

NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITO À SAÚDE: ALGUMAS CAUTELAS PARA A ANÁLISE DA EXIGIBILIDADE JUDICIAL

NEOCONSTITUTIONALISM AND RIGHT TO HEALTH: SOME CARE TO THE ANALYSIS OF JUDICIAL ENFORCEABILITY

Leticia Canut^(*)
Sergio Cademartori^(**)

RESUMO

No presente trabalho, pretendeu-se analisar a influência do novo paradigma neoconstitucionalista para a concretização do direito à saúde no Brasil, que a partir da Constituição Federal de 1988 foi elevado a direito social fundamental. Para tanto, destacaram-se as características desse constitucionalismo contemporâneo para colocar em evidência o protagonismo do judiciário e a técnica da ponderação, elementos fundamentais no debate sobre a exigibilidade judicial do direito à saúde. Após analisar as particularidades desse direito social fundamental e verificar que o debate da exigibilidade judicial desenvolve-se sob a sua dimensão subjetiva, procurou-se apontar algumas questões polêmicas — advindas das peculiaridades desse direito, principalmente no Brasil — que deveriam ser avaliadas no contexto das ponderações, que conferem caráter definitivo ao direito à saúde em cada caso concreto, e dos debates neoconstitucionalistas.

Palavras-chave

Direitos Fundamentais; Direito à Saúde; Exigibilidade Judicial; Neoconstitucionalismo; Ponderação.

(*) Advogada, mestre e doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), pesquisadora do CNPq. Florianópolis/SC-Brasil. *E-mail*: <leticiacanut@gmail.com>.

(**) Doutor em Direito, professor do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. *E-mail*: <scademartori@uol.com.br>. Florianópolis/SC-Brasil. Recebido em 28.04.10. Revisado em 18.08.10. Nova revisão em 16.11.10. Aprovado em 23.12.10.

ABSTRACT

This work intends to analyze the influence of neoconstitutionalism to the realization of the right to health in Brazil, which, since the 1988 Federal Constitution, was raised as a fundamental social right. For this, it highlights the characteristics of contemporary constitutionalism to evidence the role of the judiciary and the technique of balance, key elements in the debate over judicial enforceability. After analyzing the particularities of this fundamental social right, verifying that the legal enforceability of the debate has been developed under a subjective dimension, this article points out some controversial issues, originated from the peculiarities of the right to health, especially in Brazil, which should be evaluated in the context of balances that gives a definitive character to the right to health in each case and also in the context of neoconstitutionalism.

Keywords

Balance; Fundamental Rights; Judicial Enforceability; Neoconstitutionalism; Right to Health.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento das demandas judiciais para concretização do direito à saúde no Brasil ocorre no contexto da nova teoria constitucional, denominada de neoconstitucionalismo.

Esta teoria surge para analisar as constituições do segundo pós-guerra que apresentam, como uma de suas grandes características, a incorporação de direitos fundamentais — carregados de princípios e valores — que passam a ter eficácia direta e imediata e efetiva tutela jurisdicional.

Diante da exigibilidade judicial dos direitos fundamentais e do consequente incremento do poder judiciário para a concretização destes direitos, surgem, no âmbito do novo constitucionalismo, novas formas de argumentação jurídica e de ferramentas de interpretação, como é caso da ponderação.

Tendo em vista que o direito à saúde passa a ser analisado em conformidade com este novo quadro jurídico, procurar-se-á no primeiro momento explicar em que consiste este novo constitucionalismo e a centralidade que ele dá aos direitos fundamentais.

Após destacar as características do neoconstitucionalismo dedicar-se-á a uma breve introdução aos direitos fundamentais, apontando os seus principais traços, dentre eles a sua dupla dimensão e seu caráter principiológico, de posição/direitos *prima facie*, que necessita da ponderação para tornar-se um direito definitivo.

Na sequência, contextualizar-se-á o direito social fundamental à saúde no Brasil para explicar que a sua dimensão subjetiva, e a preponderância que se tem fornecido a ela, viabiliza a exigibilidade judicial do direito à saúde não só para a concretização de políticas sociais existentes, mas também para atender a prestações de saúde não previstas nas políticas públicas do SUS.

No tópico final — mais especulativo que conclusivo — procurar-se-á apontar algumas questões polêmicas que envolvem a exigibilidade judicial do direito à saúde como: a separação dos poderes; microjustiça x macrojustiça; enfraquecimento do SUS; falta de comunicação entre os poderes; despreparo do judiciário; acesso ao judiciário; reserva do possível.

Pretende-se destacar que essas questões polêmicas deveriam ser analisadas de forma mais cuidadosa quando das ponderações efetuadas pelos juízes e dos debates neoconstitucionalistas voltados para o direito à saúde, principalmente no Brasil, que apresenta o SUS — Sistema Único de Saúde como uma de suas peculiaridades.

Assim, para alcançar essa pretensão o trabalho dividir-se-á nos seguintes tópicos: I — Neoconstitucionalismo; II — Breve introdução aos direitos fundamentais; III — O direito fundamental à saúde na Constituição de 1988 e a possibilidade de sua exigibilidade judicial; IV — Neoconstitucionalismo e o direito à saúde: cautelas frente a exigibilidade judicial; V – Considerações finais.

I. NEOCONSTITUCIONALISMO⁽¹⁾

O surgimento do modelo constitucional de Estado foi condicionado pela crise do Estado de Direito em sua versão legislativa ou liberal que se encontra diretamente vinculada à crise da lei como mecanismo de regulação social no Estado liberal⁽²⁾.

(1) Pretende-se traçar as características principais deste novo modelo jurídico para que se possa ter uma visão geral sobre o mesmo. Apesar de considerar as classificações elaboradas por Carbonell, Sanchis, Figueroa e Comanducci, a análise ora elaborada tem caráter global, busca analisar o neoconstitucionalismo em sua totalidade, sem estabelecer ou classificar suas peculiaridades em tipos, níveis ou acepções. Não serão abordados de forma detalhada os aspectos conflituosos, "ambíguos" ou mesmo indefinidos desta teoria ou novo paradigma.

(2) BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995. p. 35.

A crise destas visões da lei e do poder legislativo acabou por questionar a capacidade dos Estados para regular adequadamente a vida social e política, supondo assim a definitiva superação do Estado legislativo de Direito enquanto modelo de ordenação social e a necessidade de restaurar a eficácia do direito como limite ao poder⁽³⁾.

Nesse contexto, ocorre a passagem do Estado legislativo ao constitucional, que pressupõe o caráter normativo das Constituições. É o constitucionalismo social que amplia o conceito normativo de Constituição por meio da “[...] *abertura* das categorias de juridicidade, previamente constituídas por paradigmas internos à ciência jurídica, à efetivação de um quadro de valores externos que interpreta o tecido social”. Trata-se de uma normatividade que busca o rompimento com a visão positivista — com seus postulados de neutralidade e formalidade da lei geral e abstrata — para viabilizar acompanhamento dos processos sociais que, cada vez mais, estavam a acompanhar a ampliação das funções do Estado⁽⁴⁾.

Esse caráter normativo das Constituições emerge como forma de assegurar a máxima vinculação de todos os poderes do Estado e da sua produção normativa. Torna-se um meio de impedir os poderes do Estado de dispor do sentido e conteúdo das normas constitucionais — pelo menos em condições de normalidade — e, precisamente por isso, do próprio Direito enquanto realidade constituída. As constituições passam a condicionar não só a legislação, jurisprudência e a doutrina, mas também a ação dos atores políticos e as relações sociais⁽⁵⁾.

Supera-se, assim, a visão juspositivista do modelo liberal no qual era inconcebível que uma lei pudesse limitar a lei⁽⁶⁾; no qual as cartas constitucionais não eram consideradas vínculos rígidos aos legisladores, e sim documentos políticos ou só como leis ordinárias⁽⁷⁾; no qual essas cartas se limitavam a programar só formas de produção do direito mediante normas procedimentais sobre a formação das leis, sem se preocupar com seus conteúdos substanciais⁽⁸⁾.

Frente à normatividade das Constituições:

[...] ficou evidenciada a necessária consolidação de um modelo de Estado que pudesse imprimir em sua fórmula a constitucionalização da validade jurídica sob os contornos da dinamização inerente aos

(3) PEÑA, Freire Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997. p. 59.

(4) DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Ed., 2006. p. 16; 19-20.

(5) GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49.

(6) FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008. p. 30.

(7) Id. *Ibid.*, p. 29.

(8) Id. *Ibid.*, p. 30-31.

conteúdos de direito condensados no dever ser (legitimador) da soberania popular. Em particular, a extensão epistêmico-normativa e conceitual dos princípios da dignidade da pessoa humana — o qual requeria a real estruturação democrática do próprio Estado — imprimirá a necessidade de institucionalizar a proteção de direitos pós-materiais, os quais serão garantidos, agora, a partir da fórmula política de Estado concebida como Estado Democrático de Direito.⁽⁹⁾

O panorama traçado evidencia que a culminação do processo de racionalização da dominação, mais o triunfo da ideia política de democracia representativa — cujo processo de consolidação é mais ou menos coetâneo — dá lugar ao nascimento daquela forma política que é conhecida hoje como “Estado Democrático de Direito”, que tem como característica a constitucionalização de direitos naturais estampados nas diversas Declarações de Direitos e Garantias, cuja posse e exercício por parte dos cidadãos devem ser assegurados como forma de evitar o abuso do poder por parte dos governantes.

Esses direitos naturais positivados, ora em diante denominados “direitos fundamentais”, passam a ser então o alicerce das democracias modernas, já que sem o seu reconhecimento e proteção, aquela se inviabiliza⁽¹⁰⁾.

Desta forma, no constitucionalismo contemporâneo está-se perante um soberano que, além de estar subordinado a uma forma de agir (somente pode manifestar a sua vontade por meio da lei), vê-se impedido de violar certos *conteúdos*, postos pela sociedade que o funda como intocáveis. Esses conteúdos são denominados “direitos fundamentais”.

É nessa conjuntura que a emergência e hegemonia dos direitos fundamentais na estrutura político-jurídica dos Estados contemporâneos vêm delinear um novo modelo teórico e normativo que se convencionou denominar “modelo pós-positivista” ou “neoconstitucionalismo”.

O termo “neoconstitucionalismo” tem sido utilizado para destacar o caráter que assume o constitucionalismo a partir da segunda metade do século XX⁽¹¹⁾. Ele pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir após a segunda guerra mundial e, sobretudo, a partir dos anos oitenta daquele século⁽¹²⁾.

(9) DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. op. cit., p. 22-23.

(10) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 1.

(11) É importante destacar que esta nova “feição do Direito Constitucional” — assim como o “Direito Internacional dos Direitos Humanos — surge no pós-guerra em reposta às crueldades até então cometidas em nome da lei por movimentos políticos e militares fascista e nazista. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

(12) CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. p. 9.

O reenvio ao “constitucionalismo”⁽¹³⁾ — ora apresentado —, considerado como corrente jusfilosófica que se ocupa com os limites ao poder político, combinado com uma visão antipositivista⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾ pode ser apontado como a primeira característica do novo modelo constitucionalista⁽¹⁷⁾.

No neoconstitucionalismo, as normas constitucionais caracterizam-se não só pelo seu conteúdo material ou substancial – aspectos valorativos antes rechassados pelo positivismo jurídico —, mas, também, pelo seu aspecto normativo e garantido⁽¹⁸⁾.

Isso indica que às Constituições atuais, de um lado, “[...] se incorporan contenidos materiales que adoptan la forma de derechos, principios, directrices y valores [...]”⁽¹⁹⁾, com aspecto normativo, que exigem mudanças no papel do Estado, que passa a ter obrigações positivas para cumprimento de certos fins e objetivos. De outro lado, seu aspecto normativo gera, de modo direto, direitos e obrigações imediatamente exigíveis. Seu aspecto garantido traduz a possibilidade de que seus preceitos sejam exigidos por meio de procedimentos judiciais⁽²⁰⁾, ou seja, tornam-se exigíveis judicialmente⁽²¹⁾.

Neste sentido, o constitucionalismo contemporâneo traz como novidade a convergência dos elementos das tradições constitucionais norte-americana e a da Revolução Francesa, combinando um forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional de forma que:

De la primera de estas tradiciones se recoge la idea de garantía jurisdiccional y una correlativa desconfianza ante el legislador; [...] De la segunda tradición se hereda, sin embargo, un ambicioso programa normativo que va bastante más allá de lo que exigiría la mera

(13) BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo: democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. p. 259.

(14) Segundo Pozzolo “Si bien el neoconstitucionalismo afirma que existe una incompatibilidad entre positivismo jurídico y Derecho del Estado constitucional, hay que recordar que ‘constitucionalismo’ y ‘iuspositivismo’ presentan fuertes conexiones: [...]” POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. p. 194.

(15) POZZOLO, Susana. op. cit., p. 188.

(16) BARBERIS, Mauro. op. cit., p. 160.

(17) Para Barberis não basta o citado reenvio, é preciso entender a transição do constitucionalismo para o neoconstitucionalismo, ou seja, é necessário compreender o processo de constitucionalização do direito, que conta com sete condições: 1) uma constituição rígida; 2) A garantia jurisdicional da Constituição; 3) a força vinculante da Constituição; 4) a sobreinterpretação da Constituição; 5) a aplicação direta das normas constitucionais; 6) a interpretação conforme as leis; 7) a influência da Constituição sobre as relações políticas. BARBERIS, Mauro. op. cit., p. 262.

(18) PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. p. 128.

(19) SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. p. 241-242.

(20) PRIETO SANCHÍS, Luis. op. cit. p. 128.

(21) POZZOLO, Susana. op. cit., p.190.

organización del poder mediante el establecimiento de las reglas del juego. En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces.⁽²²⁾

A partir da nova configuração das normas constitucionais, ora explicitada, destaca-se a ênfase e importância dada ao papel dos juízes, ao judicialismo que “[...] reclama entre otras cosas una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; [...]”⁽²³⁾.

Tendo em vista que nas constituições contemporâneas ocorre a incorporação de valores sob a forma de direitos fundamentais⁽²⁴⁾, a positivação desses valores por meio de expressões vagas e imprecisas⁽²⁵⁾ e a dificuldade de precisar estas normas com alta carga valorativa⁽²⁶⁾ leva à utilização de certas ferramentas de interpretação, como é o caso da ponderação⁽²⁷⁾. Assim, “[...] la teoría de los principios remite en última instancia a una teoría de la argumentación jurídica, [...]”⁽²⁸⁾. Para Carbonell⁽²⁹⁾

“Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos [...] el principio pro personae, etcétera”.

Assim, diante do quadro ora apresentado, destaca-se que para compreender o *neoconstitucionalismo* é preciso considerar ao menos três níveis de análise: 1) relativo aos *textos constitucionais*; 2) relativo às *práticas jurisprudenciais*; 3) relativo aos *desenvolvimentos teóricos*⁽³⁰⁾⁽³¹⁾. E tendo em vista que não há um conceito único para descrevê-lo⁽³²⁾, deve-se entender o neoconstitucionalismo da seguinte forma:

(22) PRIETO SANCHÍS, Luis. op. cit. p. 126-127.

(23) Id. *Ibid.*, p. 9-12.

(24) POZZOLO, Susana. op. cit., p. 198.

(25) Id. *Ibid.*, p. 190.

(26) SASTRE ARIZA, Santiago. op. cit., p. 241.

(27) PRIETO SANCHÍS, Luis. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. 2003. p. 158, 136.

(28) FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del derecho en tiempos de neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. p. 166.

(29) CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. p. 10.

(30) Id. *Ibid.*, p. 9-12.

(31) Sanchís aponta três significados similares para o neoconstitucionalismo, conforme analisar-se-á nas páginas seguintes. Em sentido parecido, Figueroa e Comanducci classificam-no em 3 tipos: 1) teórico; 2) ideológico; 3) metodológico.

(32) POZZOLO, Susana. op. cit., p. 188-189.

a) um conjunto de mecanismos normativos e institucionais que limitam o poder do estado e protegem os direitos fundamentais; “El argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del *Bill of rights*, o sea, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales, y de la justiciabilidad de la carta fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto, es decir, por el juez de las leyes. [...]”⁽³³⁾;

b) a ideologia que sustenta esse modelo de organização;

c) enquanto teoria do direito, é o discurso descritivo que a constitucionalização implicou para as categorias centrais de seu objeto, tais como direito subjetivo, norma, interpretação etc.;

d) enquanto método, colocar-se-ia em sentido oposto ao do positivismo, ao reivindicar a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral.

Como teoria jurídica, para *Prieto Sanchís*, o neoconstitucionalismo está criando uma nova teoria do Direito, cujos traços mais fortes caberia resumir nestas cinco epígrafes: mais princípios do que regras; mais ponderação do que subsunção; onipresença da constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentar; coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios coerentes entre si e de sucessivas opções legislativas; onipotência judicial em lugar de autonomia do legislador ordinário⁽³⁴⁾.

Uma das grandes consequências da nova configuração do constitucionalismo surge no campo político com os debates acerca das funções de cada um dos poderes do Estado e do questionamento da legitimidade do judiciário na concretização dos direitos fundamentais que, a princípio, deveriam ser viabilizados pelo legislativo e pelo executivo.

Nesse sentido, *Figueroa* ressalta que “[...] la consecuencia más importante consiste en la acentuación del desplazamiento del protagonismo desde el Legislativo hacia el Judicial” e que esta transferência de poder é vista por alguns autores como uma grave lesão ao princípio democrático⁽³⁵⁾. Para *Ariza*⁽³⁶⁾, o problema principal a ser enfrentado pelo neoconstitucionalismo seria a tensão entre o poder judiciário e o legislativo diante da aplicação direta e imediata das normas constitucionais.

(33) POZZOLO, Susana. op. cit., p. 188.

(34) PRIETO SANCHÍS, Luis. op. cit., p. 131-132.

(35) GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003. p.167.

(36) SASTRE ARIZA, Santiago. op. cit., p. 242.

Assim, o que parece no momento mais relevante e complexo é o que diz com a relação entre Estado de direito e decisão das maiorias. Como se viu, nesse modelo, o poder do juiz de obrigar o administrador democraticamente eleito a realizar políticas públicas parece não só aceitável como necessário. Isto posto, ao limitar o poder das maiorias, é o neoconstitucionalismo antidemocrático? Ou seja, devem-se admitir limites constitucionais à capacidade de deliberação dos cidadãos e ao poder de decisão das maiorias?

Dentre as várias tentativas de dar conta do problema, ressalta aquela elaborada por Ferrajoli⁽³⁷⁾ que, ao abordar a estrutura e função do Estado de direito, propõe a distinção entre condições formais e substanciais de validade ou legitimidade das decisões políticas: aquelas referem-se a *quem* e *como* decide dentro da estrutura política delineada pela Constituição: ora, no Estado de direito são as maiorias decidindo por maioria. Assim, os representantes do poder majoritário estariam legitimados a tomar decisões sobre políticas públicas. Acontece que ao par dessas condições formais, existem as referidas condições *substanciais*, que apontam para conteúdos, ou seja, *sobre o que se pode ou não decidir*, estabelecendo em matéria de liberdades uma esfera de indecidibilidade para as maiorias (ou seus representantes), e *sobre o que não se pode deixar de decidir*, estabelecendo obrigações para os representantes do poder majoritário em matéria de direitos sociais. Isto vai conformar uma obrigação de formular e aplicar políticas públicas para concretização desses direitos.

Do ponto de vista funcional, o Estado de direito é entendido como uma teleocracia ordenada e dirigida à garantia de um catálogo de direitos fundamentais constitucionalmente declarados, o que exige que todos os poderes, públicos e privados, sejam compelidos à garantia dos direitos fundamentais, tanto liberais quanto sociais. Ante a omissão do órgão administrativo no cumprimento de sua obrigação constitucional, tem o judiciário não só o direito, mas o dever de agir no suprimento dessa omissão.

Revela-se assim o caráter falacioso dos argumentos que, em nome da separação de poderes, visa a estabelecer uma restrição à atuação judicial em sua função de compelir a administração pública a implementar direitos sociais mediante políticas públicas adequadas.

A legitimidade de sua função decorre não do princípio da soberania popular (referida às condições formais das decisões), mas do Estado de direito, entendido como estrutura de poder instrumentalizada ao estabelecimento de garantias para concretização dos direitos fundamentais.

Por isso, fala-se em legitimidade formal, derivada da consagração da regra da maioria, e em legitimidade substancial, apoiada na efetiva

(37) FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995. p. 851 ss.

implementação de direitos, sendo necessário denunciar a indevida redução da democracia à ideia de soberania popular, já que esta apenas diz com as condições formais de decisão, como antes mencionado.

Sem as condições substanciais da democracia, referida aos limites e obrigações materiais que são impostas pela constituição aos eventuais detentores do poder, não se terá uma democracia, já que esta na atualidade só pode ser entendida como democracia constitucional, isto é, com a limitação do poder das maiorias como um de seus traços constitutivos⁽³⁸⁾. Assim, observam-se a seguir a natureza e características desses limites, quais sejam os direitos fundamentais.

II. BREVE INTRODUÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais⁽³⁹⁾ correspondem aos direitos do homem instituídos e positivados na esfera constitucional de um Estado específico⁽⁴⁰⁾ e que se qualificam, a partir da constitucionalização, como *normas vinculantes*.

Com o constitucionalismo, os direitos fundamentais deixam de ser apenas limites negativos ao exercício do poder do Estado para tornarem-se um conjunto de valores ou fins diretivos que orienta a ação positiva do Estado, ou seja, lhe impõe obrigações⁽⁴¹⁾⁽⁴²⁾.

Os direitos fundamentais costumam ser organizados em gerações⁽⁴³⁾ ou dimensões⁽⁴⁴⁾ e são classificados⁽⁴⁵⁾ por Alexy em função do tipo de ação exigida pelo cidadão frente ao Estado: são direitos a ações negativas do

(38) FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006. p. 99-100.

(39) Tendo em vista a precariedade dessa definição, Sarlet, com base na obra de Alexy, elabora um conceito material de direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2003. p. 83; 85.

(40) Id. *Ibid.*, p. 33-34.

(41) FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007. p. 71.

(42) PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 21.

(43) Como construções históricas que são, tanto os direitos fundamentais como os direitos humanos, costumam ser identificados por gerações de direitos. Bobbio, em sua clássica obra *A era dos direitos*, cit., assim os classifica. Apesar da importância que essa categorização representou aos estudos relativos à matéria, atualmente ela vem sendo bastante criticada por inviabilizar uma visão integral dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, que são unos e indivisíveis. Por essa razão tem-se preferido o termo “dimensões” ao termo “gerações”. Cançado Trindade *apud* TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www2.ibam.org.br/municipiodh/biblioteca%2FArtigos/HistoriaDH.pdf>>. Acesso em: jul. 2010. Giuseppe Tosi refere-se, especificamente aos direitos humanos.

(44) SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.*, p. 52-56.

(45) A classificação proposta por Sarlet baseia-se na obra de Alexy.

Estado (omissões) os direitos de defesa e são direitos a ações positivas do Estado os direitos a prestações (em sentido amplo)⁽⁴⁶⁾.

Quanto aos direitos a prestações em sentido amplo, *Alexy* divide-os em três grupos⁽⁴⁷⁾:

a) direitos à proteção: são direitos subjetivos⁽⁴⁸⁾ constitucionais que o titular tem perante o Estado para que este o proteja de intervenções de terceiros⁽⁴⁹⁾;

b) direitos à organização e procedimento: consistem em sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado para os direitos fundamentais materiais;

c) direitos a prestações em sentido estrito ou direitos sociais fundamentais⁽⁵⁰⁾: são aqueles direitos do indivíduo frente ao Estado a algo que — se o indivíduo possuísse meios financeiros suficientes e se encontrasse no mercado uma oferta suficiente — poderia obtê-lo também de particulares⁽⁵¹⁾.

Outro aspecto importante que a teoria dos direitos fundamentais tem destacado refere-se à distinção entre regras e princípios⁽⁵²⁾. Considerando que ambos são normas, os princípios consistem em *mandados de otimização*, que dependem, para seu cumprimento, tanto das possibilidades reais como jurídicas, podendo, justamente por isso, ser cumpridos em diferentes graus, dada a variação das situações fáticas e jurídicas, enquanto as regras ou podem ser cumpridas ou não⁽⁵³⁾.

A diferença entre ambos fica clara, segundo *Alexy*, ao considerarem-se os conflitos entre regras e os conflitos entre princípios. No primeiro caso, a solução viria por meio da inclusão, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que teria como fulcro eliminar o conflito, ou pela declaração de invalidade de uma das regras. Já para o segundo caso, um princípio há de preceder outros — todos da mesma classe e, de início, com o mesmo peso — frente ao caso e circunstâncias concretas, sem que para isto seja preciso declarar inválidos os demais princípios ou afastá-los por meio de cláusula de exceção. A esta solução dá-se o nome de ponderação⁽⁵⁴⁾, já citada no tópico anterior como uma das características do neoconstitucionalismo.

(46) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 419.

(47) *Id. Ibid.*, p. 430.

(48) Apesar de o direito à proteção não ser objeto do presente trabalho, aponta-se a discussão feita por *Alexy* acerca da sua interpretação objetiva e subjetiva de tal direito. *Id. Ibid.*, p. 437-441.

(49) *Id. Ibid.*, p. 435 e 436.

(50) *Alexy* explica o porquê da utilização dos dois termos, ressaltando a necessidade de distinguir entre os direitos sociais fundamentais, aqueles estatuídos explicitamente e os interpretativamente derivados. *Id. Ibid.*, p. 483.

(51) *Id. Ibid.*, p. 482. Tradução livre dos autores.

(52) *Id. Ibid.*, p. 81

(53) *Id. Ibid.* p. 86 e 87.

(54) *Id. Ibid.*, p. 87-90.

De forma resumida, segundo a análise de Alexy[...]⁽⁵⁵⁾:

- a) as regras traduzem posições/direitos definitivos;
- b) os princípios sempre traduzem posições/direitos *prima facie*;
- c) as decisões sobre direitos fundamentais pressupõe a determinação de direitos definitivos;
- d) das posições/direitos *prima facie* ao direito definitivo declarado nas decisões ora mencionadas, chega-se por meio da determinação de uma relação de preferência, que ocorre por meio da ponderação;
- e) a decisão de tal relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a determinação de uma regra, denominada por Alexy de “norma de direito fundamental derivada com caráter de regra” e que, por isso, pode ser subsumida ao caso⁽⁵⁶⁾. Assim, o princípio precedente, com maior grau de importância em determinado caso concreto, apenas será a razão para aquela regra que terá caráter definitivo em determinada decisão, não perdendo, a princípio, o seu caráter *prima facie*.

Apesar de as normas de direito fundamental serem concebidas tanto como regras quanto como princípios⁽⁵⁷⁾, centra-se na dimensão *prima facie* desses direitos, tendo em vista ser ela que permite compreender que esses direitos são relativos e, por isso, não apresentam entre si uma hierarquia abstrata. Como *prima facie* esses direitos são, então, “[...] limitáveis, não apresentam, desde o início, conteúdo determinado e têm os seus contornos determinados no caso concreto através do recurso à ponderação”⁽⁵⁸⁾.

Outra característica dos direitos fundamentais consiste na sua dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Este tema comporta muitas divergências doutrinárias e jurisprudenciais. No entanto, frente aos estudos de grandes autores, como *Bonavides, Canotilho, Sarlet, Alexy e Luño*, dentre outros, reconhece-se a dupla dimensão dos direitos fundamentais, considerando-a uma das mais importantes elaborações do direito constitucional contemporâneo⁽⁵⁹⁾.

A dimensão objetiva⁽⁶⁰⁾, que emerge no contexto da teoria institucional dos direitos fundamentais para superar a visão estritamente subjetiva⁽⁶¹⁾, apresenta uma feição axiológica e outra de força jurídica objetiva.

(55) ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 102.

(56) Id. Ibid., p. 98.

(57) Id. Ibid., p. 138.

(58) BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 40; 43.

(59) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p.145.

(60) Apesar de na Espanha e em Portugal, assim como em outros países, a doutrina acerca da dimensão objetiva dos direitos fundamentais já ter tido maior receptividade, no Brasil os estudos sobre ela ainda são tímidos, o que dificulta a sua aplicação. Id. Ibid., p.145.

(61) BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003. p. 616; 622.

Em sua feição axiológica, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais apresenta-se como “expressão de uma ordem de valores fundamentais objetivos [...]”⁽⁶²⁾ que apresenta os seguintes desdobramentos: o primeiro consiste na constatação dos direitos fundamentais como expressão de valores objetivos fundamentais da comunidade, que ultrapassam o âmbito do indivíduo e sua posição frente ao Estado, e que devem ser respeitados e concretizados por aquela⁽⁶³⁾. Os outros dois desdobramentos podem ser constatados como: de um lado, a eficácia dirigente dos direitos fundamentais, e de outro, “[...] como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais. [...]”⁽⁶⁴⁾.

Já a feição de força jurídica objetiva autônoma da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, considerada como um reforço da eficácia normativa dos direitos fundamentais, e não necessariamente atrelados aos direitos subjetivos fundamentais, desdobra-se na denominada *eficácia irradiante* — que está associada à *eficácia horizontal* — e nos deveres de proteção do Estado que consiste no encargo de agir positivamente para proteger o exercício dos direitos fundamentais contra atos do Estado, de particulares e até mesmo de outros Estados⁽⁶⁵⁾.

Um último desdobramento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais a ser mencionado é o fato de servirem como base para “criação e constituição de organizações (ou instituições) estatais e para o procedimento. [...]”⁽⁶⁶⁾.

A outra dimensão dos direitos fundamentais, a subjetiva, determina “el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí. [...]”⁽⁶⁷⁾. Essa dimensão traduz a possibilidade de o titular de um direito fundamental exigir e impor judicialmente a sua proteção/concretização⁽⁶⁸⁾.

Cumprе ressaltar que *Sarlet*, embasado na teoria de *Alexy*, destaca a predominância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais por duas razões. A primeira consiste no fato de que a finalidade principal desses direitos (mesmo os coletivos) é a proteção do indivíduo. E a segunda diz respeito ao “[...] caráter principiológico dos direitos fundamentais, destacando-se

(62) LUÑO, A. E. P. op. cit., p. 21.

(63) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 150. O autor desenvolve esta ideia fundamentando-se na obra de Vireira Andrade.

(64) Id. Ibid., p. 154 e 155.

(65) Id. Ibid., p. 152; 152-154.

(66) Id. Ibid., p. 154,155.

(67) LUÑO, A. E. P. op. cit., p. 22.

(68) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 157.

o fato de que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo⁽⁶⁹⁾.

III. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A POSSIBILIDADE DE SUA EXIGIBILIDADE JUDICIAL

A Constituição brasileira de 1988 emerge como um documento basilar para a institucionalização dos direitos humanos no cenário brasileiro⁽⁷⁰⁾. Ao incluir o direito à saúde dentre os direitos sociais (art. 6º), a Constituição impulsionou a proteção à saúde no Brasil. Com base nas propostas e reivindicações do movimento sanitário, ela elencou, pela primeira vez, a saúde como um direito social⁽⁷¹⁾ fundamental⁽⁷²⁾⁽⁷³⁾.

Além disso, a Carta Magna dispôs sobre o direito à saúde em seu art. 196, elevando-o a um direito de todos, a ser garantido pelo Estado *por meio de políticas sociais e econômicas* que tenham por objetivo não só a recuperação da saúde, mas também a sua promoção e proteção, de forma a reduzir o risco de doença e outros agravos. O texto reconheceu a relevância pública das ações e serviços públicos de saúde (art. 197, CF), deixando “[...] claro que o bem jurídico saúde tem preponderância no sistema jurídico brasileiro”⁽⁷⁴⁾.

A partir de então, o direito à saúde não é só um direito subjetivo de *defesa*⁽⁷⁵⁾ contra agressões de terceiros, do Estado ou de outros Estados, mas também um direito social prestacional⁽⁷⁶⁾ em sentido estrito — conforme classificação do tópico II — que impõe um dever de ação ao Estado para garantia do direito à saúde a todos. Trata-se de um autêntico direito fundamental de aplicabilidade imediata⁽⁷⁷⁾.

(69) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 160.

(70) PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 12; 24-25.

(71) BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, cit.; PIOVESAN, Flávia. op. cit.

(72) ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. *Sistema de Salud de Brasil: normas, gestión y financiamiento*. Trad. Cíntia Cilyer Arruda Cavalcante. São Paulo: Hucitec; Sobral; Uva, 2002.

(73) MATTA, Gustavo Corrêa; PONTE, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV; Fiocruz, 2007.

(74) DALLARI, Sueli Gandolfi. Brasil (Coord.). *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, 2006. p. 51-52, (Série E. Legislação de Saúde).

(75) Alexy *apud* SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.

(76) CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 476.

(77) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 270; AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. *O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos excepcional*. 2009. Tese (Doutorado) — Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009. p. 35; 37.

A realização desse direito depende de “*esquemas organizativos e procedimentais adequados*”⁽⁷⁸⁾, o que põe em evidência a conexão do direito à saúde com os *direitos à organização e procedimentos* — também abordados no tópicos II⁽⁷⁹⁾.

Assim, para viabilizar o cumprimento do dever do Estado — acima citado — o texto constitucional instituiu o Sistema Único de Saúde — SUS (art. 198)⁽⁸⁰⁾ e estabeleceu que a política de saúde deve ser definida com a participação da sociedade (art. 198, III — e Leis ns. 8.142/90 e 8.080/90). Nesse cenário, as políticas de saúde são “[...] o instrumento primeiro para a realização do disposto no art. 196 da Lei Magna”⁽⁸¹⁾.

O caráter prestacional dos direitos fundamentais associa-se, segundo *Canotilho*, a três questões problemáticas que envolvem os direitos sociais, econômicos e culturais. Tais questões refletem-se nos debates que envolvem o direito constitucional à saúde no âmbito brasileiro, sendo fato que uma das questões citada pelo autor localiza-se no âmbito da dimensão objetiva⁽⁸²⁾, ora tratada, tendo sido colocada da seguinte maneira:

(78) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 482-483. O autor exemplifica esses esquemas citando o Sistema Nacional de Saúde e o serviço de segurança social de Portugal. E discorrendo sobre o temas afirma que “[...] Embora a *formatação estatal* destes serviços seja criticada porque ela se insere já no âmbito das *políticas públicas*, reconhece-se que o acesso aos ‘bens sociais’ é indissociável da preexistência de instituições, esquemas organizatórios e procedimentos que forneçam o suporte logístico, institucional e material assegurador da dinamização dos direitos sociais. [...]”

(79) Esta conexão é evidenciada por Sarlet e também no Acórdão proferido no Agravo Regimental n. 47. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Brasília, 17 mar. 2010. p. 9. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: ago. 2010.

(80) “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I — descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II — atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III — participação da comunidade.”

(81) SCHWARTZ, Germano. op. cit., p. 157.

(82) No que diz respeito aos debates sobre a organização de instituições e procedimentos para viabilizar a elaboração e implementação de políticas públicas, e assim do direito prestacional, verifica-se tratar de tema inicialmente localizado no âmbito da dimensão objetiva do direito à saúde. O que se observa na seguinte passagem: “[...] o direito fundamental à saúde, protegido de modo objetivo, implica a existência de deveres dos Poderes Públicos na organização e no desenho institucional das políticas públicas de saúde, não só em relação às atribuições dos entes federados relativas à participação de cada um no Sistema Único de Saúde, como também aos deveres e à responsabilidade da iniciativa privada quando atua na área da saúde. A dimensão objetiva também implica, por exemplo, na proibição de legislação que viesse a excluir determinada dimensão do conceito constitucional de saúde das políticas públicas (por exemplo, uma opção exclusiva pela medicina curativa estritamente farmacêutica em detrimento de medidas preventivas mais amplas). Ela também atinge a correta compreensão de princípios constitucionais informadores das políticas públicas, como a integralidade, a universalidade e a não discriminação.” RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas*: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos. [s.d.]. p. 8-9. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:5S7TbW8hYzAJ:www.cebes.org.br/media/File/direito%2520sanitario/Direito_sade_universalidade_integralidade.doc+direito+saude+objetivo+subjetivo+rios&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: jan. 2010.

[...] (3) ao problema de saber se as normas consagradoras de direitos fundamentais sociais têm uma dimensão objetiva juridicamente vinculativa dos poderes públicos no sentido de obrigarem estes (independentemente de direitos subjectivos ou pretensões subjectivas dos indivíduos) a **políticas sociais activas** conducentes à criação de instituições (ex.: hospitais, escolas), serviços (ex.: serviços de segurança social) e fornecimento de prestações (ex.: rendimento mínimo, subsídio de desemprego, bolsas de estudo, habitações económicas) [...].⁽⁸³⁾

O próprio *Canotilho* esclarece esse problema ao afirmar que “[...] é líquido que as normas consagradoras de direitos sociais, económicos e culturais da Constituição Portuguesa de 1976 individualizam e impõem políticas públicas socialmente activas”⁽⁸⁴⁾. Frente às disposições legais e às considerações tecidas até o momento estende-se a compreensão de *Canotilho* para o caso do direito constitucional à saúde no Brasil, reputando-se, então, que essas normas, da mesma forma, individualizam e impõem políticas públicas.

Além de destacar que a dimensão objetiva liga-se a tais deveres do Estado, é necessário diferenciar, no que diz respeito à dimensão subjetiva do direito à saúde, entre direitos subjetivos a políticas públicas e direitos subjetivos relacionados à demanda individual que abarque pretensão não prevista nessas políticas e, assim, no âmbito no Sistema Único de Saúde — SUS.

O direito subjetivo à concretização de políticas públicas é tema bastante controverso e pouco trabalhado. No entanto, o STF — no Acórdão ora mencionado, elaborado com base nas conclusões dos debates ocorridos na Audiência Pública de 2009 — esclarece, por intermédio do Ministro relator, que:

Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e económicas, 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 concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde.⁽⁸⁵⁾ (grifo nosso)

Mais adiante, o Ministro enfatiza tratar-se de um direito subjetivo a políticas públicas já existentes, ou seja, das políticas económicas e sociais formuladas pelo SUS, sendo, nestes casos, evidente o direito subjetivo a tais políticas⁽⁸⁶⁾.

(83) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 408-409.

(84) Id., loc. cit.

(85) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União, cit., p.15 e 16.

(86) Id. Ibid., p. 21-22. O Ministro relator destaca que um dos primeiros entendimentos que se pôde retirar da audiência pública foi o de que “[...] o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas existentes”.

Bucci aborda a temática sob a denominação de “justiciabilidade das políticas públicas” e afirma que essa justiciabilidade é inegável frente ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e que os modos de exercê-la são variados⁽⁸⁷⁾.

Há autores, porém, que desconsideram a existência de um direito subjetivo à implementação das políticas públicas. É o caso de Appio que, apesar de considerar o direito das pessoas à concretização de tais políticas, não o concebe, em razão disso, como um direito subjetivo⁽⁸⁸⁾.

Para encerrar a abordagem sobre o direito subjetivo a tais políticas, posiciona-se a favor dessa “subjetivação”, ou seja, pela existência de um direito subjetivo a políticas públicas voltadas para a proteção da saúde, considerando a sua conexão com o dever do Estado de implementá-las – assunto que não será tratado neste artigo. No entanto, ressalta-se que o tema apresenta-se bastante complexo — como já destacado por *Bucci*.

Outra problemática apontada por *Canotilho*⁽⁸⁹⁾ em relação aos direitos a prestações, e para a qual, segundo ele, não há uma resposta indiscutível, relaciona-se “[...] (1) ao problema dos **direitos sociais originários**, ou seja, se os particulares podem derivar directamente das normas constitucionais pretensões prestacionais (ex.: derivar da norma consagradora do direito à habitação uma pretensão prestacional traduzida no ‘direito de exigir’ uma casa’);[...]”⁽⁹⁰⁾.

Alexy, em sentido similar a esse, aponta que um dos problemas a ser enfrentado é a questão de “[...] se e em que medida se pode impor a persecução de fins do Estado através de direitos subjetivos⁽⁹¹⁾”. A mesma questão é

(87) BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 257-258. Apesar desse posicionamento, a autora reconhece as dificuldades e desafios que proporciona. Uma das questões realçadas por ela é a seguinte: “Vê-se, portanto, neste ponto, que a exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico. Isto se reflete em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas — o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam — e quanto à justicialidade dessas mesmas políticas, isto, é a possibilidade de exigir seu cumprimento em juízo.”

(88) APPIO, Eduardo. *A exigibilidade judicial dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil*. Texto produzido para ser apresentado na data de 9 de novembro de 2006, durante o VI Ciclo de Estudos Jurídicos da UNIFIL de Londrina-PR. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:D4Im3u1kqEwJ:www.eduardoappio.com.br/canais/mat_alunos.htm+A+EXIGIBILIDADE+JUDICIAL+DOS+DIREITOS+SOCIAIS+NO+PAÍS:+POPULISMO+JUDICIÁRIO+NO+BRASIL&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: jan. 2010.

(89) A segunda problemática por ele apontada relaciona-se “[...] (2) ao problema dos direitos sociais derivados que se reconduz ao direito de exigir uma actuação legislativa concretizadora das ‘normas constitucionais sociais’ (sob pena de omissão inconstitucional) e no direito de exigir e obter a participação igual nas prestações criadas pelo legislador (ex.: prestações médicas e hospitalares existentes);[...]”. CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 408-409. Tendo em vista que não se dedicará ao temas dos direitos derivados no presente artigo, esta problemática é citada apenas para constar as três questões levantadas por Canotilho.

(90) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 408-409.

(91) ALEXY, R. op. cit., p. 430.

apontada por Sarlet⁽⁹²⁾ e pelo Ministro Gilmar Mendes, relator do Acórdão proferido em agravo regimental, em março de 2010, que assim dispôs:

A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do art. 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferam-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial.⁽⁹³⁾

Essa questão sobre a “subjetivação” do direito constitucional à saúde, para que seja satisfeita uma demanda individual cuja pretensão não corresponda ao conteúdo das políticas públicas e assim ao Sistema Único de Saúde — SUS é bastante polêmica e complexa.

Para Schwartz, quando as políticas de saúde não existem ou são insuficientes há possibilidade de exigir correção de desigualdades na área de saúde por meio da provocação do poder judiciário⁽⁹⁴⁾. Conclusão parecida é a de Agustini⁽⁹⁵⁾. Desta forma, ambos autores concluem pela existência de um direito subjetivo frente ao Estado. Para Sarlet:

[...] principalmente no caso da saúde, o reconhecimento 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. [...].⁽⁹⁶⁾

Diante do reconhecimento desse direito subjetivo retoma-se a já abordada citação do STF na qual consta que “não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, [...]”⁽⁹⁷⁾. Neste sentido Sarlet coloca a problemática de “[...] saber se os poderes públicos são devedores de um atendimento global (toda e qualquer prestação na área da saúde) e, independentemente deste aspecto, qual o nível dos serviços a serem prestados. [...]”⁽⁹⁸⁾.

Nas palavras de Canotilho, há uma “indeterminabilidade jurídico-institucional” desses direitos e a constatação de que “nenhuma das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais fundamentais poderia ser estruturalmente entendida como norma vinculante, garantidora, em termos

(92) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 315.

(93) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 8.

(94) SCHWARTZ, Germano. op. cit., p.157; 162.

(95) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 42.

(96) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 315. Nessa passagem, o autor faz referência à obra de Schwartz, citada neste artigo.

(97) BRASIL. Supremo Tribunal Federal, op. cit., p. 15-16.

(98) SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 314.

definitivos, de direitos subjectivos⁽⁹⁹⁾. Assim, no que diz respeito ao conteúdo, ou seja, de quais são os direitos fundamentais à saúde que o indivíduo possui *definitivamente*, deverá ser resolvida por meio de ponderação no caso concreto.

Por isso, e considerando as explicações elaboradas acerca das regras e princípios — no tópico II —, a resolução da problemática sobre quais são os direitos fundamentais sociais que o indivíduo possui *definitivamente*, deve dar-se por meio da ponderação entre princípios e ter em mente⁽¹⁰⁰⁾ tratar-se de demanda que não comporta a lógica do tudo ou nada⁽¹⁰¹⁾. Daí ressalta-se o caráter *prima facie* do direito à saúde, independentemente da dimensão que ele assuma — objetiva ou subjetiva.

Neste sentido, cumpre destacar que não é em qualquer hipótese de falta de políticas públicas que haverá tal direito. A demanda deverá apresentar caráter emergencial, conforme dispõe Sarlet:

[...] no sentido de que sempre onde nos encontramos diante de prestações de cunho emergencial, cujo indeferimento acarretaria o comprometimento irreversível ou mesmo o sacrifício de outros bens essenciais, notadamente — em se cuidando da saúde — da própria vida, integridade física e dignidade da pessoa humana, haveremos de reconhecer um direito subjetivo do particular à prestação reclamada em Juízo⁽¹⁰²⁾.

É importante destacar que se pretendeu identificar a existência desses direitos subjetivos para viabilizar uma análise mais completa acerca da dimensão subjetiva do direito à saúde, que consiste na “[...] possibilidade que tem o seu titular (considerando como tal a pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito a ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão⁽¹⁰³⁾”.

Trata-se, então, de um direito de titularidade individual, coletiva⁽¹⁰⁴⁾ e até mesmo transindividual⁽¹⁰⁵⁾, que “[...] permite que o cidadão ingresse com

(99) CANOTILHO, J. J. Gomes. op. cit., p. 481-482.

(100) ALEXY, R. op.cit. p. 494.

(101) Id. Ibid., p. 486.

(102) SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n.10, 01/02. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: ago. 2010. Também considerando a questão da urgência para uma posição sobre a prestação jurídica encontra-se Alexy. ALEXY, R. op. cit. p. 495. Appio crítica essa justificativa de existência de um direito subjetivo pautado na emergencialidade. APPIO, Eduardo. op. cit., p. 185.

(103) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 158-159.

(104) DALLARI, Sueli Gandolfi. op. cit., p. 50-51. Sarlet também reconhece a titularidade coletiva, mesmo diante das dificuldades operacionais ligadas a ela. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 159. No entanto, ao final do trabalho chama-se atenção para o sentido desse termo “coletivo”.

(105) RIOS, Roger Raupp. op. cit., p. 9.

uma ação no Poder Judiciário para exigir do Estado ou de terceiros responsáveis legalmente a adoção ou a abstenção de medidas concretas em favor da saúde⁽¹⁰⁶⁾.

Desta forma, é a dimensão subjetiva do direito à saúde que está ligada diretamente à possibilidade de sua exigibilidade judicial. Além disso, em razão dos direitos fundamentais serem *considerados* primeiramente individuais e por serem expressão da dignidade humana, fala-se na predominância dessa dimensão⁽¹⁰⁷⁾.

IV. NEOCONSTITUCIONALISMO E O DIREITO À SAÚDE: CAUTELAS FRENTE A EXIGIBILIDADE JUDICIAL

Do exposto anteriormente, constata-se a importância dos direitos fundamentais e da sua exigibilidade judicial no constitucionalismo contemporâneo. *Maia*⁽¹⁰⁸⁾ enfatiza este juízo ao expor que “a ideia neoconstitucionalista baseia-se na supremacia dos direitos fundamentais (inclusive sociais) e na consequente garantia desses direitos, principalmente pelos Tribunais Constitucionais ou semelhantes, como é o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF)”.

Neste contexto, marcado pelo incremento do papel dos juízes para a concretização dos direitos fundamentais e pela obsolescência dos métodos hermenêuticos tradicionais, que se torna a base das discussões acerca da exigibilidade judicial do direito à saúde, verifica-se — por meio dos trabalhos acadêmicos, notícias na mídia falada e escrita⁽¹⁰⁹⁾⁽¹¹⁰⁾ e até mesmo pela atitude de alguns tribunais⁽¹¹¹⁾ — o incremento de demandas por prestações na área da saúde.

(106) DALLARI, Sueli Gandolfi. op. cit., p. 50-51.

(107) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 159-160. Ao elaborar tal conclusão o autor cita Canotilho, Alexy e Vireira Andrade.

(108) MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 115-163, out. 2009. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000128-reid-5-12-mario.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

(109) Um exemplo é a notícia da Agência Câmara de Notícias veiculada como: “SUS é alvo de 50 mil ações judiciais, afirma o secretário”. Nesse caso, que dá ênfase à cobrança de tratamentos ou medicamentos não oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e aponta como uma das causas a falta de regulamentação das competências do Poder Público (União, estados e municípios) e da saúde complementar no atendimento à população. SUS é alvo de 50 mil ações judiciais, afirma o secretário. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 11 maio 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/147669.html>>. Acesso em: maio 2010.

(110) A notícia SUS deve atualizar lista de remédio todo ano. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u736201.shtml>>. Acesso em: maio 2010.

(111) Sobre a atitude dos tribunais, destaca-se a tentativa de conciliações feitas em mutirão sobre a saúde em Florianópolis. Importante ainda a intenção de, ao mesmo tempo, evitar ações judiciais e consolidar e reafirmar o SUS. JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Florianópolis: SistCon e JEF Cível promovem mutirão sobre saúde*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1928996/florianopolis-sistcon-e-jef-civel-promovem-mutirao-sobre-saude>>. Acesso em: maio 2010.

Para *Agustini*, a garantia constitucional do direito à saúde e a sua não concretização pelo SUS fez com que aumentassem as ações judiciais pleiteando a determinação de fornecimento de alguma forma de direito prestacional à saúde⁽¹¹²⁾. Apesar de não utilizar o termo *neoconstitucionalismo*, ele discorre sobre a recepção dessa teoria pelo judiciário nas decisões que envolvem o direito à saúde:

No campo do direito à saúde, este constitucionalismo contemporâneo, a doutrina da efetividade e a teoria dos princípios encontram um terreno propício para a sua aplicação. Desta forma, consolidou-se no Brasil a ideia de que o direito à saúde é um direito fundamental, autoaplicável, oriundo da Constituição. A análise das decisões proferidas nas várias instâncias do Judiciário (primeiro e segundo grau, tribunais superiores e STF) mostra que a base da fundamentação das sentenças é a garantia do direito à saúde, prevista na Constituição Federal. Os limites e os parâmetros para o direito constitucional à saúde permanecem indefinidos.⁽¹¹³⁾

Maia elaborou uma análise da exigibilidade judicial do direito à saúde e o neoconstitucionalismo⁽¹¹⁴⁾ a partir do exame de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF). Após citar ao menos três casos que abordavam o direito à saúde, o autor concluiu que o neoconstitucionalismo tem sido “parcialmente” recebido e utilizado no STF, já que nem todo o potencial teórico do novo constitucionalismo tem permitido uma atuação mais contundente do judiciário, que ainda continua “apegado ao formalismo e a uma leitura inadequada do princípio da separação dos poderes características de um tempo liberal e positivista”⁽¹¹⁵⁾. No entanto, ele cita que, em alguns casos, a Suprema Corte brasileira “[...] parece sinalizar que o caminho a ser trilhado é o da associação das teses (ou pelo menos de algumas) do neoconstitucionalismo. [...]”⁽¹¹⁶⁾.

Diante dessa conexão entre o constitucionalismo contemporâneo e o aumento das ações judiciais na área da saúde, pretende-se, nessa parte final do trabalho — mais especulativa que conclusiva —, destacar alguns temas polêmicos e controvertidos a serem considerados no contexto de cada ponderação e do discurso neoconstitucionalista quando estiver em questão a exigibilidade judicial do direito à saúde que apresenta, ao menos no Brasil, mais um fator complexificador: a existência do SUS que, como sistema e por disposição constitucional, deve funcionar de forma descentralizada e única, conformando as ações dos entes federativos para atendimento integral e universal na área da saúde, de maneira a garantir, ainda, a participação da

(112) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 264.

(113) Id. Ibid., p. 205.

(114) Apesar da análise do autor, importa ressaltar que o STF não faz menção, em tais decisões, ao termo neoconstitucionalismo.

(115) Id. Ibid., p. 162-163.

(116) Id. Ibid., p. 163.

comunidade. Assim, intenta-se chamar a atenção para tais assuntos para que eles sejam observados com mais cautela e não para propor uma solução para cada um deles.

Tendo em vista que o tema da exigibilidade judicial do direito subjetivo a políticas de saúde já definidas pelos poderes competentes torna-se menos polêmico que a exigibilidade de direitos subjetivos relacionados a demandas para obtenção de prestações não previstas nas políticas — e assim no âmbito do SUS —, as pretensões conclusivas deste trabalho serão elaboradas em torno dessa temática considerando os seguintes temas: 1) a separação dos poderes; 2) microjustiça x macrojustiça; 3) o enfraquecimento do SUS; 4) a falta de comunicação entre os poderes; 5) o despreparo do judiciário; 6) o acesso ao judiciário; 7) a reserva do possível.

Destacou-se, no tópico I, que uma das grandes consequências do neoconstitucionalismo manifesta-se no campo político pelo fato de a atuação do judiciário na garantia dos direitos fundamentais significar interferência na competência dos poderes legislativo e executivo⁽¹¹⁷⁾⁽¹¹⁸⁾⁽¹¹⁹⁾, principalmente no âmbito do planejamento das políticas de saúde⁽¹²⁰⁾⁽¹²¹⁾. Diante desse quadro, emerge a crítica acerca da lesão do princípio democrático, tendo em vista a falta de legitimidade do judiciário para concretizar o direito à saúde, já que os juízes, por não terem passado pelo crivo do voto popular⁽¹²²⁾, não podem formular as melhores escolhas para alocação dos recursos públicos que, costumam ser escassos⁽¹²³⁾.

Naquele mesmo tópico, manifestou-se sobre a falácia dos argumentos que recorrem à **separação dos poderes** para tentar restringir a atuação do judiciário na concretização de direitos sociais. Foi diante dessa crítica que se afirmou que o novo constitucionalismo, em nome da legitimidade substancial, apoia-se na implementação dos direitos fundamentais e não apenas na legitimidade formal da maioria.

(117) AGUSTINI, C. F. C., op. cit. p. 174. O autor utiliza o termo “judicialização da política”.

(118) MAIA, Mário Sérgio Falcão. op. cit., p. 154.

(119) Apesar desta crítica, *Piovesan*, que tem uma visão favorável à exigibilidade judicial do direito à saúde e ao incremento de ações para concretização desse direito, conclui — com base no caso pesquisado por ela no seu artigo — “[...] ainda ser reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. [...]” PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Exigibilidade judicial dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucária Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

(120) BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações Individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário = Journal of Health Law*, São Paulo, v. 10, n. 1, p. 15, mar./jul. 2009.

(121) Esse fenômeno tem sido denominado de judicialização, significando, de forma genérica, “[...] o fenômeno constituído pela influência do Poder Judiciário nas Instituições políticas sociais. [...]” BORGES, D. C.; UGÁ, M. A. D. op. cit., p. 17.

(122) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 174.

(123) Id. *Ibid.*, p. 205-206.

O que se verifica, então, é que o neconstitucionalismo, com o protagonismo dos juizes, não é compatível com a tradicional **teoria da separação dos poderes**. Ele clama por uma nova leitura desta teoria que consiga apreender que não existe uma separação rigorosa entre o jurídico e o político.

Além disso, deve-se levar em conta que o tema da lesão do princípio democrático ganha relevo no âmbito do direito à saúde no Brasil uma vez que a própria Constituição Federal previu a participação popular⁽¹²⁴⁾ na definição e controle das políticas de saúde.

Como sequência dos debates acerca das competências dos poderes do Estado para emprego de recursos escassos, emerge a segunda questão polêmica: **microjustiça x macrojustiça**. As opções sobre alocação de recursos para políticas sociais e econômicas, que são opções políticas formuladas com base em critérios distributivos, dizem respeito à denominada macrojustiça, enquanto a atuação do Judiciário na solução de casos concretos estariam ligadas à microjustiça⁽¹²⁵⁾. *Borges* e *Ugá*⁽¹²⁶⁾ chamam a atenção para o fato de que:

[...] Na verdade, a competência para fazer regras sobre distribuição e alocação de recursos, como pressupõe a justiça distributiva, é do Legislativo, cabendo sua execução ao Executivo. No entanto, o que se observa nas ações judiciais para o fornecimento de medicamentos é o Judiciário agindo na condição de legislador e administrador, [...]. O Judiciário acaba por realizar um julgamento sobre a opção administrativa na alocação de recursos públicos escassos ante diversas possibilidades políticas.

Ao destacar o tema **microjustiça x macrojustiça**, pretende-se atentar não só para o debate sobre competências, mas, principalmente, para o fato de que a solução individualizada de uma demanda na área da saúde, ou seja, a resolução de um caso concreto pelo judiciário, consistiria em uma solução no âmbito da microjustiça, [...] desprezando os aspectos coletivos de distribuição de recursos para a coletividade (macrojustiça)⁽¹²⁷⁾. E assim, buscase ressaltar o fato de que “[...] a vida de um poderá representar a supressão da vida de muitos, porque o custo dos direitos sociais é suportado pelo orçamento já aprovado pelo Congresso. [...]”⁽¹²⁸⁾.

(124) Participação regulamentada por meio da Lei n. 8.142/1990.

(125) BRASIL, Supremo Tribunal Federal. op. cit., p. 10 e 11.

(126) BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. op. cit., p. 26.

(127) Id. Ibid., p. 28.

(128) APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 187. Recordar-se que, apesar de citar passagem da obra de Appio em um tópico dedicado ao direito subjetivo a prestações de saúde, destaca-se, novamente, que referido autor não concorda com a existência de um direito subjetivo à prestação de saúde.

Existem muitas críticas acerca da competência e legitimidade do judiciário na alocação dos recursos públicos para a concretização dos direitos subjetivos à saúde, já que essas decisões podem resultar em prejuízo à saúde coletiva e, de forma geral, para a sociedade. Neste ponto, a concessão de prestações materiais, como, por exemplo, medicamentos e tratamentos de alto custo, não previstos e nem aprovados pelo SUS, podem interferir nas políticas já planejadas, tendo em vista que o gasto com tais prestações pode afetar o orçamento previsto e aprovado para a área da saúde e comprometer políticas e programas já em execução.

Diante desse quadro, emerge a crítica à configuração tradicional dos conflitos jurídicos levados ao judiciário, já que

“Os conflitos individuais que o Poder Judiciário sempre esteve acostumado a decidir são conflitos retributivos ou bipolares, [...]”⁽¹²⁹⁾. A questão é que os conflitos envolvendo bens providos pelo Estado com recursos públicos não têm caráter bilateral, mas sim, caráter policêntrico ou plurilateral, já que o resultado será uma perda ou um ganho para toda a sociedade, ou seja, trata-se da alocação entre várias partes de recursos escassos ou indivisíveis e não de retribuição ou indenização entre duas partes.⁽¹³⁰⁾

É preciso discernir que os prejuízos para a coletividade configuram-se sob duas formas. A primeira acaba de ser descrita, ou seja, seriam os potenciais danos provenientes da realização da microjustiça. A outra, também de suma importância e por muitas vezes esquecida, diz respeito ao **enfraquecimento que estas decisões individualizadas causam ao SUS**, um sistema que já enfrenta muitas dificuldades para alcançar, dentre outras coisas, a universalidade. Neste aspecto, colocam-se alguns questionamentos fundamentais e que podem apontar certo desconhecimento acerca do seu funcionamento e a ainda a tímida atuação do judiciário em defesa do SUS e de sua operacionalização.

O SUS, apesar de seu regramento constitucional, foi regulamentado pelas Leis ns. 8.080/90 e 8.142/90. Essas normas não foram suficientes para concretizar o Sistema que, por lidar com uma realidade social diversa e mutável, não poderia ficar dependente de normas com o caráter de leis. Trata-se de um sistema que por muito tempo — até o Pacto pela Saúde-2006 — foi operacionalizado, principalmente, por meio de Normas Operacionais — NOBs e por deliberações pactuadas entre gestores nas Comissões Intergestores Bipartite — CIB e Tripartite-CIT⁽¹³¹⁾. O Pacto pela Saúde colocou

(129) BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. op. cit., p. 22.

(130) Id., loc. cit.

(131) Apesar de esses espaços colegiados terem sido criados por meio de Portarias, atualmente são objeto do Projeto de Lei n. 5.203, apresentado em maio de 2009, que “Dispõe sobre as comissões intergestores do Sistema Único de Saúde e suas respectivas composições e dá outras providências”.

fim à era das NOBs, no entanto, reforçou a importância das pactuações, que são formalizadas por meio de portarias do Secretário de Saúde dos estados nas CIBs e pelo Ministro de Saúde na CIT.

Diante destas brevíssimas palavras, questiona-se: se, e em que medida os juízes, para prolatarem suas decisões, têm analisado os atos normativos⁽¹³²⁾ dos secretários que visam operacionalizar o SUS? O (re)conhecimento de decisões das CIBs, aprovadas pelos Conselhos de Saúde, que decidem, por exemplo, sobre a operacionalização do SUS, alocação de recursos e competência de secretários municipais e de estado, poderia auxiliar na tomada de decisão e, ao mesmo tempo, preservar o funcionamento do SUS? O (re)conhecimento dessas decisões das CIBs, que muitas vezes dispõe sobre competências na área da saúde poderiam, por exemplo, influenciar o discurso acerca da competência solidária dos entes federativos⁽¹³³⁾ na área da saúde?

Com essas especulações colocou-se a terceira questão polêmica: o **enfraquecimento do SUS**.

A quarta questão apresenta conexão com a anterior e consiste na **falta de comunicação entre os poderes**. Ora, se houvesse maior cooperação e coordenação entre o judiciário e executivo, por exemplo, os questionamentos ora levantados poderiam ao menos ser respondidos de forma eficaz. Neste sentido, verifica-se a “[...] falta de coordenação entre as esferas de governo⁽¹³⁴⁾ resultando em decisões judiciais sobre alocação de recursos e políticas públicas sem diálogo com o órgão responsável pelo assunto – no caso da saúde, secretarias de saúde. [...]”⁽¹³⁵⁾.

A essas duas questões soma-se outra: o **despreparo do judiciário** para lidar com assuntos complexos que envolvem o direito à saúde. Assim, destacam-se a “[...] própria incapacidade técnica para avaliar questões orçamentárias e macroeconômicas, [...]”⁽¹³⁶⁾, a falta de “[...] conhecimento para interferir no campo das políticas públicas e administrativas, [...]”⁽¹³⁷⁾ e a dificuldade de decidir conflitos distributivos diante de um aparelhamento insuficiente, no qual faltam órgãos técnicos, de pesquisa científica, dados econômicos etc.⁽¹³⁸⁾.

Neste contexto, e diante do aumento de ações contrárias ao Sistema Único de Saúde, pesquisadores como *Delduque, Marques e Romero*, chegam

(132) Não se consideram neste aspecto as questões que envolvem hierarquia de normas ou poder vinculativo de tais atos. Trata-se apenas de uma provocação.

(133) Discurso dominante na doutrina e na jurisprudência e sobre o qual tramita proposta de Súmula Vinculante n. 4- no STF.

(134) Pelo contexto da exposição e das ideias dos autores, acredita-se que seria melhor falar em termos de falta de coordenação entre os poderes do Estado.

(135) BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. op. cit., p. 26-27.

(136) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja, op. cit., p. 206.

(137) Id. Ibid., p. 176.

(138) BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. op. cit., p. 28.

a citar que esta realidade “[...] proporciona a criação de varas especializadas neste ramo do direito, em cada tribunal deste país, o que poderia transformar juizes generalistas em juizes epidemiologistas, mais afinados com as peculiaridades do setor e sensíveis à causa da saúde”⁽¹³⁹⁾.

Tendo em vista que as ações judiciais na área da saúde são, em sua maioria, de titularidade individual e que o “‘estranhamento recíproco’ entre a população e o Poder Judiciário no Brasil [...]” configura-se como um dos óbices para alcançarem-se prestações jurisdicionais⁽¹⁴⁰⁾, destaca-se mais uma questão polêmica: **o acesso ao judiciário**. Importa enfatizar que “nem todos aqueles que possuem necessidades relacionadas à saúde acessam facilmente o Judiciário [...]”⁽¹⁴¹⁾. Não é sem motivos que são feitos estudos para analisar o perfil dos autores das ações judiciais contra o Estado na área da saúde.

A última questão polêmica a ser apontada no presente artigo é a **reserva do possível**, que tem muita relação com as primeiras polêmicas apresentadas: a divisão dos poderes e a alocação de recursos escassos. Apesar de todos os direitos fundamentais terem custos públicos⁽¹⁴²⁾, é em relação aos direitos sociais e prestacionais que o tema se torna mais relevante⁽¹⁴³⁾.

A reserva do possível é “[...] um postulado segundo o qual a concretização de direitos que impliquem em gastos públicos é dependente da existência de meios materiais para a sua implementação⁽¹⁴⁴⁾. A importância de examinar, mesmo que brevemente, esse tema nesta parte do trabalho deve-se ao fato de ele ser utilizado como argumento contrário à concretização de direitos subjetivos públicos⁽¹⁴⁵⁾.

Apesar de posicionamentos neste sentido, a reserva do possível, e assim o “fator custo”, não constitui impedimento para a concretização do direito à saúde pela via judicial⁽¹⁴⁶⁾. Eles devem ser vistos como limites à eficácia dos direitos fundamentais sociais que devem ser ponderados no caso concreto⁽¹⁴⁷⁾.

(139) DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Sílvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juizes epidemiologistas! *Revista Saúde em Debate*. 20 anos de SUS. *Revista do Centro Brasileiro de Estudos em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, p. 88, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.cebes.org.br/media/File/publicacoes/Rev%20Saude%20Debate/saudeemdebate81.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

(140) PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. op. cit.

(141) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 201.

(142) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. op. cit., p. 10-11.

(143) SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 275.

(144) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 132.

(145) SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988, cit., p. 12.

(146) Id. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 275.

(147) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 142-143.

Em razão disso, o debate acerca da reserva do possível, assim como o relativo ao mínimo existencial — que se justifica pelo princípio da dignidade humana, e “[...] carece de conteúdo específico, abrangendo direitos de várias ordens, considerados essenciais, não sendo facilmente mensuráveis por envolver aspectos ligados à qualidade de vida e à ideia de justiça social [...]”⁽¹⁴⁸⁾ — remetem novamente ao já abordado tema da indeterminabilidade do conteúdo e alcance das normas de direito constitucional à saúde, que devem ser delimitados por meio de ponderação entre os princípios em colisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS⁽¹⁴⁹⁾

Tendo em vista o atual reconhecimento da predominância da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais — conforme citado nos tópicos II e III — e a necessidade de utilização da ponderação para conferir aos direitos *prima facie* um caráter definitivo no caso e circunstâncias concretas, pretendeu-se desatacar alguns pontos polêmicos que envolvem a exigibilidade judicial de prestações materiais não previstas no SUS para demonstrar que cada um desses pontos deve ser analisado de forma cautelosa tanto no momento da ponderação quanto nos debates neoconstitucionalistas que se dedicam ao direito à saúde.

Apesar de citar todas essas cautelas, acredita-se que o maior problema para a discussão do tema da exigibilidade judicial do direito à saúde — assim como qualquer debate que envolva o direito à saúde — decorre do atual modelo jurídico-político em que se enquadram as próprias teorias neoconstitucionalistas, um modelo que ainda reflete o paradigma moderno que trabalha com a lógica dualista público (estado) x privado (indivíduo)⁽¹⁵⁰⁾.

Esse modelo não admite a concepção do direito à saúde como um direito coletivo autônomo⁽¹⁵¹⁾, de titularidade subjetiva da sociedade (coletiva)

(148) AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. op. cit., p. 121.

(149) Apenas um dos autores desse artigo — a autora — comunga neste sentido, sendo estas ideias finais a base para o desenvolvimento de sua tese de doutorado.

(150) PILATI explica as limitações desse modelo e propõe um novo paradigma jurídico político pós-moderno que viabilize o resgate do coletivo a partir do contraponto romano. PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade*. (no prelo) PILATI, José Isaac. *Propriedade e função social na pós-modernidade: função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma*. *Revista Sequência*, n. 50, p. 49-69, jul. 2005. PILATI, José Isaac. *A função social da propriedade a partir da Constituição de 1988: o resgate da dimensão coletiva*. Texto defendido no VII Congresso Anual do Curso de Direito da Ulbra. Gravataí, 2008. PILATI, José Isaac. *Direito público romano: projeção crítica à modernidade no resgate das tutelas coletivas*. Texto defendido no XVI Congresso Latinoamericano de Derecho Romano, San José da Costa Rica, 2008.

(151) Esse coletivo citado por *Pilati* não diz respeito a grupos ou à lógica dos direitos difusos. Trata-se de um coletivo construído a partir do conhecimento da experiência Romana, na fase Republicana, onde o bem coletivo era de todos, vistos como condôminos dos bens. Desta forma, ao citar a titularidade coletiva e transindividual do direito à saúde — no tópico III, página 20 — aqueles autores referem-se àquele primeiro sentido, que condiz com o modelo moderno.

que exige novos mecanismos de proteção que convivam com os mecanismos e processos tradicionais. Fala-se da necessidade de processos coletivos participativos que viabilizem que a sociedade, titular do direito coletivo à saúde, decida os casos em que esta estiver em pauta — no âmbito judicial, administrativo e legislativo.

De forma sucinta, para o caso da exigibilidade judicial do direito à saúde, pode-se dizer que uma das grandes consequências dessa mudança de paradigma jurídico-político, que reconheça o direito coletivo à saúde e seus processos coletivos próprios, é a possibilidade de a ponderação, hoje efetuada pelos juízes, ser feita pelo titular do direito coletivo à saúde, pela sociedade, em um processo que redefina os papéis dos atores sociais, dentre eles o papel dos juízes, que passariam a chancelar a decisão ponderada pela sociedade⁽¹⁵²⁾. Verifica-se nesta proposta a possibilidade de nova configuração dos conflitos que envolvem o direito à saúde, ou seja, viabiliza superar o modelo retributivo ou bipolar acima criticado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUSTINI, Carlos Fernando Coruja. *O protocolo clínico como parâmetro para decisão judicial sobre o fornecimento de medicamentos excepcional*. 2009. Tese (Doutorado) — Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2009.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. *Sistema de Salud de Brasil: normas, gestión y financiamiento*. Trad. Cíntia Cilyer Arruda Cavalcante. São Paulo: Hucitec; Sobral; Uva, 2002.

APPPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. 1. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. *A exigibilidade judicial dos direitos sociais no país: populismo judiciário no Brasil*. Texto produzido para ser apresentado na data de 9 de novembro de 2006, durante o VI Ciclo de Estudos Jurídicos da UNIFIL de Londrina-PR. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:D4Im3u1kqEwJ:www.eduardoappio.com.br/canais/mat_alunos.htm+A+EXIGIBILIDADE+JUDICIAL+DOS+DIREITOS+SOCIAIS+NO+PAÍS:+POPULISMO+JUDICIÁRIO+NO+BRASIL&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: jan. 2010.

(152) Para discorrer sobre a construção desses processos coletivos participativos coletivos no âmbito do judiciário, Pilati cita o exemplo dos medicamentos excepcionais. PILATI, José Isaac. Propriedade e função social na pós-modernidade: função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma, cit., p. 133-144.

BAHIA, Carolina Medeiros. *Princípio da proporcionalidade nas manifestações culturais e na proteção da fauna*. Curitiba: Juruá, 2006.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo: democracia e imperialismo de la moral. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Ed., 2003.

BORGES, Danielle da Costa; UGÁ, Maria Alicia Dominguez. As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial. *Revista de Direito Sanitário = Journal of Health Law*, São Paulo, v. 10, n. 1, mar./jul. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 47. Agravante: Estado de Pernambuco. Agravado: União. Brasília, 17 mar. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>. Acesso em: ago. 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. 6 reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

_____. (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Brasil (Coord.). *Manual de direito sanitário com enfoque na vigilância em saúde*. Brasília: Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde, 2006. 132 p. (Série E. Legislação de Saúde).

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim; ROMERO, Luiz Carlos. A saúde precisa de juízes epidemiologistas! *Revista Saúde em Debate*. 20 anos de SUS. *Revista do Centro Brasileiro de Estudos em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 81, jan./abr. 2009. Disponível em: <<http://www.cebes.org.br/media/File/publicacoes/Rev%20Saude%20Debate/saudeemdebate81.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição*. São Paulo: Landy Ed., 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia e garantismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2008.

_____. *Derecho y razón*. Madrid: Trotta, 1995.

_____. *Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia*. Madrid: Trotta, 2006.

_____. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. La teoría del derecho en tiempos de neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso Italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

JUSTIÇA FEDERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. *Florianópolis: SistCon e JEF Cível promovem mutirão sobre saúde*. 30.09.09. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1928996/florianopolis-sistcon-e-jef-civel-promovem-mutirao-sobre-saude>>. Acesso em: maio 2010.

MAIA, Mário Sérgio Falcão. A recepção da teoria neoconstitucionalista pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 115-163, out. 2009. Disponível em: <<http://www.iedc.org.br/REID/arquivos/00000128-reid-5-12-mario.pdf>>. Acesso em: jan. 2010.

MATTA, Gustavo Corrêa; PONTE, Ana Lúcia de Moura. *Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: EPSJV; Fiocruz, 2007.

PEÑA, Freire Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PILATI, José Isaac. *Direito público romano: projeção crítica à modernidade no resgate das tutelas coletivas*. Texto defendido no XVI Congresso Latinoamericano de Derecho Romano, San José da Costa Rica, 2008.

_____. *A função social da propriedade a partir da Constituição de 1988: o resgate da dimensão coletiva*. Texto defendido no VII Congresso Anual do Curso de Direito da Ulbra, Gravataí, 2008.

_____. Propriedade e função social na pós-modernidade: função social e tutelas coletivas: contribuição do direito romano a um novo paradigma. *Revista Sequência*, n. 50, p. 49-69, jul. 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. VIEIRA, Renato Stanzola. Exigibilidade judicial dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. *Araucaria Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 8, n. 15. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/dirhum/doutrina/id491.htm>>. Acesso em: jan. 2010.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

_____. Un constitucionalismo ambiguo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucinalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*. Madrid: Trotta; Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

RIOS, Roger Raupp. *Direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas*: princípios e requisitos em demandas judiciais por medicamentos [s.d.]. Disponível em: <http://74.125.47.132/search?q=cache:5S7TbW8hYzAJ:www.cebes.org.br/media/File/direito%2520sanitrio/Direito__sade_universalidade_integralidade.doc+direito+saude+objetivo+subjettivo+rios&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: jan. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ, n.10, 01/02. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-INGO-WOLFGANG-SARLET.pdf>. Acesso em: ago. 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SASTRE ARIZA, Santiago. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismos*. Madrid: Trotta, 2003.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEIDL, Mirella Alencar de Moraes. A exigibilidade judicial do direito à saúde como um direito fundamental social em face da reserva do possível. In:

Congresso Nacional, 16, nov. 2007, Belo Horizonte. *Anais...* Disponível em: <http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/bh/mirella_alencar_de_morais_seidl.pdf>. Acesso em: jan. 2010.

SUS deve atualizar lista de remédio todo ano. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 17 maio 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equilibrio/noticias/ult263u736201.shtml>>. Acesso em: maio 2010.

SUS é alvo de 50 mil ações judiciais, afirma o secretário. Agência Câmara de Notícias, Brasília, 11 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/147669.html>>. Acesso em: maio 2010.

TOSI, Giuseppe. *História e atualidade dos direitos humanos*. Disponível em: <<http://www2.ibam.org.br/municipiodh/biblioteca%2FArtigos/HistoriaDH.pdf>>. Acesso em: jul. 2010.