar a eficácia da norma do artigo 196 da Constituição brasileira, que trata do direito à saúde. Na primeira parte do estudo, serão observadas as características principais das espécies normativas, regras e princípios, de maneira que, ao longo do trabalho, seja possível enquadrar o direito à saúde em uma dessas categorias, apontando, como consequência, as implicações dessa classificação. Na segunda parte, denominada substrato constitucional, passa-se a analisar os contornos da eficácia do direito à saúde, sua qualificação como direito à prestação positiva, além da controvérsia acerca de seu aspecto subjetivo. A proposta é determinar se o indivíduo tem um direito subjetivo individual à saúde, na forma da Constituição, ou se esse direito está restrito ao acesso a políticas públicas, além de avaliar a posição do Poder Judiciário nessa seara. Subjacente a esse estudo, habita a noção de escassez de recursos, apontando limites fáticos à consecução dos direitos fundamentais sociais. Por fim, na última parte do trabalho, cuida-se da análise jurisprudencial, de maneira que se possa observar como os tribunais aplicam o direito à saúde, como regra ou como princípio, efetuando-se, portanto, uma apreciação crítica das linhas decisórias.

Palavras-chave: Direito à saúde. Princípios. Regras. Escassez. Direito subjetivo. Políticas públicas. Controle judicial.

ABSTRACT

The main idea of this paper is to assess the efficacy of the norm inscribed in Article 196 of the Brazilian Constitution, which deals with the right to health. The first part will discuss the main features of the normative species, legal rules and legal principles, so that, throughout this paper, it is possible to place the right to health in one of these categories, highlighting, as a consequence, the implications of this classification. The second part, called constitutional substratum, will analyze the effectiveness of the right to health, its classification as a positive right to provide, beyond the controversy about its subjective aspect. The purpose is to determine whether the citizen has a subjective individual right to health, according to the Constitution, or whether that right is restricted to access to public policies, evaluating, moreover, the position of the Judiciary in this issue. Underlying this study is the notion of scarcity of resources, pointing out factual limits to the achievement of fundamental rights. Finally, in the last section, the focus is on analysis of case law, in order to observe how the courts apply the right to health, as a legal rule or a legal principle, performing, therefore, a critical appraisal of the decision-making lines.

Key-words: Right to health. Legal principles. Legal rules. Scarcity. Subjective right. Public policies. Judicial control.

Title: The Normative Efficacy of Constitutional Principles: the right to health.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
PARTE I – SUBSTRATO FILOSÓFICO: entre princípios e regras	11
1. REGRAS	12
1.1. Análise conceitual e particularidades	12
1.2. Campo de aplicação da regra e a ideia de justificação subjacente	14
1.3. Sistematização	17
2. PRINCÍPIOS	18
2.1 Análise conceitual e particularidades	18
2.2 Juízo de ponderação	19
2.3 Princípios em sentido estrito e diretrizes ou normas programáticas	24
2.3.1 Os princípios em sentido estrito	24
2.3.2 As diretrizes	27
PARTE II – SUBSTRATO CONSTITUCIONAL: o direito à saúde na Constituição de 1988	31
1. DIREITOS A PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO	31
1.1 A controvérsia sobre o aspecto subjetivo dos direitos sociais	34
1.2 “Direito, Escassez e Escolha”: limitações fáticas à satisfação dos direitos sociais e a “reserva do possível”.	39
2. POR TRÁS DA PONDERAÇÃO: direito à saúde <i>versus</i> princípio da competência orçamentária do legislador	43
3. RETOMANDO O CONCEITO DE DIRETRIZES: o controle judicial das políticas públicas e a eficácia normativa do direito à saúde.	51
PARTE III – SUBSTRATO JURISPRUDENCIAL: análise das linhas decisórias no âmbito do direito à saúde.	59
1. A SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO INDIVIDUAL E SUA APLICAÇÃO COMO REGRA PELOS TRIBUNAIS	59
2. A POSIÇÃO MINORITÁRIA NO TJ/RS E A SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO A POLÍTICAS PÚBLICAS	62
3. NOVAS INCLINAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	63
CONCLUSÃO	67
BIBLIOGRAFIA	70

INTRODUÇÃO

O direito à saúde, na seara da eficácia dos princípios constitucionais, vem despertando, nos últimos anos, o interesse da Academia, de modo que a produção científica nessa área tem aumentado sobremaneira. Essa realidade não poderia ser diferente, na medida em que os fatos sociais ensejam a percepção de problemas jurídicos antes pouco enfrentados.

No âmbito do direito à saúde, o enfoque está em averiguar em que medida esse direito, posicionado em nossa Constituição como direito fundamental, enseja vinculação e obrigatoriedade aos Poderes Públicos e, como consequência, de que maneira deve o Poder Judiciário proceder na análise de demandas individuais por tratamentos de saúde, sobretudo por medicamentos. Nesse ponto, a realidade financeira do Estado brasileiro vem denunciar a problemática.

No Estado do Rio Grande do Sul, atualmente, a assistência farmacêutica consome 41% do orçamento da Secretaria de Saúde; e, desse percentual, 18,92% é administrado pelo Poder Judiciário¹. Em dados mais recentes, e ainda mais impactantes, há notícia de que o Estado do Paraná, no ano de 2009, gastou R\$ 54,6 milhões em medicamentos, sendo que 64% desse valor correspondem a fármacos adquiridos por meio de ordens judiciais. O Ministério da Saúde, por sua vez, gastava R\$ 100.000 (cem mil reais) no ano de 2003 com demandas judiciais relativas a remédios; já no ano de 2009, esse valor atingiu os R\$ 159 milhões de reais. Ainda em relação ao Estado do Paraná, há um dado comparativo interessante: enquanto a Secretaria de Saúde investiu, também no ano de 2009, R\$ 2,4 milhões na manutenção de hospitais, R\$ 0,5 milhões na saúde da mulher e R\$ 4,7 milhões na compra de medicamentos básicos, o custo direcionado ao fornecimento de remédios pela via judicial chegou a R\$ 35 milhões de reais².

Esses dados já demonstram a relevância e complexidade da temática. A diferença, por exemplo, entre o dinheiro gasto na manutenção de hospitais e a verba despendida no cumprimento de ordens judiciais, é abissal e ilustra um problema central

¹ Manifestação da Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, Janaína Barbier Gonçalves, na Audiência Pública realizada pelo STF, na data de 04 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/PGERS.pdf>>. Acessado em 20.11.2010.

² Os gráficos foram noticiados em sítio da internet, indicando como fonte o Tribunal de Contas do Paraná. Disponível em <<http://fopspr.wordpress.com/2010/10/27/parana-gasta-64-de-verba-para-remedios-via-ordem-judicial/>>. Acessado em 10.11.2010.

de alocação de recursos e também de justiça distributiva, conduzindo a determinados questionamentos acerca do modo de efetivação do direito à saúde e, do ponto de vista do Poder Judiciário, acerca do modo de aplicação desse direito. Em essência, impende a reflexão concernente à existência de um direito subjetivo público a prestações individuais de saúde, avaliando a maneira pela qual a saúde, de acordo com a Constituição, deve ser protegida e promovida.

Nesse sentido e, para o alcance desse objetivo, este trabalho se divide em três partes. A primeira delas guarda relação com a tipologia normativa, com a estrutura de regras e princípios. Aqui, o essencial é compreender o modo de interpretação e aplicação de cada espécie normativa. Esse estudo inicial, que assenta conceitos determinantes para a sequência do trabalho, é imprescindível, uma vez que permite a compreensão da vinculação entre a eficácia da norma que trata do direito à saúde e a categoria a qual ela está relacionada. A teoria dos princípios é, pois, aspecto basilar para o tema da eficácia dos direitos fundamentais.

A segunda parte, já intrincada ao objeto central deste estudo, corresponde à análise do direito à saúde como direito a prestações positivas no contexto da Constituição de 1988, reservando-se especial relevo aos aspectos fáticos e jurídicos que idoneamente limitam à satisfação desse direito social. Tem aqui especial lugar a controvérsia doutrinária sobre o caráter subjetivo dos direitos a prestações, bem como o problema da relação entre direito e escassez de recursos. Ademais, ainda neste corte metodológico, há espaço para a análise crítica do mecanismo de ponderação na resolução de conflitos envolvendo o direito à saúde, além de algumas definições sobre o alcance da atuação e do controle judicial em demandas dessa natureza.

Por fim, a terceira e última parte está destinada à análise jurisprudencial, avaliando-se as principais características das linhas decisórias observadas, além da correlação e aproximação entre elas e as considerações e conclusões parciais articuladas ao longo do trabalho. A ideia é perceber de que maneira o Poder Judiciário vem aplicando o direito à saúde, observando as consequências produzidas e, tendo em vista as premissas estabelecidas no decorrer do texto, averiguar a consistência teórica e metodológica de que, na seara da eficácia dos princípios constitucionais, revestem-se tais posturas decisórias.

PARTE I - SUBSTRATO FILOSÓFICO: entre princípios e regras.

A doutrina filosófico-constitucional, sobretudo a partir das contribuições de Ronald Dworkin e Robert Alexy, vem estudando com merecida atenção o tema da tipologia normativa. As diferenças entre princípios e regras não se situam meramente no plano especulativo; pelo contrário, descem ao âmago da eficácia das normas, orientando a definição do campo de aplicação dos comandos normativos. Particularmente no que se refere ao presente estudo, que visa à apreciação do alcance material dos princípios constitucionais, especificamente, do direito à saúde, importa compreender de modo cuidadoso as implicações decorrentes da estrutura normativa: se correspondente à regra ou a princípio.

Evidentemente, o próprio título deste trabalho já adianta que a norma que dispõe sobre o direito à saúde tem natureza de princípio. Resta saber, no entanto, o que isso significa³ e a razão pela qual não se poderia aplicar o direito à saúde, a partir da Constituição brasileira, como regra. Essa abordagem é essencial para adentrar no tema da eficácia dos direitos fundamentais, que – em grande parte – têm caráter de princípio, não de regra. Nas palavras de Robert Alexy⁴:

A distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, antes de ingressar na complexa seara da eficácia dos direitos fundamentais em relação ao nosso objeto (o direito à saúde), seguem alguns apontamentos sobre os tipos normativos, sua condição de aplicação, suas ramificações, seus métodos de aplicação, assentando, desde já, uma classificação primeira: norma é gênero do qual regras e princípios são espécies.

³ “*La controversia sobre la justiciabilidad de los derechos sociales no es simplemente una controversia sobre cuáles son los órganos estatales que deben distribuir ciertos bienes sociales a los ciudadanos. Es más bien una controversia sobre la naturaleza de los argumentos racionales que se deben emplear para decidir sobre esta distribución*”. MICHELON JUNIOR, Claudio. **Introducción. Derechos Sociales y la Dignidad de la igualdad**. Doxa. Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), p.11-12.

⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 85.

1. REGRAS

1.1. Análise conceitual e particularidades

As regras jurídicas, ainda que possam sofrer de certa imprecisão semântica, apresentam a hipótese genérica, o antecedente, de forma fechada, de modo que as propriedades que definem o âmbito de incidência da norma são identificáveis. O conseqüente, por sua vez, possui qualificação deôntica, instituindo uma obrigação, permissão ou proibição. Para Atienza e Ruiz Manero⁵, as regras constituem razões peremptórias e independentes do conteúdo. O caráter peremptório se apresenta em razão de uma relação de precedência que existe na estrutura dessa espécie de norma. Uma vez verificada a ocorrência do suporte fático da regra, o juiz deve aplicar a conseqüência prevista no comando. Quanto à independência do conteúdo, trata-se, na verdade, da impossibilidade de o julgador ponderar ou valorar a solução jurídica prevista pelo legislador. Pressupõe-se, aqui, que o legislador já tenha efetuado a ponderação necessária, a ponderação política.

Esse ponto pode ser mais bem ilustrado por um exemplo. Antes da edição da Lei n. 12.015 de 2009, que modificou⁶, entre outros, o capítulo que tratava dos crimes sexuais contra vulnerável no Código Penal brasileiro, a legislação previa a presunção de violência quando houvesse relação sexual com menores de 14 anos. Era o chamado estupro ficto. Daquele dispositivo se poderia extrair uma regra⁷ que definia um “*dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade*”⁸.

No HC n. 81.286-86/2001, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem ao paciente que praticara o crime supramencionado. O paciente tinha sido absolvido pelo juiz de primeiro grau e pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sob o fundamento de que a presunção de violência era *juris tantum* e, no caso, verificava-se o consentimento da vítima, que elidia a presunção. Nesse julgamento, o Supremo Tribunal Federal manteve a condenação proferida pelo Superior Tribunal de Justiça em

⁵ ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

⁶ Note-se que a modificação veio a sedimentar a posição tradicional adotada pelo Supremo Tribunal Federal. Agora, o Código Penal não fala mais em “presunção”. Em seu art. 217-A, dispõe apenas o seguinte: “*Ter conjunção carnal ou praticar ato libidinoso com menor de 14 anos: Pena – reclusão de oito a quinze anos*”.

⁷ Sobre a diferença entre norma e dispositivo, ver GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 24.

⁸ STF, Pleno, HC n. 81.286-86, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 16.10.2001.

sede de recurso especial. O relator Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, acompanhado pelos demais ministros, exaltou o *status* que o legislador dera à proteção da personalidade da vítima. No particular que aqui nos interessa, vale sublinhar que o legislador, ao estabelecer a presunção de violência, impediu, em princípio, que esta fosse afastada por eventual aquiescência do menor, pois a *ratio* dessa regra penal é fundada justamente na ideia de incapacidade absoluta para consentir.

Está-se, nesse exemplo, diante de uma regra, que estabelece um dever-ser concreto; ou seja, preenchida a condição de aplicação (que é fechada), o juiz deve aplicá-la, sem valorar a solução, a consequência imposta pelo legislador. Essa relação entre o juiz, a regra e o legislador mostra-se imprescindível para entender o método de aplicação dessa espécie de norma e, sobretudo, o campo de discricionariedade⁹ a que está submetido o julgador. Nesse contexto, ainda em relação à mesma decisão já comentada, o Min. Sepúlveda Pertence ilustra, com senso de responsabilidade e brilhantismo, o que se quer dizer, neste trabalho, por aplicação da regra com independência de seu conteúdo. Segue a lição:

Lamento, é certo, que, na linha de exacerbação repressiva – a um tempo, histórica e ingênua –, a lei haja cominado ao estupro pena mínima igual à do homicídio. Mas não temos como remediar o despautério.

Outro aspecto característico das regras, não imune a controvérsias, trata de seu modo de aplicação, conhecido doutrinariamente por “tudo ou nada”¹⁰. Segundo Robert Alexy¹¹, as regras são normas que são sempre satisfeitas ou não, sem admitir gradações. Se a regra tem validade, deve-se realizar exatamente aquilo que é exigido, tendo como ponto nodal o fato de que as regras se diferenciam dos princípios também pela existência de uma hipótese clara de incidência seguida por uma consequência jurídica determinada. Essa temática será objeto de análise no item seguinte.

O mesmo Alexy, ainda cuidando das características que distinguem os princípios das regras, desta vez na esfera dos conflitos, entende que um conflito entre regras “*somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada*

⁹ Sobre a discricionariedade nas decisões judiciais, ver GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** Isegoría, No. 35 (2006), pp.151-172.

¹⁰ O primeiro a empregar o termo “tudo ou nada” (all or nothing fashion), para tratar do modo de aplicação das regras, foi Ronald Dworkin.

¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 91.

inválida”¹². Para solucionar esse conflito, quando não haja a cláusula de exceção, existem regras de validade de regras, como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali* ou, para sistemas que admitem hierarquia entre leis, o critério da *lex superior derogat inferiori*.

Dessa maneira, o entendimento tradicional é de que conflitos entre regras se resolvem necessariamente no plano abstrato. De outra maneira compreende Humberto Ávila¹³. Este autor sustenta que essa qualidade é apenas contingente, mas não necessária. Tem-se, aqui, o reconhecimento da possibilidade de ponderação entre regras, sem a obrigação de declarar, na ausência de cláusula de exceção, a invalidade de uma delas. Para Ávila, em determinados casos, o julgador, em razão da finalidade subjacente à cada regra, deverá dar um peso maior a uma delas. O juiz, nesta hipótese, estaria diante de um conflito de regras no plano concreto, tendo que pesar razões e contrarrazões para proceder à aplicação¹⁴.

1.2. Campo de aplicação da regra e a ideia de justificação subjacente

Em tese, o conceito de que a regra tem condição de aplicação fechada e, presente essa condição, deve o juiz aplicar a consequência prevista, numa relação lógica entre antecedente e conseqüente, parece completo. Todavia, quando se passa a observar os enunciados normativos como produto da linguagem, tem-se, pois, um problema. Trata-se da indeterminação do direito, dada a indeterminação da própria linguagem. O legislador se comunica com os destinatários da norma por meio de um texto, que, não raro, pode ser impreciso. No dizer de Ricardo Guastini¹⁵, “*as chamadas normas apresentam-se à interpretação como documentos em língua de significado*

¹² *Ibidem*, p. 92.

¹³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 52-55.

¹⁴ Ávila menciona o seguinte exemplo para ilustrar sua hipótese: “*uma regra proíbe a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/1997). Essa regra proíbe ao juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Outra regra, porém, determina que o Estado deve fornecer, de forma gratuita, medicamentos excepcionais para pessoas que não puderem prover as despesas com os referidos medicamentos (art. 1º da Lei estadual n. 9.908/1993). Essa regra obriga que o juiz determine, inclusive por medida liminar, o fornecimento de remédios pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para viver. Embora essas regras instituem comportamentos contraditórios, uma determinando o que a outra proíbe, elas ultrapassam o conflito abstrato mantendo sua validade. Não é absolutamente necessário declarar a nulidade de uma das regras, nem abrir exceção a uma delas*”. ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 53.

¹⁵ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 94. Importa ressaltar que Guastini, citando Kelsen, aduz que “*as normas são nada mais que molduras de muitas e diversas interpretações (e conseqüentes aplicações) possíveis*”.

indeterminado”. Daí as observações, tecidas pelo mesmo autor,¹⁶ acerca das diferenças entre dispositivo e norma, a partir das quais se identificariam disposições sem normas, normas sem disposições, produto da não correspondência bi-unívoca entre elas.

No mesmo sentido, tem lugar a discussão acerca da derrotabilidade das normas jurídicas. Na lição de Juan Carlos Bayón¹⁷, “*afirmar que las normas jurídicas son derrotables - o ‘abiertas’ - equivale a sostener que están sujetas a excepciones implícitas que no pueden ser identificadas exhaustivamente de antemano*”. Isso significa, em síntese, que o legislador vislumbra casos genéricos, sendo impossível precisar e determinar, no plano abstrato, todas as exceções que podem adentrar o campo de aplicação de uma regra. Embora exista séria discussão sobre o caráter contingente ou necessário da derrotabilidade, o que nos interessa, neste momento, é apenas entender que é ingênua a compreensão de que o legislador, ao editar a regra, explicitou tudo o que desejaria explicitar. Há, na verdade, um processo de ponderação para a criação de uma norma abstrata, especificamente, de uma regra jurídica. Nesse processo, a regra adquire sua justificação subjacente, que, na verdade, é dependente dos princípios que informam a própria regra, respeitando-se, assim, na percepção de Neil MacCormick¹⁸, o requisito de coerência do ordenamento jurídico.

Nessa linha, e aqui Juan Carlos Bayón¹⁹ e Humberto Ávila²⁰, apoiados em Frederick Schauer, seguem o mesmo caminho, sustenta-se que existiriam regras que, à luz de sua justificação subjacente, incluiriam casos a mais em seu campo de aplicação (*over-inclusion*) e, por outro lado, haveria regras que incluiriam casos a menos em seu campo de aplicação (*under-inclusion*).

Recorramos, outra vez, a um exemplo. O artigo 183 da Constituição Federal assim dispõe:

Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

¹⁶ Vide também ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 30.

¹⁷ BAYON, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 293.

¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁹ BAYON, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Op. cit., p. 297

²⁰ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 45-50.

Em determinado caso, em apreciação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ²¹, a parte autora postulava o reconhecimento da prescrição aquisitiva na modalidade constitucional, preenchendo, em um primeiro momento, todos os requisitos do art. 183 da CRFB, exceto um: não ser proprietário de outro imóvel. O autor, ao longo do período aquisitivo, recebeu – por herança – a fração ideal correspondente a 6,25% de um imóvel urbano de dimensões modestas.

Se observarmos o disposto no artigo invocado, procurando extrair uma regra jurídica mais restrita e aplicável, *prima facie*, ao caso, poderíamos explicitar a seguinte norma: “aquele que já detém a propriedade de um imóvel não poderá adquirir outro por usucapião especial constitucional” (modalidade do art. 183 da Constituição). Observando a norma abstratamente, há uma hipótese antecedente precisa e uma consequência jurídica determinada. Tratar-se-ia, por óbvio, de uma regra: verificada a condição de aplicação, incide a solução jurídica (“tudo”).

Ocorre que, neste caso, o autor detém apenas 6,25% da propriedade do mencionado imóvel, em condomínio, sofrendo as restrições impostas por essa modalidade de exercício de um direito real. A doutrina²², prevendo essa possibilidade, faz uma construção que exclui essa hipótese fática do campo de aplicação da proibição, do impedimento constante no artigo 183 da CRFB. Em síntese, a ideia é que a regra que proíbe a quem já detém o domínio de outro imóvel a usucapião pela via constitucional urbana incluiu demais, ou seja, é “supra-inclusiva”. Necessita-se, então, efetuar uma redução teleológica, para excluir o caso em comento do âmbito de aplicação da proibição. Considera-se que a razão subjacente da regra, sua finalidade, é impedir que quem já seja proprietário de um imóvel, com aptidão para moradia, possa usucapir outro pela via referida, observados o princípio da função social da propriedade e o direito social à moradia. Uma decisão judicial que não reconhecesse, em razão do impedimento citado, à prescrição aquisitiva em favor do postulante, não realizaria os princípios que informam a norma, uma vez que o postulante continuaria sem ter uma propriedade apta ao exercício do seu direito à moradia.

²¹ TJ/RS, 18ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 70038457529, Rel. Nelson José Gonzaga. Acórdão ainda não publicado.

²² “O intuito do legislador constitucional, ao tratar da política urbana nos arts. 182 e 183, foi o de dar um teto, conquanto módico (250m²), àquele que não tenha onde morar, cumprindo, assim, princípios fundamentais insertos na Constituição referentes à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e II)”. RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. V. 2. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.p. 912-913.

Esse é apenas um exemplo entre muitos outros. Em razão dessa possibilidade de concreção e adequação da aplicação da norma, que, abstratamente, lança-se como regra, Humberto Ávila sustenta que “*o conteúdo normativo de qualquer norma – quer regra, quer princípio – depende de possibilidades normativas e fáticas a serem verificadas no processo mesmo de aplicação. Assim, o último passo não é dado pelo dispositivo nem pelo significado preliminar da norma, mas pela decisão interpretativa*”.²³ Nesse sentido, Ávila entende que não é correto definir, *a priori*, se determinada norma funciona como princípio ou como regra. Isso dependeria, segundo ele, das conexões valorativas e do processo de argumentação desenvolvido pelo intérprete. Em linhas gerais, seguindo essa tese, somente seria possível definir se uma norma é regra ou princípio diante do caso concreto.

1.3. Sistematização

No início desse capítulo, ao procurar traçar um conceito para as regras, tentou-se defini-las como normas que possuem uma condição de aplicação fechada que, caso satisfeita, produzirá a consequência jurídica prevista na própria norma, em uma relação lógica. Regras seguiriam, pois, a estrutura “*se A, então B*”. Em tese, presente a condição “A”, a incidência de “B” seria necessária. No entanto, a possibilidade de existirem exceções implícitas a regras, dentro de um contexto de apreciação de sua justificação subjacente, deixou o tema mais complexo. Isso porque, diante dessa possibilidade, a definição do campo de aplicação da norma se localizaria no processo interpretativo, diante do caso concreto. Nesse momento, o intérprete faria, também em relação às regras, uma ponderação, uma análise valorativa, considerando os princípios que as informam, para verificar se, para aquele caso particular, incide, em sua totalidade, a consequência jurídica prevista. A grande dificuldade, em linhas gerais, é, portanto, precisar as condições de aplicação da norma; ou seja, ainda que ela traga uma hipótese condicional, o que a posicionaria no âmbito das regras, essa hipótese pode ser interpretada e o julgador, por sua vez, pode – argumentativamente – demonstrar a existência de uma exceção não prevista pelo legislador.

Isso, contudo, não retira a característica, própria das regras, de que elas possuem uma condição de aplicação definida, sem prejuízo de eventuais exceções que, durante o

²³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41.

processo interpretativo, possam – justificadamente – surgir. É justamente essa condição de aplicação, esse suporte fático, que orientará as ações dos destinatários²⁴. Os princípios, pelo contrário (como veremos), não possuem condição de aplicação definida sequer de modo genérico. Desta feita, essas regras que, no processo interpretativo, admitiriam exceções, à luz de sua justificação subjacente, seriam – talvez – mais bem classificadas como regras *prima facie*. Não se tornariam, exclusivamente porque não obedecem ao critério tradicional, relativo ao modo de aplicação de “tudo ou nada”, princípios.

Diante de todo o exposto, adotaremos aqui a definição de regra proposta por Humberto Ávila, por ser a que, do ponto de vista didático e tendo em vista o que se articulou até aqui, a que melhor representa a ideia. Segue o conceito²⁵:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos.

2. PRINCÍPIOS

2.1. Análise conceitual e particularidades

Princípios, na tradicional definição de Robert Alexy, “*são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes*”²⁶. Princípios são, nesse sentido, mandamentos de otimização. Seguindo essa mesma linha teórica, outra maneira de caracterizar princípios ocorre observando o modo de aplicação. Quando ocorre uma colisão entre princípios, e isso se apresenta apenas diante do caso concreto, um dos princípios prevalece em detrimento de outro. A ideia, aqui, reflete a dimensão de peso que tem essa espécie de norma, de modo que – diante de determinadas condições – um princípio terá maior peso que outro. Essa

²⁴ LAPORTA, Francisco. **El Imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, p. 85. Sobre o tema, o autor argumenta que “*las reglas del derecho tienen que ofrecer a cada uno la posibilidad de contar con una reacción uniforme y predecible en relación con tipos de conductas determinados que, así, puede ser incluida en el cálculo de la propia acción*”.

²⁵ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 78.

²⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

ponderação, que é o meio pelo qual são resolvidos conflitos entre princípios, será demonstrada, detalhada e fundamentada pelo exercício argumentativo do intérprete.

No dizer de Humberto Ávila²⁷, “*princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade*”. Fundamentalmente, os princípios estabelecem um fim a ser atingido, a promoção de um estado de coisas. Ao contrário das regras, que têm pretensão de decidibilidade marcada pela exclusividade e abarcância, os princípios, seguindo a terminologia de Ávila, têm pretensão de decidibilidade caracterizada pela concorrência e pela parcialidade. Ainda, na conceituação proposta por esse autor, os princípios exigem a avaliação da correlação entre os efeitos da ação, do meio adotado, e o fim (o estado de coisas) que deve ser alcançado. Diferenciam-se, neste ponto, das regras, porque estas exigem a análise da correspondência entre o que se descreve na norma e a hipótese sobre os fatos.

No mesmo sentido, e retomando o conceito de justificação subjacente das regras, Ávila salienta que o mecanismo da ponderação não é exclusivo dos princípios, na medida em que toda norma, inclusive as regras, sofre um processo de ponderação. Em síntese, depreende-se que os princípios descrevem um estado de coisas a ser atingido, sem, contudo, haver qualquer definição acerca dos meios que contribuirão para a promoção do fim. Retoma-se, aqui, o fato de que a condição de aplicação dos princípios não está sequer determinada no enunciado normativo.

2.2. Juízo de ponderação

Sem prejuízo da ideia de que as regras também são ponderadas, sendo possível classificá-las (as que sofrem esse processo) de regras *prima facie*, de maneira que, após a ponderação, são aplicadas por meio de subsunção, tem-se, como já exposto, que a ponderação é o modo de aplicação inerente aos princípios. Desta feita, colidindo princípios, o intérprete lança mão da ponderação para decidir acerca da prevalência entre eles.

Antes de adentrar na análise conceitual e procedimental do juízo de ponderação, cabe acrescentar que este juízo integra um dos passos da proporcionalidade. Existe, na lição de Robert Alexy, a proporcionalidade em sentido amplo, que se manifesta em três

²⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 78.

passos: adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (que é, na verdade, a ponderação). As duas primeiras etapas (adequação e necessidade) referem-se às possibilidades fáticas, de maneira que seja possível, antes de se chegar à ponderação, evitar intervenções que afetem indevidamente direitos fundamentais. A proporcionalidade em sentido estrito cuida das possibilidades jurídicas. Aprecie, com brevidade, cada um desses passos.

No que atine à idoneidade ou adequação, trata-se, em suma, de examinar se o meio escolhido para realizar um direito fundamental, um princípio, afetando outro, efetivamente satisfaz a pretensão. Se a medida não for idônea, ou seja, se não for faticamente possível satisfazer o direito fundamental ao adotá-la, então ela não é legítima e, por conseguinte, deve ser abandonada. A restrição a outro direito fundamental, neste caso, seria indevida. Observou-se até aqui que um princípio visa alcançar uma finalidade, um estado de coisas. Para tanto, deve-se eleger meios para que o estado de coisas seja promovido. Se esses meios, faticamente, não são adequados ou idôneos, de modo que não realizam a finalidade, repise-se, a afetação a outro direito fundamental é ilegal.

Nesse contexto, a apreciação do critério de idoneidade atinge a esfera legislativa e o âmbito judicial. Em relação ao legislador, o controle é relativamente frágil, uma vez que a medida legislativa resulta de um amplo espaço de deliberação e conformação que possui o legislador. O princípio democrático e a divisão de poderes sustentam o respeito aos meios previstos nas leis para a consecução de determinados fins; por isso, a menos que a medida seja manifestamente ineficaz, seu exame resta mitigado. Já no que concerne à medida judicial, o controle se torna mais intenso, justamente porque a liberdade de conformação do julgador é muito menor que a do legislador. No caso concreto, a precisão dos bens em jogo permite uma avaliação mais acurada da idoneidade da intervenção efetuada²⁸.

O requisito da necessidade, por sua vez, caracteriza-se pela ideia de que, existindo duas ou mais medidas aptas a promover a realização de um estado de coisas, deve ser escolhida aquela que seja menos gravosa para outro princípio, que afete menos o direito fundamental colidente. Existindo, no entanto, incerteza “*sobre a intensidade de intervenção no âmbito normativo das posições fundamentais jurídicas prima facie ou*

²⁸ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 241-243.

*das dimensões do bem jurídico coletivo constitucionalmente protegido*²⁹”, deve prevalecer a medida escolhida e se considerar satisfeito o juízo de necessidade, passando-se, pois ao exame da proporcionalidade em sentido estrito, último passo da máxima da proporcionalidade.

O Supremo Tribunal Federal, julgando caso em que se discutia a possibilidade de prisão do depositário infiel³⁰, além de invocar – como fundamento central – o Pacto de San José da Costa Rica e sua posição hierárquico-normativa na condição de tratado internacional de direitos humanos, tratou também do juízo de necessidade, formando a seguinte conclusão:

A prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de modo que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Entendeu o Supremo, nesse caso, que a prisão civil passaria no exame de adequação, pois, de fato, é um meio idôneo para a satisfação do fim previsto. No entanto, diante de outros meios igualmente adequados, o Tribunal concluiu que a prisão, como método coercitivo extremo, não seria necessária, visto que haveria outros meios menos gravosos, que afetariam menos a liberdade do devedor.

O juízo de proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao juízo de ponderação, que, como visto, é tradicionalmente o mecanismo de aplicação dos princípios que, no caso concreto, entram em colisão. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre da análise das possibilidades jurídicas de efetivação da finalidade, entendendo-se o princípio como um mandamento de otimização.

Robert Alexy elaborou, neste ponto, a chamada lei da ponderação, que assim é enunciada: “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro*”³¹. Alexy explica, nesse sentido, defendendo a lei do sopesamento, que há, aqui, a exposição de um critério, oferecido para que sejam resolvidos casos particulares, a partir dos quais sempre se

²⁹ GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 247.

³⁰ STF, Pleno, Recurso Extraordinário n. 349703/RS. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. j. 03.12.2008

³¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 167.

poderá formular uma regra. Questiona, assim, a não tão rara crítica de que essa lei seria “vazia”³².

Nas palavras de Anízio Gavião Filho, “o resultado dessa operação (da ponderação) é o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os direitos fundamentais ou os bens jurídicos constitucionalmente protegidos”³³. O ponto nodal é que essa relação de precedência não se manifesta em abstrato, como – em geral – no caso das regras.

Interessa ressaltar, nessa linha, que da colisão entre princípios surge uma regra³⁴. Isso porque, no âmbito das circunstâncias fáticas do caso apreciado, as condições de aplicação, em princípio indeterminadas, vão sendo identificadas e explicitadas pelo intérprete. Os tribunais, na medida em que efetuam ponderações entre princípios, pressupondo-se a ausência de regras que regulem a situação fática no particular apreciado, criam uma taxonomia de casos não previstos abstratamente pelo legislador.

Para ilustrar essa ideia, vale recorrer a um exemplo. O Tribunal Constitucional Espanhol julgou um caso³⁵ em que estavam em conflito dois princípios: liberdade de informação e direito à intimidade (imagem e honra). Tratava-se da divulgação, em 15 de fevereiro de 1986, por um jornalista, da informação de que um determinado arquiteto da cidade de Mallorca seria a quarta pessoa na região a padecer de AIDS. O conflito entre princípios era evidente e os demandados argumentavam, fundamentalmente, que não se teria ultrapassado o limite da liberdade de expressão. As razões utilizadas pelo Tribunal para fazer prevalecer o direito fundamental à intimidade (norma com estrutura de princípio) centraram-se, sobretudo, na criação de dois critérios para efetuar a ponderação: veracidade da informação e relevância pública. Presentes esses dois requisitos, o Tribunal Constitucional entenderia que deveria prevalecer a liberdade de

³² “(...) Esa tercera vía por la que Rodríguez Santiago apuesta, a la que designa como ley de la ponderación, es la regla formulada por Alexy, según la cual cuanto mayor sea el grado de perjuicio a uno de los principios en colisión, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento del principio contrario. Y lo cierto es que esta ley, vista con un poco de detalle, no tiene mucho más alcance que el de una fórmula hueca. Se trata, simplemente, de una de las consecuencias de pesar; de comprobar el juego relativo de dos magnitudes escalares. Tanto vale decir que A pesa 100 y B 30, que decir que si se quiere valorar en 30 a B (grado de su perjuicio), A tiene que pesar 100 (medida de la importancia de su cumplimiento) o 120 habría de ser la trascendencia de su realización, si el perjuicio por el sacrificio de B es valorado en 50. El problema es, obviamente, saber por qué la diferencia en la magnitud es 70, y no 30 o 0, o por qué B no pesa más que A”. LORA, Pablo de. **Tras el rastro de la ponderación**. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 60. Setembro-Dezembro de 2000, p. 363.

³³ GAVIÃO FILHO, Anízio. Op. cit., p. 249.

³⁴ ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos Atípicos: sobre el abuso de derecho, el fraude de ley e la desviación del poder**. Madrid: Trotta, 2002, pp. 13-15.

³⁵ ESPANHA, Sentença do Tribunal Constitucional n. 20/1992, Recurso de Amparo, Relator D. Francisco Tomás y Valiente, Publicação em 17.03.1992.

informação. Todavia, o segundo requisito não restava preenchido, conforme se extrai da sentença:

Fue lesionada su intimidad, con claridad plena, porque en modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos, reales o supuestos, de su vida privada que afecten a su reputación, según el sentir común, y que sean triviales o indiferentes para el interés público.

Assim, poder-se-ia extrair, após a realização da ponderação (na verdade, aqui manifestada como definição de âmbitos de aplicação, já que um dos princípios foi abandonado), em linhas gerais, a seguinte regra: “está proibida a veiculação de informações relativas à vida privada de qualquer cidadão, salvo se corresponder à verdade e ao mesmo tempo possuir relevância pública”. Nesse sentido, descrita essa regra, a partir de então o Tribunal poderia efetuar uma subsunção. Sobrevindo um caso com circunstâncias fáticas análogas, poderia ser aplicada essa regra, resultado da ponderação já realizada pelo órgão julgador.

Ocorre que, em outro caso, o mesmo Tribunal teve que julgar situação³⁶ em que a informação veiculada era supostamente verídica e de relevância pública. Todavia, preponderou o direito à intimidade. Tratava-se da divulgação de uma denúncia sobre irregularidades de determinado parlamentar das Cortes de Aragón. Os julgadores sublinharam que os critérios de veracidade (de fato, existia uma denúncia) e interesse público estavam preenchidos, afirmando, ainda, que as personalidades públicas devem suportar certos riscos de lesão à personalidade. Entretanto, acrescentaram mais um critério no exame de ponderação: a existência de expressões injuriosas e desnecessárias para a exposição da opinião. Destarte, mesmo sendo verídica e de relevância pública a informação, o jornalista não poderia tê-la veiculado utilizando palavras vexatórias.³⁷

Note-se, portanto, que os tribunais, na medida em que ponderam, criam uma taxonomia de regras, fundadas em colisões de princípios, que podem ser aplicadas por subsunção, em um segundo momento do exercício interpretativo.

³⁶ ESPANHA, Sentença do Tribunal Constitucional n. 105/1990, Relator D. Luis López Guerra, Publicação em 05.07.1990.

³⁷ A análise desses casos foi realizada nas aulas de Metodología y Teoría de la Argumentación Jurídica, ministradas pelo professor Juan Carlos Bayón Mohino, no semestre 2009/1, na Faculdade de Direito da Universidade Autónoma de Madri.

2.3. Princípios em sentido estrito e diretrizes ou normas programáticas

Atienza e Ruiz Manero pretendem ir um pouco mais além da conceituação de Alexy e propõem uma classificação ramificada, retomando – de certa maneira – o por vezes esquecido conceito de “norma programática”, tradicionalmente presente na dogmática constitucional. Dividem os princípios em dois tipos: princípios em sentido estrito e diretrizes (ou normas programáticas)³⁸. A concepção de mandamento de otimização, para estes autores, relaciona-se apenas às diretrizes, que admitem graus diferenciados de satisfação, não para os princípios em sentido estrito.

2.3.1. Os princípios em sentido estrito

Esses autores trabalham, para demonstrar a ideia referida, com o seguinte exemplo³⁹: a proibição de discriminação. Dentro dessa linha metodológica, o que está indeterminada é tão-somente a condição de aplicação. Essa indeterminação do “antecedente”, note-se, é característica essencial de normas com estrutura de princípios. Nesse exemplo, a conduta proibida está perfeitamente descrita, qual seja, discriminar.⁴⁰ Atienza e Ruiz Manero expõem, para ilustrar sua tese, duas normas distintas: (N1): *está proibida a discriminação*; (N2): *os empresários estão obrigados a pagar, pela prestação do mesmo trabalho, salário idêntico, sem discriminação por razões de sexo*. Ao menos *prima facie*, N1 poderia ser classificada como princípio (da não-discriminação) e N2 como regra. Contudo, a diferença entre ambas é apenas no que se refere à condição de aplicação, que vem determinada em N2. A conduta proibida, na verdade, é a mesma.

Seguindo esse raciocínio, conclui-se que os princípios em sentido estrito exigem um cumprimento pleno, não cabendo modalidades graduais de satisfação. Atienza e

³⁸ Nesse sentido, há semelhança na distinção proposta por Ronald Dworkin entre argumentos de princípio e argumentos de política (*policy*). Na visão desse autor, “*os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio*”. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 129-130.

³⁹ ATIEZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Sobre principios y reglas**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991), pp. 109-110.

⁴⁰ Os autores, Atienza e Ruiz Manero, defendem-se quanto à possível crítica sobre a indeterminação semântica, aduzindo que essa característica também é atinente às regras.

Ruiz Manero, para relacionar ponderação e mandamento de otimização no âmbito dos princípios em sentido estrito, argumentam o seguinte:

(...) de los principios en sentido estricto cabe decir que son mandatos de optimización únicamente en el sentido de que, al estar configuradas de forma abierta su condición de aplicación, la determinación de su prevalencia o no en un caso individual determinado exige su ponderación en relación con los factores relevantes que el caso presente, con principios y reglas que jueguen en sentido contrario; pero una vez determinado que en ese caso prevalece el principio, éste exige un cumplimiento pleno.⁴¹

O que se quer explicitar, aqui, é que a ponderação é um elemento necessário para definir, numa colisão entre princípios, aquele que prevalece no caso concreto. Mas, de fato, o princípio com maior “peso” incidirá no caso de modo pleno, segundo esses doutrinadores. A ponderação, neste ponto, define o âmbito de incidência do princípio, que será aplicado de modo integral no caso, considerando que a aplicação dos princípios não envolve necessariamente atribuição de peso. Isso também pode ser explicado de maneira a entender a ponderação como uma etapa prévia que, inclusive, cria uma regra em relação às condições de aplicação apresentadas concretamente.

Importa, neste particular, novamente, recorrer a um exemplo de colisão entre princípios. O Supremo Tribunal Federal⁴², apreciando caso de publicação de livros com conteúdo anti-semita, deparou-se com o clássico conflito entre liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana e seus consectários (direito à honra, por exemplo). Neste caso, o STF concluiu que a liberdade de expressão, como qualquer direito fundamental, pode sofrer restrições. Na hipótese analisada, não se poderia proceder à publicação de material, mesmo de livros, com conteúdo preconceituoso e pejorativo em relação aos judeus. Prevaleceu, portanto, o direito à honra⁴³.

Na linha de raciocínio de Atienza e Ruiz Manero, somente se poderia falar de “mandamento de otimização”, aqui, no momento de se efetuar a ponderação, mas não em relação à aplicação do princípio prevalente⁴⁴. O direito à honra é, *prima facie*, um

⁴¹ ATIEZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Sobre principios y reglas**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991), p. 110.

⁴² STF, Pleno, HC n. 82424/RS, Relator Min. Moreira Alves, j. 17.09.2003.

⁴³ Aparentemente, não haveria necessidade de proceder à colisão alguma, uma vez que existia regra estrita a ser aplicada ao caso, como de fato foi. Trata-se da Lei 7716/89, em seu artigo 20, com redação dada pela Lei 9459/97, que define como crime “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”.

⁴⁴ O próprio Alexy admite a distinção entre mandamento de otimização e objeto de otimização. Os princípios, em si, não seriam mandamentos. Cf. ALEXY, Robert. **On the structure of legal principles**.

princípio que, no contexto de circunstâncias e possibilidades jurídicas, termina sendo ponderado em relação à liberdade de expressão. O que não está definido em relação ao direito à honra (ou mesmo ao princípio “derrotado” da liberdade de expressão”) é a sua condição de aplicação. Ocorre que, durante a interpretação, o julgador irá determinar, precisar o antecedente, aplicando, por fim, o dever-ser, o direito à honra, ou à personalidade, consectários, como já observado, da dignidade da pessoa humana. Essa aplicação se dá, no caso concreto, de modo pleno.

A partir daí, e de acordo com os conceitos até aqui explorados, pode-se entender que os princípios definem um estado de coisas a ser promovido. Da Constituição brasileira, é possível inferir que a liberdade de expressão, a moralidade administrativa, a liberdade de crença, o direito à intimidade, são princípios constitucionais que devem ser garantidos na maior medida possível (e são realizados na maior medida possível justamente, não por outra coisa, porque podem sofrer restrições de outros princípios). A otimização desses princípios decorre da ideia de que eles devam ser aplicados com a maior frequência possível⁴⁵. O que Atienza e Ruiz Manero querem demonstrar é que, na aplicação desses princípios diante do caso concreto, quando colidem e se deve verificar o que tem maior peso, eles não são realizados na maior medida possível, mas de modo pleno.

Essa distinção, para o objeto específico deste trabalho, que começará a ser abordado no capítulo seguinte, é importante em razão da eficácia que se pode conferir ao direito fundamental à saúde. Se este direito, *prima facie*, for classificado dentro da estrutura de princípios em sentido estrito, ele exigirá uma satisfação plena quando prevalecer frente a outro princípio no caso concreto. A doutrina (e isso veremos mais adiante) costuma afirmar que o direito à saúde, como princípio, colide com o “princípio

Ratio Júrís, 13, Oxford, 2000, pp. 294-304. No mesmo sentido, Ávila salienta que “o mandado consiste numa proposição normativa sobre os princípios, e, como tal, atua como uma regra (norma hipotético-condicional): será ou não cumprido. Um mandado de otimização não pode ser aplicado mais ou menos. Ou se otimiza ou não se otimiza”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Op. cit., p. 63.

⁴⁵ Sobre essa distinção, em uma tentativa de aproximar a tese de Atienza e Ruiz Manero da tese de Alexy, Gloria Mesa propõe a seguinte sistematização para entender os mandamentos de otimização: “1) Como intensidad de la aplicación: predicable en el caso de aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo (en una escala de 0 a 100%), como sucede con la mayoría de los principios que prescriben un estado de cosas (las directrices, en el lenguaje de Atienza y Ruiz Manero): garantizar un medio ambiente sano, el acceso a una vivienda digna, la protección de los consumidores, etc. 2) Como frecuencia de la aplicación. Tal es el sentido que adquiere la exigencia de cumplimiento ‘en la mayor medida posible’ respecto de aquellos principios cuyo objeto no admite una realización aproximativa (‘no matar’, ‘no discriminar’), caso en el cual la exigencia que incorpora el mandato de optimización es una exigencia de cumplimiento ‘en el mayor número de casos posibles’”. LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Los derechos fundamentales como mandatos de optimización**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 27 (2004), p. 21.

da competência orçamentária do legislador”. Assim, seguindo o critério de Atienza e Ruiz Manero, uma vez “vencedor” o direito à saúde ele não seria aplicado, repise-se, no caso particular de modo gradual, mas, em definitivo, de maneira a satisfazer plenamente a pretensão do enfermo, qual seja, de ver garantido seu tratamento.

No entanto, se o direito à saúde for classificado no âmbito das diretrizes ou normas programáticas, o modo de aplicação dele ganha contornos distintos e, então, poder-se-á dizer, com maior clareza, que o que se busca é, dentro de um Estado Social de Direito, a consecução de um estado de coisas, a partir da adoção de meios idôneos e necessários para o alcance da finalidade. O mandamento de otimização, neste ponto, restaria, em um primeiro juízo, muito mais evidente, porque definitivamente atrelado à eficácia da aplicação do princípio. De qualquer maneira, a distinção nos parece interessante para que se possa perceber, ao menos, que há significativa distinção na interpretação e aplicação de princípios em sentido estrito e de diretrizes, ou de normas que contenham essas características, dando-se a elas o nome que se julgar conveniente.

Antes de invadir o campo das diretrizes, vale ressaltar que um princípio pode ser classificado como diretriz ou princípio em sentido estrito, como recorrentemente aqui se faz uso desta expressão, apenas *prima facie*. Em determinado caso concreto, o intérprete, diante das circunstâncias e da argumentação articulada, poderá entender que a diretriz se configura princípio em sentido estrito, que um princípio em sentido amplo se evidencia como regra, ou que uma regra, e isso não raro ocorre, pode – em sua aplicação – perder as propriedades abstratas que a definem e se concretizar como um princípio. Os meandros interpretativos estabelecerão a eficácia do tipo normativo.

2.3.2. As diretrizes

O conceito de diretrizes é praticamente o mesmo proposto por Alexy em relação aos princípios em geral. Diretrizes são mandamentos de otimização. São, na verdade, finalidades do Estado, que devem ser alcançadas na maior medida possível. Ao contrário dos princípios em sentido estrito, que devem ser realizados na maior frequência possível, não admitindo modalidades gradativas de cumprimento, as diretrizes ou normas programáticas estabelecem um estado de coisas a ser atingido no maior grau possível, de acordo com as possibilidades fáticas existentes. A intensidade, aqui, é relevante, porque a concorrência entre os objetivos que a Constituição prescreve para o Estado determina essa gradação no momento da satisfação da diretriz.

As diretrizes, assim como os princípios em sentido estrito, também deixam indeterminadas, *prima facie*, as condições de aplicação. Persegue-se, repise-se, um fim no maior grau possível. A conduta descrita no conseqüente da norma, que define a finalidade a ser buscada, apresenta quatro características importantes. Ruiz Manero as expõe da seguinte maneira:

Primero, no se trata de una acción, sino de un estado de cosas que puede mantener relaciones causales con acciones muy heterogéneas entre sí: puede fomentarse el pleno empleo mediante políticas salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc. Segundo, estas acciones, a su vez, pueden mantener relaciones causales asimismo muy heterogéneas con estados de cosas ordenados por directrices diversas: cierta política fiscal puede, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo, pero contribuir a deteriorar la estabilidad económica, estado de cosas al que apunta otra directriz constitucional; y este deterioro de la estabilidad económica puede, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo. Tercero, la propiedad que caracteriza al estado de cosas ordenado por cada directriz es una propiedad graduable y lo ordenado es maximizar tanto como sea posible esa propiedad, trazando políticas que articulen la procura de esa maximización con la procura de la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras directrices. Cuarto, ese deber de maximización no es un deber meramente *prima facie*, sino concluyente.⁴⁶

Nesse sentido, Ruiz Manero acrescenta que a necessidade de deliberação é comum a todos os princípios, mas se manifestam de maneira distinta em cada espécie. No caso dos princípios em sentido estrito, trata-se de determinar a prevalência de um princípio a partir das circunstâncias em que estão inseridos outros princípios eventualmente concorrentes; deliberada a prevalência, o princípio de maior peso deverá ser cumprido de modo pleno. Na hipótese das diretrizes ou normas programáticas, trata-se de elaborar e executar políticas que, efetivamente, busquem o maior grau de satisfação possível dos objetivos constantes nas diversas diretrizes, interdependentes entre si.

Percebe-se, então, que as diretrizes estão intrinsecamente relacionadas à elaboração e execução de políticas públicas, dentro de um contexto de obrigações a prestações positivas de um Estado Social. A concorrência existente é entre os diversos

⁴⁶ RUIZ MANERO, Juan. **Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca.** Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28 (2005), pp. 345-346.

objetivos que o Estado deve buscar. Daí se dizer que as normas programáticas geram razões para a ação de tipo instrumental ou estratégico.⁴⁷

Talvez para os autores espanhóis, Atienza e Ruiz Manero, o processo de percepção de normas com caráter programático na Constituição Espanhola de 1978 seja menos complexo, uma vez que a maioria dos princípios que estes autores costumam classificar como diretrizes estão presentes no capítulo terceiro da Carta Política espanhola, que trata expressamente dos “princípios reitores da política social e econômica”⁴⁸, não se falando – ao menos de modo explícito – em direitos fundamentais relativos a essas prestações a que o Estado está definitivamente obrigado. Contudo, essa observação é meramente contingente, pois nada impede, assim como faz Alexy em relação à Lei Fundamental de Bohn⁴⁹, que se construam interpretações sistemáticas, a partir da análise de determinados comandos constitucionais, ou princípios fundamentais e estruturantes da ordem político-jurídica, que conduzam à identificação de direitos sociais.

Não se pode negar, todavia, independentemente do nome que se dê às normas que estabelecem fins coletivos, garantidos – frise-se – mediante políticas públicas, dependendo dos critérios estratégicos definidos pelos Poderes Públicos, que a Constituição da República Federativa do Brasil está repleta de, para utilizara a terminologia aqui apreciada, diretrizes.

No art. 6º do capítulo sobre direitos sociais, a nossa Constituição define que a moradia é um direito social, assim como a segurança, o lazer, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Em relação à moradia, a Constituição determina, ainda, no art. 23, IX, que é competência comum dos entes federativos “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”. Infere-se, em linhas gerais, que a Constituição Federal estabelece um direito à moradia digna, que deverá ser prestado pelo Estado. Posicionando-o na linha das diretrizes, conclui-se que

⁴⁷ ATIENZA e RUIZ MANERO. **Sobre principios y reglas**. Op. cit., p. 113.

⁴⁸ “*Esta opción restringida es globalmente correcta en la medida en que no incorpora a los derechos sociales, los cuales, con arreglo a nuestro ordenamiento, carecen de una tutela judicial constitucionalmente garantizada (art. 53.3 CE), cualquiera que sea la legitimidad de los mismos y del valor normativo de los preceptos en los que se incorporan. La ausencia de tutela judicial, determinada por lo demás por la propia estructura de dichos principios o derechos, los alejan, hoy por hoy, de su comprensión como derechos subjetivos, tanto más como derechos fundamentales*”. VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución**. 2ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 257.

⁴⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., pp. 434-435.

os Poderes Públicos devem buscar promover o direito à moradia na maior medida possível, utilizando-se meios adequados ou idôneos para a consecução desse fim, desse estado de coisas.

Pode-se pensar, nesse sentido, que subsidiar créditos imobiliários permite que um maior número de pessoas tenha acesso à moradia digna. Esse, por exemplo, é sem dúvida um meio adequado para atingir o fim determinado na Constituição. É possível inferir, então, que há uma razão para conceder os subsídios. No entanto, não há um dever. Essa é uma das diferenças entre as regras e os princípios. Na estrutura das regras, presente a condição de aplicação, deve incidir a consequência (Se A, então B). Trata-se de um dever ser. A inferência é dedutiva⁵⁰. Aqui, no espaço dos princípios (e chamando-os de princípios no sentido de diretrizes), pode-se dizer que se “A” satisfaz “B”, que é a finalidade, o estado de coisas, não se infere dedutivamente que “A” (que é o meio) deve ser realizado. Apenas é possível concluir que há uma razão para executar “A”⁵¹.

Diante do exposto, é possível apreciar com maior base a eficácia dos princípios constitucionais, sobretudo aquele que nossa Constituição define como direito social à saúde. Trata-se de enquadrá-lo em um dos modelos de tipos normativos apresentados na primeira parte deste trabalho, delineando suas características, apontando as restrições idôneas a que está submetido e, finalmente, analisando seu modo de aplicação e justificação diante de um caso concreto.

Até aqui, trabalhamos a tipologia normativa, observando as peculiaridades inerentes a regras e a princípios. Na segunda parte deste trabalho, abordaremos o direito à saúde à luz da Constituição de 1988: como ele se insere na dogmática dos direitos fundamentais, as nuances relativas à sua aplicação, especificamente em torno de dois aspectos centrais ligados à eficácia: justiciabilidade e limites fáticos à consecução do direito à saúde.

⁵⁰ CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 120.

⁵¹ ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO. **Sobre principios y reglas**. Op. cit., pp. 115-116.

PARTE II - SUBSTRATO CONSTITUCIONAL: o direito à saúde na Constituição de 1988.

Como aspecto balizador das futuras considerações acerca do direito à saúde, mostra-se imprescindível a reprodução do comando normativo da Constituição que o prevê. Trata-se do artigo 196, transcrito como segue:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas 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.

A interpretação deste artigo conduz a uma série de questionamentos⁵². Não se discute, todavia, que – ao menos no que atine à denominação adotada pela Constituição da República, o direito à saúde se insere no âmbito dos direitos fundamentais sociais. Em razão disso, para que se possa bem compreender a eficácia normativa do direito à saúde, como princípio constitucional, pautado nas considerações realizadas no capítulo anterior, há a necessidade de abordar, de modo sintético, os aspectos gerais relativos às prestações positivas do Estado, além das restrições sofridas pelos direitos fundamentais sociais.

1. DIREITOS A PRESTAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO

A doutrina constitucional, no espaço da filosofia dos direitos humanos, costuma identificar gerações⁵³ (ou dimensões) de direitos fundamentais, de modo que o direito a

⁵² “Los problemas que suscitan los derechos fundamentales son así aquellos que específicamente se encuentran relacionados con la Constitución, es decir, con la norma de la que derivan toda su posible eficacia. Con lo que los problemas de los derechos fundamentales son todos ellos de la propia Constitución. En pocas palabras: eficacia directa y consiguiente tutela judicial; limitación de la potestad legislativa y consiguiente control de constitucionalidad (...)”. VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución**. 2ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 181.

⁵³ “Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias (...). Os direitos não nascem todos de uma só vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso do homem de dominar a natureza e os outros – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente

prestações positivas surgiria na segunda dimensão, sem suplantando, contudo, os direitos civis e políticos, de concepção liberal, ditos de primeira dimensão. São, na verdade, gerações que convivem e necessitam conviver para que, inclusive, sejam eficazes em sua complementaridade. Esse aspecto de convivência entre direitos individuais e direitos sociais, sem que se aborde explicitamente uma relação de precedência ou preferência entre eles, está bem clara no corpo de nossa Constituição.

Os direitos sociais vêm posicionados no título de direitos e garantias fundamentais da Constituição da República, no art. 6º, que – sem prejuízo de outros esparsamente previstos na Carta ou construídos de modo hermenêutico – estabelece que a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados constituem direitos sociais. Há, portanto, um dever de prestação positiva do Estado, que deve garantir aos cidadãos o gozo desses direitos.

Os direitos sociais, na linha de Robert Alexy⁵⁴, são princípios que, por isso, exigem um cumprimento na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas presentes. Eles exigem, *prima facie*, a realização de todas as ações que favoreçam a sua satisfação. Efetivada a ponderação, que é o modo pelo qual são aplicados os princípios (de acordo com Alexy), passa-se de uma obrigação *prima facie* para uma obrigação definitiva. A ideia é que os direitos a ações positivas exigem, em definitivo, a adoção de uma medida necessária à satisfação do estado de coisas, da finalidade, entre muitos meios possíveis. Para Alexy, a identificação desse meio idôneo e necessário ocorre no momento da ponderação, utilizando-se a máxima da proporcionalidade. Esse autor define, ainda, os direitos fundamentais sociais (que ele classifica como direitos à prestação em sentido estrito) como “*direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado poderia obter também de particulares*”⁵⁵. Esse conceito está inserido em uma apreciação mais aprofundada dos direitos sociais, analisada por Alexy a partir da evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que reconheceu a existência de alguns direitos sociais, além da possibilidade

em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios”. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

⁵⁴ ALEXY, Robert, *apud* COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 74.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

de o particular postular uma ação positiva do Estado em certa medida, a partir de um esforço hermenêutico dos guardiões e intérpretes da Lei Fundamental.

Ingo Sarlet⁵⁶, em linha semelhante, define que os direitos sociais prestacionais “*têm por objeto precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática*”. Acrescenta que “*enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social*”.

Os direitos sociais, em sua dimensão positiva (que é o aspecto que aqui nos interessa), objetivam a criação de condições de igualdade material para os cidadãos, de maneira que determinados bens e recursos públicos devem ser alocados para a satisfação de diversas necessidades, tendo sempre como fim a mencionada igualdade. Importa ressaltar, ainda, que os direitos sociais representam uma garantia para que o indivíduo desfrute efetivamente de sua liberdade individual, em todas as suas formas⁵⁷.

De qualquer maneira, toda essa construção teórica acerca da definição dos direitos sociais não encontra maiores controvérsias na doutrina. Os direitos a prestações, indubitavelmente, receberam peculiar proteção do constituinte pátrio, sendo inegável sua existência com *status* de direitos fundamentais no direito brasileiro. Se assim são, pois, considerados, há de se sublinhar sua eficácia vinculante em relação aos Poderes Públicos.⁵⁸ Se há tal vinculação, a concepção de que os direitos sociais seriam meros programas ou diretrizes não pode ser aceita quando se estuda o direito brasileiro. Uma vez que se entenda a “diretriz” como um conselho ao legislador, um mandamento sem obrigatoriedade, deixando a escolha dos meios à absoluta discricionariedade do legislador, de fato, seria mera retórica falar do direito à saúde, por exemplo, como um direito fundamental. No entanto, entender a diretriz como uma característica inerente a determinadas normas (ou melhor, a determinados princípios), de maneira que – a partir daí – seja possível traçar delineamentos acerca da eficácia dos direitos fundamentais a prestações positivas, não implica abolir a vinculação, mas – essencialmente – abrir a discussão acerca do grau, do nível desse vínculo de obrigatoriedade.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 282.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 283.

⁵⁸ Aqui, Gilmar Ferreira Mendes salienta a existência de garantias processuais-constitucionais, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 6-8.

É justamente sobre esse aspecto que os constitucionalistas e filósofos do direito divergem, não raro com a subjacência de uma ideologia política, o que demonstra – talvez – a inevitável relação existente entre a força que, em teoria, pretende-se conferir a um direito de liberdade ou a um direito social e a concepção ideológica das funções de Estado.

O cerne do embate é saber se há ou não há um direito subjetivo a determinada prestação positiva. No caso da saúde, se tem o particular um direito subjetivo a qualquer tratamento de saúde. Importa questionar, ademais, quais os limites da judicialização das prestações positivas e quais as implicações de uma decisão judicial que determine a concessão, por exemplo, de determinado medicamento ao indivíduo. O tema, na verdade, é deveras complexo.

1.1. A controvérsia sobre o aspecto subjetivo dos direitos sociais

Ainda que os direitos sociais estejam disseminados pela maior parte das Constituições ocidentais, havendo discussão central tão-somente acerca de sua eficácia, há autores que questionam de maneira consistente a ideia das prestações positivas como “direitos”. Conforme já mencionado, o constituinte brasileiro determinou que os direitos sociais são “direitos” e que vinculam os poderes públicos, restando-nos saber em que medida e na dependência de que fatores e condições se estabelece a vinculação. No entanto, apreciar os argumentos daqueles que questionam a ideia de “direitos sociais” ou, pelo menos, denunciam inconsistências teóricas nessa terminologia, mostra-se essencial para, justamente, tentar precisar o alcance da eficácia normativa dos princípios com caráter de direito social.

Nesse ponto, importa analisar o pensamento do jurista chileno Fernando Atria que, por não reconhecer um direito subjetivo a prestações positivas, entende que não é correto denominar de “direitos” tais prestações. No artigo “¿Existen derechos sociales?”⁵⁹, Atria expressa que tratar um direito social como um direito subjetivo é uma contradição em termos. Atria desenha o perfil de justificação histórica e teórica dos direitos sociais, para posicioná-los na senda de uma compreensão social, configurados em uma forma de comunidade solidária, que se preocupa com o bem-estar de todos os

⁵⁹ ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), pp. 15-59.

seus membros⁶⁰. O direito social, então, transcenderia a concepção liberal de direitos individuais, na qual um indivíduo exige para si a tutela efetiva do direito postulado, independentemente da comunidade política⁶¹. Para Atria, se temos que entender a justificção subjacente e a gênese dos direitos sociais desta forma, então há sério problema de consistência no momento de exigir sua garantia frente ao Estado. Nessa linha, para que os direitos sociais sejam juridicamente exigíveis é necessário “*des-socializarlos*”⁶², no dizer de Fernando Atria. Esse autor suscita o exemplo do direito à saúde, afirmando que – originalmente – o direito à proteção da saúde consistia em que fosse garantido um nível de saúde a todos (“*porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible*”⁶³), transforma-se em um direito individual para que o Estado seja obrigado a prestar ao demandante determinado tratamento de saúde, sem que as necessidades dos outros possam ser relevantes.⁶⁴ Nesse contexto, Atria conclui que “*lo que llega al Tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás*”⁶⁵.

No decorrer do texto, Fernando Atria ainda procura demonstrar que dizer que algo é justo (bom, correto, desejável), como o fato de que todos tenham um emprego, não significa dizer que todo cidadão tenha uma ação que lhe permita obrigar uma empresa ou o próprio Estado a contratá-lo. Isso porque o compromisso com o direito ao

⁶⁰ *Ibidem*, p. 44.

⁶¹ Neste particular, cabe referência à ideia do professor Luis Fernando Barzotto, nos seguintes termos: “os direitos humanos não podem ser concebidos como poderes subjetivos usados contra os demais; essa era a concepção liberal, anti-social dos ‘direitos do homem’. Os direitos humanos dizem respeito a um tipo de relação que se tem com os outros (justiça), e não um poder a ser exercido sobre eles”. BARZOTTO, Luis Fernando. **Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética**, in: MELLO, Cláudio Ari (coord.). Os desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público do RS, n. 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 84.

⁶² ATRIA, Fernando, Op. cit., p. 47.

⁶³ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁴ ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004), p. 45.

⁶⁵ Para explicar a dicotomia entre o direito subjetivo e a natureza da relação regulada, Atria utiliza o seguinte e pertinente exemplo: “*Lo mismo ocurre en el matrimonio. El derecho constituye y regula el contrato de matrimonio, estableciendo derechos y obligaciones para los cónyuges. Pero los cónyuges no pueden invocar esos derechos entre sí sin producir una subversión completa de la relación entre ellos; el derecho asfixia, de este modo, el amor entre los cónyuges. No se trata de que el derecho aumente o disminuya la injusticia sufrida por alguna de las partes; eso dependería de las partes no estipuladas del ejemplo*”. ATRIA, Fernando, Op. cit., p. 52.

trabalho não é um compromisso com um direito subjetivo de cada pessoa demandar coativamente um posto de trabalho, mas tão-somente uma manifestação do compromisso comunitário de considerar o emprego não como um dado macroeconômico, nas palavras de Atria, mas como um aspecto central de como a comunidade entende sua responsabilidade de assegurar a igualdade e a cidadania.⁶⁶

Em linhas gerais e sintetizando bem as conclusões de Atria, a ideia é de que o discurso jurídico não pode acomodar os direitos sociais como pode acomodar os direitos civis e políticos, em decorrência, sobretudo, da noção própria de direito subjetivo.⁶⁷

Essa, contudo, não é a concepção dominante na doutrina constitucional brasileira, apoiada – em grande parte – no desenvolvimento teórico da doutrina alemã dos direitos fundamentais, calcada em essência na produção de Robert Alexy. Há, por parte dos constitucionalistas pátrios que tratam do tema, uma tentativa de justificar a eficácia imediata dos direitos sociais tal como previsto na Constituição brasileira. Passaremos, portanto, a análise da doutrina que sustenta que os direitos sociais têm uma dimensão subjetiva, de maneira que o cidadão tem assegurada a possibilidade de exigir, individualmente, prestações positivas do Estado.

Neste trabalho, constantemente faz-se referência ao livro *Teoria dos Direitos Fundamentais*, de Robert Alexy, e, desta vez, não será diferente. É no capítulo sobre “direitos a ações estatais positivas”, que esse autor trata da justiciabilidade dos direitos sociais. Antes de apresentar a tese de Alexy, cumpre mencionar que existe, na obra referida, expressa preocupação em não tornar trivial a dogmática dos direitos sociais quando depreendida sua eficácia, por exemplo, do princípio da dignidade da pessoa humana. Da mesma maneira, também seria insuficiente a formulação da judicialização dos direitos sociais baseada tão-somente no princípio do Estado Social⁶⁸, que é – na verdade – um informador das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Para Alexy, os direitos a prestações estatais têm natureza de princípios, conforme exposto na primeira parte deste trabalho, e, por isso, possuem caráter *prima facie*, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas. A Constituição, nesse sentido, estabelece um dever do Estado, uma obrigação, um fim, um estado de coisas, que deve ser alcançado por meios. Não há como excluir do âmbito dos direitos sociais a concepção de relações meios/fins e, ainda, a existência de uma ampla margem de

⁶⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 51.

⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 438.

discricionariedade de quem tem competência para escolher os meios. Alexy, neste ponto, assenta e reconhece dois aspectos basilares para o problema aqui analisado: o primeiro deles é a discricionariedade, uma vez que, nas palavras dele, “*a discricionariedade é o termo decisivo no que diz respeito à justiciabilidade dos direitos a ações positivas*”⁶⁹; o segundo, é a afirmação de que cabe ao legislador, em grande medida, escolher o meio pelo qual a obrigação será satisfeita.

Fundamentalmente, pode-se inferir que os direitos sociais têm natureza de princípio, que dependem, em regra, da discricionariedade do legislador para regular os meios para o alcance do estado de coisas, e que estão fundados em obrigações que vinculam o Estado, sustentando essa conclusão toda a ideia subjacente de Estado Social. Até aqui, parece haver um consenso, inclusive, entre Atria e Alexy, e seria possível, ainda, conferir aos direitos sociais um “cunho” de diretriz ou norma programática (adotando o conceito de Atienza e Ruiz Manero) sem, contudo, retirar-lhes o caráter de norma, que estabelece um dever-ser, uma obrigação, apenas distinta, por definição, em relação às regras e aos princípios em sentido estrito, mormente relacionado aos direitos civis e políticos.

Ocorre que toda a problemática está fundada na pretensão do particular frente ao Estado; ou seja, se o Estado está obrigado a perseguir o fim, a questão é perguntar de que maneira o indivíduo, que é destinatário da ação positiva, pode exigir a prestação estatal. Alexy apresenta uma solução fundada na máxima da proporcionalidade. Afirma, nesse aspecto, o seguinte:

Em relação ao problema que aqui se analisa, isso significa que a todos são conferidas posições no âmbito dos direitos a prestações, na forma de direitos fundamentais sociais, que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.

De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento de princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.⁷⁰

⁶⁹ *Ibidem*, p. 462.

⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 511-512.

Não seria preciosismo – efetivamente parece que não é – mencionar que Alexy não aparenta estar escrevendo para milhares de juízes ordinários. Em nenhum momento, no capítulo em que trata das prestações positivas como direitos, ele trata de outro órgão judicial que não o Tribunal Constitucional Federal. Isto pode ser relevante no momento de tentar transpor o pensamento deste autor para a realidade brasileira, na qual, diariamente, milhares de ações correm em todo o país buscando a satisfação individual de tratamentos de saúde, mormente relativos ao fornecimento de medicamentos.

Outro aspecto essencial está em dois exemplos que Alexy expõe, ambos do Tribunal Constitucional Federal, para demonstrar a chamada justiciabilidade dos direitos sociais que, segundo ele, limitam – no exercício da ponderação – a competência orçamentária do legislador. O primeiro exemplo refere-se à decisão do Tribunal de ampliar, com impacto financeiro, o círculo de beneficiários da assistência social, com o objetivo de eliminar um tratamento desigual.⁷¹ No segundo exemplo, o autor explica que o Tribunal Constitucional obrigou o Estado a criar os meios necessários para evitar uma prisão preventiva demasiadamente longa.

No que concerne ao primeiro exemplo, trata-se mais de uma correção para satisfazer a igualdade formal do que propriamente a satisfação de um direito social como direito subjetivo. Alexy, expressamente, fala que o objetivo do Tribunal era “eliminar um tratamento desigual”, o que sugere a incidência da ideia de igualdade, antes de tudo. No segundo caso, aparentemente, o Tribunal Constitucional Federal procurou obrigar o Estado a corrigir uma omissão, exigindo a criação de meios (e esta palavra é essencial) para que a prisão preventiva não fosse desproporcionalmente longa, o que demonstra, na verdade, a proteção de um direito individual (liberdade) por meio, provavelmente, de uma ação estatal normativa, qual seja, a de editar uma norma que limitasse o período de prisão preventiva.

O caso paradigmático, para Alexy, é o que trata da criação de novas vagas universitárias na Alemanha. O autor afirma que, neste caso, “*o tribunal diferencia, de forma mais clara que na primeira decisão sobre numerus clausus, entre um direito abstrato (...) e uma pretensão individual e justiciável do cidadão*”⁷². O direito abstrato é o de, preenchidos os requisitos de admissão, ingressar no curso de sua escolha. A pretensão individual seria a da ampliação da capacidade das instituições universitárias.

⁷¹ *Ibidem*, p. 513.

⁷² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 439.

A ideia da decisão, para o ponto nodal que aqui se analisa, é a de que a todo cidadão que tenha concluído o ensino médio é conferido o direito, *prima facie*, à admissão no curso de sua escolha. Esse direito, no entanto, somente se tornará definitivo depois de superadas as circunstâncias jurídicas e fáticas que podem eventualmente limitá-lo. Esse direito, segundo o Tribunal Constitucional Federal, estaria “limitado à ‘reserva do possível’, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”⁷³.

1.2. “Direito, Escassez e Escolha”: limitações fáticas à satisfação dos direitos sociais e a “reserva do possível”.

“Direito, Escassez e Escolha”⁷⁴ é o pertinente livro de Gustavo Amaral acerca das escolhas trágicas, abordando a questão da finitude dos recursos públicos para alcançar um número infinito de demandas sociais. O autor tenta destacar a necessidade de que a ideia de escassez, não apenas de recursos financeiros, mas de material técnico e humano, por exemplo, faça parte da pré-compreensão dos intérpretes e aplicadores do direito. No dizer de Holmes e Sunstein, autores de “The Cost of Rights”, “*taking rights seriously means taking scarcity seriously*”⁷⁵.

A relevância da discussão acerca da escassez e da eficiência na alocação de recursos é apontada também por Luciano Benetti Timm, para quem “*numa perspectiva de Direito e Economia, os recursos orçamentários obtidos por meio de tributação são escassos, e as necessidades humanas a satisfazer, ilimitadas*”⁷⁶. Luciano Timm ainda salienta que a eficiência não se trata apenas de um jargão econômico, mas obriga o próprio Estado, dado o disposto no art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil.

⁷³ *Ibidem*, p. 439.

⁷⁴ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁷⁵ Sobre o custo dos direitos, Holmes e Sunstein argumentam: “*Rights are familiarly described as inviolable, preemptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that costs money can be an absolute. No right whose enforcement presupposes a selective expenditure of taxpayer contributions can, at the end of the day, be protected unilaterally by the judiciary without regard to budgetary consequences for which other branches of government bear ultimate responsibility*”. HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: North & Co., 1999, p. 97.

⁷⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, 52.

Retomando o livro de Gustavo Amaral, ele apresenta a questão das escolhas trágicas analisando decisões judiciais, de tribunais brasileiros, que – de alguma maneira – tornaram-se, para o bem ou para o mal, paradigmáticas. Amaral ilustra a questão com uma decisão (Agravo de Instrumento n. 97.000511-3) do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que entendeu que o direito à saúde, assim como disposto na Carta Constitucional, seria suficiente para obrigar o Estado, sem oitiva e liminarmente, a custear tratamento experimental nos EUA, de uma criança vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne. O custo do tratamento seria de US\$ 163.000,00. Amaral informa, ainda, que o STF, por decisão de seu então presidente, Ministro Celso de Mello, negou pedido de suspensão dos efeitos da liminar solicitada pelo Estado de Santa Catarina. No entanto, para a mesma enfermidade, em situação idêntica, o Tribunal de Justiça de São Paulo, sob o fundamento da separação de poderes, negou a possibilidade de acolhida do pedido liminar.⁷⁷

Esse é um típico caso, relativo a demandas de tratamento de saúde, que ocasiona desigualdade, não apenas porque houve decisões judiciais diametralmente opostas para a mesma hipótese sobre os fatos, mas também porque se observa uma dicotomia entre a macrojustiça e a microjustiça. Conforme bem aponta Gustavo Amaral, o Judiciário tem uma estrutura montada especificamente para julgar casos concretos, sem que se proceda a uma visão macro, seja do ponto de vista econômico ou do ponto de vista da própria compreensão da justiça. Segundo Amaral, “*a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia*”⁷⁸.

Para utilizar termos do autor aqui trabalhado, acreditar que os direitos são absolutos e que não existe escassez de recursos, embora o argumento de que há sempre dinheiro seja recorrente, é – sem dúvida – uma questão de fé. Embora pareça inconveniente tratar de dinheiro quando se fala de direitos fundamentais, ainda mais o direito à saúde, intrinsecamente relacionado à manutenção da vida, este é o ponto central: os direitos a prestações positivas do Estado (embora todos os direitos, inclusive os individuais, impliquem custos), justamente por exigirem uma ação, concorrem entre si e, como conseqüência, requerem escolhas disjuntivas de caráter econômico-financeiro. A proteção da segurança, por exemplo, depende de um efetivo policial. Mas

⁷⁷ AMARAL, Gustavo. Op. cit., pp. 11-12.

⁷⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 18.

esse efetivo policial, se pensarmos em uma cidade pequena sobretudo, pode estar – em dado momento – deslocado para atender uma ocorrência importante, deixando de socorrer uma pessoa em apuros ou de prevenir um assalto em determinada residência. Nem por isso haveria um direito subjetivo do particular a ter a proteção policial a seu dispor para cuidar de situação específica. Os tribunais não indenizam particulares que foram assaltados ou que perderam um parente porque inexistia efetivo policial disponível na área, a menos que ocorra o que se chama “omissão específica”, ou uma negligência, imprudência ou imperícia do agente.

A ideia de que os direitos sociais têm custos e concorrem entre si é fundamental e, na verdade, corrobora a tese de Atria, aqui já exposta, de que tratar um direito social como um direito subjetivo individual, independentemente dos demais membros da sociedade, é um contra-senso. Por isso, Atria, Gustavo Amaral e Holmes e Sunstein guardam, entre outros, um ponto de convergência perfeitamente identificável. Isso se pode observar da noção de “direitos” utilizada pelos autores norte-americanos, no trecho que segue:

It is more realistic and more productive to define rights as individual powers deriving from membership in, or affiliation with, a political community, and as selective investments of scarce collective resources, made to achieve common aims and to resolve what are generally perceived to be urgent common problems⁷⁹.

Nesse sentido, Gustavo Amaral entende ser, na mesma linha de Atria, imprópria a noção de “dever-direito”, de direito subjetivo, tal como descrita no direito civil, para a metodologia de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Não se poderia, neste âmbito, que exige a consideração da escassez e da concorrência entre direitos, a aplicação do seguinte raciocínio: se há direito, há, portanto, dever e, neste caso, o Estado está obrigado a prover esse direito, não importando as demais relações, também de direitos fundamentais, existentes entre o Estado e toda a comunidade, ou entre o Estado e outros indivíduos⁸⁰.

Conforme já observado anteriormente, Robert Alexy enxerga essa limitação de recursos e, por isso, com base nos exemplos do Tribunal Constitucional Federal, salienta que os direitos a prestações positivas esbarram na medida do que seria

⁷⁹ HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: North & Co., 1999, p. 123.

⁸⁰ AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 61.

“razoavelmente possível” exigir da sociedade. É a ideia, pois, de “reserva do possível”. Comentando a Constituição brasileira, para ele, bastante generosa em matérias de direitos fundamentais, nota-se uma preocupação do autor em reconhecer a limitação de recursos e a reserva do possível, mas – ao mesmo tempo – não negar aplicabilidade e eficácia normativa aos preceitos constitucionais, que são, efetivamente, normas. Para ilustrar o pensamento de Alexy, transcreve-se o que segue:

Para uma Constituição como a brasileira, que formulou tantos princípios sociais generosos, surge, com base nesse fundamento, uma pressão forte para, desde logo, se dizer que as normas que não possam ser aplicáveis sejam declaradas como não vinculantes, isto é, como simples normas programáticas. A teoria dos princípios pode, em contrapartida, levar a sério a Constituição sem exigir o impossível. Ela pode declarar que normas não executáveis são princípios que, em face de outros princípios, hão de passar por um processo de ponderação. E, assim, ‘sob a reserva do possível, examinar aquilo que razoavelmente se pode reclamar e pretender da sociedade’. Assim, a teoria dos princípios apresenta não apenas uma solução para o problema da colisão, como também para o problema da vinculação dos direitos fundamentais⁸¹.

Mais adiante, será analisado esse mecanismo de ponderação proposto por Alexy aplicado no caso do direito à saúde. Importa, aqui, abordar um pouco mais a questão da “reserva do possível” como princípio limitador da eficácia dos direitos fundamentais, expondo, por fim, a posição de Ingo Sarlet, que – apesar de reconhecer a escassez como uma limitação fática à consecução dos direitos sociais – manifesta séria e pertinente preocupação no sentido de que esse “princípio” não sirva como desculpa para a omissão estatal naquilo que, efetivamente, a Constituição lhe obriga a agir. Nesse sentido, Ingo entende que *“levar a sério a ‘reserva do possível’ (e ela deve ser levada a sério, embora sempre com as devidas reservas) significa também, especialmente em face do sentido do disposto no art. 5º, §1º, da CF, que cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”*.

Ademais, Ingo Sarlet faz referência à necessidade de garantia de um mínimo existencial, que seria um dever objetivo e definitivo do Estado, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do Estado Social, e que, ademais, não se restringiria à preservação da existência física, mas de uma vida digna, minimamente

⁸¹ALEXY, Robert, *apud* MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27

digna. Esse autor salienta, na esteira de Robert Alexy, que a separação dos poderes e a competência orçamentária do legislador não devem ser argumentos que, isoladamente e por si só, sustentem a não prestação de um direito social por parte do Estado, uma vez que não se revestem – os mencionados princípios – de caráter absoluto.⁸²

Efetuada essas considerações, é imprescindível mencionar que a necessidade de consideração dos recursos escassos, ainda que vistas com maiores reservas por alguns autores, é uma realidade que se impõe. Representa, nesse contexto, um limite fático à consecução dos direitos sociais que, em regra, estão estruturados sob a forma de metas, de princípios de “cunho” ou natureza programática. Seria incompatível, pois, adotar o conceito de princípio como mandamento de otimização, independentemente das distinções observadas na primeira parte deste estudo, a partir do qual os princípios são realizados na maior medida possível, e – ao mesmo tempo – afirmar que os direitos a prestações positivas do Estado têm uma aplicabilidade imediata que lhes permite, quando invocados e tutelados, ser aplicados em plenitude, no caso concreto, sem a consideração das possibilidades fáticas, aqui denominada, de modo geral, como “reserva do possível”. Observar as possibilidades fáticas e, aqui, tem de se falar expressamente que os direitos a prestações positivas estão, sem qualquer dúvida, condicionados a escolhas financeiras, trágicas, disjuntivas, que – por definição – impedem a satisfação completa, absoluta e universal de todas as necessidades individuais do cidadão, significa levar esses direitos a sério.

Estabelecida essa premissa, passa-se, então, à apreciação do modo de aplicação dos direitos a prestações positivas, quando judicializados, no caso específico do direito à saúde.

2. POR TRÁS DA PONDERAÇÃO: direito à saúde *versus* princípio da competência orçamentária do legislador.

O modelo de ponderação de Alexy, já apresentado neste trabalho, é também escolhido para justificar, por parte da doutrina brasileira, a limitação da competência orçamentária do legislador e do princípio da separação de poderes pelo direito à saúde, quando o indivíduo demanda contra o Estado uma prestação positiva nesta área.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41.

Para apreciar com cuidado esta temática, vale transcrever integralmente a lição de Robert Alexy, na medida em que propõe um modelo genérico, dependente da dogmática de cada direito fundamental, para que se possa apreciar quando um direito à prestação positiva pode ser garantido judicialmente ou não. Segue a ideia:

Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista como definitivamente garantida se (1) o princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se (2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especificamente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do Tribunal Constitucional que a levarem em consideração. (...). A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto⁸³.

Conforme se extrai do modelo de Alexy, o direito à saúde deve ser definitivamente garantido, afastada – nesta hipótese – sua incidência *prima facie*, se os demais princípios colidentes (separação dos poderes, competência do legislador, liberdade jurídica de outrem) não forem afetados em grau relativamente alto. Aplicar-se-ia, portanto, a máxima da proporcionalidade para que esse controle pudesse ser efetuado.

É uma concepção que, em essência, preocupa-se com a afirmação dos direitos a prestações como direitos fundamentais, como normas, e não simplesmente como meros programas. A partir daí, não é arriscado afirmar que é uma teoria que se coaduna à Constituição brasileira que, definitivamente, eleva os direitos sociais a *status* de direitos fundamentais. Parece acertada a incisiva afirmação de que a competência orçamentária do legislador e o princípio da separação dos poderes não se revestem de caráter absoluto; ainda mais, sublinhe-se, quando se está tratando de direitos fundamentais. Assenta-se, portanto, a seguinte premissa: é possível limitar e controlar a competência orçamentária do legislador e mitigar o princípio da separação de poderes. Isso não significa dizer, contudo, que esteja particularmente apropriado efetuar uma colisão, pretensamente com estrutura de justificação, entre o direito à saúde, sob o prisma individual, e essas normas de competência.

⁸³ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, p. 512.

É precisamente nesse aspecto que reside a problemática do direito à saúde na interpretação, por vezes, dada pelos doutrinadores e, sobretudo, pelos tribunais brasileiros. Tomemos como exemplo a linha teórica seguida por Paulo Gilberto Cogo Leivas e por Ingo Wolfgang Sarlet, que é, precisamente, oriunda da interpretação da tese de Robert Alexy, acima demonstrada. Para Ingo Sarlet, *“percebe-se que, de acordo com Alexy, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária e se tiver como consequência uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais, ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social”*⁸⁴. Sarlet acrescenta que a argumentação de Alexy é a mais segura e que, de fato, a competência orçamentária do legislativo não assume feições absolutas.

Paulo Leivas, por sua vez, sustenta que *“a competência do legislador para estabelecer leis orçamentárias é um princípio que deve ser levado em consideração na apreciação de direitos definitivos a prestações fáticas positivas”*⁸⁵. Na mesma linha de Sarlet e Alexy, Cogo Leivas estabelece este conflito, resolvido por meio de ponderação, entre competência orçamentária e direito social.

Todavia, o que parece requerer explicitação clara é o conteúdo de ambos os princípios colidentes. Quando o particular recorre ao Poder Judiciário para exigir determinado tratamento de saúde, logo – a partir dos mecanismos de pré-compreensão do intérprete – surgem os princípios que estão sustentando esse direito à prestação: direito à vida, direito à saúde, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial, etc. São muitos e claramente relevantes, de estatura constitucional elevada e que exigem, sem dúvida, proteção por parte do Estado. Não se olvide, ainda, da hipótese fática que se apresenta ao julgador, muitas vezes emergencial, trágica, premente e de consequências, para o enfermo, talvez irreversíveis.

O problema, contudo, está na identificação dos princípios colidentes. Neste ponto é que habita, talvez, boa parte da obscuridade do mecanismo de ponderação. As decisões judiciais podem guardar abissais diferenças a depender, para o mesmo caso concreto, dos princípios que se identifica para colocar na balança, efetuar o sopesamento, extrair uma regra e emitir uma decisão. Para o caso do direito à saúde isto

⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 346.

⁸⁵ COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. Op. cit., p. 99.

tem uma inquietante peculiaridade. Aliás, não se trata apenas dos princípios escolhidos, mas também da maneira como se preenche o conteúdo de tais princípios.

Observemos, então, a estrutura de justificação do precedente do Supremo Tribunal Federal que reconhece um direito subjetivo público à saúde e, ademais, propõe uma colisão entre princípios a partir da qual a saúde prevalece. Note-se que o conteúdo desse precedente marca um posicionamento tradicional do STF em reconhecer o direito à saúde como direito subjetivo público, alçando-o a uma condição praticamente imponderável. A frase “*a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequiente*” pode ser extraída da ementa desse julgado e está, como consequência, presente no corpo de fundamentação de muitas decisões de juízes e tribunais.

Trata-se de Recurso Extraordinário⁸⁶ interposto pelo Município de Porto Alegre, que atacava a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que obrigava o Município a custear os medicamentos de pessoa portadora do vírus HIV. Neste momento, não vamos adentrar no mérito da existência de uma política pública de saúde que viabilizasse o tratamento, tampouco nas peculiaridades fáticas do caso apreciado. Na verdade, o acórdão não guarda tantos detalhes e, de fato, nem é preciso. O fundamental, portanto, é o reconhecimento de um direito público subjetivo à saúde e, mais ainda, os princípios que o intérprete escolheu para efetuar a colisão e a ponderação e, a partir dela, fundamentar sua decisão.

Assim, segue trecho do voto do Min. Celso de Mello:

Entre proteger a **inviolabilidade do direito à vida e à saúde**, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput, e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um **interesse financeiro e secundário do Estado**, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes. (grifos nossos)

O julgador colide, portanto, e este é o dilema que ele enxerga, a inviolabilidade do direito à vida contra um “interesse financeiro e secundário do Estado”. Paulo Leivas, ao comentar essa mesma decisão, depreende duas conclusões: o reconhecimento de um

⁸⁶ STF, 2ª Turma, AGRG no Rec. Extraordinário nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000.

direito subjetivo público à saúde; e, na colisão de princípios, a prevalência do direito fundamental à saúde sobre a “competência orçamentária do legislador”⁸⁷.

A questão primeira que se impõe, observando a técnica argumentativa utilizada no voto, é a da existência, aparentemente, de uma petição de princípio. Se o conflito é exposto entre um direito inviolável e um interesse, que já na colocação das premissas, é valorado como “secundário”, não se poderia esperar outra conclusão que não a da prevalência do direito à saúde em relação à competência orçamentária do legislador. Não se trata de uma observação essencial para o estudo da eficácia dos princípios constitucionais, aqui avaliado o que protege a saúde, mas de uma observação necessária para averiguar a consistência da estrutura ponderativa utilizada no voto e avalizada pela doutrina. Há uma petição de princípio justamente porque a conclusão está, conforme se percebe, contida nas premissas, de maneira que há apenas a aparência de um dilema.

No entanto, este não é o aspecto central. Importa questionar-se se, de fato, são esses os dois valores colidentes, ou – para ser mais técnico – os dois princípios em colisão. Se substituirmos a expressão “interesse financeiro e secundário do Estado”, eliminando – assim – a petição de princípio, pelo que efetivamente propõe Alexy, qual seja, o princípio da competência orçamentária do legislador, poderíamos ter as coisas um pouco mais claras, mas, de todo modo, insuficientes⁸⁸ para resolver o problema.

A dificuldade, nesse sentido, habita no preenchimento do princípio que limita a caracterização do direito à saúde como um direito definitivo. A compreensão do desprezioso princípio da “competência orçamentária do legislador” deve ser trabalhada não apenas do ponto de vista formal, mas também sob o ângulo material, sob a análise das conseqüências, sob o que – de fato – representa essa competência. A colisão entre um direito fundamental atrelado ao direito à vida e um princípio que protege uma formalidade é, não no caso concreto, mas já em abstrato, desigual, e, por isso, não está sequer informada pela teoria dos princípios, em nenhuma daquelas idéias expostas no início deste trabalho. Essa colisão não necessita ser colocada diante de um caso concreto, no qual seriam avaliadas possibilidades fáticas e jurídicas, tendo em vista que o princípio é um mandamento de otimização. Posta da maneira apresentada por Leivas, seguindo sua interpretação de Alexy, e do modo tratado pelo Ministro Celso de

⁸⁷ COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

⁸⁸ TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 60.

Mello, no voto exposto, o direito à saúde prevalece sempre diante desse conflito, deixando de ser, assim, um mandamento de otimização, dependente de aspectos fáticos, para ser, na verdade, um princípio absoluto, aplicado como regra jurídica.

O que está, então, por trás da ponderação? Qual é a efetiva, real e inconveniente ponderação?

Para responder a esta indagação, invoca-se, mais uma vez, a percepção de Gustavo Amaral, que, ao tratar decisões desta natureza como escolhas públicas e, por vezes, trágicas, sustenta que *“a comparação entre coisas desiguais é feita no orçamento. Quando se decide como alocar o orçamento da saúde, o verdadeiro conflito é entre a ‘vida’ do requerente e a ‘vida’ de tantos outros”*⁸⁹. Note-se, pois, que – quando se preenche a competência orçamentária ou o “interesse financeiro e secundário”, surge, na verdade, algo que não poderia, em nenhuma hipótese, ser qualificado como secundário. No caso concreto, quando um indivíduo demanda o Estado, exigindo uma prestação de saúde, esse direito será sempre restrito pelo “interesse financeiro” do Estado. Mas dito assim, parece que se está tratando de algo não relacionado à justiça, não relacionado à proteção da vida, não relacionado – igualmente – ao alcance de um fim. Por trás da ponderação, portanto, há o direito à saúde de um em conflito com os recursos destinados à proteção da saúde de muitos, garantido por meio de políticas públicas de caráter universal e igualitário.

Não se pode esquecer, nessa senda, que o artigo 196 da Constituição da República obriga o Estado a garantir a saúde da população por meio de políticas públicas, de modo universal e igualitário. Isso porque a política pública, financiada a partir dos recursos disponíveis e alocados conforme o orçamento, tem natureza de universalidade, ou seja, atenderá igualmente a todos os cidadãos que estiverem na mesma situação. O Poder Judiciário, ao deparar-se com determinado pedido de tratamento, terá – como medida de justiça – que proferir a mesma decisão para os jurisdicionados que comprovarem a mesma hipótese fática. Sobre esse particular, vale reproduzir a lúcida lição de José Reinaldo de Lima Lopes:

A distribuição igualitária é fundamental. Não se pode pedir e não se deve dar a uma pessoa em particular algo que se sabe de antemão que não pode ser dado a todos os que se encontram na mesma situação. Se for dado, trata-se de uma concessão segundo a caridade, não segundo a justiça e nossos tribunais são tribunais de justiça e direito, não tribunais

⁸⁹ AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 171.

de caridade. Dizer que o valor vida e da saúde de cada um não cede diante da reserva do possível em princípio oculta um problema mais grave do que parece. Tal raciocínio pode imaginar que o Estado está obrigado a dar a cada um essas condições de maneira isolada. Ora, tal raciocínio é insustentável. O Estado – seja por qualquer de seus órgãos – está obrigado a tratar de maneira igual a todos os cidadãos. Assim, não tem o dever de dar a um o que não pode dar a todos. É gravíssimo erro de compreensão dos direitos fundamentais: estes são devidos a todos e devidos simultaneamente⁹⁰.

Pode-se inferir, do exposto, que o direito à saúde, quando necessário, deve ceder à reserva do possível. Isso admitem Alexy e grande parte da doutrina brasileira. No entanto, o que aqui se procura demonstrar, é que, na verdade, há outros fatores – muito sérios – ligados à ideia de escassez e escolhas, que estão por trás da ponderação. A resolução do conflito entre um direito social e a competência orçamentária do legislador não é, verdadeiramente, um conflito – levado a sério – se não for considerado tudo que sustenta, funda e justifica o orçamento realizado pelo legislador e as políticas públicas planejadas e executadas a partir das verbas disponíveis. O ponto da escolha dos princípios colidentes e do preenchimento de seu conteúdo é, pois, indispensável.

Há, ademais, outra problemática que precisa ser definitivamente enfrentada, sob pena de se considerar resolvido, no mundo jurídico tão-somente, a questão do modo de aplicação do direito à saúde, sem a consistência assentada na realidade. A pergunta que deve ser feita é saber quando, em um caso concreto, observando a pretensão de um indivíduo contra o Estado, haverá substancial comprometimento das verbas públicas, da separação de poderes, da competência orçamentária do legislador e das liberdades jurídicas de terceiros. Quando? Como já exposto e, inclusive, transcrito, Robert Alexy, seguido por outros doutrinadores brasileiros, entende que os direitos sociais cedem quando houver a afetação significativa desses princípios. Se recordarmos o caso analisado por Gustavo Amaral, em que o Poder Judiciário concedeu um tratamento

⁹⁰ Lima Lopes ainda acrescenta que “*Se a maneira de distribuir é tal que já se sabe de antemão que não haverá para todos, não se pode aceitar o pedido. E os tribunais estão obrigados a considerar esse problema, pois trata-se de matéria que determina os fatos do julgamento. Os tribunais não são instâncias de proclamação abstrata de direitos, mas lugares onde se faz o juízo particular, concedendo ou negando a cada um (ou a cada grupo) o que lhe é devido na forma da regra universal*”. Na sequência, o autor ainda suscita uma hipótese extrema, mas pertinente: “*Engana-se quem acha que o Judiciário deve dar a um cidadão aquilo que este não conseguiu da Administração porque ela não teria como dar a mesma coisa a todos. Se o Judiciário concedesse a um em particular, estaria certamente violando o direito de todos os outros, pois atenderia com recursos públicos apenas os que conseguissem chegar a ele. Com o tempo, transferir-se-ia para os tribunais a fila de atendimento. E ao fim do dia ele seria, da mesma forma que a Administração, obrigado a fechar as portas*”. LOPES, José Reinaldo de. **Em torno da “reserva do possível”**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, pp. 171-172.

experimental nos Estados Unidos, no valor de US\$ 163.000,00, o que – até aqui – parece ser um caso bem peculiar do ponto de vista do montante a ser gasto, é imperioso refletir se neste caso essa quantia não está dentro do “possível” para o Estado. Aparentemente não supera as possibilidades fáticas, sobretudo em comparação com o valor arrecadado pelo Estado brasileiro todos os anos, por meio da tributação⁹¹.

A menos que o caso concreto e específico demandasse tratamento altamente custoso aos cofres públicos, custoso talvez na casa dos milhões, é que se poderia cogitar – na verdade – do comprometimento dos princípios que Alexy enumera como limitadores dos direitos fundamentais sociais. Que julgador, ao motivar decisão em que está em jogo a concessão de medicamento que custa, suponhamos, R\$ 1.000, 00 (mil reais) mensais, conseguirá sustentar que, à luz unicamente (frise-se) deste caso, há afetação significativa da competência orçamentária do legislador ou da separação dos poderes? A resposta, em um primeiro juízo, é negativa. Agrava-se essa negativa se for possível adotar a ideia de ônus probatório, aqui já mencionada, de Ingo Sarlet: “*cabe ao poder público o ônus da comprovação efetiva da indisponibilidade total ou parcial de recursos, do não desperdício dos recursos existentes, assim como da eficiente aplicação dos mesmos*”⁹².

Em síntese, o juiz somente poderia negar provimento à demanda de saúde do particular se o Estado comprovasse que não possui recursos, que não os desperdiça e que os aplica de modo eficiente. A reserva do possível, portanto, somente venceria o embate com o direito à saúde se essa comprovação existisse, porque – ressalte-se – seria apenas por meio dessa prova que restariam, de modo relevante, afetados os princípios que Robert Alexy coloca do outro lado da balança.

É fundamental, diante disso, que se reflita se essa balança funciona para prestações positivas individuais, mas baseadas em direitos sociais, judicializadas, submetidas à apreciação de um julgador pelo particular, enfermo e necessitado do tratamento adequado. A máxima da proporcionalidade, como proposta, não parece ter a mesma precisão metodológica quando aplicada às colisões entre princípios em sentido estrito (liberdade de expressão e direito à intimidade, por exemplo) e quando aplicada às

⁹¹ De acordo com o Instituto Brasileiro de Planejamento Tributário, o Brasil arrecadou, até a data de 02 de agosto de 2010, o valor de 700 (setecentos) bilhões de reais. A estimativa do Instituto é de que a arrecadação total do ano de 2010 atinja ultrapasse 01 (um) trilhão de reais. Fonte: <http://www.ibpt.com.br/home/publicacao.view.php?publicacao_id=13856&pagina=0>. Acesso em 05/11/2010.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 356.

colisões entre direitos a prestações. Os direitos a prestações (princípios de cunho programático⁹³) não colidem entre si no caso concreto da mesma maneira que os princípios em sentido estrito.

Ademais, o conflito entre direito à saúde e competência orçamentária do legislador, acoplando-se aqui também a separação de poderes e as limitações fáticas da reserva do possível, não ocorre, com consistência metodológica, na análise dos casos individuais. Na verdade, o conflito ocorre, mas a análise dele é prejudicada pelas proporções e pelos pesos que, no caso, ambos os lados da balança possuem. O Estado poderá trazer ao processo dados de arrecadação, gastos, critérios de alocação, mas isso tudo raramente (uma vez que não é possível inferir que nunca ocorrerá, mas o juízo de probabilidade aqui é apropriado) será capaz de “vencer” o direito à saúde, porque o custo daquele caso individual é, por vezes e em comparação com as possibilidades financeiras do Estado, ínfimo. A fórmula teórica da ponderação, nesse sentido, deve ser descortinada e dissecada, para que se enfrente – efetivamente – o verdadeiro conflito.

Nesse contexto, tratando a questão do ponto de vista do caso individual, o juízo de ponderação, nos termos propostos pelos autores mencionados, termina por transformar o direito à saúde em uma norma de eficácia – praticamente – absoluta, em um “direito a qualquer custo”, tanto é que é basicamente dessa maneira (e isso se observará mais adiante, na análise da jurisprudência) que os tribunais acabam efetuando a aplicação.

3. RETOMANDO O CONCEITO DE DIRETRIZES: o controle judicial das políticas públicas e a eficácia normativa do direito à saúde.

Toda essa argumentação parece conduzir ao entendimento de que o Poder Judiciário deve abster-se de intervir em assuntos dessa natureza, que seriam meramente políticos, em respeito à escassez de recursos, fundamentalmente observada no momento em que o Poder Público define prioridades e estabelece políticas de atenção à saúde. Deve-se ressaltar, antes de tudo, que as considerações aqui articuladas, e a modesta crítica a uma possível insuficiência do modelo ponderativo para o caso das prestações positivas individuais, relacionam-se ao direito à saúde em sua vertente originária da Constituição. Talvez essa ressalva não tenha ficado sequer implícita nos itens anteriores,

⁹³ Essa expressão, embora sempre ressalvada em relação à eficácia, é utilizada por Ingo Sarlet. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** Op. cit., p. 292.

mas é importante mencioná-la, pois é distinta a apreciação de casos em que se solicita, por exemplo, um medicamento ofertado pelo Estado mediante políticas públicas e, por alguma razão circunstancial, negado ao particular, e se postula um medicamento não ofertado por políticas públicas, sem mediação infraconstitucional, diretamente das normas constitucionais, mormente do art. 196 da CRFB. No primeiro caso, não há maiores controvérsias em reconhecer a justiciabilidade da pretensão, pois se trata, inclusive, da análise de eventual exclusão indevida de um programa universal, o que fere a igualdade e a isonomia. No segundo caso, a discussão perpassa a ideia de direitos subjetivos, da eficácia dos princípios constitucionais, dentro do que, de modo ainda limitado, procura-se tratar neste trabalho.

Pois bem. Nesta etapa cumpre retomar um conceito trabalhado no início desta monografia, que é o conceito de “diretrizes”. Vimos, naquele capítulo, que Atienza e Ruiz Manero⁹⁴ procuraram distinguir duas espécies de princípios, que seriam os princípios em sentido estrito e as diretrizes ou normas programáticas. Ao longo do desenvolvimento do trabalho, também se percebeu que não se nega o caráter de diretriz dos direitos a prestações positivas, justamente porque ele estabelece um fim a ser perseguido na maior medida possível e há, além da concorrência de diretrizes, de princípios com essa característica, uma nítida multiplicidade de meios. Apesar dessa constatação, também verificamos que, no que se refere à nossa Constituição, o *status* de direitos fundamentais conferido aos direitos sociais não permite que estas normas sejam tratadas como “conselhos” ou “programas”, em si, mas como efetivamente vinculantes, obrigando o Estado. Na verdade, as diretrizes não deixam de representar fins que devem ser atingidos na maior medida possível, tendo como instrumento a escolha adequada e necessária de meios para a consecução de objetivos, simplesmente porque o legislador constituinte as alçou ao nível dos direitos fundamentais. São direitos fundamentais com essa estrutura, dependente – em sua eficácia – da escolha dos meios.

Tanto é assim que o constituinte, ao mesmo tempo em que reconhece a saúde como direito fundamental, expressa claramente como ela será efetivada, nos termos do art. 196 da Constituição. Segue, mais uma vez, o dispositivo constitucional:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido **mediante políticas públicas sociais e econômicas** que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às

⁹⁴ ATIEZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Sobre principios y reglas**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991).

ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (grifos nossos)

Como se depreende desse artigo, a estrutura normativa do direito à saúde está enquadrada no conceito de princípio de natureza programática (ou diretriz), que é distinta, em sua estrutura, dos princípios em sentido estrito (a liberdade de expressão, por exemplo, não é uma norma que projeta um fim dependente de ações positivas do Estado por meio de políticas públicas). A eficácia do direito à saúde é assegurada, portanto, pela implantação de políticas sociais e econômicas. Essa ideia se coaduna perfeitamente com a compreensão de que os direitos possuem custos, todos eles, mas que os direitos a prestações positivas dependem de escolhas disjuntivas, de planejamentos, de programas. No campo da saúde essas escolhas são ainda mais trágicas e, por isso, causam tanto impacto, mas representam uma realidade com a qual se deve aprender a conviver.

Nessa esteira, Ingo Sarlet, tratando da eficácia do direito à saúde, argumenta que *“a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa (...)”*⁹⁵.

Esse raciocínio, construído dentro de um estudo tendente a justificar a saúde como direito subjetivo individual originário, evidentemente, sensibiliza, mas talvez precise ser complementado pelo inconveniente argumento de que essa é uma contingência, ao menos por enquanto, inafastável do Estado social brasileiro. Tratando-se de um Estado em que boa parte da população não possui meios financeiros para custear tratamentos sequer básicos de saúde, e entendemos que a atenção do serviço público de saúde deve estar voltada definitivamente aos que dela necessitem, a escolha e a não abarcância integral dos serviços de saúde fazem parte da realidade. Se estivermos dispostos a aceitar a premissa de Sarlet, tal como exposta, para justificar um direito subjetivo individual originário à saúde, por mais que “limitado” pela máxima da proporcionalidade, talvez não possamos ignorar, de outra parte, que a realocação de

⁹⁵ Ao completar o raciocínio, Sarlet aduz que *“o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado (social ou não) que inclua nos seus valores essenciais a humanidade e a justiça”*. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais...** Op. cit., p. 325.

recursos escassos para atender demandas individuais judicializadas implica a morte, também sem pena, de pessoas que, pelo comprometimento das verbas públicas, não tiveram uma ambulância para transportá-las ao hospital em uma emergência, ou tiveram que esperar mais tempo pela aquisição gratuita de um medicamento, entre outras hipóteses imagináveis. E qual seria o crime que essas pessoas teriam cometido? Não ter assistência jurídica para ingressar no Judiciário postulando seu tratamento.

O conflito da escassez, da ineficiência, da desigualdade, apenas transferiu-se ao Poder Judiciário, que, ao declarar que o particular tem um direito subjetivo à saúde, com eficácia independente das políticas públicas e da comunidade, termina por ignorar o contexto de escolhas, devendo estar disposto, por sua vez, a aceitar como sua a responsabilidade de enfrentar o problema da concessão de um tratamento que não poderia conceder a todos na mesma condição, porque a Administração – igualmente – não poderia fazê-lo.

Nesse sentido é a constatação de Kilner em relação ao caráter trágico dessa realidade:

Ao invés de uma massa de indivíduos não identificados tendo negado o acesso a recursos necessários, pessoas cujo nome de tornaram conhecidos do público serão declaradas inelegíveis para um tratamento ou utilidade que se sabe necessário. Talvez esse cenário seja desumano, mas é sem dúvida a verdadeira representação da realidade⁹⁶.

Dito isso, e estabelecida a premissa de que o direito fundamental à saúde tem estrutura normativa de princípio de cunho programático, importa observar de que maneira se poderia, obedecendo a teoria dos princípios e realidade fática de escassez de recursos, garantir normatividade ao direito à saúde.

Trata-se, fundamentalmente, do controle judicial sobre as políticas públicas. Se essas políticas estão definidas na Constituição como o meio pelo qual a saúde, de modo universal e igualitário, será assegurada à população, não se pode considerar intangível a opção orçamentária do legislador, e – menos ainda – intangível o modo de execução, pela Administração, das políticas desenhadas no âmbito do Poder Executivo. Ademais, a partir da leitura do artigo 196 da Constituição, em cotejo com as demais normas que tratam do direito à saúde, o cidadão tem, em princípio, não um direito subjetivo (e

⁹⁶ KILNER, John. F. **Who Lives? Who Dies?: Ethical Criteria in Patient Selection**. New Haven, 1990, *apud* AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 80.

fundamental) a prestações individualizadas, mas – sem qualquer dúvida – ao acesso a políticas públicas que visem à proteção e ao tratamento de saúde. Sendo esta a estrutura do direito fundamental (como direito a uma política pública de saúde), há de se controlar, na verdade, o discurso do Estado para justificar suas opções.

Nesse sentido é o posicionamento de Gustavo Amaral, na festejada obra *Direito, Escassez e Escolha*:

O que precisa ser resgatado é o processo de escolhas públicas. Isto passa necessariamente pelo orçamento, mas não é apenas o orçamento. É preciso definir protocolos médicos, definir montantes de recursos a destinar, escolher prioridades por critérios públicos. Nesse processo de escolha pública, na elaboração dos programas de despesas que integrarão o projeto de lei orçamentária cabe, sim, o controle judicial (...) ⁹⁷.

O controle judicial não pode se basear tão-somente (e está equivocado quando assim procede) na comparação entre o caso concreto e as possibilidades orçamentárias do Poder Público. O raciocínio jurídico não pode se fundar na seguinte estrutura: (1) a saúde é direito de todos e dever do Estado; (2) o indivíduo comprovou a necessidade do medicamento e o Estado não o oferece; (3) logo, o Estado está obrigado a fornecer o medicamento. Esse é um mecanismo dedutivo que peca na escolha das premissas, na justificação externa, ainda que formalmente seja dedutivamente válido. Isso porque o indivíduo não possui um direito subjetivo individual a qualquer prestação de saúde. Definitivamente, de acordo com o que foi exposto até aqui, não é esse o direito que o cidadão possui. Há, sim, um direito subjetivo a uma política pública que deve ser ofertada a todos os indivíduos que estiverem na mesma condição; e, sublinhe-se, somente esse aspecto de universalidade e de igualdade já carrega a subjacência da compreensão de que os recursos são escassos e, conseqüentemente, de que o Poder Público faz escolhas alocativas, disjuntivas e trágicas.

Observando, nesse contexto, a questão sob esse viés, é possível retomar, além do já invocado conceito de diretriz, a estrutura de ponderação proposta por Alexy, que – agora – parece fazer muito mais sentido. A competência orçamentária do legislador, a separação dos poderes, a “reserva do possível”, não são princípios absolutos em relação ao direito à saúde, compreendido na sua esfera coletiva. Aqui, é possível averiguar se o legislador – no exercício de sua competência orçamentária – destinou recursos

⁹⁷ AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 179.

suficientes para cumprir sua obrigação constitucional. Aqui, é também possível controlar se o meio escolhido para atingir o fim (o acesso universal e igualitário a políticas de saúde) é idôneo e necessário, respeitando-se os passos da máxima da proporcionalidade. Novamente, no dizer de Gustavo Amaral, “*o direito à saúde se afirma preferencialmente por políticas públicas e como tal deve ser controlado*”⁹⁸.

Todo o processo judicial por meio do qual se busque, por exemplo, o fornecimento de medicamentos, deve ser pautado pela observância da escolha pública e não de uma relação simplificada entre dever/direito. A existência de recursos financeiros, o processo de formação dos protocolos terapêuticos, a justificativa para a não cobertura de determinada enfermidade deve integrar a discussão no curso do processo. Somente assim se estaria levando a sério a ponderação entre direito à saúde e “reserva do possível”. Para proclamar uma sentença de procedência, obrigando o Estado a fornecer determinado medicamento, a sentença deve determinar que se conceda o mesmo medicamento para pacientes que se encontrarem na mesma situação, alterando o processo de escolha pública, controlando-o. A responsabilidade do julgador cresce, juntamente com a necessidade de que as partes (o particular e o Estado) manejem esforços para sustentar suas razões à luz, sempre e indiscutivelmente, da política pública que se está a apreciar. Se suscitarmos o exemplo de um indivíduo que necessita de um órgão, de modo urgente, o julgador estaria obrigado a afirmar, no caso de estar convencido a partir das provas dos autos, que o Estado teria que conceder esse órgão a todos os indivíduos que passem pelo mesmo transtorno. Essa obrigação, possivelmente, seria considerada impossível, até pela escassez, não de recursos financeiros, mas dos próprios órgãos. O juiz defere um pedido liminar para que determinada pessoa “fure” a fila de transplantes e receba o órgão, ou para que alguém seja internado no lugar de outro paciente, sustentado pela concepção – equivocada – de que há um direito subjetivo público individual, originário da Constituição, a uma prestação de saúde⁹⁹. Se

⁹⁸ AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 183.

⁹⁹ Na apelação cível n. 70012715108 (Rel. Des. Irineu Mariani, julgada em 17/05/2006), o Tribunal de Justiça do RS não reconheceu um direito subjetivo do postulante a receber o órgão, ordenando que se respeitasse a “fila”, mas fazendo a seguinte consideração: “*Não pode o Judiciário, dentre os casos de urgência máxima, determinar que o primeiro órgão compatível seja transplantado neste ou naquele paciente. No entanto, pode, e deve, se houver prova técnica, classificar o caso como de urgência máxima, devendo como tal ser considerado pela equipe médica, porque em tal hipótese estará a ocorrer violação a direito subjetivo*”. Note-se que, da argumentação da decisão, depreende-se o reconhecimento de um direito subjetivo à política pública, ou seja, havendo prova de que o paciente tem quadro de “urgência máxima”, que ele seja enquadrado segundo essa classificação. O Estado não está obrigado a dar órgãos para todo mundo, dada a impossibilidade e a escassez. O raciocínio deve ser o mesmo para o caso de

o direito corresponde à política pública, como ora se defende, a resolução de lides dessa natureza altera muito o seu curso.

Evidentemente, para que fosse possível desenvolver propostas de critérios para o controle das escolhas públicas seria necessária outra monografia, sendo objeto deste trabalho apenas definir o alcance e a eficácia do direito à saúde. Entretanto, implica ressaltar apenas que a aplicação desse direito como política pública requereria uma atuação mais contundente do Ministério Público, por exemplo, já que ações de abrangência coletiva tenderiam a ser mais eficazes nessa espécie de controle judicial.¹⁰⁰ Vale mencionar, ademais, que o controle judicial de políticas públicas, observando suas justificativas e a razoabilidade das escolhas, já começa a constituir prática em outras nações. Mostra-se interessante o exemplo trabalhado pela *International Network for Economic, Social & Cultural Rights*, que, ao abordar o caso *Soobramoney v. Minister of Health (Kwazulu-Natal)*, julgado pela Corte Constitucional da África do Sul em outubro de 2005, extraiu o seguinte:

This was the first case in South Africa in which the Constitutional Court had to decide on the constitutional right to health care for everybody in light of the problem of scarce resources for the funding of the health care system. The Court accepted that rationing of resources is integral to health service delivery in the public sector even though this might support ongoing inequities between the private and public sector. However, the Court implied that there might be grounds for the challenge of executive policies if such policies were unreasonable or if they were not applied fairly and reasonably.¹⁰¹

Por fim, avaliando novamente o mecanismo de ponderação, deveras complexo com essa configuração, parece que ele se reveste de maior consistência se considerarmos a existência de um direito subjetivo à política pública. Da colisão entre o direito à saúde não só do paciente, mas de todos aqueles que se encontrarem na mesma situação, e todos os princípios que apóiam o Estado na discricionariedade para a escolha

medicamentos, embora – na hipótese dos transplantes – fique muito mais evidente a impossibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à prestação individual.

¹⁰⁰ “Quando o pedido é dirigido contra uma lei orçamentária ou programa, ou quando o pedido requer um programa inexistente ou a inclusão de um procedimento de saúde nos programas públicos, não haverá o perigo do tratamento desigual (ou estará muito minimizado), pois a decisão se aplicará não a uma pessoa, mas a todas as que se encontrarem nas circunstâncias tipificadas. Os exemplos que venham a figurar no processo serão propriamente exemplos, ou seja, casos típicos que se pretende tratar como tipos, isto é, como formas gerais”. LOPES, José Reinaldo de. **Em torno da “reserva do possível”**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 172.

¹⁰¹ Fonte: <http://www.escc-net.org/caselaw/caselaw_show.htm?doc_id=673074>. Acesso em 06/11/2010.

de meios, surgirá, em caso de deferimento, uma decisão, que considerará justificada a escolha pública ou, em sentido diverso, determinará a alteração – não apenas para aquele paciente – da política. Assim, na verdade, criar-se-ia uma relação mais responsável e realista da problemática, sem deixar de conferir normatividade à Constituição e ao direito fundamental à saúde. O que esvazia essa normatividade não é a impossibilidade de o cidadão receber prestações individuais, contra a comunidade política, a partir do texto constitucional; mas, na verdade, a impossibilidade de controle das políticas públicas, meio pelo qual são assegurados os direitos fundamentais sociais e, da mesma maneira, o direito à saúde.¹⁰²

¹⁰² 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: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 107.

**PARTE III – SUBSTRATO JURISPRUDENCIAL: análise das linhas decisórias
no âmbito do direito à saúde.**

**1. A SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO INDIVIDUAL E SUA
APLICAÇÃO COMO REGRA PELOS TRIBUNAIS**

O corte da análise jurisprudencial, neste item, será restrito ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, mais especificamente sobre suas decisões que tratam do fornecimento de medicamentos. De maneira bastante sintética, cumpre observar que a imensa maioria dos julgados relativos a esse tema considera o direito à saúde um direito subjetivo público que pode ser prestado individualmente e, dessa maneira, exigido. Sobre esse ponto o posicionamento é quase uníssono.

Deste feita, segue precedente da 21ª Câmara Cível do TJ/RS, que assim define o alcance do direito à saúde:

Saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município (art. 241, CE). Elevado à condição de direito social fundamental do homem, contido no art. 6º da CF, declarado por seus artigos 196 e seguintes, *é de aplicação imediata e incondicionada*, nos termos do parágrafo 1º do artigo 5º da C. Federal, que dá ao indivíduo a possibilidade de exigir compulsoriamente as prestações asseguradas.¹⁰³ (grifos nossos)

A estrutura de justificação dessa espécie de decisão não sugere, na verdade, um processo de ponderação, por meio do qual se resolveriam conflitos entre princípios. No mesmo acórdão supracitado, o relator afirma o seguinte: “*Basta por isso, a meu sentir, comprovadas a moléstia e a carência, como no caso, para investir o particular do direito subjetivo à gratuidade assegurado no dispositivo constitucional invocado*”. Por essa razão, entendemos tratar-se da aplicação do direito à saúde como se a norma que o previsse possuísse a estrutura de regra e, como tal, pudesse assim ser aplicada. No caso aqui apreciado, o julgador entende, expressamente, que basta o indivíduo comprovar a necessidade e a carência para que tenha o direito à prestação individual de saúde.

Se entendemos o conceito de princípio como mandamento de otimização, que estabelece um estado de coisas a ser atingido em uma relação meio/ fim, na qual os meios estão indeterminados, não podemos enquadrar o direito à saúde, tal como exposto

¹⁰³ TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Genaro José Baroni Borges, Apelação Cível n. 70038838686, j. 06.10.2010.

nessa linha decisória, como princípio. Ele, aqui, é regra, cuja condição de aplicação é tão-somente a necessidade do tratamento. Presente essa condição de aplicação, deve ser assegurada a prestação positiva individualizada pelo Estado.

Tanto é assim que, normalmente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul vem entendendo ser desnecessária a desconstituição da sentença para a produção probatória no sentido de buscar adequar a pretensão postulada à política pública, às listas de fornecimento de medicamentos dos Entes Públicos. Assim entende a 1ª Câmara Cível do TJ/RS, nos termos que seguem:

Como é cediço, entende este Colegiado ser desnecessária a manifestação quanto à substituição do fármaco pleiteado, quando devidamente atestadas as doenças da parte autora por médico de sua confiança e quando o tratamento previsto se mostra tecnicamente adequado, como na presente hipótese.¹⁰⁴

A jurisprudência majoritária do TJ/RS¹⁰⁵, no que concerne ao ponto específico da produção probatória, compreende que a enfermidade resta devidamente caracterizada, bem como a necessidade do fármaco postulado, por meio tão-somente do receituário médico firmado pelo profissional que acompanha o paciente¹⁰⁶.

Outro aspecto central desse posicionamento que, frise-se, é dominante, corresponde à completa irrelevância das políticas públicas para a análise das hipóteses fáticas¹⁰⁷. Inexiste, aqui, e se existe trata-se de mero uso retórico, menção à ponderação dos bens em jogo, de colisão entre o direito do demandante e o direito da comunidade, de uso da máxima de proporcionalidade. O controle da política pública, das escolhas, tal

¹⁰⁴ TJ/RS, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Carlos Roberto Lofego Canibal, Apelação Cível n. 70037923133, j. 20.08.2010.

¹⁰⁵ Ressalva deve ser feita a recentes e animadores precedentes do TJ/RS que, observando nova inclinação do STF, vêm consertando essa posição dominante, conforme se observa deste julgado: “*Segundo recente decisão da Presidência do STF, após a audiência pública sobre as ações de saúde, ‘deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente’*”. TJ/RS, 22ª Câmara Cível, Rel. Desª. Rejane Maria Dias de Castro Bins, Apelação Cível n. 70036991925, j. 29.07.2010.

¹⁰⁶ “*Registro que cabe ao médico do paciente estabelecer o adequado tratamento, a fim de obter êxito no combate da enfermidade, considerando-se que é o competente expert para aferir as reais necessidades do demandante*”. TJ/RS, 3ª Câmara Cível, Rel. Desª. Matilde Chabar Maia, Apelação Cível n. 70035026517, j. 23.09.2010.

¹⁰⁷ “*Desse modo, irrelevante o fato de o medicamento postulado ser classificado como básico, especial ou excepcional, ou não integrar as listas dos entes públicos*”. TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Armínio José Abreu Lima da Rosa, Apelação Cível n. 70039093778, j. 20.10.2010. No mesmo sentido: “*Despicienda a tese sempre alegada acerca da ausência de previsão orçamentária para a realização de exame, visto que empecilhos dessa natureza não prevalecem frente à ordem constitucionalmente estatuída de priorização da saúde*”. TJ/RS, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, Apelação Cível n. 70034338509, j. 10.03.2010.

como proposto no capítulo anterior deste trabalho, passa muito longe desse posicionamento judicial, porque comprometido tão-somente em assegurar o tratamento de saúde a quem dele necessite, restringindo-se quase que exclusivamente a apreciar a prova tendente a sustentar a necessidade e adequação do fármaco pleiteado. Como já exposto, embora se possa travestir o raciocínio jurídico com o uso de princípios, ao menos no momento da aplicação do art. 196 da Constituição, este é aplicado como regra jurídica, obedecendo às características concernentes a essa espécie normativa.

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

Por fim, e aqui se manifesta uma preocupação relevante, tratar o direito à saúde como um direito subjetivo individual, aplicado por meio da estrutura concernente a regras (*Se A, então B*, sendo *A* apenas a necessidade do tratamento e, por vezes, a carência de recursos, que, na verdade, integra a necessidade), conduz à redução significativa do juízo de fato e, como conseqüência, da instrução probatória, transformando a matéria, inexplicavelmente, em matéria de direito, implicando – não raro – julgamento antecipado da lide¹⁰⁸. Isso provoca uma preocupante tendência de que se produzam decisões judiciais padronizadas, seja na primeira ou segunda instância, de modo que as ações sobre medicamentos, de peculiar complexidade, terminam por integrar o rol dos modelos prontos, já que a análise sobre a existência ou não do direito – na concepção jurisprudencial aqui apresentada – é deveras singela.

¹⁰⁸ “No que concerne à alegação de cerceamento de defesa pela não produção de prova pericial, cumpre ressaltar que o feito versa sobre matéria exclusivamente de direito, permitindo o julgamento antecipado do feito, inclusive, nos termos do art. 330, inc. I, do CPC”. TJ/RS, 21ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco José Moesch, Apelação Cível n. 70038409439, j. 29.09.2010.

2. A POSIÇÃO MINORITÁRIA NO TJ/RS E A SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO A POLÍTICAS PÚBLICAS

Demonstrada a posição dominante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, mostra-se indispensável sublinhar o entendimento minoritário da 22ª Câmara Cível, nos votos de lavra da Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza. Para ilustrá-lo, segue, na íntegra, a mais recente ementa que aborda a temática:

SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MEDICAMENTO. LISTAS PÚBLICAS. 1. **O direito social à saúde, a exemplo de todos os direitos (de liberdade ou não) não é absoluto, estando o seu conteúdo vinculado ao bem de todos os membros da comunidade e não apenas do indivíduo isoladamente.** Trata-se de direito limitado à regulamentação legal e administrativa diante da escassez de recursos, cuja alocação exige escolhas trágicas pela impossibilidade de atendimento integral a todos, ao mesmo tempo, no mais elevado standard permitido pela ciência e tecnologia médicas. Cabe à lei e à direção do SUS definir seu conteúdo em obediência aos princípios constitucionais. 2. A assistência farmacêutica por meio do SUS compreende os medicamentos essenciais (RENAME) e os medicamentos excepcionais constantes das listas elaboradas pelo Ministério da Saúde. Em princípio, não tem a pessoa direito de exigir do Poder Público medicamento que não consta do rol das listas elaboradas pelo SUS, balizadas pelas necessidades e disponibilidades orçamentárias. 3. **As políticas públicas do SUS sujeitam-se ao controle judicial.** Mas, não basta a mera afirmação da necessidade do uso do medicamento ou da realização do procedimento para obrigar o Poder Público a custear o tratamento não incluído no SUS. **A ineficácia ou a inadequação dos fármacos e procedimentos disponibilizados no SUS exige a ampla produção de provas.** Precedente do STF. 4. Sem prova técnica suficiente para ilidir a indicação do médico que assiste a parte autora, está obrigado o Poder Público a fornecer o medicamento constante das listas públicas. Recurso provido em parte. Sentença confirmada, no mais, em reexame necessário. Voto vencido em parte. (Apelação Cível Nº 70039134226, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/10/2010). (grifos nossos)

Da leitura da ementa, que bem traduz a íntegra do acórdão, é possível perceber que este é o posicionamento judicial que, senão completamente, mais se adéqua às conclusões teóricas já estabelecidas neste trabalho. Note-se que as premissas estão bem estabelecidas e se coadunam com o que aqui já foi exposto: a localização da saúde como um direito de toda a comunidade e não do indivíduo “contra” e independentemente dela; o reconhecimento – incomum nos julgados do TJ/RS – da escassez de recursos e da

inevitabilidade da presença de escolhas trágicas, com especial referência aos avanços tecnológicos (não mencionados neste trabalho, mas de valor argumentativo importante); a interpretação de que a saúde é garantida por meio de ações positivas, dependentes de políticas públicas; a afirmação de que essas políticas públicas podem ser controladas judicialmente, por meio de provas cabais de sua inadequação e ineficiência.

Importa salientar que houve notável avanço no próprio posicionamento da 22ª Câmara Cível, nos votos da Desembargadora Maria Isabel de Azevedo Souza, já que antes se limitava, ainda com acerto, a referir que o direito à saúde era garantido por meio de políticas públicas e que, portanto, no caso de fornecimento de medicamentos, deveria haver obediência às listas, estando o Estado somente obrigado a fornecer o que estivesse nelas previsto¹⁰⁹. Agora, além de fazer referência a todas as premissas teóricas que sustentam a decisão, ainda sublinha a possibilidade de controle judicial da política pública, o que representa respeitável avanço na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Tal posicionamento, mesmo minoritário (e muito minoritário), nos parece o mais acertado e, felizmente, ventila alguma possibilidade de irradiação jurisprudencial futura.

3. NOVAS INCLINAÇÕES NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mencionou-se, ao longo deste trabalho, que a jurisprudência do Supremo Tribunal, sobretudo a partir do voto condutor do Ministro Celso de Mello¹¹⁰, assentou a existência de um direito público subjetivo à saúde, afirmando que da colisão entre a proteção da saúde do indivíduo e o interesse financeiro e secundário do Estado prevaleceria o direito à saúde. Esse posicionamento, conforme modestamente criticamos, exerceu influência significativa nas decisões judiciais, em todas as instâncias competentes, contribuindo, por exemplo, para o estabelecimento da doutrina majoritária do TJ/RS, cuja linha decisória já foi aqui exposta.

Todavia, a crescente preocupação com as conseqüências de uma postura decisória de defesa do direito à saúde “a qualquer custo” levou o Supremo Tribunal Federal a, entre outras medidas, organizar audiência pública para tratar do tema,

¹⁰⁹ TJ/RS, 22ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, Agravo n. 70024078107, j. 08.05.2008.

¹¹⁰ STF, 2ª Turma, AGRG no Rec. Extraordinário nº 271.286-8, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24.11.2000.

extraindo, a partir dela, encaminhamentos que permitiram que, ao menos em tese, fossem abertos novos horizontes para a tratativa do tema. Percebe-se, assim, um movimento da Corte Constitucional em buscar parâmetros mais seguros para a concessão de medicamentos (já que este é o ponto mais controverso em relação ao direito à saúde), de maneira a procurar um equilíbrio entre a preservação do bem-estar individual, muitas vezes da própria vida, e as políticas públicas que, quanto mais abrangentes e integrais, salvam um número maior de vidas, mormente de pessoas efetivamente carentes.

Essa tendência também pode ser observada a partir da edição, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução n. 31/2010, recomendando-se aos magistrados em geral a adoção de uma série de medidas para apreciar demandas relativas ao tema. Entre elas, pode-se destacar a oitiva de gestores da saúde, a verificação da inscrição dos pacientes nos programas de políticas públicas, a promoção de palestras informativas, a celebração de convênios e apoio técnicos, além de solicitar que seja evitada a concessão de tratamentos experimentais e de medicamentos não registrados na ANVISA. Nesse sentido, já se pode perceber que a linha decisória majoritária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que pese se respeite a livre convicção dos magistrados, precisa ser revista, ou – ao menos – faz-se necessária maior reflexão sobre o tema.

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal vem proferindo decisões, ainda de pouco alcance, porque no âmbito de suspensão de tutela antecipada, que procuram, de modo ainda incipiente, é verdade, estabelecer alguns parâmetros para a análise dos casos, mas que já indicam nova inclinação na jurisprudência do Supremo.

Observemos, então, o voto do Ministro Gilmar Mendes, tido como paradigmático, na Suspensão de Tutela Antecipada 175¹¹¹. Sem adentrar no aspecto particular do caso, cumpre avaliar, todavia, as pertinentes considerações presentes no voto, a começar, em razão do grau peremptório da afirmação, pelo que segue:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretiza. **Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.**¹¹² (grifos nossos)

¹¹¹ STF, AGRG na STA 175, Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.03.2010.

¹¹² No mesmo voto, o Ministro Gilmar Mendes observou que a grande maioria dos casos não versa sobre a interferência do Poder Judiciário na elaboração das políticas, realocando, na prática, as verbas

Esse é um primeiro aspecto central para nosso estudo. A afirmação do Ministro Gilmar Mendes demonstra que a política pública deve ser sempre considerada, pois é, evidentemente, o meio pelo qual o Estado garantirá a proteção à saúde. Desta feita, é decorrência lógica, inclusive para que não se permita destituir a Constituição de força normativa, que o indivíduo tem direito subjetivo à política pública e, como consequência, a obrigação do Estado é de planejá-la e efetivá-la de maneira idônea, universal e igualitária¹¹³.

No corpo da fundamentação do voto, o Ministro Gilmar Mendes faz uma série de considerações sobre diversos aspectos relativos às políticas de saúde do SUS, a tratamentos experimentais, aos protocolos e diretrizes que orientam o fornecimento de fármacos, entre outros aspectos correlacionados ao tema. Entretanto, não nos parece adequado dissecar cada um deles. Interessa evidenciar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal indica um novo caminho. No que concerne à produção probatória, em contradição com a ideia de “matéria de direito” presente na doutrina do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o eminente Ministro tece as seguintes observações:

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

Impende ressaltar, mais uma vez, a necessidade de instrução probatória responsável e ampla, que permita conciliar os interesses em conflito, de maneira que se verifique, sempre e inevitavelmente à luz da política pública, a adequação do medicamento pleiteado, a cobertura da enfermidade pelo Poder Público, a justificativa para eventual recusa coletiva do tratamento, entre outros aspectos que devem, necessariamente, ser valorados na análise casuística. Isso, na verdade, sequer é negado

orçamentárias. Trata-se, na sua visão, de determinar a execução de política pública já existente, que, por razão injustificada, não alcançou o demandante. Neste ponto, já demonstramos concordância, pois o direito ao acesso à ação estatal, em execução, parece ser cristalino. A controvérsia, objeto deste trabalho, habita no alcance da determinação de algo não contemplado pela política pública.

¹¹³ Interessa perceber que a Ministra Ellen Grace, na STA 91, mencionada pelo Ministro Gilmar Mendes na STA 175 aqui apreciada, advertiu que “o art. 196 refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo”. STF, STA 91-AL, Rel. Ministra Ellen Grace, DJ 26.02.2007.

pelos doutrinadores que defendem a existência de um direito público subjetivo a uma prestação individual. Basta verificar que Ingo Sartlet, ao defender a importância da revitalização do papel ativo do Judiciário, acrescenta que o juiz “*deve formular dúvidas quanto ao receituário médico e, sendo necessário, solicitar o auxílio de profissional especializado, no sentido de certificar-se da eficiência e segurança do tratamento requerido pela pessoa interessada*”¹¹⁴.

Por fim, diante da análise do que aqui entendemos como uma nova inclinação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, resta a constatação – do cotejo entre as linhas decisórias expostas – que a questão tem adquirido relevos substancialmente complexos, merecendo atenta revisão por parte daqueles que ainda, e com apoio amplamente majoritário no âmbito judicial, aplicam o direito à saúde da mesma maneira que aplicam uma regra jurídica, manejando análise fática insuficiente e raciocínio dedutivo inapropriado.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org) Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 45.

CONCLUSÃO

Embora se admita a existência, talvez inevitável, de uma compreensão prévia sobre o problema, mais uma inquietude, na verdade, que uma compreensão, esse é o tipo de estudo que exige que se busque, ao longo da pesquisa, consistência argumentativa e teórica constante para que as conclusões, que vão se descortinando e perdendo timidez ao longo do texto, sejam defensáveis e guardem coerência entre si e com as premissas teóricas apresentadas. Não é fácil e, certamente, ainda há muito a desenvolver. Essa dificuldade não decorre somente de uma eventual cautela científica, da contenção de uma contribuição mais ousada ou, ademais, da inexperiência do autor como investigador. O tema, na verdade, é delicado porque é trágico.

Não raro, ao longo do trabalho, quando as peças vão se encaixando e a negativa da existência de um direito subjetivo, mas (frise-se) individual e particular, à saúde vai se desenhando, brotam alguns questionamentos de cunho emocional, porque – ao fim e ao cabo – o desejo humano é de proteger a vida, sem a necessidade de fazer cálculos, ponderações, medidas ou reservas. O que está ínsita é provavelmente a vontade de afirmar o direito à saúde, de declará-lo como imediato, fundamental, subjetivo público individual, originário, absoluto. Isso porque não se nega, e não há como negar em nenhuma hipótese, que a dignidade da pessoa humana, essa noção que se busca afirmar com tanta constância, apenas tem sentido se o indivíduo, na sua condição peculiar, sem depender da análise de outros casos, possa desfrutar dos meios necessários para viver e, com cada vez mais frequência, esses meios dependem (e, na verdade, constituem) tratamentos de saúde.

Por outro lado, pergunta-se até que medida afirmar esse direito fundamental, nesses termos, contribui para a sua mais ampla eficácia. É nesse sentido que não se pode, por dever de enfrentamento da realidade, ignorar a escassez de recursos e, por isso, a conseqüente necessidade de alocação universal e igualitária de verbas, tendo como trágico pressuposto a inexistência de cobertura ampla, total e irrestrita, ainda que a Constituição possa dar a entender isso. Essa pré-compreensão, desejável aos intérpretes que lidam com esses casos, permite que se passeie por outro ponto da Constituição, enfrentando – definitivamente e de modo sério – o que há depois da vírgula, da primeira vírgula do artigo 196 de nossa Carta Constitucional, enxergando, sem prejuízo da ideia de obrigatoriedade normativa, que a saúde é garantida mediante políticas públicas.

Esse traço apenas corrobora a tese de que os direitos sociais, elevados ao *status* de direitos fundamentais, são estruturados sob a forma de princípios de cunho programático, que estabelecem metas, finalidades a serem atingidas na maior medida possível, dependendo da escolha de meios idôneos para tanto. Nesse contexto, quando o particular acessa o Judiciário, requerendo o tratamento sugerido por seu médico e não oferecido pelo Estado, não há, necessariamente, um descumprimento do dever de proteção à saúde, porque o Poder Público, ao obedecer à Constituição, procurou planejar políticas de proteção à saúde, que não se destinam, de maneira obrigatória, a resolver aquele caso específico que se apresenta ao julgador. Daí porque o juiz não pode tratar essa relação entre Estado/indivíduo, na esfera das prestações positivas, como uma relação simplificada entre dever/direito, porque as prestações são dirigidas a toda a comunidade¹¹⁵. Por isso, defendeu-se aqui (e essa é fundamentalmente a conclusão a que se chega) a inexistência de um direito subjetivo público individual à saúde, mas tão-somente à política pública. Assim, é sobre ela e sobre o controle das escolhas e do discurso que deve versar o processo judicial, inevitavelmente.

Em razão disso, mostrou-se também que a jurisprudência majoritária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, da mesma maneira que o posicionamento da maior parte de seus juízes ordinários, está na contramão dessa percepção, tratando, equivocadamente, o direito à saúde como um princípio de caráter praticamente absoluto, aplicando-o, pois, como se regra fosse. É preciso começar a considerar os argumentos aqui lançados que estão, na verdade, em consonância com a, ainda tímida, mas nova inclinação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que se ainda não adota com firmeza o fundamento do direito subjetivo à política pública, muito se distancia do posicionamento quase uníssono do TJ/RS, seja no que concerne à estrutura argumentativa, seja no que se refere à produção probatória. Isso, fundamentalmente, precisa ser repensado, revisto e alterado.

Por fim, ao contrário do que possa parecer, a concepção aqui defendida não se afasta da busca constante pela afirmação dos direitos fundamentais. Na verdade, trata-se de procurar garantir-lhes maior eficácia e abrangência, considerando as diferenças – aqui já delineadas – entre direitos a prestações positivas e direitos de liberdade no

¹¹⁵ “Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura”. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 170-171.

âmbito de sua eficácia e aplicação. Os direitos fundamentais se afirmam quando é possível encará-los como eles efetivamente se constituem, percebendo tudo o que os funda, estrutura e define. A escassez de recursos e de bens é um desses aspectos a ser percebido. Sua distribuição mais eficiente, abrangente e equânime, no contexto complexo da sociedade, permite a construção de um espaço menos desigual e com menos apelos para intervenções talvez excessivas do Poder Judiciário. A cultura do direito à saúde a “qualquer custo”, por sua vez, peca não apenas do ponto de vista técnico, mas também e, sobretudo, por colocar uma cortina de fumaça no real problema, dando aparência de efetivação de direitos e igualdade, mas – na verdade – contribuindo, do ponto de vista social, para o oposto. O maior desafio talvez seja não ser tocado, na área da saúde, pelo caráter trágico e sensibilizador dos casos individuais.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **On the structure of legal principles**. Ratio Juris, 13, Oxford, 2000, pp. 294-304.

_____. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ATIENZA, Manuel e RUIZ MANERO, Juan. **Ilícitos Atípicos: sobre el abuso de derecho, el fraude de ley e la desviación del poder**. Madrid: Trotta, 2002.

_____. **Las piezas del derecho**. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. **Sobre principios y reglas**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991).

ATRIA, Fernando. **¿Existen Derechos Sociales?** Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ªed. São Paulo: Malheiros, 2009.

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: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2ªedição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética**, in: MELLO, Cláudio Ari (coord.). Os desafios dos direitos sociais. Revista do Ministério Público do RS, n. 56. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BAYÓN, Juan Carlos e RODRIGUEZ, Jorge. **Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales**. Bogotá: Universidad Extremado de Colombia, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAFFÉ ALVES, Alaôr. **Lógica: pensamento formal e argumentação**. 4ª edição. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

COGO LEIVAS, Paulo Gilberto. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?** Isegoría, No. 35 (2006), pp.151-172.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GUASTINI, Ricardo. **Das Fontes às Normas**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: North & Co., 1999.

LAPORTA, Francisco. **El Imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LARENZ, Karl. **Metodología de la Ciencia del Derecho**. Barcelona: Ariel, 2001.

LOPERA MESA, Gloria Patricia. **Los derechos fundamentales como mandatos de optimización**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 27 (2004).

LOPES, José Reinaldo de. **Em torno da “reserva do possível”**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LORA, Pablo de. **Tras el rastro de la ponderación**. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 20. Núm. 60. Setembro-Dezembro de 2000.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MALEM SEÑA, Jorge F. **El error judicial y la formación de los jueces**. Barcelona: Gedisa, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires e GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

MICHELON JUNIOR, Claudio. **Introducción. Derechos Sociales y la Dignidad de la igualdad**. Doxa. Discusiones: Derechos Sociales, núm. 4 (2004).

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá editora, 2008.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. V. 2. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RUIZ MANERO, Juan. **Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca**. Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 28 (2005).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª Ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang e TIMM, Luciano Benetti (org). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2ªedição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VILLALÓN, Pedro Cruz. **La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución**. 2ª edição. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.