UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

BERNARDO LIMA VASCONCELOS CARNEIRO

A IMPLEMENTAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB UMA ÓTICA TÓPICA E CONCRETISTA

FORTALEZA

2015

BERNARDO LIMA VASCONCELOS CARNEIRO

A IMPLEMENTAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB UMA ÓTICA TÓPICA E CONCRETISTA

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Área de Concentração: Ordem Constitucional, Linha de Pesquisa 2: A Implementação dos Direitos Fundamentais e as Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor João Luís Nogueira Matias

FORTALEZA

2015

Carneiro, Bernardo Lima Vasconcelos.

A Implementação Jurisdicional do Direito à Saúde sob uma Ótica Tópica e Concretista / Bernardo Lima Vasconcelos Carneiro, 2015. 240 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração: Ordem Constitucional. Linha de Pesquisa 2: A Implementação dos Direitos Fundamentais e as Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. João Luís Nogueira Matias.

CDD 300.340

BERNARDO LIMA VASCONCELOS CARNEIRO

A IMPLEMENTAÇÃO JURISDICIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE SOB UMA ÓTICA TÓPICA E CONCRETISTA

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do título de Mestre no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC), Área de Concentração: Ordem Constitucional, Linha de Pesquisa 2: A Implementação dos Direitos Fundamentais e as Políticas Públicas.

Orientador: Professor Doutor João Luís Nogueira Matias

Aprovada em _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

_____

Professor João Luís Nogueira Matias (Orientador)

Universidade Federal do Ceará (UFC)

_____

Professor Luiz Alberto Gurgel de Faria

Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN)

_____

Professor Martônio Mont'alverne Barreto Lima

Universidade de Fortaleza (UNIFOR)

Aos meus pais, Alexandre e Eliane;

Às minhas pequenas, Mariana, Alice e Laís; e

Aos amigos que fiz na vida.

RESUMO

A dissertação possui o desiderato de estabelecer critérios objetivos que permitam definir a exata amplitude do âmbito de proteção material do direito fundamental à saúde em cada caso concreto levado ao conhecimento do Judiciário, nos quais se requer o custeio estatal de medicamento ou tratamento não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde. Para tanto, procede, inicialmente, a uma investigação sobre as origens e a evolução histórica em torno da ideia de "saúde", pontuando-se também os principais marcos normativos acerca do tema, com destaque para o tratamento conferido pela Carta Constitucional de 1988. Passo seguinte, analisa o fenômeno da judicialização das políticas públicas, traçando os contornos conceituais destas e identificando seus elementos e fases constitutivas, com a finalidade de definir a extensão da sindicabilidade judicial das tais políticas, de modo que esta se revele legítima diante da tripartição dos poderes estatais e do princípio democrático. Prosseguindo, estuda a chamada "força normativa dos fatos", que consiste na influência que a realidade fática exerce sobre a determinação do conteúdo da normatividade, inclusive aquela de estatura constitucional. No ponto, após serem analisadas as diversas teorias que se debruçaram sobre o tema, baseando-se naquelas de caráter tópico e concretista, firma o entendimento de que o reconhecimento do direito à saúde invocado em Juízo depende da análise tanto das circunstâncias específicas do caso posto a solução como da conjuntura socioeconômica do momento, além de outras variantes factuais não contempladas abstratamente pela norma constitucional instituidora do referido direito, o qual, portanto, não pode ser compreendido como um direito absoluto a toda e qualquer prestação médica ou congênere. No derradeiro capítulo, com o auxílio da Análise Econômica do Direito, são examinados os condicionamentos sofridos pelo direito à saúde em função da reconhecida contingência financeira do Estado, uma vez compreendidos o denominado "custo dos direitos" e a consequente necessidade de os tomadores de decisão realizarem as chamadas "escolhas trágicas". Sublinhada a insuficiência das teorias da reserva do possível e do mínimo existencial e cotejada, em seguida, a tensão existente entre a microjustiça dos casos individuais e macrojustiça social, a dissertação propõe, ao final, requisitos práticos que se entende devem estar presentes para que possa ser concedida a tutela jurisdicional do direito à saúde em cada uma das lides judicializadas.

Palavras-Chaves: Direito Fundamental à Saúde. Implementação Jurisdicional. Hermenêutica Tópica e Concretista.

ABSTRACT

The dissertation has the desideratum to establish objective criteria for defining the exact extent of the material ambit of protection of the fundamental right to health in each case brought to the judiciary's knowledge, in which the State is sued to pay medicine or treatment not provided by the public system of health. For this purpose, proceeds initially an investigation into the origins and historical development around the idea of "health", also stressing the key regulatory frameworks on the subject, highlighting the regulation determined by the Constitutional Charter of 1988. Next step, analyzes the phenomenon of judicialization of public policies, tracing the contours of its concept and identifying its elements and constitutive phases, in order to define the extent of judicial syndication of such policies, so that it proves to be legitimate in the face of the tripartite division of state powers and the democratic principle. Continuing, the dissertation studies the so-called "normative force of facts" which consists of influence that the factual reality has on the determination of the normativity content, including that of constitutional nature. At the point, after being examined the various theories that have studied the subject, based on those that have a topical and concretist character, it firms the understanding that the recognition of the right to health invoked in court depends on both the specific circumstances of the case that claims to solution to the socio-economic situation of the moment, and other factual variants not considered abstractly by the founding constitutional rule of that right, which, therefore, can not be understood as an absolute right to any medical service or the like. In the final chapter, with the assistance of the Economic Analysis of Law, are examined the conditioning suffered by the right to health due to the recognized financial contingency of the State, once understood the so-called "cost of rights" and the consequent need for decision makers undertake the so-called "tragic choices". Underlined the inadequacy of the theories of "reserves of possible" and "minimum existential" and collated, then, the tension between the "microjustice" of individual cases and social "macrojustice", the dissertation proposes, at the end, practical requirements that must be present for the legal protection of the right to health may be granted in each of the judicialized cases.

Keywords: Fundamental Right to Health. Jurisdictional Implementation. Topical and Concretist Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....10
CAPÍTULO 1 - O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE.....16
1.1 Uma breve retrospectiva histórica.....16
1.2 A Evolução Normativa.....21
1.3 O Conceito de Saúde.....28
1.4 O Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988.....35
1.5 O Direito à Saúde como Direito Fundamental.....50
1.5.1 O Direito à Saúde como Direito Social Prestacional.....50
1.5.2 As Dimensões do Direito à Saúde.....55
1.5.3 A Eficácia Normativa do Direito à Saúde.....58
CAPÍTULO 2 - O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....69
2.1 Políticas Públicas.....69
2.1.1 A construção de um conceito e a identificação dos elementos.....69
2.1.2 A finalidade constitucional e a natureza jurídica.....75
2.2 A atuação da Administração Pública e o Controle dos Atos Administrativos.....82
2.2.1 A divisão dos poderes e o controle da Administração.....82
2.2.2 O controle jurisdicional dos atos administrativos: da legalidade à juridicidade.....84
2.2.3 O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.....89
2.3 O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas.....94
2.3.1 Controle jurisdicional dos atos políticos (*politic questions*).....95
2.3.2 A separação dos poderes e a falta de legitimidade democrática enquanto óbices ao controle judicial.....98
2.3.3 Limites e parâmetros para a intervenção judicial.....105
CAPÍTULO 3 - A FORÇA NORMATIVA DOS FATOS.....114
3.1 A Norma no Sistema Jurídico: uma visão tradicional.....115
3.2 O Itinerário Dogmático Rumo à Relevância Jurídica da Faticidade.....123
3.2.1 Teorias Formalistas.....124
3.2.1.1 A Escola Exegética.....130

3.2.1.2 A Jurisprudência dos Conceitos.....133

3.2.1.3 O Positivismo Normativista.....135

3.2.2 Teorias Materialistas.....140

3.2.2.1. A Jurisprudência dos Interesses.....144

3.2.2.2. A Tópica ou Jurisprudência dos Problemas.....146

3.2.2.3 A Teoria Estruturante do Direito.....152

3.3 A Força Normativa da Faticidade e a Concretização do Direito Fundamental à Saúde.....162

CAPÍTULO 4 - A CONSTRUÇÃO DE UMA SOLUÇÃO TÓPICA E CONCRETISTA PARA A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE.....172

4.1 O Direito Fundamental à Saúde e a Contingência Financeira do Estado.....175

4.2 O Custo dos Direitos e as Escolhas Trágicas.....184

4.3 A Insuficiência das Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial.....190

4.4 A Microjustiça *versus* a Macrojustiça.....197

4.5 Os Requisitos para a Efetivação Jurisdicional do Direito à Saúde.....206

4.5.1 A Carência Econômica do Postulante.....207

4.5.2 A Eficácia Terapêutica do Tratamento.....214

4.5.3 A Inexistência de Tratamento Fornecido pelo SUS.....232

CONCLUSÃO.....243

REFERÊNCIAS.....249

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, assistiu-se a um exponencial crescimento – sem precedentes na história do Judiciário Nacional – do número de ações judiciais nas quais, invocando o direito fundamental à saúde (art. 6º, *caput*, CF/88) em sua dimensão subjetiva, a parte demandante requer a concessão de tutela jurisdicional que determine ao Poder Público a prestação de utilidades materiais não disponibilizadas ordinariamente pelo Sistema Único de Saúde – SUS. Se bem examinado, nota-se ser esse fenômeno, que se convencionou chamar "**judicialização das políticas públicas de saúde**", mais uma faceta ou manifestação de um grande movimento de ampliação da sindicabilidade judicial do comportamento administrativo e legiferante do Estado através do qual busca a população a satisfação de direitos lhe garantidos constitucionalmente. Esse descrito movimento teve início – ou, pelo menos, obteve um grande impulso – com a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a qual, além de ter facilitado o acesso ao Judiciário[1], foi profusa ao elencar direitos sociais de natureza prestacional, inseridos esses na nominada segunda dimensão dos direitos fundamentais.

Essa ampliação no número de demandas se justifica também, em parte, pelo fato de que a litigiosidade social envolvendo a temática do direito à saúde ostenta contornos larguíssimos, abrangendo pedidos de fornecimento de medicamentos não constantes nas listas de dispensação da rede pública; requerimentos para o custeio da realização, por unidades hospitalares privadas, de procedimentos cirúrgicos não cobertos pelo sistema público; solicitação para a realização de tratamentos alternativos ou experimentais que se pretendem inovadores e milagrosos; pleitos para o envio de pacientes ao exterior para serem submetidos às mais avançadas técnicas médicas desenvolvidas por universidades e centros de pesquisa estrangeiros; dentre outros inúmeros casos, os quais – seja pela multiplicidade e diversidade das enfermidades que infelizmente acometem o ser humano[2], seja pela rapidez com que avança a ciência médica, com o constante lançamento pela indústria farmacêutica e bioquímica de

[1] O que se deu, por exemplo, com a institucionalização da Defensoria Pública.

[2] Na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, designada pela sigla CID (em inglês: *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems - ICD*), elaborada e publicada pela Organização Mundial de Saúde – OMS (em inglês: *World Health Organization – WHO*), cuja última publicação data de novembro de 2006, referente à 10ª edição, são catalogados e codificados mais de 14 mil doenças e morbidades (disponível em <http://www.who.int/en/>, acessado em 11 Ago. 2015).

novos tratamentos, fármacos e congêneres – são virtualmente impossíveis de serem listados de forma exaustiva.

Para se ter uma ideia da dimensão que a questão tomou, segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, somente no ano de 2010 foram propostas aproximadamente 200.000 (duzentas mil) ações do gênero em todo o território nacional[3]. No âmbito da Justiça Federal, conforme apontou levantamento da Advocacia-Geral da União – AGU, apenas contra a União foram ajuizados, no ano de 2013, 15.411 (quinze mil, quatrocentos e onze) novos processos visando a obtenção de medicamentos[4], um aumento de mais de 20% (vinte por cento) quando comparado com o ano de 2011, quando foram ajuizados 12.436 (doze mil, quatrocentas e trinta e seis) feitos. Caso se tome como referência o ano de 2009, ao longo do qual foram protocoladas 10.486 (dez mil, quatrocentos e oitenta e seis) novas demandas[5], o incremento no acionamento do Poder Público Federal pela via judicial quase alcança o patamar de 50% (cinquenta por cento).

Na esfera da Justiça Estadual a situação não é diferente. Entre 2002 e 2009, por exemplo, o número anual de ações ajuizadas perante o Judiciário gaúcho nas quais se pretendia a efetivação do direito à saúde cresceu de cerca de 1.100 (mil e cem) para quase 18.000 (dezoito mil)[6], um aumento em torno de 1.700% (mil e setecentos por cento). Já na Justiça mineira, em 2013, foram propostas 9.121 (nove mil, cento e vinte e uma) demandas contra o Estado invocando-se o mencionado direito fundamental, um número 25% (vinte e cinco por cento) maior do que o verificado em 2012, quando foram protocoladas "apenas" 7.243 (sete mil, duzentos e quarenta e três) novas ações envolvendo o tema[7]. Aumentando-se o prazo de amostra, pode-se ter uma ideia ainda melhor da vertiginosidade do referido crescimento. Em uma década, entre 2003 e 2013, houve um incremento de 3.563% (três mil, quinhentos e sessenta e três por cento) no número de feitos ajuizados em que se postula a tutela do direito à

[3] A informação está disponível no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça e, por ser apenas um número estimativo, constou como justificativa para que, através da Comissão de Acesso à Justiça e à Cidadania daquele Conselho, fossem requeridas aos tribunais do país informações mais detalhadas, em periodicidade fixada pelo mencionado órgão de controle administrativo, na linha do que dispõe a Resolução CNJ nº 107, de 6 de abril de 2010 (disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/59018-tribunais-deverao-informar-detalhes-sobre-acoes-na-area-de-saude>, acessado em 11 Ago. 2015).

[4] Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/em-1-ano-meio-pacientes-entraram-com-24-mil-acoes-em-busca-de-remedios-13569719>, acessado em 11 Ago. 2015.

[5] **Intervenção Judicial na saúde pública - Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais**, disponível em: <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acessado em 11 Ago. 2015.

[6] Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-17/decisao-cnj-varas-saude-expoe-gravidade-judicializacao>, acessado em 11 de AGO de 2015.

[7] Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/09/10/interna_gerais,567433/cresce-numero-de-acoes-na-justica-cobrando-medicamentos-nao-fornecidos-pelo-sus.shtml>, acessado em 10 Ago. 2015.

saúde, vez que naquele primeiro ano foram formulados somente 249 pedidos para concessão judicial de medicamento ou congêneres.

Essa verdadeira avalanche de processos acarretou, como não poderia deixar de ser, um crescente aumento no volume dos gastos estatais necessários ao cumprimento das respectivas decisões judiciais. Para citar apenas alguns dados, de acordo com fontes da AGU, o Ministério da Saúde despendeu com a aquisição de medicamentos, equipamentos e insumos concedidos por decisões judiciais – provisórias ou definitivas – pouco mais de 170 mil reais no ano de 2003, contudo, no ano de 2007, esse gasto já ultrapassava a marca de 17 milhões de reais e, no ano de 2011, chegava a quase 250 milhões[8]. O Estado de Minas Gerais, por sua vez, ano de 2013, gastou aproximadamente 204 milhões de reais para atender às demandas de saúde que foram judicializadas, 43% (quarenta e três por cento) a mais do que foi gasto no ano anterior[9]. Já no Paraná, em 2010, o Estado despendeu cerca de 35 milhões de reais no atendimento das tais ações, enquanto que, no ano de 2003, a mesma cifra ficara em pouco mais de 741 mil reais[10], um aumento de mais de 4.000% (quatro mil por cento) em apenas sete anos.

Esses gastos revelam-se proporcionalmente ainda mais elevados quando se analisa o fornecimento dos chamados "**medicamentos excepcionais de alto custo**", os quais, em que pese serem indicados para enfermidades de incidência rara ou restrita no universo da população, são de aquisição muito dispendiosa, haja vista, supostamente[11], incorporarem tecnologia avançada em sua elaboração. Para citar apenas um exemplo, de acordo com o Ministério da Saúde, de 2009 a 2011, para o cumprimento de tão somente 14 decisões judiciais proferidas em ações individuais – traduzidas, pois, no atendimento de 14 pacientes – nas quais se postulava o fornecimento do medicamento "Soliris", princípio ativo Eculizumabe (ainda não registado perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA), a União despendeu um total de R$ 12.418.048,45 (doze milhões, quatrocentos e dezoito mil, quarenta e oito reais e quarenta e cinco centavos)[12].

---

[8] **Intervenção Judicial na saúde pública - Panorama no âmbito da Justiça Federal e Apontamentos na seara das Justiças Estaduais**, disponível em: <http://u.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa----o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>, acessado em 11 Ago. 2015.

[9] Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2014/09/10/interna_gerais,567433/cresce-numero-de-acoes-na-justica-cobrando-medicamentos-nao-fornecidos-pelo-sus.shtml>, acessado em 10 Ago. 2015.

10 Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/acesso-a-saude-na-justica-ejb2wcbn7pa87s3cnmwdvorbi>, acessado em 10 Ago. 2015.

[11] A ressalva é feita, pois, como será desenvolvido ao longo do trabalho, o medicamento excepcional nem sempre se mostra efetivamente muito superior, do ponto de vista terapêutico, em relação ao fármaco convencional.

[12] Memorando n° 14/2011/CGIUES/DLOG/SE/MS. Dado disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/23472027>, acessado em 11 Ago. 2015.

Esse vertiginoso crescimento das demandas judiciais relacionadas ao serviço público de assistência à saúde, acompanhado da inevitável repercussão financeira nos cofres do Estado, chamou a atenção não só da Academia – com destaque para os estudiosos da Análise Econômica do Direito – como também dos gestores públicos e dos próprios órgãos do Poder Judiciário responsáveis pela uniformização da interpretação constitucional e pelo controle de sua atuação administrativa e financeira, respectivamente o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF/88) e o Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, § 4º, CF/88), preocupados que ficaram com os problemas que a massificação desse tipo de lide poderia gerar, em uma típica postura gerencial de administração judiciária[13].

De fato, diante de Pedidos de Suspensão pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal – circunstância que não deixa de denotar a medida como efeito sintomático da súbita importância que ganhou o tema no cenário jurídico nacional –, aquela Corte Superior, por iniciativa de seu então Ministro Presidente Gilmar Mendes, convocou a **Audiência Pública nº 4**, com o objetivo de esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre o direito à saúde. Na referida Audiência, que transcorreu entre os meses de abril e maio de 2009, ouviu-se aproximadamente 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores, procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do SUS[14].

A relevância desse descrito movimento de judicialização da política pública de saúde foi reconhecida e enfatizada pelo então Ministro Presidente da Suprema Corte Brasileira quando da abertura da mencionada Audiência Pública. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, "*o fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo*."[15] Com efeito, a interdisciplinaridade está sempre presente na atuação do magistrado responsável pela resolução de lide envolvendo o referido tema, vez que além da análise do manancial normativo regulador da matéria, aqui incluídos os preceitos constitucionais pertinentes, também necessita o julgador

[13] Sobre o tema, registra-se as seguintes obras de Boaventura de Souza Santos: **A Sociologia dos Tribunais e a Democratização da Justiça, In: Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 2ª ed. Portugal, Porto: Edições Afrontamento, 1994; **e Introdução à Sociologia da Administração da Justiça, In: Direito e Justiça – A Função Social do Judiciário**, org. José Eduardo Faria. São Paulo, Ed. Ática, 1989.

[14] As atas, manifestações e depoimentos da Audiência Pública nº 4 estão disponíveis no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal na internet: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>, acessado em 11 Ago. 2015.

[15] Texto disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal na internet: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica__MGM.pdf>, acessado em 11 Ago. 2015.

de conhecimentos de medicina aplicada e farmacologia – os quais são fornecidos, via de regra, por peritos e outros órgãos auxiliares da Justiça –, além de dados sociológicos sobre o perfil sociocultural da figura do demandante, devendo ainda tomar em consideração, como será discorrido ao longo da dissertação, o contexto socioeconômico por que passa o país.

Ainda a título introdutório, é conveniente desde já frisar que, especificamente no tocante ao aspecto jurídico do conflito de interesses causador das demandas judiciais que serão objeto de análise, a importância do tema posto reside não propriamente no questionamento acerca da existência abstrata do direito invocado, que se sabe presente em nosso Texto Constitucional (art. 6º, *caput*, e art. 196, *caput*, CF/88), mas antes na tensão gerada entre esse direito, enquanto potencialidade normativa, e o contexto fático-jurídico circundante quando de sua invocação, a ser verificado por ocasião de cada resolução concreta das querelas posta a desate, o que irá refletir na intensidade da carga eficacial a ser dada àquele direito pelo órgão aplicador. É que, segundo se defenderá ao longo do trabalho, a despeito da reconhecida eficácia normativa dos preceitos constitucionais, não se pode ignorar completamente a força limitadora da realidade e do restante da ordem jurídica estabelecida, que estão subjacentes à pretensão pelo gozo dos direitos deles decorrentes. Isto porque, se é certo que as necessidades da população na área da assistência à saúde tendem potencialmente ao infinito, também é inquestionável que os recursos financeiros do Estado são finitos, limitados.

Pensa-se que, assim, ficam mais do que demonstradas a atualidade e a relevância (acadêmica e prática) do tema sobre o qual se debruçará a presente dissertação. Importante registar também que a investigação que sustenta o trabalho, embora tenha se desenvolvido essencialmente com base nas contribuições doutrinárias construídas em torno da referida temática – e também, obviamente, à vista das disposições legais e constitucionais pertinentes –, possui **pretensões essencialmente práticas**, na medida em que almeja, ao final, estabelecer requisitos, os mais objetivos possíveis, que permitam identificar, caso a caso, as situações nas quais o pleito judicial para condenação do Estado no dever de fornecer utilidades em saúde deve ser atendido pelo julgador.

Ocorre que, para se alcançar esse desiderato, uma série de questionamentos relacionados a pontos controvertidos das aludidas lides necessitam ser antes respondidos. Por exemplo, são indagações que se põe diante do pesquisador: O que se deve propriamente entender por "saúde"? Quais os contornos jurídicos conferidos ao direito à saúde pela

Constituição Federal de 1988? O caráter programático que se atribui à norma constitucional instituidora do direito à saúde interfere em sua carga eficacial? O direito fundamental à saúde, na condição de direito social de natureza prestacional, possui, de fato, eficácia plena e aplicabilidade imediata? Quais os limites e parâmetros para que haja o legítimo controle jurisdicional das políticas públicas de saúde? O que são, afinal, políticas públicas? Qual a sua natureza e finalidade? Como se dá o controle dos atos administrativos e, especificamente, dos atos praticados com fundamento em competência discricionária? Os atos políticos são sindicáveis pelo Judiciário? A fiscalização judicial das políticas públicas ofende o regime democrático ou o princípio da separação dos poderes do Estado? De que forma as características fáticas do caso concreto que está sendo analisado e o contexto socioeconômico vigente interferem na determinação do sentido jurídico das normas constitucionais e, em especial, daquela que positiva o direito à saúde? Que contribuições as teorias de feição tópica e concretista podem dar ao processo hermenêutico de definição do alcance do âmbito de proteção do direito à saúde? Que influxos sofre o âmbito protetivo do direito à saúde diante da contingência financeira do Estado? Quais os significados práticos de se reconhecer que a proteção e a efetivação de todo e qualquer direito implicam em um inevitável custo para sociedade, cujos interesses são representados pelo Estado? As conhecidas teorias da reserva do possível e do mínimo existencial são suficientes como instrumentos de identificação dos pleitos (para fornecimento de prestações materiais de saúde) que devem ser acolhidos? Em se tratando de lide envolvendo o direito à saúde, a microjustiça do caso concreto deve sempre prevalecer, mesmo à custa da macrojustiça social? A positivação constitucional do direito à saúde confere a seus titulares o direito de obter do Estado o fornecimento de todo e qualquer medicamento ou tratamento, não importa o seu custo, o grau de sua eficácia terapêutica ou as condições socioeconômicas do postulante?

A presente dissertação, ciente de suas inerentes limitações, tentará lançar algumas luzes sobre esses questionamentos, de modo que possa contribuir de alguma forma para a melhor compreensão de tão relevante tema.

CAPÍTULO 1

O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Neste capítulo inaugural, far-se-á, inicialmente, uma sucinta investigação sobre as origens e a evolução histórica da compreensão humana em torno da ideia de "saúde", pontuando-se, inclusive, os principais marcos normativos que trataram do tema, tanto no âmbito da ordem jurídica interna como no plano do direito internacional. Analisar-se-á, em seguida, os distintos conceitos de saúde elaborados pela doutrina especializada, propondo-se, em conclusão, uma fórmula conceitual que se acredita atender melhor ao desiderato aqui perseguido, que é estabelecer critérios objetivos para se definir a exata extensão do âmbito de proteção material do aludido direito em cada caso concreto posto a solução. Neste caminho, proceder-se-á também ao estudo das normas constitucionais que atualmente dispõe sobre o direito à saúde, averiguando-se igualmente as razões e as consequências do reconhecimento de sua fundamentalidade. Por fim, ingressar-se-á no tormentoso tema relativo à eficácia jurídica do mencionado direito, atentando-se para as peculiaridades decorrentes de sua natureza prestacional, isso à vista da inafastável dependência de sua realização prática em relação a múltiplas condicionantes de ordem fática e jurídica.

1.1 Uma breve retrospectiva histórica

Uma investigação etimológica da palavra "saúde" pode conduzir a duas possíveis origens: por um lado, cogita-se ser uma derivação da raiz latina *salus*, termo utilizado para expressar a qualidade dos inteiros, dos íntegros ou intactos; por outro, pode ser o resultado da evolução do termo grego *holus*, cujo significado é totalidade[16]. Como se vê, em ambas as possíveis origens tem-se estreita ligação do vocábulo com o sentido de integralidade, completude ou, em outra perspectiva, ausência de lacunas, falhas ou defeitos. Uma rápida análise da evolução história da ideia em volta do referido conceito pode ajudar a explicar essa relação.

16 BIANCHI, André Luiz. **Direito Social à Saúde e Fornecimento de Medicamentos**, Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, p. 81.

Nos **tempos pré-históricos**, a atenção não estava voltada exatamente para a noção de "saúde", mas sim para a ausência desta e os males que tal estado anômalo causava ao homem. As doenças, então, eram concebidas como fenômenos sobrenaturais e, consequentemente, os "tratamentos" empregados para combatê-las eram igualmente místicos, baseados em "rituais mágicos" de curandeirismo ou xamanismo[17]. Essa percepção metafísica de cunho primitivo acompanhou a humanidade por muitos milênios até o início da civilização[18], quando só então começaram a surgir os primeiros sinais de cientificidade, revelados pelo conhecimento adquirido através da observação e reflexão.

Com efeito, mantendo-se o foco no chamado "mundo ocidental"[19], foi na **Grécia antiga** – apesar do forte misticismo expresso em sua rica mitologia[20] – que foi elaborado um dos primeiros tratados sobre a saúde, "Sobre Ares, Águas e Lugares", escrito por Hipócrates, conhecido como "pai da medicina" e cujo juramento ainda hoje é repetido pelos médicos formandos. Como aduz SCHWARTZ, Hipócrates, tendo baseado seu conhecimento médico essencialmente na observação empírica, como demonstram os casos clínicos que deixou registrados, foi pioneiro na Grécia em afastar a religião do campo das enfermidades, tanto que afirmou em seu texto "A Doença Sagrada", que a doença "*tem uma causa natural e sua origem supostamente divina reflete apenas a ignorância humana*"[21]. No mesmo sentido, explica REZENDE que "*somente no século V a.c., com o surgimento da medicina hipocrática na Grécia, foi a mesma separada da religião, das crenças irracionais e do apelo ao sobrenatural*"[22]. Teve também berço grego o conhecido brocardo '*mens sana in corpore sano*'[23], expressão que refletia o ideal grego de saúde baseado no estado de harmonia e equilíbrio que haveria de existir entre corpo e mente, sendo a doença o resultado da quebra desse equilíbrio, daí porque explicava SCLIAR que, para os gregos, "*o ser humano ideal era*

17 SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28/29.
18 Toma-se o termo "civilização" aqui em sua concepção clássica, desenvolvida por Gordon Childe, segundo o qual todas as sociedades humanas passaram, basicamente, por três estágios evolutivos conforme seu grau de desenvolvimento social, econômico e técnico-científico: "selvageria", quando os homens, ainda nômades, limitavam-se a caçar e coletar alimentos para sua sobrevivência; "barbárie", que teve início com o desenvolvimento da agricultura e do pastoreio e conseqüente sedentarização do homem; e "civilização", ponto culminante caracterizado pelo surgimento das cidades, a invenção da escrita e a produção de cultura.
19 Faz-se o corte epistemológico, pois não seria viável, à vista da natureza e pretensão do presente trabalho, dissertar, ainda que sumariamente, sobre todas as manifestações protocientíficas da antiguidade no que concerne à saúde, a exemplos dos conhecidos conhecimentos médicos adquiridos no Egito antigo e no extremo oriente, como na China.
20 A deusa grega da saúde era Hygieia (Hígia), filha de Asklepios (Esculápio), deus da medicina, enquanto Panaceia era a deusa da cura. Eram para essas divindades do Olimpo que os gregos dirigiam suas preces em busca de intervenção na cura de suas doenças.
21 SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 30.
22 REZENDE, Joffre M. **O ato médico através da história**, In: "Á sombra do Plátano", São Paulo: UNIFESP, 2009, p. 6, apud CARLIN, Angélica. **Judicialização da Saúde Pública e Privada**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 16.
23 "Mente sadia em um corpo sadio".

uma criatura equilibrada no corpo e na mente, e de proporções definitivamente harmoniosas."[24]

Já a principal contribuição dos **romanos** na área da saúde, para além de portadores da herança grega, decorreu de suas obras de engenharia e urbanismo, a exemplo dos grandes aquedutos, dos banhos públicos e dos sistemas de esgoto, que, garantindo a qualidade da água utilizada pelas cidades – não se pode esquecer que Roma chegou a possuir mais de um milhão de habitantes –, contribuíram imensamente para o desenvolvimento de sistemas sanitários, incrementando a saúde pública, inclusive no que se refere ao aspecto preventivo[25]. Explica RAEFFRAY, ainda, que Roma contribuiu para a assistência médica organizada com a instituição das *valetudinária*, que eram "*enfermarias destinadas aos escravos, instituições análogas ao que posteriormente seria conhecido como hospital*"[26].

Com a decadência do império romano e instauração paulatina da **idade média**, a Igreja, com seu dogmatismo religioso que se impunha a todas as áreas da sociedade, acabou por sufocar o pouco de conhecimento científico que era empregado na busca da realização da saúde, na medida em que partia da premissa de que a doença era uma espécie de desgraça divina ou obra de demônios e a cura somente poderia ser alcançada por orações, penitência e invocações de santos. Como explica SCHWARTZ, "*para os cristãos, a doença era purificação de algum pecado (castigo divino), e sua cura somente viria se ela fosse merecida.*"[27] A título de exemplo, o mesmo autor lembra que, "*no séc. XVI, a crise de sífilis fez com que a Igreja dissesse que esta era uma resposta divina aos pecados individuais de cada um*"[28][29].

Paradoxalmente, alguns chegam a afirmar que a medicina, enquanto verdadeira ciência, foi institucionalizada no período medieval, com a fundação da Escola de Salermo e dos primeiros hospitais, de cunho assistencial e mantidos na maior parte das vezes por ordens religiosas[30]. Contudo, a bem da verdade, os médicos medievais nunca abandonaram as superstições e a crença no poder de cura da intervenção divina e, por outro lado, os tais "hospitais" assemelhavam-se mais a centros de isolamento dos doentes, a exemplo do "tratamento" indicado aos portadores de lepra pelo Concílio de Lião em 583[31], alicerçado nos

---

[24] SCLIAR, Moacir**. Do Mágico ao Social: a trajetória da saúde pública**, Porto Alegre: L&PM Editores, 1987, p. 16, apud SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 30.
25 BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 83.
[26] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. **Direito da Saúde de acordo com a Constituição Federal**, São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 31.
[27] SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 31.
[28] Ibid. p. 30.
[29] Qualquer semelhança com a reação de alguns católicos e protestantes ao surto de AIDS na década de 1980 do século XX não é mera coincidência.
[30] REZENDE, Joffre M. Op. cit. 6.
[31] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Op. cit. p. 39.

paradigmas da segregação e do confinamento, tal como se fazia também com os considerados "loucos", entre os quais se incluía, muitas vezes, pessoas mentalmente sãs, que apenas discordavam das ideias dominantes.

Com a aproximação do fim da idade média e com o consequente ressurgimento das cidades como centros de aglomeração urbana, tendo em conta também as precárias condições sanitárias ainda existentes, torna-se recorrente o surgimento de grandes epidemias, a exemplo da chamada "peste negra" (peste bubônica), que no século XIV matou aproximadamente 75 milhões de pessoas, um terço da população da Europa na época. O combate a esses surtos epidêmicos foi favorecido, em certa parte, pelo **Renascimento**, que paulatinamente foi libertando as ciências das amarras da Igreja Católica, possibilitando a retomada do desenvolvimento do conhecimento científico, imprescindível para o progresso da medicina e de um maior entendimento acerca das doenças e do funcionamento do corpo humano. Como lembra RAEFFRAY, foi durante esse período que Antonie Van Leeuwenhoek observou pela primeira vez bactérias e outros organismos microscópicos, dando início à era da microbiologia[32].

No século XVIII, com a chegada do **Iluminismo** e seu racionalismo, fortaleceu-se ainda mais a cientificidade do saber médico, consolidando-se também a noção de saúde como uma questão de interesse de toda a sociedade, a demandar a intervenção do Estado, notadamente no combate às causas conhecidas das doenças. É também RAEFFRAY que recorda que foi durante a chamada Idade das Luzes que Edward Jenner desenvolveu a vacina contra a varíola, contribuindo decisivamente no combate a uma das enfermidades que mais causava mortes na época[33].

Com a chegada no século XIX, a nota diferencial é que a **sociedade industrial** passa a encarar os problemas de saúde também como um fator prejudicial para a economia, na medida em que implicava na perda ou redução da capacidade laboral dos trabalhadores. Como assinala SCHWARTZ, com a industrialização da sociedade "*a força de trabalho deveria ser a máxima possível, e a doença passou a ser considerada um transtorno ao funcionamento das indústrias. A saúde, basicamente, tinha uma concepção liberal: a de repor o indivíduo ao trabalho.*"[34] Tal mudança de perspectiva refletiu-se, inclusive, na legislação, que aos poucos passou a disciplinar, ainda que assistematicamente, o regime de trabalho de certas categorias

[32] Ibid. p. 49.
[33] Ibid. p. 63.
[34] SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 33.

profissionais, objetivando minorar as sequelas da desgastante jornada de trabalho. O mencionado século foi marcado também pelo início da internacionalização do enfoque no tratamento da saúde, bem como pelo contínuo progresso da ciência médica, tendo sido durante seu interstício que se realizou a Primeira Conferência Internacional Sanitária (1851), foi criada a Cruz Vermelha Internacional (1864) e foram descobertas as causas da tuberculose (1882) e da difteria (1883).

Na primeira metade do século XX, diante do desencanto generalizado com o liberalismo e da consequente instauração do chamado **Estado Social**, a saúde, assim como os demais bens imateriais relacionados ao que se passou a denominar "direitos sociais", ganhou, pela primeira vez, uma regulamentação normativa estatal sistematizada, inclusive alcançando as alturas dos textos constitucionais. Compreendeu-se, enfim, que a proteção e a promoção da saúde da população deveriam ser assumidas como encargos do Estado, a quem competiria prestar serviços públicos e exercitar seu poder de polícia com o objetivo de garantir condições materiais propiciadoras de um melhor estado de saúde dos indivíduos. Ganhava relevo, também de forma inédita, uma percepção preventiva – e não meramente curativa – atinente à saúde, incentivadora de campanhas de imunização, melhoria do saneamento básico e prestação de informação à população acerca de melhores hábitos alimentares e de higiene. Essa é também a visão de SCHWARTZ:

> "*A tese preventiva da saúde começa a ganhar corpo com a ideia do* Welfare State *surgido após as grandes guerras, e, portanto, quando nasce uma visão coletivizante da realidade social. Ora, a saúde deveria não ser mais apenas um 'poder comprar a cura', mas sim direito de que 'todos tenham acesso à cura'. O Estado interventor deveria, pois, proporcionar a saúde aos seus cidadãos mediantes serviços básicos de atividade sanitária.*"[35]

Durante o **século XX**, proliferou-se a legislação sobre a prevenção, promoção e recuperação da saúde em praticamente em todos os países, cristalizada que ficou a noção do direito à saúde como um direito fundamental do ser humano. Também no plano internacional foram constituídos organismos multilaterais com o intuito de uniformizar a abordagem de cada país membro, bem como canalizar e coordenar esforços no sentido de garantir à população global melhores condições de saúde. Diversos tratados, inclusive, foram celebrados com essa finalidade. Foi igualmente nesse século que a humanidade vivenciou o maior progresso científico em todas as áreas relacionadas à saúde[36], como a medicina, a química e biologia,

[35] Ibid. p. 34.
[36] Na verdade, esse progresso sem precedentes foi experimentado em todas as áreas do conhecimento humano.

tendo também esse século visto surgir ou verdadeiramente se desenvolver novos ramos da ciência, como a biotecnologia, a genética, a biologia molecular, a medicina nuclear, a embriologia, dentre outros.

Esse acelerado progresso teve e está tendo continuidade no **século XXI**, o qual trouxe consigo também algumas preocupações adicionais, que antes não tomavam tanto a atenção do cientista e da sociedade em geral, tais como as questões relacionadas à bioética, a exemplo das discussões que se vem travando em torno dos limites do emprego da clonagem e dos organismos transgênicos, do uso de células troncos e das múltiplas variáveis que podem advir da fertilização *in vitro*.

1.2 A Evolução Normativa

Como se expôs acima, as **primeiras manifestações normativas** veiculando regras visando à proteção da saúde da população – ainda que fortemente atreladas à regulamentação das relações trabalhistas – ocorreram no século XIX, nos países que passavam pelo incipiente, porém revolucionário, processo de industrialização. Como dito, tais normas tinham como objetivo primordial preservar a força laboral da população economicamente ativa, notadamente do proletariado, cujas condições de trabalho eram péssimas. Assim, as primeiras leis do gênero passaram a fixar limites para a jornada de trabalho, que chegava a atingir 16 horas diárias, bem como a restringir o trabalho infantil[37].

No Brasil, de forma até relativamente avançada, a **Constituição do Império de 1825** previa em seu art. 179, XXIV, que "*nenhum gênero de trabalho, de cultura, industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes públicos, á segurança, e saude dos Cidadãos*", estatuindo também o inciso XXXI do mesmo artigo que "*a Constituição também garante os soccorros públicos.*" A vanguarda da Constituição Imperial

[37] A título de exemplo e focando apenas no que se refere ao trabalho infantil, aponta DÉBORA ARRUDA QUEIROZ LIMA que, na Inglaterra, uma lei de 1878 estabeleceu em 10 anos a idade mínima para o trabalho, prevendo ainda que o emprego de indivíduos entre 10 e 14 anos deveria ser em dias alternados ou em dias consecutivos de meio período. Ainda segundo a mesma autora, na França, uma lei de 1813 fixou a idade mínima de 10 anos para o trabalho nas minas, e outro diploma legal de 1874 limitou em 12 horas a jornada de trabalho para o menor de 16 anos e em 6 horas para os menores entre 10 e 12 anos. Prossegue a autora explicando que, na Alemanha, entre 1835 e 1839 foram editadas leis limitando o trabalho de crianças e adolescentes que tivessem entre 9 e 16 anos de idade para 10 horas diárias, e na Itália, em 1886, foi promulgada uma lei que definia a idade mínima para o exercício profissional em 9 anos. (LIMA, Débora Arruda Queiroz, **Retrospectiva Histórica do Trabalho Infantil**, disponível em http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1326&idAreaSel=8&seeArt=yes, acessado em 26 Dez. 2014).

pode ser melhor percebida pela constatação de que a primeira **Constituição da República de 1891** nada previu acerca da proteção da saúde.

A seguinte e breve **Constituição de 1934**, resultado da chamada Revolução Constitucionalista de 1932, tendo sofrido forte influência da Constituição de Weimar de 1919, acabou por incorporar de forma mais consciente alguns dos chamados direitos sociais ou direitos de segunda geração, entre os quais o direito à saúde. Com efeito, estatuía o seu art. 10, II, competir concorrentemente à União e aos Estados, "*cuidar da saúde e assistência públicas*". A **Carta de 1937**, seguindo a mesma linha da precedente, focando, porém, na competência de ordem legislativa e optando por um perfil mais centralizador no âmbito do governo federal, dispôs em seu art. 16, XXVII, competir privativamente à União o poder de legislar sobre, dentre outras matérias, "*normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança*".

Quando do segundo pós-guerra, já estava bem consolidada a compreensão de que a saúde da população, enquanto valor de interesse geral, deveria ser encarada pelo Estado como um assunto a merecer sua intervenção. Remanescia ainda, contudo, uma forte relação entre a proteção normativa da saúde e a saúde do trabalhador, talvez como resultado do processo de industrialização tardia verificado no Brasil. A **Constituição de 1946** refletiu esse quadro, na medida em que, além de prever em seu art. 5º que competia à União editar "*normas gerais de defesa e proteção da saúde*" – competência federal essa que não excluía "*a legislação estadual supletiva ou complementar*" (art. 6º) – também estabeleceu que a legislação do trabalho e a da previdência social deveria observar, como princípio, além de outros que visassem a melhoria da condição dos trabalhadores, "*assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante*".

No âmbito internacional, a **Declaração Universal dos Direito do Homem de 1948**, emitida pela Organização das Nações Unidas – ONU, previu em seu art. 25, I, que todo homem "*tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis*". A referida declaração pode, pois, ser considerada um marco no reconhecimento, pela comunidade jurídica internacional, da fundamentalidade do direito à saúde, ao lado de outros direitos sociais de natureza prestacional. Nesse mesmo ano, foi criada a **Organização Mundial de Saúde – OMS** como agência da ONU especializada em promover

a cooperação global para a proteção e promoção da saúde de todos os povos[38]. Já no Preâmbulo da Constituição da referida agência ficou estatuído que "*a saúde de todos os povos é essencial para se conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados*", prevendo-se também que "*os Governos têm responsabilidade pela saúde dos seus povos, a qual só pode ser assumida pelo estabelecimento de medidas sanitárias e sociais adequadas*".

Voltando ao cenário interno, o seguinte instrumento normativo a merecer destaque é a **Lei nº 2.312/54**, que instituiu "Normas Gerais sôbre Defesa e Proteção da Saúde". A mencionada lei foi a primeira a regulamentar e tentar sistematizar a prestação dos serviços de proteção da saúde da população pelo Estado, prevendo já seu art. 1º ser dever deste, bem como da família, "*defender e proteger a saúde do indivíduo*". Estabelecia também seu art. 2º que, a fim de atingir o referido objetivo, incumbiria à União "*manter um órgão de saúde e assistência, que realizará inquéritos, estudos e pesquisas sôbre: a) condições de saúde do povo; b) influência do meio brasileiro na vida do homem; c) endemias existentes no Brasil; d) alimentação do povo, das diferentes zonas do país*"[39].

O **Decreto nº 49.974/61** regulamentou a Lei nº 2.312/54, passando a denominá-la de **Código Nacional de Saúde**. Entre seus dispositivos que merecem destaque estão o §1º de seu art. 2º, o qual, adotando pela primeira vez no âmbito nacional uma percepção preventiva do direito à saúde, previa que "*ao Estado, precìpuamente, cabe a adoção das medidas preventivas, de caráter geral, para defesa e proteção da saúde da coletividade*", e o § 2º do mesmo artigo que, estabelecendo um critério censitário na determinação do universo de usuários do serviço público de saúde, asseverava ser dever do Estado "*prestar assistência médica gratuita aos que não disponham de meios ou recursos para provê-la*"[40]. A intervenção de natureza curativa também foi, obviamente, incorporada, ao estatuir o art. 90 que "*a assistência médico-social será orientada no sentido de proporcionar a recuperação da saúde à reintegração social do indivíduo*".

---

[38] Segundo o art. 1º de sua Constituição, o objetivo da Organização Mundial da Saúde "*será a aquisição, por todos os povos, do nível de saúde mais elevado que for possível*".

[39] A participação das entidades federativas menores não foi negligenciada pela lei, conforme se infere de seu art. 4º, que dispunha o seguinte: "*As normas gerais da defesa e proteção da saúde do povo, traçadas pela União, serão seguidas em todo o Território Nacional, competindo aos Estados, Distrito Federal e Territórios organizar e fazer funcionar os seus serviços de saúde, bem como legislar supletiva e complementarmente*"; e de seu art. 19, cuja redação era essa: "*Os serviços de assistência médico-social organizados em todo o Território Nacional serão coordenados, orientados e fiscalizados pelo Govêrno Federal, sem prejuízo da ação complementar dos Estados*".

[40] O § 3º do art. 2º do aludido decreto reforçava o dever jurídico dos familiares de cuidar da saúde uns dos outros, ao prever que "*à família, por seus responsáveis, cabe a adoção de medidas preventivas, de caráter individual, recomendadas pelas autoridades sanitárias competentes, e as providências necessárias para adequada assistência médica de seus integrantes, quando doentes*".

No plano do Direito Internacional, o subsequente tratado de relevância a reconhecer formalmente o direito à saúde foi o **Pacto dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais de 1966**, elaborado no âmbito da ONU e incorporado na ordem jurídica interna pelo Decreto nº 591/92. Com efeito, seu art. 12, item 1, prevê que "*os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*", estabelecendo ainda o seguinte item 2 que, entre as medidas que os Estados Partes deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício do referido direito, estão aquelas que se façam necessárias para assegurar: a diminuição da mortinatalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; a prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; a criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Voltando ao Brasil, a **Constituição de 1967** previu em seu art. 8º competir à União "*estabelecer planos nacionais de educação e de saúde*" (XIV), bem como legislar sobre normas gerais de "*defesa e proteção da saúde*" (XVII, "c"), sem prejuízo da competência dos Estados para legislar supletivamente sobre tal matéria. Já o art. 158, XV, da aludida Carta assegurava aos trabalhadores, nos termos da lei, dentre outros direitos visando à melhoria de sua condição social, a "*assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva*". Como se nota, mais uma vez, a garantia constitucional de prestação de serviços públicos tendentes a assegurar a efetividade do direito à saúde teve como foco apenas a classe dos trabalhadores, novamente olvidando-se de seu inegável caráter universal, tal como já reconhecido pelos tratados internacionais acima mencionados.

Na década de 1970, foram editados alguns importantes diplomas normativos tratando, direta ou indiretamente, do direito à saúde. A **Lei nº 5.991/73**, ainda em vigor, veio dispor sobre o "Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos". A **Lei nº 6.229/75**, revogada pela Lei nº 8.080/90, instituiu o Sistema Nacional de Saúde, o qual se constituía em um "*complexo de serviços, do setor público e do setor privado, voltados para ações de interesse da saúde*" (art. 1º). A **Lei nº 6.439/77** instituiu o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social e criou o **INAMPS**[41] – posteriormente extinto pela Lei nº 8.689/93 –, entidade a quem competia prestar assistência médica aos trabalhadores urbanos, rurais e aos servidores do Estado, abrangendo "*serviços de*

[41] Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social.

natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica" (art. 6º)[42]. Merece destaque o fato de que essa última lei expressamente asseverou que a assistência médica seria prestada observando as limitações impostas pelos recursos disponíveis[43], bem como possibilitou ao Poder Público exigir dos usuários do serviço de saúde contraprestação financeira destinada ao seu custeio, observado o nível de renda, a natureza da doença e o vulto das despesas[44].

A OMS, embora criada em 1948, como consignado acima, somente a partir da década de 1970 passou a desempenhar mais ativamente um papel de agente catalisador na normatização do tema em nível internacional, o que se deu a partir da realização de conferências destinadas a discutir assuntos relacionados que emergiam como de preocupação global. A primeira dessas foi a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde de 1978, da qual resultou a paradigmática **Declaração de Alma-Ata**. Segundo o item VI do referido documento, os cuidados primários de saúde "*são cuidados essenciais de saúde baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país possam manter em cada fase de seu desenvolvimento*"[45].

O seguinte encontro jurídico-científico realizado pela OMS foi a Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada no Canadá em novembro de 1986, a qual gerou a denominada **Carta de Ottawa**. O tema "promoção da saúde" continuou a ser o foco da mencionada agência da ONU nos anos posteriores, vindo a ser realizada a Segunda Conferência na Austrália em 1988, da qual resultou a **Declaração de Adelaide**. Desse último documento, merece registro o expresso reconhecimento, por parte dos países participantes, de que "*as iniqüidades no campo da saúde têm raízes nas desigualdades existentes na sociedade"*, a se exigir políticas públicas que busquem incrementar o acesso dos grupos mais desprivilegiados e vulneráveis "*a bens e serviços promotores de saúde, e criar ambientes favoráveis*", tendo-se ciência de que "*a igualdade no acesso aos serviços de saúde,*

---

[42] Interessante notar que, de acordo com a literalidade do dispositivo, aos trabalhadores rurais eram assegurados serviços médicos de uma abrangência inferior àquela referente aos urbanos e servidores públicos, já que o inciso III, que tratava dos rurícolas, não previa expressamente os serviços de natureza clínica, cirúrgica, farmacêutica e odontológica, como faziam os incisos I e II.

[43] *§ 1º A assistência médica de que trata este artigo será prestada a cada categoria de benefícios na forma das respectivas legislações e com a amplitude que as condições locais e os recursos próprios permitirem.*

[44] *§ 2º Fica o Poder Executivo autorizado a instituir um esquema de participação direta dos beneficiários, em função do seu nível de renda, no custeio dos serviços médicos de que se utilizarem e dos medicamentos que lhes forem fornecidos em ambulatórios.*
§ 3º No esquema de participação, de que trata o parágrafo anterior, o Poder Executivo poderá considerar outros fatores, além do nível de renda, tais como a natureza da doença, o vulto das despesas gerais e o porte do custeio.

[45] Esclarece ainda o mesmo dispositivo que os cuidados primários de saúde "*representam o primeiro nível de contato dos indivíduos, da família e da comunidade com o sistema nacional de saúde, pelo qual os cuidados de saúde são levados o mais proximamente possível aos lugares onde pessoas vivem e trabalham, e constituem o primeiro elemento de um continuado processo de assistência à saúde.*"

particularmente quanto aos cuidados primários, é um aspecto vital da eqüidade em saúde". Afora as mencionadas, foram elaboradas ainda no âmbito da OMS a Declaração de Sundsvall (1991), a Declaração de Bogotá (1992), a Declaração de Jacarta (1997), Declaração do México (2000), a Carta de Bangkok (2005); a Carta da Nicarágua (2006), e a Declaração de Brazzaville (2011)[46].

Chega-se, então, ao grande marco normativo de nossa ordem jurídica no que se refere ao direito à saúde: **Constituição Federal de 1988**. Isso porque foi a atual Lei Magna a primeira de nossa história a expressamente declarar a fundamentalidade do aludido direito, qualificando-o, em seu art. 6º, como direito fundamental social. Visando conferir-lhe a realização concreta mais efetiva possível, a Carta de 1988, também de forma inédita, instituiu uma competência administrativa comum da União, Estados, Distrito Federal e Município para "*cuidar da saúde e assistência pública*" (art. 23, II). A relevância do tema para o constituinte pode igualmente ser percebida pelo fato de ter lhe sido dedicado toda uma Seção, dentro do Capítulo "Da Seguridade Social", inserto este no Título "Da Ordem Social", destinada a disciplinar, em termos até relativamente amplos, os contornos do direito à saúde (art. 196), a instituição de um sistema único de prestação de serviços (art. 198), patamares mínimos de aplicação de recursos estatais no setor (art. 198, § 2º), dentre outros tópicos. Todos esses pontos serão aprofundados mais adiante no presente trabalho, em um subcapítulo específico.

Com o escopo de dar concretude a alguns dos dispositivos constitucionais acima aludidos, foi promulgada a **Lei nº 8.080/90**[47], que, dispondo sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, instituiu o **Sistema Único de Saúde – SUS**, caracterizado por um "*conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público*" (art. 4º). São objetivos do Sistema, nos termos da referida lei, a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde; a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a redução de riscos de doenças e de outros agravos; e a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. (art. 5º).

[46] Citadas aqui apenas as consideradas mais relevantes.
[47] A lei foi regulamentada pelo Decreto nº 7.508/11.

Como resultado direto da significância alcançada pelo tema com a Constituição Federal de 1988, a década de 1990 foi bastante fértil na atividade legiferante relacionada ao direito à saúde ou a assuntos correlatos. Com efeito, a **Lei nº 8.142/90**, atendendo ao disposto no art. 198, III, da Lei Maior[48], tratou da participação da comunidade na gestão do SUS, bem como sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. A **Lei nº 8.069/90**, veiculadora do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, veio afirmar que a criança e o adolescente "*têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*" (art. 7º), assegurado mediante atendimento integral, por intermédio do SUS, "*garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde*" (art. 11)[49][50]. A **Lei nº 9.782/99**, por sua vez, definiu o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, criando a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA.

Foi também na última década do século XX que foi finalmente promulgado o **Decreto nº 678/92**, que incorporou à ordem jurídica nacional a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de São José da Costa Rica), assinado em 1969. No Capítulo III do referido tratado, ao dispor sobre os "Direitos Econômicos, Sociais e Culturais", o art. 26 assevera que os Estados-Partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais – no que se inclui, obviamente, o direito à saúde –, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

No limiar do novo milênio, entrou em vigor a **Lei nº 9.961/00**, que criou a **Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS**, autarquia sob o regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, a funcionar "*como órgão de regulação, normatização, controle e*

---

[48] *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: (...)*
III - participação da comunidade.

[49] O mesmo dispositivo ainda prevê o seguinte em seus parágrafos:
§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.
§ 2º Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.

[50] Outras disposições do ECA sobre direito à saúde são as seguintes:
Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.
Art. 12. Os estabelecimentos de atendimento à saúde deverão proporcionar condições para a permanência em tempo integral de um dos pais ou responsável, nos casos de internação de criança ou adolescente.
Art. 14. O Sistema Único de Saúde promoverá programas de assistência médica e odontológica para a prevenção das enfermidades que ordinariamente afetam a população infantil, e campanhas de educação sanitária para pais, educadores e alunos.
Parágrafo único. É obrigatória a vacinação das crianças nos casos recomendados pelas autoridades sanitárias.

fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde" (art. 1º), entendendo-se como tal todo e qualquer atendimento privado de saúde, realizado ou não por meio de convênio. Nos termos do art. 3º da mencionada lei, a ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais e, assim, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país.

Para finalizar esse apanhado geral da evolução normativa do direito à saúde ao longo do tempo, importa registrar que, já no século em curso, alguns importantes diplomas legais foram acrescentados à nossa ordem jurídica. Com um perfil bastante avançado para os padrões internacionais, a **Lei nº 10.216/01** veio dispor sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, reconhecendo como de responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, com a devida participação da sociedade e da família (art. 3º). A **Lei nº 10.741/03**, que instituiu o Estatuto do Idoso, afirmou ser assegurada a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do SUS, "*garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos*" (art. 15)[51]. Por fim, a **Lei nº 10.858/04** criou a chamada Farmácia Popular, autorizando a Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz a disponibilizar medicamentos e outros insumos a preço de produção ou aquisição, visando a assegurar à população o acesso a produtos básicos e essenciais à saúde a baixo custo.

1.3 O Conceito de Saúde

Para que se possa identificar de modo adequado os contornos e as características do direito à saúde, imperioso se faz que se defina, em primeiro lugar, o que se deve entender por "saúde", na medida em que este conceito vai compor o núcleo normativo daquele direito, influenciado diretamente o alcance de seu âmbito protetivo. É imprescindível, pois, para os objetivos assumidos pelo presente trabalho, definir o que realmente significa o referido termo para a nossa ordem jurídica, o que se tentará fazer no vertente tópico.

[51] O mesmo artigo assevera em seu § 2º o seguinte: "*Incumbe ao Poder Público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação.*"

Como se pôde inferir da breve retrospectiva histórica feita no tópico inicial deste primeiro capítulo, a ideia sobre o que é saúde variou bastante ao longo do tempo, cambiando de acordo com as condições materiais de vida, com o grau de desenvolvimento e, consequentemente, com a percepção de mundo assumida pelos distintos agrupamentos humanos. Trata-se, assim, inquestionavelmente, de um conceito fluido, mutável, em constante adaptação. É essa também a conclusão de REZENDE, para quem:

> "*A saúde tem sido conceituada através de diversas visões de mundo numa construção social e histórica. Vai desde a concepção mágico-religiosa, passando pela concepção simplista de ausência de doença, até chegar à mais abrangente concepção adotada pela Organização Mundial de Saúde.*"[52]

Dentro dessa miríade de concepções – excluindo-se aqui aquelas de teor sobrenatural ou metafísico, porque irrelevantes do ponto de vista científico –, pode-se dizer que uma das principais construções conceituais realizada em torno da ideia de saúde, e ainda adotada por relevante parcela dos estudiosos, concebe aquela como significando simplesmente a ausência de doenças ou outros agravos. Cuida-se de um **conceito negativo**, baseado em uma visão essencialmente organicista, segundo a qual é a alteração do normal funcionamento do organismo que irá caracterizar as enfermidades e, por conseguinte, a falta de saúde. Parece seguir essa linha BUARQUE DE HOLANDA ao afirmar, nos respectivos verbetes de seu dicionário, ser "saúde" o "*estado do indivíduo cujas funções orgânicas, físicas e mentais se acham em situação normal*"[53], e "doença" a "*denominação genérica de qualquer desvio do estado normal*"[54]. Também os dicionários médicos, de um modo geral, adotam esse tradicional conceito negativo, definindo saúde geralmente como "o estado em que há normalidade de funcionamento do organismo humano". Ou, como prefere REY, "*um estado caracterizado pela integridade anatômica, fisiológica e psicológica*"[55]. REZENDE, todavia, ressalta que conceituar saúde como "*integridade anatômica e funcional ou ausência de doenças, pode não ser conveniente*"[56], já que existem pessoas com alteração anatômica ou funcional que levam uma vida perfeitamente normal, apenas sofrendo pequenas limitações para o desempenho de específicos tipos de atividade.

---

52 REZENDE, Nanci Figueirôa. **A amplitude da expressão saúde no marco normativo brasileiro**, BLIACHERIENE, Ana Carla; et al (org.). [p. 222-236], São Paulo: Atlas, 2010, p. 222.
[53] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira. **Novo Aurélio Século XXI**, São Paulo: Nova Fronteira, 1999, p. 1822.
[54] Ibid., p. 700.
[55] REY, Luís. **Dicionário de termos técnicos de medicina e saúde**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p. 796.
[56] REZENDE, Nanci Figueirôa. Op. cit. p. 230.

Foi partindo exatamente desse pressuposto organicista que se formularam duas teses acerca de como deveria se dar a atuação da medicina e das ciências afins visando alcançar ou garantir um bom estado de saúde das pessoas: a primeira e mais arcaica foi a **tese curativa**, segundo a qual a intervenção médica deveria se dar apenas após o surgimento da enfermidade, de forma a agir no sentido restaurar o estado de saúdo do indivíduo; a segunda, fruto de uma evolução cultural e tecnológica[57], foi a **tese preventiva**, que, sem excluir a atuação médica curativa, prega a imprescindibilidade da adoção de medidas profiláticas tendentes a evitar o surgimento de doenças, tais como observar a higiene pessoal, manter bons hábitos alimentares e evitar fatores de risco. Ao abordar o ponto, assim leciona BIANCHI:

> "*o conceito de saúde é baseado em duas teses distintas. Na tese curativa a medicina age após a instalação da doença. Já na preventiva, há uma antecipação do agir, de modo a se evitar a instalação da doença no corpo do indivíduo. Ocorre que tanto a tese curativa quanto a preventiva se baseiam em uma mesma visão: a de que a saúde é sinônimo de ausência de doenças.*"[58]

Objetivando ir além da conceituação formulada pelos negativistas, considerada limitada e incompleta, elaborou-se o chamado **conceito positivo** de saúde, o qual defende que esta deve ser entendida não apenas como a simples ausência de enfermidades, mas sim como um estado de bem-estar físico e mental. Isto é, para os defensores dessa linha de pensamento, não basta que o indivíduo não esteja doente para que seja considerado verdadeiramente sadio, fazendo-se necessário também que ele goze em plenitude de sua capacidade física e psicológica, inclusive no que se toca às suas relações interpessoais. Adota esse conceito positivo a Organização Mundial de Saúde – OMS, cujo Preâmbulo de sua Constituição traz a seguinte definição: "*a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.*"

Apesar de, para além de qualquer dúvida, ter constituído uma evolução em relação à posição negativista, o conceito positivo – notadamente na forma como adotado pela OMS – também não é isento de críticas. Em primeiro lugar, como observa SCHWARTZ, "*a expressão 'bem-estar' envolve um componente subjetivo dificilmente quantificável. É antes uma imagem horizonte do que um objetivo concreto. Ora, o que é perfeito bem-estar para um indivíduo pode não ser para o outro.*"[59] Com efeito, a definição adotada pelo mencionado órgão da ONU é

---

[57] Segundo WAL MARTINS, a preocupação inicial da medicina "*era voltada para ações curativas, e somente após a proliferação de epidemias, tais como a lepra e a peste bubônica, dentre outras, é que surgiu a preocupação em desenvolver um sistema de prevenção das enfermidades e supervisão sanitária.*" (MARTINS, Wal. **Direito à Saúde: Compêndio**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 16).
[58] BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 85.
[59] SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 36.

dependente de uma inquestionável carga de subjetividade da pessoa de quem se indaga a sanidade, o que acarreta uma indesejável insegurança e oscilação na tarefa de identificação do doente. Comunga dessa visão, BIANCHI, como se infere da seguinte passagem:

> "*O problema, no entanto, é que esse conceito não se mostra funcional ou operacional, porque dotado de alta carga de subjetivismo. O que é bem-estar? Essa é uma pergunta difícil de responder e cujas respostas podem variar subjetivamente de um para outro indivíduo."*[60]

Outra crítica que se faz ao conceito positivo proposto pela OMS é que este foi levado a um inacessível extremo ao se adicionar ao "estado de bem-estar físico, mental e social", que caracteriza uma pessoa sadia, a qualificação "completo". É que a feição absolutista desse adjetivo faz com que se conclua que qualquer alteração, mínima que seja, inclusive de ordem psíquica, capaz de perturbar o normal funcionamento do organismo deve ser considerada uma enfermidade, já a impedir que se designe o sujeito em questão como sadio. Ocorre que praticamente nunca se está completamente são. Uma singela gripe, uma leve dor de cabeça, uma passageira estafa muscular, o cansaço causado pelo estresse do dia a dia, a tristeza pelo fim de um relacionamento ou pela morte de um parente, alguns quilos de sobrepeso, uma azia, uma cárie dentária. Nosso corpo é frágil e, após atingir o máximo do vigor na casa dos vinte e poucos anos, segue inexoravelmente o caminho que lhe levará à morte. É esta a sina de todos os seres vivos.

Deve-se ter em conta que as disfunções do corpo e da mente inevitavelmente surgem com passar dos anos. É certo também que a senilidade traz consigo um estado geral de debilidade, quando comparado com as condições de um indivíduo jovem, que impede de se dizer com toda a propriedade que o idoso goza de um "completo estado de bem-estar físico, mental e social", ao menos nessa perspectiva comparativa. Ainda desse ponto de vista comparativo, não há como se negar que, no que se refere à saúde, sempre se pode estar melhor, seja do ponto de vista físico ou psíquico. Por essas razões se afirma que o conceito de saúde da OMS é irreal ou, no mínimo, de pouca aplicação prática, na medida em que pressupõe um estado físico-psicológico de perfeição inatingível ou, se alcançável, sempre efêmero. Nas palavras de REZENDE, o conceito da OMS,

> *"apesar de representar uma grande conquista por abordar o conceito positivo de saúde e ser importante do ponto de vista doutrinário para o Direito, se mostra ineficiente do ponto de vista prático, pois quem não alcança tal estado estaria doente e nesse caso todos nós estaríamos*

[60] BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p 86.

doentes, ou seja, seríamos seis bilhões de doentes na Terra com o sonho de se tornar saudável."[61]

BIANCHI tece críticas de semelhante teor:

> "*O conceito largo de saúde dado pela Organização Mundial de Saúde – OMS é ineficiente do ponto de vista prático, porquanto a interpretação literal desse conceito conduz à conclusão de que todos aqueles que não alcançarem o estado de completo bem-estar físico, mental e social estariam doentes.*"[62]

Prosseguindo, registra-se também que, para além da dicotomia entre negativistas e positivistas no que se refere ao conceito de saúde, existem autores que, por considerarem aquelas duas vertentes demasiadamente simplistas, na medida em que não tomariam em consideração a totalidade do fenômeno, defendem um **conceito dinâmico** de saúde, segundo o qual esta deve ser encarada como um processo mutante, uma realidade complexa, resultado da constante interação do homem com o meio que o cerca e o acompanha durante seu desenvolvimento, bem como da delicada relação de equilíbrio existente entre os elementos do organismo, o qual nunca se encontra em um estado de completa estabilidade.

Adotando essa corrente, ROCHA MENDES assevera que "*o indivíduo equilibrado e em harmonia com o meio está constantemente sendo agredido pelo próprio meio, bloqueando e exonerando os agentes agressores*"[63], de modo que apenas quando esse "processo de defesa e exoneração" está perturbado instala-se a doença, que dura até que o organismo restabeleça o equilíbrio anterior. A autora defende, então, que, atualmente, "*considera-se a saúde e a doença como estados de um mesmo processo, composto por fatores biológicos, culturais e sociais.*"[64] Igualmente adota essa concepção dinâmica PARRA, para quem:

> "*El concepto de salud y los conceptos de enfermidad relacionados con él no se refieren a entidades bien definidas, sino que son partes integrantes de unos modelos limitados y aproximativos que reflejan la red de relaciones entre los numerosos aspectos de ese fenómeno complejo e fluido que es la vida. El organismo humano es un sistema dinámico con aspectos psicológicos y fisiológicos interdependientes, haciendo parte de sistemas mayores de dimensiones físicas, sociales y culturales con lo que entabla relaciones recíprocas.*"[65]

---

[61] REZENDE, Nanci Figueirôa. Op. cit. p. 230.
[62] BIANCHI, André Luiz. p. 86.
[63] MENDES, Karyna Rocha. **Curso de Direito da Saúde**, São Paulo: Saraiva 2013, p. 45.
[64] Ibid. p. 46.
[65] PARRA, Antonio Yepes. **El Derecho a La Salud. La necesidad de repensar lós derechos sociales**, Revista Cubana de Salud Publica, nº 25, p. 112-122, 1999, p. 119, apud SCHWARTZ, Germano. Op. cit, p. 37.

Atrelado ao conceito positivo, acima mencionado, pode-se falar ainda de um **conceito subjetivo** de saúde, de acordo com o qual a conclusão sobre se determinada pessoa está ou não enferma depende, em última instância, da avaliação pessoal desse próprio indivíduo, o qual seria o único com reais condições de avaliar adequadamente seu estado de saúde, visto ser este intrinsecamente relacionado à íntima sensação de bem-estar e, portanto, dependente da subjetividade individual. Aparenta adotar esse entendimento MENDES, ao afirmar que "*constatamos que a dinâmica saúde-doença envolve a percepção subjetiva daquele que se sente acometido por alguma moléstia.*"[66]

Em contraposição a essa linha, apresenta-se o **conceito objetivo ou científico** de saúde, o qual assevera não bastar a mera opinião ou percepção sensorial da pessoa que se julga enferma para que se possa, com propriedade, qualificá-la como tal. Na verdade, para os defensores dessa proposição, faz-se imprescindível que o estado de saúde de determinado indivíduo seja analisado objetivamente e à luz do conhecimento médico-científico, tendo como parâmetros aqueles fornecidos pelo corrente estado da técnica, isto é, pelo atual estágio de desenvolvimento da ciência médica. É que, à vista da constante evolução do conhecimento humano, a avaliação sobre se determinada pessoa está ou não doente, sobre qual seja o grau dessa enfermidade ou sobre qual deve ser o tratamento indicado, varia (aperfeiçoa-se) a todo tempo.

O tema será aprofundado no derradeiro capítulo do presente trabalho, de toda forma, já se adianta que a adoção de um ou de outro dos referidos posicionamentos (conceito subjetivo ou conceito objetivo-científico) vai influir diretamente no reconhecimento ou não e na definição do alcance do direito de determinada pessoa a obter tutela jurisdicional que ordene ao Estado o fornecimento de produto ou a prestação de serviço relacionado ao direito à saúde. Nesse sentido se manifesta BIANCHI, ao posicionar-se ao lado da corrente objetiva:

> "*É somente a partir de uma natureza objetiva do bem jurídico que se permitirá criar um consenso social necessário para definir aquilo que poderia ser exigido do Estado. Saúde não representa sentir-se bem, mas estar, objetivamente, bem. Sentir-se doente não é o mesmo de estar doente. E sentir-se bem não é o mesmo que estar bem.*"[67]

Como se vê, são muitas e distintas as propostas para a definição do que se deve entender por saúde, cada uma partindo de premissas metodológicas próprias ou analisando a questão sob um ângulo particular. Além das citadas acima, muitas outras ainda poderiam ser

[66] MENDES, Karyna Rocha. Op. cit. p 46.
[67] BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 87.

trazidas a discussão[68]. De toda forma, para fins desse trabalho, crê-se que o ideal seja construir um **conceito essencialmente pragmático e consequencialista**, tendo em vista a finalidade aqui perseguida, isto é, um conceito que tome em consideração as repercussões jurídicas do reconhecimento da presença de um estado mórbido qualquer no indivíduo analisado, especialmente quando em razão de tal estado se postula do Poder Público a prestação de tutela jurisdicional tendente a efetivar concretamente algum dos aspectos do direito à saúde.

Tendo em mira esse objetivo, prega-se aqui que se deve compreender por "saúde" a condição do indivíduo que não se encontra, naquele determinado momento, acometido de enfermidade, anomalia, lesão ou algum outro estado mórbido que represente diminuição de sua qualidade de vida, seja por lhe causar dor, sofrimento, perda ou diminuição da capacidade física ou cognitiva, instabilidade emocional, ou represente risco de morte prematura, assim reconhecido pela ciência médica, conforme o atual estágio da técnica, e desde que também o desvio da normalidade com prejuízo da qualidade de vida não seja de grau insignificante, excessivamente efêmero ou, ainda, não constitua simples decorrência do natural e inevitável processo de envelhecimento do corpo.

Como se infere da conceituação proposta, parte-se inicialmente do conceito negativo de saúde, que compreende essa como o estado de ausência de doença, agregando-se, contudo, um componente do conceito positivo, já que a enfermidade, para ter o condão de afastar a pressuposta condição de sanidade, precisa vir acompanhada de perda de qualidade de vida ou risco concreto dessa perda ou, ainda, em um grau mais acentuado, possibilidade de causar morte extemporânea. Rechaçando-se o conceito subjetivo de que se falou acima, propõe-se também que a constatação de tais condições físicas ou mentais deve ser feita objetivamente à luz dos conhecimentos científicos aceitos e convencionados pela comunidade médica, conforme prega o conceito objetivo.

Deste modo, aferrando-se à consensualidade científica de maior respaldo na atualidade, o diagnóstico da eventual enfermidade deve necessariamente ater-se à lista de doenças constante da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, ou, simplesmente, como é mais conhecida, **Classificação Internacional de Doenças – CID**, que já se encontra em sua 10ª edição (CID-10), a qual,

[68] GERMANO SCHWARTZ, por exemplo, analisando o fenômeno com um foco mais amplo, conceitua saúde como "*um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.*" (SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 43)

elaborada pela Organização Mundial de Saúde, insere cada anormalidade mórbida em uma categoria específica, atribuindo-lhe um código único de até seis caracteres.

1.4 O Direito à Saúde na Constituição Federal de 1988

Como já consignado acima, a Constituição Federal de 1988 constitui um importante marco em nosso ordenamento jurídico no que se refere ao direito à saúde, na medida em que foi a primeira na história brasileira a reconhecer expressamente, e em caráter geral, a dimensão subjetiva e a fundamentalidade do tal direito, já que as Cartas anteriores limitavam-se a estabelecer normas de natureza competencial – legislativa e executiva – ou, na melhor das hipóteses, restringiam sua previsão aos trabalhadores, dentro de uma ótica essencialmente previdenciarista.

No tocante às fontes de inspiração, a doutrina geralmente aponta que, no âmbito interno, exerceu forte influência sobre a Assembleia Nacional Constituinte, especificamente no que se refere ao disciplinamento do direito à saúde, o Relatório final da VIII Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986[69]. Já no plano internacional, outra referência muito importante foi a Constituição Portuguesa de 1976, a qual previu a adoção de um sistema nacional de saúde de caráter universal, geral e gratuito, nos moldes que acabaram sendo incorporados ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Relevante notar que os preceitos constitucionais que tratam do direito à saúde não se encontram confinados em um único título ou capítulo da Constituição – embora tenha o tema, é verdade, merecido uma específica seção dentro do capítulo que trata da Seguridade Social –, encontram-se os dispositivos atinentes à temática, pelo contrário, espalhados pelo Texto Magno. Com efeito, já no Título II, que cuida dos Direitos e Garantias Fundamentais, dentro de seu Capítulo II, o art. 6º elenca a saúde como **direito social** e, portanto, direito fundamental, ao lado da educação, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados.

Na seara competencial, dentro da divisão de atribuições estatais entre os entes políticos, própria do sistema federalista[70], o art. 23, II, do Texto Maior previu ser competência

[69] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Op. cit. p. 260 et seq.
[70] Como doutrina JOSÉ AFONSO DA SILVA, "*a autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências para o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa. Esta distribuição constitucional de poderes é o ponto nuclear da noção de Estado federal.*" (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**, 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 479).

comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios "*cuidar da saúde e assistência pública*", além da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Reforça essa previsão o art. 30, VII, ao outorgar aos Municípios competência para "*prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população*". Como ensina AFONSO DA SILVA, competência comum, cumulativa ou paralela, reputadas expressões sinônimas, significam:

> "*a faculdade de legislar ou praticar certos atos, em determinada esfera, juntamente e em pé de igualdade, consistindo, pois, num campo de atuação comum às várias entidades, sem que o exercício de uma venha excluir a competência de outra, que pode assim ser exercida cumulativamente.*"[71]

O desiderato do constituinte ao estabelecer tal competência comum é evidente: garantir, através da atuação conjunta e paralela dos entes federativos, a proteção mais extensa e eficaz possível ao direito fundamental em questão, permitindo que as omissões ou deficiências na atuação de determinado ente – não importa por que razão – sejam supridas ou complementadas por outro, de modo que não reste nenhum espaço "desocupado" no que se refere à prestação dos serviços públicos de saúde. Mantendo coerência com o aludido dispositivo, o art. 24, XII, da *Lex Magna* previu também competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente[72] sobre a defesa da saúde, permitindo o art. 30, II, que os Municípios suplementem essa legislação federal ou estadual no que couber.

Saltando agora ao Título VIII da Constituição, que dispõe sobre a chamada "Ordem Social", erigida sobre o primado do trabalho e tendo como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), dentro do Capítulo II, que trata da Seguridade Social, o art. 194 estabelece que esta compreende "*um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social*". Assim, de acordo com a sistemática adotada pela Carta Constitucional, a saúde, especificamente no que se refere aos serviços públicos prestados pelo Estado no sentido de

[71] Idem, p. 483.

[72] Lembra-se que, em se tratando de competência legislativa concorrente, cabe à União estabelecer normas gerais sobre a matéria, as quais poderão ser suplementadas pelos Estados (art. 24, §§ 1º e 2º). Caso inexistir lei federal dispondo sobre normas gerais, os Estados, então, exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, situação em que, em havendo a superveniência de lei federal, suspende-se a eficácia da lei estadual no que lhe for contrário (art. 24, §§ 3º e 4º).

concretizar o respectivo direito fundamental, insere-se dentro do sistema de Seguridade Social, o qual abrange também a Previdência[73] e a Assistência Social[74]. Nas palavras de IBRAHIM,

> "*A saúde é segmento autônomo da seguridade social, com organização distinta. Tem o escopo mais amplo de todos os ramos protetivos, já que não possui restrição à sua clientela protegida – qualquer pessoa tem direito ao atendimento providenciado pelo Estado – e, ainda, não necessita de comprovação de contribuição do beneficiário direto.*"[75]

Nos termos do parágrafo único do aludido dispositivo, a Seguridade Social, a ser organizada pelo Poder Público, possui como objetivos a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; a irredutibilidade do valor dos benefícios; a equidade na forma de participação no custeio; a diversidade da base de financiamento; o caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Em relação a esses objetivos da Seguridade Social, os quais se pode qualificar como verdadeiros princípios, aplicáveis ao seu integrante ramo da Saúde, cumpre aqui tecer as seguintes considerações.

Em primeiro lugar, importante frisar que estabelecer a **universalidade de cobertura** significa garantir que, ao menos a princípio[76], nenhuma espécie de moléstia que aflija o homem está excluída da ação protetiva – de natureza preventiva ou curativa – a que obrigado o Estado, por força do disposto no art. 196 da Lei Fundamental. Isto é, todas as enfermidades estão, em tese[77], "cobertas" pelos serviços públicos de saúde, que devem fornecer de forma eficaz os correspondentes tratamentos, conforme indicado pela ciência médica. A seu turno, ao se estabelecer **universalidade de atendimento** determina-se que todas as ações estatais promovidas no sentido de proteger a saúde da população devem ser dirigidas à

---

[73] Conforme prescreve o art. 201 da Constituição, a Previdência Social, organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; a proteção à maternidade, especialmente à gestante; a proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; o salário-família e o auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e a pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

[74] Segundo o art. 203 da Lei Maior, a Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à Seguridade Social, e tem por objetivos: a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; o amparo às crianças e adolescentes carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

[75] IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**, 5ª ed., Niterói: Impetus, 2005, p. 7.

[76] Apõe-se a ressalva, pois haverá situações em que, conforme se defenderá no derradeiro capítulo da presente dissertação, o Estado não estará obrigado a custear o tratamento do enfermo, ao menos nos moldes como postulado por este.

[77] Vide observação retro.

generalidade das pessoas sujeitas aos poderes-deveres que o Estado exerce em seu território, independentemente – mais uma vez, ao menos a princípio[78] – do sexo, idade, profissão, origem, rendimentos ou outras variantes quaisquer. Como explica BIANCHI, "*pela universalidade de atendimento proclamada pelo texto constitucional entende-se que todas as pessoas possuem acesso às ações e serviços de saúde*"[79]. E prossegue o autor lembrando que "*essa universalização de acesso substitui o conceito de medicina social que era ofertada pela Previdência Social única e exclusivamente aos trabalhadores*"[80].

Podem ser entendidas como concretizações normativas dos referidos princípios constitucionais as disposições dos incisos I, II, IV e XII do art. 7º da já mencionada Lei nº 8.080/90, os quais dispõem que as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o SUS, havendo de ser desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição, deverão obedecer ainda, dentre outros, aos seguintes princípios: universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência; integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie; e capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência.

Como emerge evidente, a previsão de universalidade de atendimento representa mero e necessário consectário do princípio isonômico, pedra fundamental do regime republicano, estatuído entre nós no art. 5º, *caput*, da Lei Maior. Essa indeclinável isonomia de tratamento é perseguida também pelo seguinte objetivo institucional da Seguridade Social e da Saúde, qual seja, a **uniformidade e equivalência** dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais[81]. Em observância a esse vinculante norte, os serviços públicos de saúde devem ser disponibilizados indistintamente, inclusive com idêntico grau de qualidade, aos habitantes das grandes e pequenas cidades, bem como aos das mais remotas regiões do país.

A despeito dessa última meta, tendo em vista principalmente a inescapável limitação de recursos materiais e humanos, há de ser respeitada, porém, a discricionariedade de

[78] Também se insere ressalva aqui, pois, em determinados contextos, pensa-se que podem ser negados o fornecimento de medicamentos ou a prestação de serviços médicos a determinada classe de pessoas, notadamente em razão de sua condição financeira, como será fundamentadamente exposto no último capítulo.
[79] BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 95.
[80] Ibid. Loc. cit.
[81] A princípio, de tão óbvia, a previsão do dispositivo levanta dúvidas sobre a necessidade de sua inserção no texto da Constituição. Contudo, sua justificativa repousa no fato de que, até passado recente, havia diferenciação entre os benefícios previdenciários – componentes também da Seguridade Social – devidos aos trabalhadores urbanos e rurais.

decisões governamentais estratégicas, devidamente justificadas em dados objetivos, que acabem por, na prática, implicar tratamento diferenciado às populações de diferentes localidades, o que pode se dar, por exemplo, em razão da construção de um grande hospital de referência especializado em uma cidade e não em outra. É que aí entra em cena o objetivo ou princípio da **seletividade e distributividade** na prestação dos benefícios e serviços de saúde. Segundo este, tendo em conta o desequilíbrio na distribuição populacional entre os diferentes Estados, cidades, regiões ou localidades do território nacional, levando em consideração também as diferenças atinentes às demandas relacionadas às intervenções na área da saúde, resultantes de peculiaridades locais, como a existência de doenças endêmicas, e tendo-se presente a já mencionada escassez de recursos, a impossibilitar uma cobertura irrestrita e absolutamente padronizada em toda a extensão do território nacional, além de outros fatores, pode o Poder Público, no exercício da discricionariedade inerente às decisões políticas, optar por selecionar e distribuir os serviços de saúde de forma heterogênea, porém racionalizada, concentrando em determinados polos, v.g., centros de referência em certas especialidades, como no exemplo dado acima.

Também guarda relação direta com o citado valor isonômico o objetivo, igualmente listado no parágrafo único do art. 194, consistente em se conferir **equidade** na forma de participação no custeio. Trazendo a previsão para a seara da Saúde, onde não se exige contraprestação pecuniária direta como condição para o gozo dos serviços públicos respectivos, ao contrário do que ocorre na Previdência Social que, por expressa disposição constitucional, é necessariamente contributiva, assevera REZENDE que a equidade em saúde "*implica idealmente que todos devem ter uma oportunidade justa de atingir seu potencial pleno de saúde e, mais pragmaticamente, que ninguém deve ficar em desvantagem de alcançar esse potencial*"[82].

Por fim, afirmar o **caráter democrático e descentralizado** da administração dos serviços de saúde implica reconhecer, em primeiro lugar, a necessidade de participação popular direta nos órgãos colegiados a quem compete traçar – ou, ao menos, propor – as linhas gerais dessa política pública. Na prática, essa administração democrática é realizada através da Conferência de Saúde e do Conselho de Saúde, de que trata o art. 1º da Lei nº 8.142/90[83], a primeira composta por "*vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor*

[82] REZENDE, Nanci Figueirôa. Op. cit. p. 226.
[83] Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.

as diretrizes para a formulação da política de saúde", e o segundo "*por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários*", para atuar na "*formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde*". Já ao elencar a descentralização como princípio, pretendeu o constituinte superar "*a política de assistência médica centralizadora*"[84] executada pelo então INAMPS[85], de modo que fosse instalada uma gestão compartilhada entre todos os entes da Federação no que se refere aos serviços de saúde, embora mantendo-se a unidade do sistema[86]. Sobre o ponto, importante lembrar também que, nos termos do já aludido art. 7º da Lei nº 8.080/90, constituem princípios reitores das ações do SUS, dentre outros, a participação da comunidade e a descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (incisos VIII e IX).

Para além das previsões principiológicas acima, aplicáveis aos três ramos da Seguridade Social, a Saúde, particularmente, possui seu disciplinamento específico na Seção II do mencionado Capítulo II do Título VIII, em cujo inicial art. 196 já se prevê que "*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*". O dispositivo, dada sua capital relevância para o estudo em foco, merece uma análise aprofundada, a ser feita nos parágrafos seguintes.

Preambularmente, é de se notar que o referido preceptivo constitucional reafirma a disposição do art. 6º, ao declarar a saúde como **direito subjetivo** – e, portanto, exigível – a ser gozado por todos. Mais do que isso, identifica já o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional resultante do reconhecimento do tal direito, isto é, aponta a pessoa obrigada a satisfazê-lo materialmente, entregando o bem da vida correspondente, e, por via de consequência, contra quem haverá de ser dirigida a pretensão condenatória no caso de violação ou não atendimento espontâneo do direito no caso concreto: o Estado, considerado este globalmente, isto é, compreendendo todos os entes componentes da Federação.

Em seguida, o dispositivo assevera que o direito à saúde deve ser garantido – pelo Estado – através de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Como se vê, acolhe o dispositivo constitucional a chamada **tese preventiva**, de

---

[84] RAEFFRAY, Ana Paula Oriola de. Op. cit. 281.
[85] Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social, autarquia federal criada durante o regime militar, em 1974, como resultado do desmembramento do antigo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, e extinto em 1993 pela Lei nº 8.689.
[86] A previsão está em sintonia com art. 198, abordado adiante, segundo o qual as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único.

que já se falou acima, de acordo com a qual, para se alcançar com a maior plenitude possível a proteção da saúde da população, faz-se indispensável que se adote, de forma sistemática, medidas profiláticas de caráter geral que reduzam o risco do surgimento de enfermidades ou de outros estados mórbidos. É que, como há muitos séculos revelou a ciência, as doenças, em grande parte, resultam diretamente de fatores exógenos ao corpo, tais como infecções por micro-organismos patológicos, maus hábitos alimentares, sedentarismo ou acidentes de variadas naturezas, sendo exceção as denominadas doenças autoimunes.

É por partir também dessa premissa metajurídica que estabelece o art. 3º da Lei nº 8.080/90, com a redação dada pela Lei nº 12.864/13, que os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do país, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços tidos como essenciais[87]. Assim sendo, diante dessa inegável interdependência entre a saúde e esses diversos fatores socioeconômicos, inevitável concluir que cumpre ao Estado, à vista da obrigação emergente do citado art. 196 da Constituição, instituir **políticas públicas multissetoriais** com o objetivo de eliminar ou, ao menos, reduzir os conhecidos fatores de risco para a saúde da população. Sobre o ponto, traz-se as seguintes observações de NUNES:

> "*Os fatores que condicionam a saúde das comunidades humanas são fatores econômicos, sociais e culturais muito complexos, pelo que as políticas de saúde, que devem atender a todos eles, hão de ser necessariamente políticas complexas, que passam pela habitação, pela alimentação, pelo fornecimento de água potável, pelo saneamento básico, pela educação, pelo lazer, pela organização dos serviços de cuidados primários de saúde, pela vacinação em massa, e que incluem também o funcionamento de hospitais onde se tratam os doentes com recursos aos meios de diagnóstico disponíveis.*"[88]

No que toca à atuação preventiva a cargo do Poder Público, apregoada pelo dispositivo em comento, REZENDE afirma que pode ela ser dividida em três vertentes, as quais seguiriam uma certa ordem cronológica de implementação à vista do surgimento ou não e do estágio em que se encontra a doença: a primeira, denominada **prevenção primária**, abrangeria as "*imunizações, saúde ocupacional, higiene pessoal, hábito de saneamento do ambiente (higiene do lar), proteção contra acidentes, aconselhamento genético e controle de vetores*"[89];

---

[87] Daí porque identifica GERMANO SCHWARTZ como os direitos afins ao direito à saúde, "(...) sem excluir novos direitos que porventura surjam e sem querer ser taxativo): direito à proteção do meio ambiente; direito à educação; direito à moradia; direito ao saneamento; direito ao trabalho; direito a morrer dignamente;(...)" (SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 41).

[88] NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os Tribunais e o Direito à Saúde**, Série Estado e Constituição, Vol. 12, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 39.

[89] REZENDE, Nanci Figueirôa. Op. cit. p. 225.

já a seguinte, nominada de **prevenção secundária**, incluiria "*o diagnóstico e o tratamento precoce e a limitação da invalidez*" [90]; por fim, a **prevenção terciária** diria respeito às "*a ações de reabilitação, fisioterapia, terapia ocupacional e emprego para o reabilitado*"[91].

Passo seguinte, o art. 196, *caput*, da Lei Maior dispõe que as políticas públicas de caráter social e econômico, de que incumbido o Estado com o fim de reduzir o risco de doenças, devem almejar também o **acesso universal e igualitário** às ações e serviços de saúde. No que se refere ao acesso igualitário, mais uma vez se está diante de manifestação do princípio isonômico previsto na cabeça do art. 5º da Constituição, o qual assegura tratamento idêntico a todos, salvo razão suficiente e razoável que justifique alguma diferenciação. Por outro lado, ao prever que a atuação estatal deve observar a universalidade, superou a Constituição, como já dito acima, a antiga seletividade, prevista em Cartas anteriores, as quais restringiam referido acesso aos trabalhadores segurados da Previdência Social. E, mais do que isso, garantiu também a total gratuidade dos serviços públicos de saúde, dispensando os respectivos usuários de qualquer contraprestação pecuniária como condição para o gozo da prestação material. Relevante registrar também que essa gratuidade abrange todos os graus de intervenção, desde as simples e rotineiras consultas médicas às cirurgias de alta complexidade, passando pela disponibilização de meios de diagnóstico, pelo fornecimento de medicamentos, insumos e próteses, pela internação em leitos de unidades de tratamento intensivo, dentre outros[92].

Finalizando, o dispositivo constitucional em questão estatui que os tais serviços e ações a cargo do Poder Público devem visar a promoção, a proteção e a recuperação da saúde. Como bem sumariza SCHWARTZ, ao falar "*em 'recuperação', a CF/88 está conectada ao que se convencionou chamar de saúde 'curativa'; os termos 'redução do risco de doença' e 'proteção' estão claramente ligados à saúde 'preventiva', e a 'promoção' é a qualidade de vida"*[93]. A tríade, por assim dizer, coincide em parte com as tarefas primordiais da medicina, apontadas por SIGERIST, quais sejam: 1) a promoção da saúde; 2) a prevenção da doença; 3) a recuperação do enfermo; e 4) a reabilitação.[94]

Com efeito, buscar a **promoção da saúde** implica empregar os meios e tomar as medidas tendentes a assegurar o bem-estar físico e mental da população, promovendo-lhe uma

[90] Ibid. Loc. cit.
[91] Idem.
[92] Exceções – constitucionalmente justificadas – a essa regra geral serão analisadas no último capítulo da presente dissertação.
[93] SCHWARTZ, Germano. Op. cit. p. 27.
[94] MARTINS, Wal. Op. cit. p. 27.

sadia qualidade de vida, inclusive no aspecto socioambiental[95], objetivo também almejado pela norma do art. 225 da *Lex Magna*. O termo relaciona-se, pois, com o já aludido conceito positivo de saúde, segundo o qual não basta a mera ausência de doenças para se ter a pessoa como verdadeiramente sã, fazendo-se também necessário que esta se encontre em pleno gozo de suas potencialidades físicas e psicológicas. De acordo com REZENDE, promoção da saúde constitui "*qualquer combinação de atitudes de natureza política, legislativa, educacional, social, organizacional, jurídica, administrativa, financeira, ambiental, sanitária, comportamental, clínica etc. direcionada para hábitos e condições de vida, que vise melhorar ou preservar a saúde das pessoas.*"[96] É nesse sentido também que dispõe a Cata de Ottawa, resultante da Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizada em 1986 pela OMS. De acordo com mencionado documento:

> "*Promoção da saúde é o nome dado ao processo de capacitação da comunidade para atuar na melhoria de sua qualidade de vida e saúde, incluindo uma maior participação no controle deste processo. Para atingir um estado de completo bem-estar físico, mental e social os indivíduos e grupos devem saber identificar aspirações, satisfazer necessidades e modificar favoravelmente o meio ambiente. A saúde deve ser vista como um recurso para a vida, e não como objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, a promoção da saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.*"

Ainda segundo a referida Carta, as ações de promoção da saúde devem objetivar "*reduzir as diferenças no estado de saúde da população e assegurar oportunidades e recursos igualitários para capacitar todas as pessoas a realizar completamente seu potencial de saúde*", o que demanda ambientes favoráveis, acesso à informação e oportunidades que permitam às pessoas "*fazer escolhas por uma vida mais sadia*", de modo que "*possam exercer maior controle sobre sua própria saúde e sobre o meio-ambiente*". Deste modo, a política de promoção da saúde deve combinar diversas abordagens complementares, consubstanciadas em ações que contribuam "*para assegurar bens e serviços mais seguros e saudáveis*", além de "*ambientes mais limpos e desfrutáveis*". Conclui a Carta, então, ser essencial "*capacitar as pessoas para aprender durante toda a vida, preparando-as para as diversas fases da existência, o que inclui o enfrentamento das doenças crônicas e causas externas*", tarefa essa que cabe às

[95] Segundo ANDRÉ LUIZ BIANCHI, são exemplos de ações que visam a promoção da saúde "*a adoção de medidas que busquem a melhoria e oferta: de saneamento básico, moradia adequada, escolas, áreas de lazer, alimentação adequada, educação em todos os níveis, etc.*" (BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 95/96).
[96] REZENDE, Nanci Figueirôa. Op. cit. p. 231/232.

"*organizações educacionais, profissionais, comerciais e voluntárias, bem como pelas instituições governamentais*".

Já a **proteção da saúde** relaciona-se com a mencionada tese preventiva, a qual prega a imprescindibilidade de uma sistêmica e racionalizada atuação profilática por parte tanto dos entes estatais, como da comunidade e das próprias pessoas, dentro de uma percepção de auto-responsabilidade de cada um em relação ao seu próprio estado de saúde. Como acertadamente explica BIANCHI, a proteção da saúde *"traduz-se na ideia de existência de uma atuação sanitária em um momento anterior ao da instalação da doença, como é o caso das imunizações, saúde ocupacional, higiene pessoal, higiene do lar, proteção contra acidentes e aconselhamento genético.*"[97] Ciente da relevância e da maior eficiência dessa intervenção preventiva, inclusive do ponto de vista financeiro, o constituinte, como essa previsão, enxertou uma espécie de reforço normativo à anterior afirmação de que o direito à saúde deve ser garantido "mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos", na medida em que essas políticas objetivam evitar o surgimento de enfermidades.

Por fim, ao prever a **recuperação da saúde**, a Constituição agasalhou também, como não poderia deixar de fazer, a chamada tese curativa, de que igualmente já se falou, segundo a qual, se, a despeito da mencionada atuação preventiva, a enfermidade ainda assim se instaurar, caberá ao Poder Público atuar no sentido de debelar a doença, de modo a restaurar, na maior medida possível, a saúde do enfermo. Nesse sentido, novamente segundo BIANCHI, "*a recuperação de saúde se refere ao processo curativo de restabelecimento da saúde do paciente acometido de uma doença.*"[98] Importante desde já registrar que o dever estatal daí resultante não se limita apenas às medidas que efetivamente possam conduzir à completa cura do doente, abrangendo também aquelas cuja finalidade seja apenas prolongar sua sobrevida, atenuar os sintomas do quadro patológico, minimizar as sequelas do acidente, contribuir para a recuperação de sua capacidade laborativa ou simplesmente elevar, de alguma forma, sua qualidade de vida, diante das peculiaridades da enfermidade.

Prosseguindo na análise dos dispositivos constitucionais que dispõem sobre o direito à saúde, tem-se que o art. 197 estatui ser de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação,

[97] BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 96
[98] Loc. cit.

fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Como se infere do dispositivo, os serviços de assistência à saúde podem ser prestados tanto pelo Estado, diretamente ou através de pessoas jurídicas componentes de sua Administração Indireta, como também por particulares, pessoas físicas ou jurídicas, hipótese em que caberá ao Poder Público a regulamentação, a fiscalização e o controle dessa atividade.

A **liberdade de participação dos particulares** na prestação dos serviços de saúde é reforçada pelo art. 199, cujo *caput* estabelece que "*a assistência à saúde é livre à iniciativa privada*", a qual pode participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes estabelecidas por este, "*mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos*" (§ 1º). Neste caso, contudo, fica vedada "*a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos*" (§ 2º), isto é, em optando por participar do SUS, o fazem os particulares por sua conta e risco, cabendo-lhes tanto os lucros e quanto os prejuízos que advenham de tal atividade. A Carta Constitucional, todavia, veda a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo em específicos casos a serem previstos em lei (§ 3º).

Tem-se, então, que a satisfação concreta do direito subjetivo à saúde – assegurado, como visto, pelos arts. 6º e 196 da Constituição – por parte do Estado, sujeito passivo da relação obrigacional atinente ao referido direito, se realiza através dos denominados **serviços públicos**, os quais podem ser conceituados como sendo aquelas atividades materiais destinadas à entrega de uma comodidade ou utilidade que, dada sua relevância para a sociedade, o Estado assume com própria, executando-as diretamente ou através de delegatários, sempre sob regime jurídico de direito público. É nesse sentido a doutrina de BANDEIRA DE MELLO, para quem:

> "*certas atividades (consistentes na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-la simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controle que exerce sobre a generalidade das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado poder de polícia). Justamente pelo relevo que lhes atribui, o Estado considera de seu dever assumi-las como pertinentes a si próprio (mesmo que sem exclusividade).*"[99]

[99] MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 619.

O que se quer destacar, neste ponto, é que o fato de a Constituição autorizar particulares – mesmo que a título oneroso e em caráter empresarial – a desenvolverem atividades de assistência à saúde não descaracteriza essas mesmas atividades como verdadeiros serviços públicos. Como explica o autor citado, não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação do serviço, pois *"uma e outra são realidades jurídicas visceralmente distintas"* [100], uma vez que mesmo sendo o Estado o titular único dos serviços públicos, isto é, o sujeito que detém "senhoria" sobre eles, isso "*não significa que deva obrigatoriamente prestá-los por si ou por criatura sua*"[101]. Com efeito, sob o prisma jurídico, a expressão "serviços públicos" não carrega consigo o sentido de "serviços necessariamente estatais", na medida em que pode o Poder Público, desde que autorizado pela Constituição ou pela lei, delegar ou simplesmente autorizar a execução desses serviços pela iniciativa privada.

Compartilha dessa ideia DI PIETRO, que, inclusive, propõe a diferenciação entre **serviços públicos exclusivos e não exclusivos**, defendendo ainda que os componentes dessa última categoria – entre os quais se insere o serviço público de saúde – podem de ser qualificados como **serviços públicos próprios ou impróprios**, a depender se são prestados ou não pelo Estado, a ver:

> "*Com relação a esses serviços não exclusivos do Estado, pode-se dizer que são considerados serviços públicos próprios, quando prestados pelo Estado; e podem ser considerados serviços públicos impróprios, quando prestados por particulares, porque, nesse caso, ficam sujeitos a autorização e controle do Estado, com base em seu poder de polícia. São considerados serviços públicos porque atendem a necessidades coletivas; mas impropriamente públicos, porque falta um dos elementos do conceito do serviço público, que é a gestão direta ou indireta pelo Estado.*"[102]

Traçada tal premissa, deve ficar aqui expresso que os serviços de assistência à saúde, em quaisquer de suas formas e mesmo que prestados por particulares, são inquestionavelmente serviços públicos, seja pela imanente relevância do bem material através deles prestado à população, instrumento de preservação e realização do correspondente direito à saúde – do qual são correlatos o direito à vida e o direito à integridade física e psíquica –, seja pela existência de explícita manifestação constitucional nesse sentido, como se depreende dos dispositivos acima analisados[103]. Como assevera BANDEIRA DE MELLO, "*a Carta Magna*

---

[100] Ibid, p. 629.
[101] Loc. cit.
[102] PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito Administrativo**, 26ª ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 117.
[103] A questão, todavia, não é pacífica na doutrina. Na opinião de WAL MARTINS, por exemplo, os serviços de assistência à saúde executados pela iniciativa privada não se qualificariam de serviços públicos, mas apenas como "serviços de relevância pública" ou "de interesse público." Eis a visão da autora: "*A prestação do serviço, nessa hipótese, deverá ser autorizada pelo Poder Público mediante o cumprimento dos*

já indica, expressamente, alguns serviços antecipadamente propostos como da alçada do Poder Público", os quais "*serão, pois, obrigatoriamente serviços públicos*"[104], sem prejuízo de a lei indicar outros. E entre aqueles "serviços públicos por expressa indicação constitucional", segundo o autor, estão os serviços de saúde. Segue a mesma trilha a doutrina de EROS GRAU, como se infere do seguinte trecho de sua festejada obra:

> "*Há, portanto, serviço público mesmo nas hipóteses de prestação dos serviços de educação e saúde pelo setor privado. Por isso mesmo é que os arts. 209 e 199 declaram expressamente serem livres à iniciativa privada a assistência à saúde e o ensino – não se tratassem, saúde e ensino, de serviço público razão não haveria para as afirmações dos preceitos constitucionais."*[105]

Indo adiante na análise dos dispositivos constitucionais, cumpre registrar que, nos termos do art. 198, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, cuja organização deve observar as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade. Trata-se do chamado **Sistema Único de Saúde – SUS**, cuja estrutura e forma de funcionamento são estabelecidos basicamente pela Lei nº 8.080/90.

A **regionalização** do SUS, estabelecida pela Constituição, impõe que em cada unidade da Federação exista um conjunto entidades e órgãos encarregados de prestar os correspondentes serviços públicos, conforme a divisão de competências que é feita pelos arts. 15, 16, 17 e 18 da Lei nº 8.080/90, bem como pelas Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite de que falam o art. 14-A[106] do mesmo diploma legal. De acordo com o art. 9º, a direção única do SUS é exercida, no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde e, no âmbito

---

requisitos obrigatórios. (...) Entendemos que o serviço de saúde, nessa modalidade de prestação, trata-se de serviço de relevância pública, não de serviço público propriamente dito, pois está caracterizado como atividade de comercialização de serviços, mediante contraprestação pecuniárias, sendo suprimido o caráter de gratuidade, presente quando prestado pelo Poder Público. (...) Os serviços de saúde são serviços públicos quando prestados pelo Estado e serviços públicos impróprios quando prestados por meio de complementaridade ao Sistema Único de Saúde, nos moldes do § 1º do artigo 109 e artigos 24 a 26 da Lei nº 8.080, de 19.09.1990, no entanto, quando for prestado com total gestão operacional das entidades da iniciativa privada, como é o caso das pessoas jurídicas de direito privado, que operam planos ou seguros privados de assistência à saúde, serão serviços de relevância pública ou interesse público, não sendo possível considerá-los como serviços públicos, pois estão a ser prestados na seara da exploração de atividade econômica." (MARTINS, Wal. **Direito à Saúde: Compêndio**, Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 56 e 60)

[104] MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit. p. 634.

[105] GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição Federal de 1988**, 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 124.

[106] *Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como foros de negociação e pactuação entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).*
Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:
I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política consubstanciada em planos de saúde, aprovados pelos conselhos de saúde;
II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;
III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente. Sobre o ponto, assevera ADRÉ BIANCHI que a regionalização do SUS representa uma forma mais avançada de descentralização estatal, na medida em que não fica resumida à mera descentralização política e *"reconhece a existência de uma verdadeira cooperação organizada entre os entes federativos integrantes da República Federativa do Brasil, na busca da tão almejada eficiência em matéria de ações e serviços de saúde."*[107]

Já no que se refere à **hierarquização**, constitui este um termo técnico-sanitário que implica na divisão dos serviços de saúde em níveis de complexidade crescente, significando que o acesso do paciente ao SUS se dá, em um primeiro momento, por meio dos serviços "de entrada", geralmente mais simples, mais baratos e menos invasivos. Apenas em um momento posterior, caso a primeira intervenção não seja suficiente para se alcançar o resultado almejado – que não precisa ser necessariamente a cura da doença diagnosticada – é que terá aquele paciente acesso a tratamentos mais complexos e, via de regra, mais custosos. Nesse sentido, o autor citado afirma que, *"excetuadas as situações de emergência, o acesso do paciente aos tratamentos mais sofisticados do Sistema Único de Saúde – SUS depende do seu ingresso* [prévio] *nos níveis de menor complexidade e da avaliação do seu caso concreto pelos respectivos responsáveis."*[108]

De todo modo, é importante ter mente que o SUS, apesar de regionalizado e hierarquizado, é, antes de tudo, um **sistema único**, de forma que a responsabilidade pelo fornecimento de bem – como um medicamento ou uma prótese – ou pela prestação de serviço – como a realização de uma cirurgia ou de seções de fisioterapia – relacionados ao direito à saúde não pode ser compartimentada ou isolada, imputando-a apenas a um específico ente federativo com exclusão dos demais. Nas palavras de SERRADO, "*é exatamente por isso que o sistema é denominado de único. As três esferas da federação têm obrigações recíprocas e permanentes com relação à saúde, de tal forma que se uma delas não cumpre adequadamente suas obrigações, a outra deve fazê-lo.*"[109] Daí porque doutrina e jurisprudência majoritárias afirmam que todas as entidades federativas possuem **legitimidade passiva disjuntiva ou alternativa** para figurarem como réus nos processos judiciais em que se postula as referidas

[107] BIANCHI, André. Op. cit. p. 97.
[108] Ibid, p. 98/99.
[109] SERRADO, Mônica de Almeida Magalhães. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**, São Paulo: Verbatim, 2012, p. 118.

espécies de prestações, o que significa dizer que ao autor cabe, como exclusividade, decidir se ingressa contra apenas um daqueles entes, contra dois deles ou contra todos[110].

Prosseguindo nas disposições constitucionais, tem-se que as atribuições do SUS são elencadas pelo art. 200, segundo o qual compete-lhe, além de outras, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; III - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

O financiamento do SUS, segundo dispõe o § 1º do aludido art. 198, se dá, na forma do art. 195, com recursos do orçamento da Seguridade Social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes de custeio. Outrossim, os seguintes §§ 2º e 3º, com o objetivo de alcançar a longo prazo a almejada qualidade na prestação dos serviços, fixa percentuais mínimos de aplicação de recursos públicos na área da saúde, conforme regulamentação a ser fixada por lei complementar, no caso, a vigente Lei Complementar nº 141/12.

Para finalizar este tópico, importa apenas consignar que, nos dispositivos que se seguem, a Lei Maior – por certo bem-intencionada, pecando, porém, na técnica legislativa – acaba descendo em minúcias que, ao menos de acordo com as tradicionais funções que são atribuídas à normatização constitucional, poderiam ter ficado relegadas à legislação ordinária. Com efeito, o § 4º dispõe que os gestores locais do SUS poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo

[110] Nesse exato sentido, já afirmou o Supremo Tribunal Federal que "*o recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional.*" (RE 607381 AgR/SC, 1ª Turma, Min. Rel. LUIZ FUX, DJe: 17/06/2011). Segue o mesmo rumo o Superior Tribunal de Justiça, o qual já decidiu que "*sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.*" (AGA 886974, 2ª Turma, Min. Rel. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ: 29/10/2007).

com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. Já o § 5º, prevê que lei federal disporá sobre o regime jurídico, o piso salarial profissional nacional, as diretrizes para os Planos de Carreira e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias, competindo à União, nos termos da lei, prestar assistência financeira complementar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, para o cumprimento do referido piso salarial. O § 6º, por seu turno, afirma que o servidor que exerça funções equivalentes às de agente comunitário de saúde ou de agente de combate às endemias poderá perder o cargo em caso de descumprimento dos requisitos específicos, fixados em lei, para o seu exercício.

1.5 O Direito à Saúde como Direito Fundamental

Neste tópico, analisar-se-á as razões e consequência jurídicas do reconhecimento da fundamentalidade do direito à saúde, inclusive investigando as diferentes dimensões resultantes desse status, que lhe é atribuído pela Carta Constitucional. Por fim, ingressar-se-á no tema relativo à eficácia jurídica do aludido direito, enfrentando-se os dilemas surgidos da tensão gerada do confronto entre a programaticidade inerente às normas instituidoras de direitos sociais e a necessidade de se garantir a aplicabilidade dessas mesmas normas, a fim de que estas não se convertam em meras promessas constitucionais inconsequentes.

1.5.1 O Direito à Saúde como Direito Social Prestacional

Preambularmente e de forma bastante sintética[111], registra-se a adoção, pelo presente trabalho, da **concepção positivista e material** acerca dos direitos fundamentais, de modo a lhes reconhecer o caráter necessariamente histórico[112] e, portanto, relativo, vez que fruto da evolução socioeconômica e cultural das sociedades, bem como, ao mesmo tempo, dependentes do reconhecimento, pelo Poder Público vigente, de que certos valores devem ser tidos como inerentes ao homem independentemente de contingentes características pessoais, como origem, raça, classe ou credo e que, por isso, merecem ser preservados, protegidos e promovidos pelo Estado, enquanto ente coletivo condensador da vontade geral e responsável

[111] A necessária concisão deve-se ao fato de que o tema, apesar de sua extrema relevância e inegável pertinência com o objeto de estudo da vertente dissertação, dada sua complexidade e riqueza de conteúdo, demandaria, com facilidade, toda uma monografia para ser bem enfrentado.
[112] A razão está com GEORGE MARMELSTEIN quando afirma que "*a luta pelos direitos do homem é um processo histórico que ainda está longe de atingir seu fim.*" (MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Fundamentais**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 33).

pelo atingimento do denominado bem comum. Nisso, compartilha-se da visão de SARLET, o qual se manifesta nos seguintes termos:

> "*não hesitamos em consignar que o breve olhar lançado sobre as diversas dimensões dos direitos fundamentais nos revela que o seu processo de reconhecimento é de cunho essencialmente dinâmico e dialético, marcado por avanços, retrocessos e contradições, ressaltando-se, dentre outros aspectos, a dimensão histórica e relativa dos direitos fundamentais, que se desprenderam – no mínimo, em grande parte – de sua concepção inicial de inspiração jusnaturalista. (...) Importante é, neste particular contexto, a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas, geradas por situações de injustiça e/ou agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.*"[113]

Partindo da concepção acima, como já se antecipou superficialmente em tópico anterior, pode-se tributar o primeiro reconhecimento formal da fundamentalidade do direito à saúde à Declaração Universal dos Direito do Homem[114], emanada da Assembleia Geral da ONU no ano de 1948, vez que ali ficou assente que todo homem "*tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis*". Como aduz PIOVESAN, o referido documento normativo inaugura o que se chama "concepção contemporânea de direitos humanos", a qual se caracteriza "*pelos processos de universalização e internacionalização destes direitos, compreendidos sob o prisma de sua indivisibilidade.* "[115]

Percorrendo a senda aberta pela citada Declaração, a ONU seguiu produzindo diplomas tratando do tema dos direitos humanos, sendo interessante notar que essa produção normativa foi influenciada pelo intenso embate ideológico que marcou as décadas de 50, 60 e 70 do século passado, o qual transcorria paralelamente às tensões e provocações mútuas entre as superpotências que protagonizavam a Guerra Fria, cada qual a defender no plano internacional a preponderância de determinada classe de direitos; o lado capitalista exaltando os chamados direitos da liberdade, enquanto o lado comunista aclamando os ditos direitos da igualdade material. Tanto foi assim que se optou por elaborar dois instrumentos distintos destinados à consagração de cada uma dessas classes de direitos fundamentais. Com efeito, em

---

[113] SARLET, Ingo Wolfgang, **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, 7ª ed., Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

[114] Deve-se ressalvar que, conforme aponta a doutrina majoritária, as expressões "direitos fundamentas" e "diretos humanos" não são sinônimas, vez que enquanto esta última é reservada àqueles direitos positivados em determinada Carta Constitucional de um país em favor dos membros de sua população, aquela primeira refere-se aos direitos reconhecidos como inerentes ao homem, independentemente de sua nacionalidade, por documentos de Direito Internacional. De todo modo, tal distinção não desfaz a afirmação feita no sentido de que foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem o primeiro documento normativo a reconhecer o caráter fundamental do direito à saúde.

[115] PIOVESAN, Flávia. **A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos: desafios e perspectivas**. In: BALDI, César Augusto (Org.). Direitos humanos na sociedade cosmopolita. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 57

16 de dezembro de 1966, foi aprovado o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[116], enquanto que, no dia 19 daquele mesmo mês, celebrou-se o Pacto sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais[117]. Foi nesse último que se previu que "*os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental*".

Com efeito, o direito à saúde – ao lado dos direitos à educação, ao trabalho, à moradia, ao lazer e à previdência social, dentre outros – é qualificado por unânime doutrina como um **direito social**, inserido entre os chamados direitos fundamentais de segunda geração[118], emergente que é da transição do Estado Liberal absenteísta, defensor da intervenção mínima do Poder Público na vida coletiva, para o Estado Social ou Provedor, o qual passa a assumir responsabilidades de caráter assistencial ou prestacional com o objetivo de garantir uma qualidade de vida mínima à sua população. Como bem observa SARLET, o Estado Social, também denominado de Estado do Bem-Estar, distingue-se justamente por ter avocado para si a tarefa de realização da justiça social, *"de tal sorte que, juntamente com os direitos sociais, pode ser considerado ao mesmo tempo produto, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito e dos clássicos direitos de defesa de matriz liberal-burguesa.* "[119]

Os direitos sociais, assim, encontram-se vinculados à concepção de que ao Estado incumbe, para além da simples não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, a tarefa de colocar à disposição destes os meios materiais que permitam o efetivo exercício de suas potencialidades vitais, o desempenho das múltiplas possibilidades que a vida oferece ao homem. Frutos de lutas sociais, os referidos direitos nascem do reconhecimento de que não basta assegurar abstratamente a chamada liberdade-autonomia se, na prática, seus titulares encontrarem-se impossibilitados de gozar em plenitude dessa garantia, à vista da carência dos bens mais elementares, necessários à execução das atividades que estão justamente protegidas contra a intromissão estatal. Afinal, de que vale assegurar a liberdade para agir se não se pode agir por falta de educação, saúde, moradia ou outro bem material fundamental qualquer? Percebe-se, pois, ser imprescindível sejam implementadas, através de uma postura ativa do Poder Público, as condições fáticas necessárias ao real proveito das liberdades que se reconhece

---

[116] Internalizado em nossa ordem jurídica pelo Decreto nº 592/92.
[117] [117] Internalizado em nossa ordem jurídica pelo Decreto nº 591/92.
[118] Sobre a divergência quanto à nomenclatura, se "dimensão" ou "geração" traz-se a lição de PAULO BONAVIDES: "*Força é dirimir um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações anteriores, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda geração, direitos sociais, os da terceira geração, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia*". (BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 572).
119 SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit p. 235.

como inerentes ao homem, a fim de que essas façam, enfim, algum sentido concreto, ao menos para a parcela da população economicamente carente.

Partindo dessa lógica, classifica-se também o direito fundamental à saúde, assim como os demais direitos sociais, como **direito a uma prestação**[120], no que se distingue dos direitos de proteção ou de defesa. É que, enquanto estes últimos possuem uma feição essencialmente negativa, na medida em que apenas estabelecem limites, contenções, restrições à atuação do Poder Público com a finalidade de preservar determinadas esferas jurídicas de interesses dos particulares, notadamente relacionadas ao valor "liberdade", aqueles assumem uma conotação notoriamente positiva, já que o conteúdo do direito, aqui, é a prestação de um serviço ou a oferta de um bem pelo Estado ao particular, geralmente fundamentando-se no valor "igualdade", tomado esse em seu aspecto material[121]. Daí se diz que os direitos fundamentais sociais visam assegurar, através da melhoria, ampliação, distribuição e redistribuição de bens e serviços, o exercício de uma "liberdade real" e de uma "igualdade efetiva", alcançáveis por meio da redução ou compensação das desigualdades sociais, em contraposição à abstratividade, à passividade e à proclamada autossuficiência dos historicamente precedentes direitos de primeira geração. Sobre o tema, traz-se mais uma vez os ensinamentos do último autor citado:

> "*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. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõe seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.* "[122]

Traçadas tais linhas dogmáticas, há de se ter em mente que, partindo da mencionada concepção história e positiva dos direitos fundamentais, a definição de quais espécies de prestações materiais irão constituir o objeto dos direitos sociais, ficando, pois, a cargo da implementação do Estado, dependerá, em última análise, do reconhecimento, por este, da relevância do bem jurídico correspondente para a vida da sociedade, com a consequente

120 Dentro da classificação proposta por GEORG JELLINEK, constituiriam os chamados direitos de *status positivus*, em contraposição aos direitos de *status negativus*, equivalentes aos direitos de liberdade ou direitos de resistência, e aos direitos de *status activus*, concernentes aos direitos democráticos ou direitos de participação política.

121 Ressalve-se, contudo, que, como bem ressalva INGO SARLET, "*o conceito de direitos fundamentais sociais não se restringe à dimensão prestacional, abrangendo igualmente o que se poderia denominar (para nos mantermos fiéis à inspiração jellinekiana) de um* status negativus socialis *ou* status libertatis socialis*, constituído pelas liberdades sociais (por exemplo, pelo direito de greve e da liberdade sindical), pelas concretizações do princípio da isonomia e da proibições de discriminações, e por todas as posições jurídicas fundamentais que podem, por sua função prioritária, ser reconduzidas ao grupo dos direitos de defesa.*" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 231)

122 Ibid. p. 299.

inserção da previsão no texto constitucional. E assim foi procedido por nossa ordem jurídica em relação ao direito à saúde, o qual foi expressamente declarado um direito fundamental social pelo art. 6º da Lei Maior, cujo objeto, de acordo com o art. 196, é a prestação de serviços públicos – de acesso universal e igualitário – que visem a promoção, proteção e recuperação da saúde, além da instituição de políticas sociais e econômicas tendentes à redução do risco de doença e de outros agravos.

Não é tarefa difícil identificar a razão motivadora da elevação do direito à saúde ao patamar de direito fundamental, presente que a fundamentalidade de qualquer direito, como se disse, é resultante do reconhecimento pelo Estado da alta relevância do bem da vida a que diz respeito, diante dos valores socialmente dominantes naquele determinado contexto histórico. Isso porque o direito à saúde é emanação do próprio **direito à vida** (art. 5º, *caput*, CF/88), bem primordial pressuposto do gozo de todos os outros direitos e do qual é também manifestação o direito à integridade física e psicológica, cuja fundamentalidade igualmente escapa a qualquer questionamento. Pode-se ainda asseverar que o direito à saúde se relaciona diretamente também com o hoje onipresente **princípio da dignidade da pessoa humana** (art. 1º, III, CF/88), na medida em que, para além de qualquer dúvida, não há vida digna sem saúde. Concorda, no ponto, SARLET, o qual assevera ser no âmbito do direito à saúde *"que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica, hospitalar, etc), com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.*"[123] E conclui o autor afirmando que "*a vida (e o direito à vida) assume, no âmbito dessa perspectiva, a condição de verdadeiro direito a ter direitos, constituindo, além disso, precondição da própria dignidade da pessoa humana."*[124] Manifesta-se em igual sentido BIANCHI, para quem o direito à saúde é considerado um direito fundamental do homem,

> "*eis que ligado ao próprio conceito de vida digna. Possui fundamentação ética, resultante de uma moral básica e universal de que todo ser humano deve ter saúde assegurada pelo Estado. O direito social à saúde, em seu conceito largo, a par de ter estreita ligação com o direito à vida, também está umbilicalmente conectado à proteção da integridade física do ser humano, tanto no viés corporal quanto psicológico.*"[125]

Ainda como substrato justificador da fundamentalidade do direito à saúde pode-se invocar o **dever de solidariedade** que todos têm um para com os outros em uma sociedade

[123] SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit. p. 343.
[124] Loc. cit.
[125] BIANCHI, André Luiz. Op. cit. p. 93.

erigida sobre o mencionado valor da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88) e cujo um dos objetivos é justamente "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*" (art. 3º, I, CF/88). Portanto, um dever jurídico e não meramente moral, capaz de impor ao Estado – destinatário primordial da obrigação de proteger, recuperar e promover a saúde de todos – a prestação dos correspondentes serviços públicos, os quais, custeados solidariamente por toda a sociedade através da tributação, servem de instrumento de realização concreta do direito à saúde. É novamente BIANCHI quem compartilha da mesma percepção, ao ponderar que o mencionado direito "*é corolário da fraternidade e da solidariedade que permeiam as relações num Estado Democrático de Direito e resulta do dever de socorro existente entre as pessoas, o qual, diga-se de passagem, é inclusive estimulado pelo Estado ao tutelar penalmente o crime de omissão de socorro.*"[126]

1.5.2 As Dimensões do Direito à Saúde

Bem fixada a ideia de que o direito à saúde é um direito fundamental social, assim reconhecido pela Constituição Federal de 1988, importa agora afirmar que, enquanto tal, o referido direito expressa tanto uma **dimensão subjetiva** como uma **dimensão objetiva**.

Sob a ótica da primeira, cuja perspectiva é a do titular individual do direito, aquele se caracteriza por uma situação jurídica de vantagem outorgada pela Constituição ao indivíduo, constituindo típico direito subjetivo, de acordo com a construção civilista clássica desse instituto, permitindo-lhe, pois, exigir do correspondente sujeito passivo da relação obrigacional daí emergente comportamentos, positivos ou negativos, tendentes a satisfazer concreta e diretamente o direito em questão. O ponto central desse modo de encarar o direito – e que mais vai interessar ao objeto de investigação do presente trabalho – é a necessária consequência de que, uma vez não cumprida voluntariamente a obrigação pelo destinatário da norma, ao titular do direito fundamental abre-se a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados, através do exercício do também constitucional direito de ação. É que, conforme observa SALERT, atrelado à noção de direito subjetivo está sempre "*o reconhecimento de determinado grau exigibilidade (ou de justiciabilidade, se preferirmos).*"[127][128] No mesmo sentido é a lição de BARROSO, segundo o qual as normas

[126] Ibid. p. 94.
[127] SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit. p. 180
[128] Ressalva o autor, contudo, que tal exigibilidade "*é de intensidade variável e dependente da normatividade de cada direito fundamental.*"

constitucionais instituidoras de direitos fundamentais, ao outorgarem aos seus beneficiários direitos subjetivos, garantem-lhes:

> "*situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, efetivadas por prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de outro eventual destinatário da norma. Quando a prestação a que faz jus o titular do direito não é entregue voluntariamente, nasce para ele uma pretensão, a ser veiculada através do exercício do direito de ação, pela qual se requer a órgão do Poder Judiciário que faça atuar o direito objetivo e promova a tutela dos interesses violados ou ameaçados.*"[129]

Relacionam-se com essa dimensão subjetiva, pois, as já corriqueiras pretensões judicializadas postulando do Poder Público o fornecimento de medicamento e outros insumos médicos não disponibilizados ordinariamente pelo SUS ou, então, a internação em leitos de UTI de hospitais privados ou, ainda, o custeio de tratamento médico no exterior, dentre outras ações congêneres, fenômeno que se convencionou chamar de **judicialização das políticas públicas de saúde** e que será estudado com maior profundidade em tópico ulterior desta dissertação.

Já de acordo com a perspectiva objetiva, tem-se que as proposições positivadoras e veiculadoras de determinado direito fundamental, no que se insere o direito à saúde, para além de outorgarem ao respectivo titular um direito subjetivo justiciável, constituem também manifestação da incorporação, pelo ordenamento, de valores objetivos impessoais tidos como essenciais para uma boa e harmoniosa convivência social, capazes, assim, de irradiar efeitos jurídicos por todo o sistema, bem como conformar o comportamento tanto do Estado como dos particulares, de modo a proteger e promover o tal valor, na medida em que o reconhecimento de sua fundamentalidade foi resultado de uma decisão política do constituinte, enquanto representante do poder soberano residente no povo (art. 1º, parágrafo único, CF/88). Sob esta ótica, pode-se dizer que o direito à saúde se transmuta em uma espécie de **direito difuso**, já que, assumindo um caráter transindividual, passa a ser titularizado não por um por sujeito em particular, mas sim por toda a sociedade, de forma coletiva e indivisível.

É justamente em razão dessa **eficácia irradiante**, derivada da referida dimensão objetiva, que, por exemplo, surge para as autoridades públicas competentes o dever de sempre produzir, interpretar e aplicar todo o Direito posto de acordo com aquele valor objetivo manifestado através da positivação do direito fundamental, uma vez que o conteúdo axiológico que deste emerge passa a servir de inspiração, impulso e diretriz para a legislação, a administração e a jurisdição, as atividades estatais por excelência. Relaciona-se ainda ao

[129] BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 256.

mencionado efeito irradiante a chamada **eficácia horizontal**, pela qual a proteção conferida aos aludidos direitos estende-se também para as relações privadas mantidas entre particulares, superando-se, com isso, a tradicional visão liberal dos direitos humanos, segundo a qual estes destinar-se-iam apenas a preservar a esfera essencial de liberdade do indivíduo contra eventuais incursões abusivas do Estado. Fala-se, ainda, como expressão dessa mesma dimensão objetiva, de **eficácia dirigente** dos direitos fundamentais, a qual criaria para o Poder Público o dever genérico e programático de sempre atuar no sentido de elevar o grau de realização concreta dos referidos direitos, no que se inclui a criação de entidades, órgãos, institutos, programas e procedimentos que visem o aprimoramento dos serviços públicos com eles relacionados.[130] É da eficácia dirigente que se infere também, a *contrario sensu*, a denominada **proibição de retrocesso**, na medida em que, tendo o Estado um único caminho a percorrer, sempre no sentido do progressivo aumento da efetivação dos direitos fundamentais, fica-lhe vedado reduzir o âmbito de proteção material desses, conquistado a duras penas, ao longo da história, por lutas sociais[131].

Diante dessas consequências jurídicas imputadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, no que aqui mais interessa, do direito à saúde em particular, parte da doutrina chega a defender que o referido direito constituiria, sob tal ótica, também um direito de defesa, encarado em um viés negativo. Com efeito, afirma BIANCHI que, abarcando o direito à saúde tanto uma significação positiva quanto uma negativa, "*o viés negativo se traduz em uma esfera individual de liberdade imune ao poder de império do Estado*"[132], de forma a impor-se a este "*uma verdadeira abstenção, de modo a impedir que a Administração Pública possa atuar de maneira a prejudicar a saúde dos cidadãos*"[133]. Por outro lado, segundo o autor, "*o viés positivo garante ao sujeito a possibilidade de exigir do Estado prestações positivas*"[134]. Disso conclui que "*se afigura plausível anotar que o direito à saúde é tanto um direito de defesa (em seu viés negativo) quanto um direito social prestacional (em seu viés positivo).*"[135]. Compartilham desta visão, embora não em seus exatos termos, MARRARA e NUNES:

---

[130] Ao tratar da eficácia dirigente dos direitos fundamentais, assim leciona INGO SALERT: "*Outro desdobramento estreitamente ligado à perspectiva objetivo-valorativa dos direitos fundamentais diz com o que se poderia denominar de eficácia dirigente que estes (inclusive os que precipuamente exercem a função de direitos subjetivos) desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Neste contexto é que se afirma conterem os direitos fundamentais uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.*" (SARLET, Ingo Wolfgang, Op. cit. p. 172).

[131] Claro que essa proibição de retrocesso é um tanto quanto relativa, na medida em que, como será melhor desenvolvido adiante, a efetivação dos direitos fundamentais é dependente da capacidade financeira do Estado, de modo que uma conjuntura socioeconômica desfavorável no futuro pode, eventualmente, exigir uma redução concreta do âmbito de proteção de determinado(s) direito(s).

[132] BIANCHI, Op. cit. p. 107.

[133] Loc. cit.

[134] Idem.

[135] Idem.

> "*sob a concepção defensiva ou na forma de direitos de defesa (*abwehrrecht*) (...) se atribui ao titular do direito, por exemplo, a decisão de submeter-se ou não a determinado tratamento (art. 7º, III, Lei Orgânica do SUS). (...) No que se refere ao status positivo do direito fundamental à saúde, esse consiste no direito a prestações (*loeistungsrecht*).*"[136][137]

Feita a exposição acima, volta-se a frisar que, para fins deste trabalho, dar-se-á maior atenção à chamada dimensão subjetiva do direito fundamental à saúde[138], já que com esta se relaciona o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde, foco da investigação.

1.5.3 A Eficácia Normativa do Direito à Saúde

Há de se ingressar, agora, em um ponto nuclear do tema sobre o qual se está a discorrer: a questão atinente à **eficácia normativa do direito fundamental à saúde**. Diz-se nuclear à vista da severa controvérsia que gera no âmbito da academia e, igualmente, por força das relevantes consequências práticas que acarreta a tomada de posição em um ou noutro sentido dessa disputa dogmática. Explica-se.

Consignou-se anteriormente que, em sua dimensão subjetiva, o direito à saúde constitui, de acordo com a doutrina majoritária, um direito fundamental social ou de segunda geração, os quais se caracterizam pelo fato de seu objeto ser uma prestação devida pelo Estado ao titular do direito, prestação essa que lhe entrega uma utilidade material considerada axiologicamente relevante pela Carta Constitucional, notadamente à vista do princípio da dignidade da pessoa humana. No caso do direito à saúde, prestações de natureza médica, farmacêutica, fisioterápica, psicológica, reabilitatória, dentre outras, todas direcionadas a debelar a enfermidade que esteja a afligir qualquer um dos membros da sociedade. Ocorre, todavia, que é justamente em razão dessa natureza prestacional, a exigir sempre uma atuação concreta e positiva por parte do Poder Público a fim de que o direito se torne efetivo, que emerge o questionamento sobre seu grau de eficácia jurídica.

Isso porque, não obstante já esteja bem sedimentado desde Konrad Hess[139] que todas as normas constitucionais possuem força normativa e, para além disso, apesar de o § 1º

---

[136] MARRARA, Thiago; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. **Reflexões sobre o controle das políticas de saúde e de medicamentos**, BLIACHERIENE, Ana Carla; et al (org.). [p. 79-96], São Paulo: Atlas, 2010, p. 82.

[137] Os mesmos autores falam ainda de um "status ativo" dos direitos fundamentais sociais, o qual seria "*representado por direitos de participação (teilnahmerecht) e de formulação (gestaltungsrecht), os quais consistem na possibilidade de o cidadão participar da Administração Pública a fim de colaborar com a elaboração de políticas públicas em setores estratégicos para a garantia de seus direitos*." (Idem)

[138] Ou, se utilizarmos a nomenclatura proposta por ANDRÉ LUIZ BIANCHI, o viés positivo.

[139] HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora safE, 2009, *passim*.

do art. 5º da Constituição Federal de 1988 asseverar que "*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*", defende parcela respeitável da doutrina, aquela de feitio mais conservador, que os denominados direitos sociais prestacionais seriam veiculados por "normas meramente programáticas", as quais não ostentariam carga eficacial suficiente para, por si próprias, outorgarem a seus titulares uma posição jurídica capaz de lhes permitir exigir o cumprimento da prestação reputada devida. BARROSO, ao falar dessa posição conservadora, explica que, para ela, as **normas programáticas**, por conterem apenas posições indicadoras de valores a serem preservados e de fins sociais a serem alcançados, teriam por objeto somente fixar determinados princípios e estabelecer certas metas para o Estado, de forma que seria característica dessas regras o fato de que "*elas não especificam qualquer conduta a ser seguida pelo Poder Público, apenas apontando linhas diretoras.*"[140] Assim, segundo o autor,

> "*por explicitarem fins, sem indicarem os meios, investem os jurisdicionados em uma posição jurídica menos consistente do que as normas de condutas típicas, de vez que não conferem direito subjetivo em sua versão positiva de exigibilidade de determinada prestação.*"[141][142]

Sobre o ponto, é importante ter em mente que esse conceito de "programaticidade", atrelado a determinadas normas constitucionais – em especial aquelas veiculadoras de diretos fundamentais prestacionais, como o direito à saúde –, nasceu como característica própria das Constituições Sociais que eclodiram ao redor do globo na primeira metade do século passado, já que o papel de provedor que o Estado a partir dali assumia exigia a fixação de metas, objetivos, programas de ação a serem executados, ainda que os alvos fossem estipulados em termos vagos, imprecisos ou genéricos. Daí porque as mencionadas Cartas, inspiradas no ideário do Estado Social, são também chamadas de Constituições Dirigentes[143], uma vez que passam a dirigir ou guiar o comportamento do Poder Público na direção apontada pelas tais

---

[140] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 109/110.

[141] Loc. cit.

[142] Importante consignar que o citado autor não se posiciona ao lado da aludida corrente conservadora, tanto que em passagem ulterior da mesma obra deixa expresso sua visão no sentido de que as normas definidoras de direitos sociais, como o direito á saúde, geram direito subjetivo aos seus titulares, lhes autorizando a exigir prestações do Estado. Veja-se: "*As normas constitucionais definidoras de direitos são as que tipicamente geram direitos subjetivos, investindo os jurisdicionados no poder de exigir do Estado – ou de outro eventual destinatário da norma – prestações positivas ou negativas, que proporcionem o desfrute dos bens jurídicos nelas consagrados. Nessa categoria se incluem todas as normas concernentes aos direitos políticos, individuais, coletivos, sociais e difusos previstos na Constituição. As normas constitucionais programáticas veiculam princípios, desde logo observáveis, ou traçam fins sociais a serem alcançados pela atuação futura dos poderes públicos. Por sua natureza, não geram para os jurisdicionados a possibilidade de exigirem comportamentos comissivos, mas investem-nos da faculdade de demandar dos órgãos estatais que se abstenham de quaisquer atos que contravenham as diretrizes traçadas. Vale dizer: não geram direitos subjetivos na sua versão positiva, mas geram-nos em sua feição negativa.*" (Idem. p. 255/256)

[143] Sobre esse papel desempenhado pelas Constituições contemporâneas, assevera KONRAD HESSE que "*a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente de uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas.*" (HESSE, Konrad. Op. cit. p. 19).

normas-programas. Segundo BONAVIDES, a referida novidade fez desabar quase todo o edifício jurídico das Constituições Liberais erguido durante o século XIX, na medida em que *"a programaticidade dissolveu o conceito jurídico de Constituição, penosamente elaborado pelos constitucionalistas do Estado liberal e pelos juristas do positivismo."*[144] É que, ao se considerar que as aludidas normas serviriam ao constituinte apenas como estipuladoras de fins a serem perseguidos – e talvez nunca alcançados – ou, ainda, como simples premissas destinadas a vincular o desdobramento da atuação legislativa, acaba-se, ao menos em tese, por contrariar a força normativa imediata que já se tinha certa em todos os preceitos constitucionais, na linha da citada doutrina de Konrad Hesse.

E não é só nas alturas da dogmática que se insurgem contra o reconhecimento da aplicação direta das normas definidoras de direitos fundamentais prestacionais e, em especial, do direito à saúde. No plano da prática processual, verifica-se que também a Administração Pública, quando demandada judicialmente a fornecer um medicamento ou a custear na seara privada a realização de uma cirurgia, por exemplo, não raramente argumenta que os preceitos constitucionais que preveem o aludido direito são veiculados por meio de normas-princípios, de caráter puramente programático ou de eficácia jurídica limitada, de forma que sua força eficacial seria mínima, a depender sempre do teor de intervenções legislativas hierarquicamente inferiores e do contexto histórico-material em que inserida a lide, ao ponto de não se autorizar o acolhimento do pleito autoral com base apenas naquelas previsões constitucionais. As aludidas normas são, assim, encaradas como meras enunciações diretivas formuladas em termos genéricos às quais *"comodamente se atribui a escusa evasiva da programaticidade como expediente fácil para justificar o descumprimento da vontade constitucional."*[145]

Interessante notar que esses questionamentos acerca da eficácia jurídica do direito à saúde – assim como dos demais direitos sociais – não são feitos quando se estar a tratar dos chamados direitos de defesa ou direitos fundamentais de primeira geração. É que, seguindo a nomenclatura consagrada por AFONSO DA SILVA[146], costuma-se considerar como de **eficácia plena** as normas que preveem esta última classe de direitos, enquanto as normas veiculadoras daqueles primeiros são encaradas como de **eficácia limitada**. De acordo com essa classificação, as normas constitucionais de eficácia plena seriam de aplicabilidade imediata, acarretando os efeitos jurídicos que lhe são próprios independentemente de intermediação

[144] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 232.
[145] Ibid, p. 245.
[146] SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012, passim.

legislativa ulterior a lhe especificar a forma de execução ou o alcance de seu âmbito de proteção; ao passo que as normas constitucionais de eficácia limitada teriam sua aplicabilidade condicionada a uma regulamentação a nível legal, seja porque o preceito constitucional assim expressamente previu, seja porque, na forma em que positivado no texto da Constituição, não se poderia definir os exatos contornos de seu objeto, impedindo, assim, que o direito daí emergente se torne desde já exigível por seu titular. O citado professor ainda fala em normas constitucionais de **eficácia contida**, que seriam aquelas que, podendo desde já serem aplicadas, estariam sujeitas a ter reduzido seu âmbito de eficácia jurídica por legislação infraconstitucional, isso por expresso permissivo da Constituição[147].

A distinção acima é feita à vista da constatação de que – ao menos a princípio e em uma análise superficial[148] – a satisfação concreta dos direitos de defesa demanda apenas um comportamento negativo por parte do Estado, na medida em que bastaria que este se abstivesse de praticar qualquer ato atentatório às liberdades individuais para que os correspondentes direitos sejam já tidos como efetivados, enquanto que os direitos sociais, como dito, exigiriam a execução de comportamentos positivos por parte do Poder Público, comportamentos esses cujo conteúdo, segundo a aludida corrente doutrinária, dependeria de definição pelo legislador ordinário e cuja execução ficaria condicionada à capacidade financeira e técnica do destinatário da norma, além de outras variantes fáticas relevantes[149]. Sobre o ponto, assim assevera SALERT:

> "*Se os direitos de defesa, como dirigidos, em regra, a uma abstenção por parte do Estado, assumem habitualmente a feição de direitos subjetivos, inexistindo maior controvérsia em torno de sua aplicabilidade imediata e justiciabilidade, o mesmo não ocorre com os direitos a prestações. Estes, por exigirem um comportamento ativo dos destinatários, suscitam dificuldades diversas, que levaram boa parte dos autores, a negar-lhes aplicabilidade imediata e, em razão disto, plena eficácia.*"[150][151]

Instaura-se, assim, uma aparentemente insolúvel tensão representada pelo antagonismo "**programaticidade *versus* normatividade**". Essa contradição, contudo, não se

[147] Não custa aqui abrir um parêntese para esclarecer que por eficácia jurídica se entende a aptidão (jurídica) de uma norma vigente para ser aplicada aos casos concretos a que se destina, bem como gerar os efeitos pretendidos com sua positivação.
[148] Fazemos a ressalva porque, a bem da verdade, a questão é muito mais complexa do que parece, conforme será explicitado no decorrer do presente trabalho.
[149] Obviamente, essa distinção não faz sentido caso se esteja cuidar da chamada dimensão negativa dos direitos fundamentais sociais, cujos efeitos em tudo se assemelham os dos direitos de primeira geração. Contudo, como já consignado, a investigação aqui conduzida está centrada na denominada dimensão subjetiva.
[150] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 272.
[151] Em outra passagem, assim se manifesta o autor sobre mesma temática: "*Se relativamente aos direitos de defesa inexistem maiores problemas no que diz com a possibilidade de serem considerados diretamente aplicáveis e aptos, desde logo, a desencadear todos os seus efeitos jurídicos, o mesmo não ocorre na esfera dos direitos fundamentais a prestações, que tem por objeto uma conduta positiva por parte do destinatário, consistente, em regra, numa prestação de natureza fática ou normativa*" (Ibid. p. 296).

sustenta ao ser analisada mais a fundo, já que, como corretamente pontua o autor citado, "*todas as normas de direitos fundamentais são direta (e imediatamente) aplicáveis na medida de sua eficácia, o que não impede que se possa falar de uma dimensão 'programática' dos direitos fundamentais.*"[152] A solução para o dilema, pois, está em estabelecer devidamente o real alcance da normatividade dos preceitos programáticos insertos no texto da Lei Maior, o que há de ser feito levando em conta a contextualidade fática e jurídica existente ao tempo da concretização normativa, como será explicitado mais adiante nesse trabalho. De todo modo, ciente de que "*a face moderna das Constituições é indubitavelmente a programática*"[153], o que se deve desde agora assentar é que, hoje, a melhor doutrina já não diverge quanto ao fato de que essas normas não podem mais ser tidas como providas de teor meramente diretivo, a servir unicamente como ponto orientação ao legislador ou ao aplicador, sob pena de se "*reduzir o conteúdo programático das Constituições a um devaneio teórico de boas intenções ou uma simples página de retórica política e literária.*"[154] A respeito do tema, alerta BONAVIDES que:

> "*a programaticidade das Constituições será contudo um mal se não servir também ao Direito, se não for para o Poder um instrumento de racionalização e eficácia governativa, se não vier embebida de juridicidade, se não representar aquele espaço onde o espírito da Constituição elege o seu domicílio e se aloja, mas, ao contrário, venha a transformar-se nos Estados de constitucionalismo débil e apagada tradição jurídica em cômodo asilo das mais rudes transgressões constitucionais. A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de Direito.*"[155]

Assim, há de se admitir que todas as normas constitucionais possuem, por capacidade própria, algum grau de eficácia normativa imediata, até porque a proclamação dessa normatividade constitui, no constitucionalismo contemporâneo, exigência necessária do reconhecimento dos princípios constitucionais como normas-chaves do sistema jurídico, na medida em que os valores que lhe são subjacentes servem como sustentáculo e fator de agregação de todas as suas normas. Com efeito, conforme lição do autor referido, foi justamente através do reconhecimento dessa eficácia jurídica dos princípios que "*se retirou o conteúdo inócuo de programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das*

[152] Ibid. p. 312.
[153] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 250.
[154] Ibid. p. 250
[155] Ibid. p. 251.

Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais."[156]

Partindo desse pressuposto e voltando a atenção, agora, para o preceito do art. 196 da Constituição da República, à vista do feitio de sua composição semântica, pode-se até, sem embaraço, concordar com aqueles que apregoam seu caráter programático[157], na medida em que, obviamente, não veicula aquele preceptivo norma-regra, com comando certo à vista de fato determinado. Todavia, a feição normativa mais fluida, diluída e abrangente do aludido dispositivo constitucional, dado seu formato de "programa a ser concretizado", não deve ser entendida como significando uma promessa descompromissada do constituinte, mas sim como um **mandado de otimização ou de maximização**, na terminologia proposta por ALEXY, no sentido de que cabe ao Estado, aqui novamente tomado em seu sentido *latu*, envidar todos os esforços e empregar todos os meios disponíveis para tornar concreta a regra-princípio constitucional – ainda que a concretização seja implementada aos poucos, progressivamente –, sob pena de tonar a Lei Magna vazia de significado jurídico prático[158]. Nas palavras do citado autor:

> "*O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.*"[159]

Por outro lado, especificamente no que se refere à previsão do **§ 1º do art. 5º da Constituição**, embora seja inquestionável sua aplicabilidade aos direitos sociais, como o direito à saúde, vez que reconhecida e formalmente declarada a fundamentalidade destes, independentemente de estarem ou não insertos topograficamente no artigo do qual o

---

[156] Ibid. p. 286.

[157] Como percucientemente assinala INGO SARLET, a existência dessas normas programáticas no texto constitucional é resultado necessário dos compromissos assumidos pelo chamado Estado Social. Transcreve-se: "*Ainda que se queira negar – e não sem certa razão – a utilização da expressão 'normas programáticas', isto em nada altera o fato da existência, também na nossa Constituição vigente, - em escala sem precedentes no constitucionalismo pretérito –, de normas que, em virtude de sua natureza (forma de positivação, função e finalidade), reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais (...) De qualquer modo, verifica-se que a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais e que reclamam uma mediação legislativa (queiramos, ou não, chamá-las de programáticas) corresponde, em verdade, a uma exigência do Estado Social de Direito, regra à qual não foge a nossa Constituição.*" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 279/280).

[158] Nesse exato sentido, já teve a oportunidade de assentar o Supremo Tribunal Federal que "*o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado*". (RE 393175 AgR/RS, 2ª Turma, Min. Rel. CELSO DE MELLO, DJ: 02/02/2007.)

[159] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

mencionado parágrafo é parte acessória ou mesmo no capítulo pertinente,[160] o que se tem é que existe uma acalorada discussão nos bancos da academia e das cortes do país em torno da questão de saber os reais significado e alcance da aludida norma constitucional, levantando-se balizadas vozes em defesa de ambos os extremos do embate.

Com efeito, há tanto aqueles que, assumindo uma posição exageradamente tímida, advogam que a mencionada norma, a despeito de suas inegáveis boas intenções, não possui o poder de alterar a natureza das coisas, de forma que não lhe seria permitido transmutar, por força de uma simples sentença, uma norma claramente vaga e imprecisa – dependente, pois, de ulterior pormenorização legal – em outra de feição concreta e, portanto, de plano aplicável; como há os que, flamulando a bandeira da vanguarda, sustentam a irrestrita capacidade do § 1º do art. 5º da Lei Magna de dotar todas as normas instituidoras de direitos fundamentais, independentemente da forma textual através da qual positivam os tais direitos, de plena aplicabilidade, de modo a sempre ensejarem o gozo de direitos subjetivos exercitáveis independentemente da existência de regulação normativa ordinária e, ainda, de modo alheio a quaisquer externalidades fáticas existentes quando da aplicação.

No que se refere ao ponto, o cerne da questão, pois, está em saber se a norma do art. 5º, § 1º, da Constituição possui, por si só, o condão de tornar imediatamente aplicáveis e invocáveis todos os direitos fundamentais, ainda que tais direitos tenham sido previstos em preceitos normativos que, à vista de sua estrutura semântica, não denotem plena eficácia ou, ainda, possam, no plano concreto, chocar-se com outros valores igualmente albergados pela Carta Constitucional.

Defender-se-á ao longo do presente trabalho que a razão não está nem com uma nem com outra das correntes sectárias mencionadas acima. Aproxima-se do que se pensa ser o enfoque adequado do tema o posicionamento intermediário adotado, dentre outros, por CELSO DE BASTOS, ao sustentar que os direitos fundamentais são, como regra e sempre na medida do possível, diretamente aplicáveis, fórmula geral esta que, contudo, comporta duas exceções: **i)** quando a própria Constituição expressamente determine que a concretização do direito fundamental depende de regulamentação a ser efetivada pelo legislador, adicionando à norma a expressão "na forma prevista em lei" ou outra equivalente; **ii)** na hipótese de a norma

[160] Na verdade, o âmbito de aplicação do referido dispositivo vai até além dos direitos fundamentais previstos no texto da Constituição, por força da cláusula de abertura inserta no § 2º daquele mesmo artigo. Nesse sentido é a lição novamente INGO SARLET: "*Por estas razões, há como sustentar, a exemplo do que tem ocorrido na doutrina, a aplicabilidade imediata (por força do art. 5º, § 1º, de nossa Lei fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e dos tratados internacionais.*" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 275/276).

definidora do direito fundamental não conter os elementos mínimos indispensáveis que lhe possam assegurar sua imediata aplicabilidade, "*no sentido de que não possui normatividade suficiente à geração de seus efeitos principais sem que seja necessária a assunção, pelo Judiciário, da posição reservada ao legislador*"[161].

Analisando o direito fundamental à saúde à luz de tais critérios, temos que nem no art. 6º nem no art. 196 da Lei Maior condicionaram-lhe a eficácia à prévia intermediação legislativa, na medida em que nenhum dos aludidos dispositivos faz menção à necessidade de que seja editada lei a regular o tema, pelo que não se reconhece a presença da primeira exceção à regra geral da plena e imediata aplicabilidade das referidas normas. Por outro lado, tendo em vista o caráter imperativo e incondicional dos termos utilizados por ambos os preceptivos constitucionais – embora um tanto quanto genéricos, não se pode negar – também se conclui pela prescindibilidade de regulamentação legal para que se tenha como desde já exigível do Estado a satisfação concreta do direito à saúde na dimensão subjetiva acima mencionada.

Há de se acrescentar aqui, porém, uma **outra ordem de fatores limitantes** da aplicabilidade das normas instituidoras de direitos fundamentais – e, no que interessa mais propriamente à presente dissertação, da norma positivadora do direito à saúde – além das duas já mencionadas, a qual, segundo se avalia, não vem merecendo a devida atenção da doutrina. Estar-se a se referir aos condicionamentos circunstanciais que a realidade existente quando da aplicação da norma exerce sobre essa. Fala-se da tensão gerada entre o direito, enquanto potencialidade normativa, e o contexto fático-jurídico circundante quando de sua invocação, tensão essa que, conforme irá se defender ao longo do trabalho, acaba por influir na intensidade da carga eficacial a ser dada àquele direito pelo órgão aplicador.

É que a norma – especialmente a de estatura constitucional – não reina só nos campos da normatividade, não vive ela dissociada dos fatos que regula, não é ela pura e impassível diante da realidade, como já se defendeu um dia. Os fatos pulsantes da vida condicionam e moldam o feitio dos preceitos normativos, inclusive daqueles que veiculam direitos fundamentais. Nesta seara, há um recíproco e inevitável influxo entre "norma" e "fato" e esse fenômeno deve ser levado em conta pelo hermeneuta-aplicador na hora de determinar a extensão da eficácia jurídica de certo direito.

---

[161]BASTOS, Celso Ribeiro; MARTTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição de 1988, Vol. II**, São Paulo: Saraiva, 1989, apud Ibid p. 277.

O aprofundamento desse tema, relativo à chamada "força normativa do fato", especialmente no que toca à aplicabilidade do direito à saúde, será feito em ulterior capítulo da presente dissertação. De todo modo, o que, por ora, merece ser ressaltado é que, na linha do defendido por SALERT, a norma do art. 5º, § 1º, da Lei Maior há de ser compreendida como um *plus* agregado às normas de direitos fundamentais no que se refere à já amplamente reconhecida eficácia normativa dos preceitos constitucionais, pois, conforme pondera o autor, *"negar aos direitos fundamentais esta condição privilegiada significaria, em última análise, negar-lhes a própria fundamentalidade.*"[162]

Fixadas as premissas acima, isto é, afastado o caráter puramente programático ou meramente indicativo dos dispositivos constitucionais instituidores do direito fundamental à saúde e estabelecida a plena e imediata aplicabilidade destes, há de se concluir forçosamente pela existência, em potencial, de direito subjetivo individual de cada um de seus respectivos titulares de obter, com fundamento exclusivo nas aludidas normas constitucionais, o fornecimento de prestações materiais pelo Estado destinadas a lhe assegurar a concretização prática, podendo estas serem exigidas, inclusive, através de demandas judicializadas, uma vez desatendido o pleito na esfera administrativa.[163]

Ocorre, todavia, que, como dito anteriormente, a concretização do direito à saúde – assim como dos demais direitos sociais – realiza-se progressivamente, isto é, em uma perspectiva coletiva e de longo prazo, o referido direito torna-se efetivo no plano social de forma evolutiva, em um contínuo fluxo de avanço da ciência médica e de aperfeiçoamento dos serviços públicos correspondentes rumo à sua completa realização prática, um estado ideal a que se pode chamar de "**grau ótimo de satisfação**"[164]. É que, como também consignado, constituindo um direito social prestacional e, portanto, dependente de uma atuação material do Estado, seu gozo é subordinado a inerentes condicionamentos fáticos e jurídicos que acabam por lhe moldar o contorno de seu âmbito de proteção. Nesse contexto, pode-se dizer que essa constante progressão na concretização do direito à saúde é atrelada necessariamente ao paralelo desenvolvimento econômico do Estado encarregado de dar-lhe execução, uma vez que a atuação estatal – assim como de todas as demais pessoas e entes – é limitada por sua capacidade financeira, a qual emerge, assim, como condicionamento fático determinante na tarefa de

---

[162] Ibid. p. 286.

[163] Compartilha dessa conclusão INGO SARLET: "*principalmente no caso do direito à saúde, 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 em seus valores essenciais e a Justiça.*" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 346, grifo nosso).

[164] Daí porque aduz GEORGE MARMELSTEIN que os direitos fundamentais "*são mesmo, em grande medida, um projeto para o futuro".* (MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 74).

definir a exata extensão do tal direito. Disso se infere que o direito fundamental à saúde irá comportar **distintos graus de satisfação**, a depender do contexto fático-jurídico – especialmente em seu viés econômico – existente quando de sua realização concreta em cada caso em que invocado.

Por estas razões é que se falou acima em "existência em potencial" de um direito subjetivo individual de se obter do Estado prestações materiais destinadas a realizar concretamente o direito à saúde. Isso porque remanesce a questão de se saber se o tal direito pode ser considerado como ilimitado, ou seja, se deve ser tido como titularizado por todos os membros da coletividade e, ainda, se abrange todo e qualquer tipo serviço ou bem que seja postulado sob a escusa de constituir instrumento de sua realização concreta. Em outros termos, coloca-se a questão de se saber sobre a existência de eventuais limites em relação às prestações que podem ser reclamadas pelo particular perante o Estado ao se invocar o direito fundamental à saúde. Cuida-se de saber se qualquer pessoa, ou apenas aquelas comprovadamente carentes de recursos, pode exigir a entrega do bem ou a prestação do serviço tendente a debelar a afirmada doença. Trata-se também de definir se o Poder Público é devedor de um atendimento global e irrestrito na área da saúde, independentemente de sua capacidade técnica e financeira, ou, pelo contrário, se essas prestações encontram fronteiras materiais ou jurídicas que, inclusive, haverão de ser levadas em conta pelos julgadores das lides judicializadas.

Nesse sentido, resta definir, por exemplo, se o direito fundamental à saúde em sua dimensão subjetiva garante aos seus titulares apenas o acesso aos serviços médicos considerados essenciais, relacionados aos atendimentos de base, ou se assegura também o acesso às mais avançadas técnicas de tratamento disponibilizadas pela medicina moderna, mesmo que de alto custo ou em estágio experimental. Resta esclarecer se o direito à saúde abrange apenas as prestações de natureza médica ou engloba também os atendimentos odontológico, psicológico e fisioterápico. Resta elucidar se o aludido direito garante internações ou a realização de cirurgias em hospitais particulares, ou, ainda, a realização de tratamento no exterior à custa do erário público. Como se nota, cuida-se, em síntese,

> *"do clássico dilema do Estado social no que concerne às suas funções precípuas, isto é, se deve limitar-se à tarefa de assegurar um patamar mínimo em prestações materiais, destinadas a prover a igualdade material no sentido de uma igualdade de oportunidades (ajuda para a*

> *auto-ajuda) ou se deve (a despeito da efetiva possibilidade de alcançar tal objetivo) almejar um padrão ótimo nesta seara.*"[165]

Como se vê, são muitos os pontos sobre os quais ainda paira a névoa da dúvida no que se refere à exata extensão do âmbito de proteção material garantido pelas normas constitucionais instituidoras do direito fundamental à saúde. Partindo dessa constatação é que se estabelece como pretensão da presente dissertação lançar alguma luz sobre esses pontos, o que se procurará fazer nos capítulos seguintes, de modo que, ao final, se possa propor critérios e requisitos, os mais objetivos e racionais possíveis, para se definir os casos em que há de merecer acolhimento o pleito judicializado por aquele que se arvora titular do referido direito.

[165] SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 345.

CAPÍTULO 2

O CONTROLE JURISDICIONAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

No presente capítulo, dentro do contexto geral da efetivação jurisdicional do direito fundamental à saúde, analisar-se-á o fenômeno da judicialização das políticas públicas. Para tanto, inicialmente, tentar-se-á traçar os contornos conceituais destas, identificando seus elementos e fases constitutivas. Em seguida, adentrando-se propriamente no tema da sindicabilidade dos atos relativos às referidas políticas, examinar-se-á as possibilidades e os limites para tal controle, indagando-se também sobre a legitimidade constitucional do fenômeno que se vem chamando "ativismo judicial".

2.1 Políticas Públicas

Como dito, o primeiro passo a ser dado para que se possa vislumbrar a lídima extensão da sindicabilidade judicial das políticas públicas é bem compreender o que constituem exatamente estas, quais os seus traços característicos e no que se diferenciam dos meros atos administrativos. É o que se fará neste tópico.

2.1.1 A construção de um conceito e a identificação dos elementos

Conceituar "políticas públicas" não é das tarefas mais fáceis. Para começar, é importante perceber que o termo não é próprio da Ciência Jurídica ou, pelo menos, não é tradicionalmente assim considerado, até porque não vem disposto em nenhum instrumento normativo do Direito positivo. Nesse sentido, lembra BITENCOURT que a Constituição não trouxe o conceito de tal instituto ou sequer definiu exaustivamente um rol de atividades governamentais que poderiam ser assim qualificadas. E mais, segundo a autora, a Lei Maior sequer poderia fazê-lo, "*tendo em vista que uma política pública visa justamente atender a uma*

necessidade a partir de uma realidade histórica, social e cultural dentro de determinado espaço de tempo"[166].

Na verdade, o conceito de políticas públicas foi construído principalmente pelos estudiosos da Ciência da Administração e da Ciência Política[167]. Todavia, não há como se negar, compreender o real significado do termo ganha extrema relevância para o Direito contemporâneo, notadamente para seus sub-ramos do Direito Administrativo, do Direito Econômico ou mesmo do Direito Constitucional em um enfoque mais genérico. Como muito bem coloca JORGE NETO:

> "*A ciência jurídica, contudo, jamais se ocupou das políticas públicas. Esse é um conceito mais afeto à ciência política, à sociologia ou à ciência da administração, a partir dos mais recentes estudos acerca da gestão no poder público. Somente nas últimas décadas, a ciência jurídica, mais especificamente o direito constitucional, viu-se na contingência de utilizar o conceito de 'políticas públicas', ainda que de modo inseguro e incerto. Fábio Konder Comparato atribui o longo silêncio acerca das políticas ao fato de que, antes da Revolução Industrial, o conceito era desnecessário, vazio. E foi justamente nesse longo período histórico até a Revolução Industrial que se forjaram os conceitos jurídicos dos quais ainda hoje nos servimos habitualmente, tais como direito subjetivo, propriedade, autonomia da vontade, contrato etc. Somente com o advento do Estado Social, quando o Estado tomou para si uma série de funções que anteriormente desconhecia e que envolviam um atuar, o desenvolvimento de atividades em prol do bem-estar dos súditos, é que as políticas públicas entraram em pauta, e, ainda assim, de modo esquivo.*"[168]

Esse recente ganho de relevância para a Ciência do Direito resulta do fato de que, alcançado o atual **estágio pós-moderno** – com a massificação das relações sociais, o incremento da complexidade da vida e a crescente aceleração das mudanças – os indivíduos, a sociedade, bem como o Estado mudaram também seu modo de atuação, procedendo-se a uma virada em direção à busca por uma maior **eficiência** no desempenho de suas atividades, entendida esta como a capacidade de se alcançar os melhores resultados possíveis com os

---

[166] BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle Jurisdicional de Políticas Públicas**, Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013, p. 48.

[167] Acerca dos primeiros estudos científicos sobre políticas públicas, CELINA SOUZA leciona que "*a política pública enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição européia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Nos EUA, ao contrário, a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos.*" (SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura**, Sociologias, Porto Alegre, ano 8, nº 16, p. 20-45, jul/dez 2006, p. 22. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf. Acessado em 28 de Jun. de 2013).

[168] JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas – Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais**, 1ª ed., 2ª tiragem, Salvador: Podivm, 2009, p. 51.

menores custos, o que implicou na necessidade do estabelecimento de metas e planos de ação de médio e longo prazo, comportamento finalístico este que antes, via de regra, não se encontrava no centro das atenções, principalmente quando se tem em mente a gestão da coisa pública[169].

É verdade que a atuação concreta do Estado tendente a prestar à sociedade utilidades materiais fruíveis individual ou coletivamente, atividades essas tradicionalmente classificadas como **serviços públicos**[170], surgiu com o advento do **Estado Social**, no início do século XX, em plena modernidade. Todavia, apenas com a superação gradual desta – juntamente com seus caracteres essenciais, tal como a lógica mecanicista apoiadora da crença sobre a estabilidade das relações sociais – e a eclosão do que hoje se convencionou chamar de pós-modernidade, a atuação estatal na prestação dessas utilidades públicas abandonou o "plano micro", típico do tradicional ato administrativo, tão estudado pelos administrativistas do século passado, para atingir um "plano macro", no qual o comportamento da Administração deixa de ser majoritariamente casuístico, pontual, isolado, descoordenado, para passar a ostentar os atributos da generalidade, do planejamento, da coordenação, sempre com o objetivo de alcançar a máxima eficiência, comportamento este que, aos poucos, foi sendo incorporado e incentivado pela ordem jurídica, como se deu com a inclusão do **princípio da eficiência** no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 pela Emenda Constitucional nº 19/98. Nesse exato sentido, é a lição de MOREIRA:

> "A complexidade dinâmica do mundo atual não mais se comporta dentro da visão estática, passiva e reducionista do ato administrativo. Para além dos atos individuais, micrométricos, estão os processos e atividades, estruturados sobre programas finalísticos. Uma administração planejada é dever indeclinável do administrador, isto porque existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral ou de Ciência da Administração."[171]

---

[169] Tratando desse recente "culto pela eficiência" por parte da Administração Pública, CELINA SOUZA explica que "a partir da influência do que se convencionou chamar de 'novo gerencialismo público' e da política fiscal restritiva de gasto, adotada por vários governos, novos formatos foram introduzidos nas políticas públicas, todos voltados para a busca de eficiência. Assim, a eficiência passou a ser vista como o principal objetivo de qualquer política pública, aliada à importância do fator credibilidade e à delegação das políticas públicas para instituições com 'independência' política. Estes novos formatos que guiam hoje o desenho das políticas públicas mais recentes" (SOUZA, Celina. Op. cit. p. 34).

[170] Ao abordar o tema dos serviços públicos, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO explica que "certas atividades (consistente na prestação de utilidade ou comodidade material) destinadas a satisfazer a coletividade em geral, são qualificadas como serviços públicos quando, em dado tempo e lugar, o Estado reputa que não convém relegá-las simplesmente à livre iniciativa; ou seja, que não é socialmente desejável fiquem tão só assujeitadas à fiscalização e controles que exerce sobre a generalidades das atividades privadas (fiscalização e controles estes que se constituem no chamado 'poder de polícia')." (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Op. cit. p. 619).

171 MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo – da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**, Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 269.

Partilha do mesmo ponto de vista COMPARATO, para quem *"a noção de política pública e de atividade, como série de atos unificados pela finalidade a longo prazo, visa à superação da visão fragmentada e reducionista do ato, que persiste na doutrina tradicional desde o direito romano*"[172]. As políticas públicas relacionam-se, pois, com esse comportamento planejado e coordenado do Estado com vistas a desenvolver atividades materiais finalisticamente orientadas à prestação de utilidades à sua população conforme planos pré-traçados, os quais foram objeto de estudos e análises, inclusive sob o ponto de vista econômico, sempre tendo como norte os valores positivados em sua Carta Constitucional.

Já aqui, então, como uma tentativa de conceituação, pode-se dizer que políticas públicas são formas de atuação do Estado no qual este, através de um planejamento – o que implica o estudo prévio do contexto socioeconômico subjacente à tomada de decisão, inclusive com ponderações sobre custos relacionados à atividade e o estabelecimento de metas –, fixa programas de ação de médio e longo prazo que visam assegurar materialmente a satisfação de direitos fundamentais e executa-os, seja diretamente através de seus órgãos e entidades da Administração Indireta, seja por meio de particulares, que agiriam por delegação ou incentivo do Estado.

Neste ponto, discorda-se de JORGE NETO quando este afirma que a noção de política pública compõe-se de três elementos, "*sendo dois deles necessários e um acidental"* – no caso, o terceiro elemento seria o não essencial –, quais sejam: "*(a) uma ação, um fazer estatal, orientada, mediata ou imediatamente, para a consecução de (b) um fim, um objetivo, uma meta, ou seja, a efetivação dos direitos de segunda e terceira dimensões que, todavia, pode estar implícita. Essa atuação estatal poderá estar condicionada ou não a (c) programa ou planejamento estabelecido.*"[173] É que, segundo se pensa, a organização, o planejamento da execução das atividades pelo Estado constitui não um elemento acidental, mas sim essencial para a configuração do instituto em tela. Isso porque desvincular a noção de políticas públicas da ideia de que a atuação administrativa correspondente deve ser o resultado de um programa de ação organizado e finalisticamente direcionado significa reduzir e equiparar seu conceito ao de mero ato administrativo, o que desnaturaria aquele instituto. Como percucientemente observa MOREIRA, "*os atos e omissões administrativos não constituem um amontoado caótico, arbitrário, mas estão, ou pelo menos devem estar, orientados por uma finalidade que*

[172] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 337, apud MOREIRA, João Batista Gomes, Op. cit. p. 279.
[173] JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 56/57.

dê sequência, coerência e estilo àquela determinada administração"[174]. No mesmo sentido posiciona-se BITENCOURT:

> "*O que caracteriza política pública é uma certa organização de ações no tempo. Isso significa que uma política pública envolve um ou mais objetivos, órgãos para tanto, atos de planejamento e execução, tudo isso dentro de uma janela de tempo que não pode ser instantânea, mas sim com razoável regularidade*."[175]

Políticas públicas devem ser vistas necessariamente como um processo, como um conjunto de atividades ordenadas, um ciclo (*policy cycle*[176]) composto por etapas ou estágios sequenciados, iniciado pela **i)** identificação do "problema", consubstanciado nos anseios ou necessidades da sociedade de cuja satisfação o Estado assuma a responsabilidade, de forma exclusiva ou não, seguida da **ii)** formulação de um plano de ação, cuja escolha – de um dentre os caminhos possíveis – possui natureza essencialmente política e geralmente é veiculada por atos normativos legais ou infralegais, o qual deve ser **iii)** implementado faticamente através de diversas modalidades de conduta administrativa, como a prestação de serviços públicos, a construção de obras públicas, a aquisição de bens ou a contração de serviços de empresas privadas, a realização de concursos públicos e consequente nomeação servidores, ou mesmo a edição de outros atos normativos, por vezes de caráter inibitório ou estimulador de comportamentos, finalizando com um **iv)** constante acompanhamento e fiscalização dessa execução do plano de ação por parte do Poder Público, com o qual deve a sociedade cooperar.

Portanto, tem-se que o **ciclo das políticas públicas** é composto pelas seguintes etapas: **1)** identificação do problema; **2)** formulação de um plano de ação; **3)** execução do plano; e **4)** monitoramento da implementação da política.

Deve-se ressalvar, todavia, que a doutrina não é uníssona ao elencar e nomear essas distintas fases do *policy cycle*. Por exemplo, para SOUZA, a política pública caracteriza-se por ser "*um ciclo deliberativo, formado por vários estágios e constituindo um processo dinâmico e*

---

[174] MOREIRA, João Batista Gomes. Op. cit. p. 267.
[175] BITENCOURT, Caroline Müller. Op. cit. p. 48.
[176] Sobre o ponto, trago as seguintes observações de Claus Frey: *"Mais um elemento importante da abordagem da* policy analysis *é o chamado* policy cycle*. Devido ao fato de que as redes e as arenas das políticas setoriais podem sofrer modificações no decorrer dos processos de elaboração e implementação das políticas, é de fundamental importância ter-se em conta o caráter dinâmico ou a complexidade temporal. [Couto, 1998, p. 54] dos processos político-administrativos. Ao subdividir o agir público em fases parciais do processo político-administrativo de resolução de problemas, o* policy cycle *acaba se revelando um modelo heurístico bastante interessante para a análise da vida de uma política pública. As várias fases correspondem a uma seqüência de elementos do processo político-administrativo e podem ser investigadas no que diz respeito às constelações de poder, às redes políticas e sociais e às práticas político-administrativas que se encontram tipicamente em cada fase..*" (FREY, Claus. **Políticas Públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil**, Revista de Planejamento e Políticas Públicas, Nº 21, p. 211/259, JUN DE 2000, p. 226. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158, acessado em 25 de Jun. de 2013).

de aprendizado"[177], sendo "*constituído dos seguintes estágios: definição de agenda, identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções, implementação e avaliação*"[178]. Já para ZANOCCHI, o aludido ciclo "*é realizado mediante a preparação, fixação, formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas, concebidas como um processo, composto por um conjunto de atividades que visam atender às demandas e interesses da sociedade*"[179]. De todo modo, apesar das pequenas variações terminológicas ou da inclusão ou exclusão de uma ou duas fases, a depender da classificação doutrinária adotada, crê-se que a **divisão quadripartite** acima proposta sintetiza bem, para fins didáticos, as etapas que compõe o processo das políticas públicas. Fique-se com ela, pois.

É claro, porém, que essa sequência, esse esquema está bastante simplificado. Na prática, um problema social não pode ser isolado para ser analisado de forma asséptica, como se uma demanda de um determinado setor da sociedade não estivesse relacionada com inúmeras outras carências ou com a má distribuição dos recursos disponíveis. Por outro lado, a decisão sobre a adoção desse ou daquele programa de ação também não é um ato unitário. Como esclarece PATRÍCIA LUZ, "*uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas*"[180][181]. No mesmo sentido, SOUZA também afirma que "*a política pública envolve vários atores e níveis de decisão, embora seja materializada através dos governos, e não necessariamente se restringe a participantes formais, já que os informais são também importantes*"[182]. A execução da política pública também não é algo simples, pois geralmente o cumprimento das metas exige anos ou décadas de um trabalho ordenado, envolvendo diversos órgãos e entidades estatais, além da participação de particulares. Igualmente, o acompanhamento, a fiscalização dessa execução é bastante complexa, e em parte justamente porque as etapas anteriores são multifacetárias, dinâmicas e não-lineares.

E mais, em certas situações, alguns desses estágios, principalmente o segundo (formulação do plano de ação), não se exterioriza de forma expressa, não sendo formalizado

---

[177] SOUZA, Celina. Op. cit. p. 29.

[178] Loc. cit.

[179] ZANOCCHI, José Maria. **Posner Tupiniquim**, in **Ordem Econômica na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**, p. 137/149, Coord. JOÃO LUIZ NOGUEIRA MATIAS, Curitiba: CRV, 2013, p. 143.

[180] LUZ, Patrícia. **Análise de Políticas Públicas: Conceitos Básicos**, 2006. Disponível em: http://pt.oboulo.com/analise-de-politicas-publicas-conceitos-basicos-20116.html, acessado em 28 de JUN de 2013.

[181] Conforme complementa a autora, "*uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando - em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis.*" (Loc. cit.)

[182] SOUZA, Celina. Op. cit. p. 24.

em um instrumento normativo ou mesmo em um documento de caráter ordenador. De fato, como observa MOREIRA, "*no nível administrativo, as políticas materializam-se, portanto, em programas de ação (em sentido amplo), que podem expressar-se em uma norma ou documento ou ser deduzidos da sequência de atos e omissões concretas.*"[183] Tem-se, deste modo, que a **agenda de atuação** orientadora da execução dos atos relacionados a determinada política pública pode ser **tácita**, resultando, por exemplo, do ideário político apropriado pelo partido do qual faz parte o chefe do Executivo ou, ainda, refletindo um planejamento dos órgãos governamentais que não chegue, porém, a ser esquematizado e institucionalizado. Talvez em razão dessa circunstância é que alguns autores afirmam que o programa de ação seja dispensável para a caracterização da política pública, opinião da qual, como já dito, discorda-se.

2.1.2 A finalidade constitucional e a natureza jurídica

Concentrar-se-á agora a atenção exatamente nessa crucial etapa do ciclo das políticas públicas: **o processo de escolha** sobre qual caminho trilhar para se atingir a meta estabelecida. O primeiro ponto a se destacar é que essa meta deve necessariamente ser eleita com base nos princípios, nos valores consagrados pela Constituição[184]. Falando-se de forma mais pragmática, o objetivo das políticas públicas deve ser a **concretização material dos direitos fundamentais** garantidos constitucionalmente, dentro do paradigma do Estado Social, posteriormente incorporado pelo Estado Democrático de Direito, enquanto provedor das utilidades consideradas, em determinado tempo e lugar, essenciais para a sociedade.

A doutrina é harmônica no ponto. Com efeito, segundo JORGE NETO, "*o conceito de política pública está relacionado a um fazer estatal, a uma ação ou atuação pública, com vistas a concretizar, mediata ou imediatamente, os direitos fundamentais.*"[185] No mesmo sentido, assevera ZANOCCHI que nas políticas públicas ocorre "*o direcionamento de ações estatais para prestar efetividade aos direitos sociais e para o encaminhamento de soluções a problemas econômicos de acordo com os objetivos fundamentais da sociedade*"[186]. Faz coro ITANIELI SÁ, ao afirmar que as políticas públicas devem ser compreendidas "*como processo*

---

[183] MOREIRA, João Batista Gomes. Op. cit. 268.
[184] Sobre o tema, assevera JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA que "*no nível mais alto, as políticas públicas vêm estabelecidas pela Constituição e pelas leis, cabendo ao administrador (de forma interativa com a sociedade) desdobrá-las em instrumentos específicos de concretização. É quando são estabelecidos os programas de alocação e aplicação dos meios disponíveis e tomadas outras providências necessárias para atender à finalidade constitucional ou legal. Respeitados os mínimos constitucional ou legalmente estabelecidos e as restrições orçamentárias e com ou sem consulta à sociedade (dependendo do estilo mais ou menos democrático de administração), serão feitas escolhas, dentro do leque de alternativas.*" (Ibid. p. 267)
[185] JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. Cit. p. 53.
[186] ZANOCCHI, José Maria. Op. cit. p. 143.

de concretização dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais (caráter redistributivo), traduzidas nas formas de planos, medidas, ações estatais, formatadas pelo Estado"[187]. Compartilha ainda dessa noção MOREIRA, para quem *"o Estado Social assume, por meio das políticas públicas, os grandes riscos sociais da existência humana. Entre as políticas públicas ou programas governamentais destacam-se, por isso, as que se destinam a promover os direitos sociais previstos na Constituição.*"[188]

Relevante fixar também, desde já, que a concretização de todos os direitos fundamentais é perseguível através das políticas públicas. Quer-se com isso afirmar que, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, o planejamento e a implementação das políticas públicas não visam apenas à satisfação material dos chamados **direitos fundamentais de 2ª geração**[189], também denominados de "direitos à prestação", que são caracterizados justamente pela necessidade de execução, por parte do Estado, de atividades concretas capazes de lhes conferir eficácia jurídica prática, a exemplo dos típicos direitos sociais, como o direito à educação, o direito à saúde e o direito à moradia.

O que ocorre é que, em se tratando de tais direitos, emerge bem mais evidente a relação direta entre a sua satisfação concreta e a execução da política pública correspondente, tal como se dá, partindo dos exemplos citados, com a "*política pública de alfabetização na idade certa*", implementada com a construção de escolas, a contratação de professores, o fornecimento de merenda e de material escolar e o transporte gratuito para os alunos, dentre outras medidas; ou com a "*política pública de vacinação contra a poliomielite*", que se implementa com a construção de postos de vacinação, a contratação de enfermeiras, a compra de vacinas e um trabalho de divulgação da campanha de vacinação; ou com a "*política pública de desocupação de áreas de risco*", que se concretiza através do trabalho técnico de identificação dessas áreas, de notificação e esclarecimento de seus moradores a respeito da situação periclitante em que se encontram, a construção de novas moradias em locais adequados e o remanejamento dessas pessoas e de seus bens para os novos lares.

---

187 SÁ, Itanieli Rotondo. **Controle Judicial das Políticas Públicas como Mecanismo de Concretização do Estado Democrático de Direito – uma reflexão sobre a ponderação econômica como elemento objetivo para uma decisão judicial responsável**, In: Ibid, p. 199/214, p. 213.

188 MOREIRA, João Batista Gomes. Op. cit. p. 269.

189 Ou "dimensão", como é da preferência terminológica do professor Paulo Bonavides. Nas palavras do autor: "*Força dirimir um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações anteriores, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda geração, direitos sociais, os da terceira geração, direito ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia*". (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 524).

No entanto, os **direitos fundamentais de 1ª geração**, também chamados de "direitos de defesa", igualmente demandam a execução de políticas públicas para que sejam tutelados e concretamente efetivados, com a diferença de que, em relação a esses direitos, a satisfação propiciada pelas políticas públicas se dá, na maioria das vezes, de forma indireta. É o que ocorre com a "*política de segurança pública*", executada primordialmente pelos órgãos policiais, que serve como instrumento de proteção e efetivação dos direitos fundamentais à vida, à integridade física, à segurança e à propriedade. De igual modo, a "*política pública de construção e manutenção de estradas*" assegura o gozo pleno do direito fundamental de ir e vir. O mesmo raciocínio se aplica aos chamados **direitos fundamentais de 3ª geração**, nomeados por alguns de "direitos difusos ou de solidariedade", como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, cuja garantia é também buscada, v.g., através da "*política pública de combate ao desmatamento*", ou, ainda, o direito do consumidor a informações precisas sobre os produtos disponibilizados no mercado, que é garantido também pela "*política pública de metrologia*" desenvolvida pelo INMETRO e, em nível estadual e municipal, por outros institutos de pesos e medidas. Portanto, reitera-se, as políticas públicas podem destinar-se à satisfação de todo e qualquer direito fundamental, inserido em qualquer das denominadas gerações ou dimensões.

Não há, pois, que se fazer diferença, no ponto, entre os chamados direitos negativos e os direitos positivos, pois ambos, em última instância, devem ser encarados como positivos, na medida em que demandam necessariamente a intervenção estatal como condição para sua proteção e realização concreta. Nesse sentido, asseveram HOLMES e SUNSTEIN em sua clássica obra *The Cost of Rights* que "*even those 'negative rights will be protected only if they find a protector, only if there exists a supervisory state body*"[190]. O ponto de vista é exposto com mais profundidade na seguinte passagem:

> "*Where there is a right, there is a remedy', is a classical legal maxim. (...) This simple point goes a long way toward disclosing the inadequacy of the negative rights/positive rights distinction. What it shows is that all legally enforced rights are necessarily positive rights. Rights are costly because remedies are costly. Enforcement is expensive, especially uniform and fair enforcement; and legal rights are hollow to the extent that they remain unenforced. Formulated differently, almost every right implies a correlative duty, and duties are taken seriously only when dereliction is punished by the public power drawing on the public purse. There are no legally enforceable rights in the absence of*

190 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. **The Cost of Rigths**, New Yourk: Norton & Company, 2000, p. 54.

> *legally enforceable duties, which is why law can be permissive only by bein simultaneously obligatory. That is to say, personal liberty cannot be secured merely by limiting goverment interference with freedom of action and association. No right is simply a right to be left alone by public officials. All rights are claims to na affirmative governamental response.*"[191]

Pois bem, tendo como norte a satisfação concreta dos direitos fundamentais positivados na Constituição, deve-se destacar – porque importante para o desenvolvimento do trabalho – que o **processo de escolha das políticas públicas**, com a formulação do plano de ação, é realizado pelo Executivo ou pelo Legislativo, sendo geralmente formalizado por meio de leis, atos normativos infralegais ou mesmo atos administrativos simples, que veiculam o programa governamental voltado para uma área específica de atuação estatal, traçando os objetivos gerais, as fases de implementação, os órgãos e entidades que participarão de sua execução, dentre outros detalhamentos.

É verdade que a iniciativa das políticas públicas não é puramente governamental. Segmentos da sociedade, formados por grupos de interesses e movimentos sociais, cada qual com determinado grau de penetração política, exercem pressão sobre os órgãos do governo com o objetivo de influenciar a adoção desse ou daquele programa de ação, ou mesmo a mudança de rumo de um programa que já esteja em execução. Como esclarece SOUZA, as decisões acerca das políticas públicas "*recebem constantes* 'inputs' *dos partidos, da mídia e de diversos grupos de interesse, os quais inevitavelmente influenciam seus resultados e efeitos*."[192] A própria legislação contempla a possibilidade da participação popular nesse processo. Com efeito, no caso das políticas públicas relacionadas à educação e à saúde, a sociedade participa ativamente mediante os respectivos **Conselhos**, em nível municipal, estadual e nacional. São também instrumentos dessa participação as **audiências públicas**, nas quais os setores da sociedade potencialmente afetados pelas medidas a serem adotadas são chamados a se manifestar sobre os temas que estão na pauta política. Nessa linha, o art. 48, parágrafo único, I, da Lei Complementar nº 101/00, ao dispor sobre os instrumentos de transparência na gestão fiscal, preceitua que essa deve ser assegurada também mediante o "*incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos*" (redação dada pela LC nº 131/09).

[191] Ibid. p. 43/44.
[192] SOUZA, Celina. Op. cit. p. 24.

Ocorre que, mesmo em se admitindo essa interferência popular – tomado o termo "popular" aqui apenas como significando "elemento não estatal" participante do referido processo, vez que, não raro, essa interferência é exercida apenas por setores minoritários e favorecidos, em muitos casos através de lobistas profissionais –, o fato é que o ato de eleição dos programas de ação relacionados às políticas públicas, a definição da agenda (*agenda setting*), é um **ato de governo**, no sentido de que é praticado por órgãos governamentais enquanto tais, no exercício da chamada "**função política**", da qual são encarregados, em um primeiro momento, os membros do Parlamento e, subsidiariamente, do primeiro e segundo escalões do Poder Executivo.

Com razão, essa decisão política, via de regra, é previamente tomada pelo Legislativo através da edição de leis que veiculam normas gerais e abstratas normatizadoras da atuação do Estado em determinada área de interesse, tendente à satisfação concreta de determinado direito fundamental, seja criando uma estrutura administrativa (órgãos e entidades) encarregada da execução das correspondentes atividades, seja estabelecendo princípios reguladores do comportamento administrativo ou objetivos a serem alcançados, seja traçando regras técnicas e parâmetros de atuação para os particulares, seja, ainda, tipificando infrações e cominando sanções para o caso de descumprimento destes, dentre outros pontos. É o que se deu, por exemplo, com a **Lei nº 6.938/81** que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente; a **Lei nº 8.080/90** que instituiu a Política Nacional para Promoção, Proteção e Recuperação da Saúde; a **Lei nº 9.433/97** que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos; a **Lei nº 11.445/07** que instituiu a Política Nacional de Saneamento Básico; a **Lei nº 11.771/08** que instituiu a Política Nacional de Turismo; a **Lei nº 12.187/09** que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima; a **Lei nº 12.305/10** que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos; a **Lei nº 12.587/12** que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana; e a **Lei nº 12.608/12** que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, e muitas outras ainda poderiam ser citadas.

Obviamente, adotando nossa ordem jurídica o **princípio da supremacia e da rigidez constitucional**, além do sistema de **controle difuso e concentrado da constitucionalidade dos atos normativos**, caso algum desses diplomas legais ofenda preceito inserto na Constituição Federal, poderá qualquer juiz ou tribunal declarar-lhe a nulidade. Todavia, para os fins do presente trabalho, a atenção será concentrada no controle jurisdicional da fase posterior da decisão política acerca das políticas públicas, referente ao chamado "**momento administrativo**". É que, existente ou não lei instituidora de normas gerais sobre a

atuação do Estado em determinada área, ao Poder Executivo, também no exercício da função política, sempre restará larga margem de escolha sobre diversos pontos atinentes à respectiva política pública. É em relação a esses atos, a essas decisões do Executivo acerca dos planos de ação, que se procederá à investigação sobre a sindicabilidade judicial, uma vez que, como consignado, ninguém discute a possibilidade de o Judiciário declarar a inconstitucionalidade de uma lei.

Mas o que caracterizaria estes atos políticos? Quais os elementos, as peculiaridades que os diferenciariam dos atos administrativos ordinários, se é que se pode falar nessa diferenciação?

Bem, primeiramente, a despeito de certa divergência doutrinária, entende-se que, partindo da divisão tríplice das funções estatais, os atos de governos devem sim ser inseridos dentro do gênero "atos administrativos", vez que, por exclusão, obviamente não são eles nem atos legislativos nem atos judiciais. Contudo, não há como negar, existe uma nota característica desses atos que os separam dos atos administrativos comuns. Essa distinção reside precisamente no **alto grau de discricionariedade** a que sempre estão sujeitos tais atos, vez que, quando de sua prática, a decisão correspondente comporta uma larga margem de valoração subjetiva por parte do tomador da decisão (*policy maker*) no que se refere ao seu conteúdo.

Em certa medida, essa elevada discrição de que goza o administrador público no exercício da função política resulta do fato de que, por ocasião da prática do ato, ou **i)** não existem prévios parâmetros legais orientadores desse comportamento, como nas hipóteses em que não há a uma lei instituidora da correspondente "política nacional", ao contrário dos exemplos citados acima, caso em que, então, o único marco normativo que servirá de norte e ao qual estará vinculado o decisor será a própria Constituição Federal[193]; ou **ii)** mesmo que existente tal lei, os termos desta – como costuma ocorrer – são vagos, abstratos, porosos, de modo a comportarem, com bastante intensidade, o preenchimento de seus significados normativos por juízos de valor e percepções subjetivas do tomador da decisão, resultando para este, consequentemente, múltiplas possibilidade de ação, em tese, igualmente válidas.

Pelo aduzido acima, concorda-se apenas em parte com CARVALHO FILHO, quando, ao falar dos atos políticos, afirma que:

[193] Ou Constituição Estadual se a autoridade compor a estrutura administrativa de algumas das unidades federativas menores.

> "*Esses atos não são propriamente administrativos, mas atos de governo. Seu fundamento se encontra na Constituição, e por tal motivo não têm parâmetros prévios de controle. Por outro lado, são esses atos que permitem a condução das políticas, das diretrizes e da estratégia do Governo. Ausentes quaisquer* standarts *predeterminados para limitá-los, os atos políticos comportam maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas.*"[194]

Compartilha-se do entendimento no ponto em que o autor afirma que os atos políticos comportam uma maior discricionariedade para os governantes (administradores), entretanto discorda-se quando assevera não terem aqueles atos quaisquer "parâmetros prévios de controle", não se sujeitando a "*standarts* predeterminados". É que, segundo se pensa, esses parâmetros, esses *standarts* existem e estão dispostos na Constituição Federal e, a depender do caso, na eventual lei que disponha sobre a matéria relativa ao tal ato político. Entende-se até ter sido contraditório o autor, já que este chega a reconhecer que o fundamento do ato político "se encontra na Constituição". Ora, se o ato é fundamentado na Lei Maior, obviamente está submetido a seus preceitos para fins de verificação de sua legitimidade normativa.

Pelo exposto, crê-se que se pode, então, identificar o **ato político** – inclusive aquele pelo qual se procede à escolha dos programas de ação relativos às políticas públicas – com o **ato administrativo discricionário**, ressalvando a apontada diferença de grau, de intensidade no tocante à margem de liberdade resultante da discrição outorgada, que nos atos políticos, enquanto atos de governo, é bem mais elevada quando comparada com aquela presente nos atos discricionários ordinários

Dentro do objeto de análise do presente trabalho, a questão que se coloca, pois, é saber sobre a possibilidade de o Poder Judiciário – no exercício da função jurisdicional que lhe é constitucionalmente outorgada – sindicar estes atos de governo que, ao fazerem opções políticas à vista das múltiplas possibilidades de atuação que surgem diante do problema social detectado e posto a solução, estabelecem o planejamento das políticas públicas, as quais são depois executadas pela Administração. E mais: há de se questionar também, em sendo admitida essa sindicabilidade, em que extensão esta pode legitimamente se dá.

As respostas a esses questionamentos, no entanto, não são simples, demandando que se adentre em intrincados temas jurídicos. É o que se tentará fazer nos próximos tópicos.

---

[194] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**", 14ª ed,. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 811.

2.2 A atuação da Administração Pública e o Controle dos Atos Administrativos

Analisar-se-á no presente tópico a forma pela qual a Administração Pública comporta-se em um Estado Democrático de Direito e – estando aí pressuposta a subordinação daquela ao soberano poder popular – os instrumentos de controle de seus atos, com destaque para o desempenhado por meio do Poder Judiciário.

2.2.1 A divisão dos Poderes e o controle da Administração

Como se sabe, o Estado, enquanto entidade abstrata e cultural de criação humana, manifesta-se no mundo através do próprio homem, que, quando se encontra nessa particular situação, observados os procedimentos pertinentes previstos na ordem jurídica, é qualificado como "agente público". Assim, quando este age nessa condição é como se o próprio ente estatal se fizesse presente e atuasse pessoalmente, existindo uma relação de imputação direta entre os atos praticados pelo agente público e a entidade de cuja estrutura orgânico-funcional aquele faça parte (**teoria da imputação**).

Por outro lado, desde a eclosão das revoluções liberais do século XVIII, como resultado da insurgência popular de viés burguês contra a concentração e personificação do poder nas mãos das monarquias absolutistas, as funções preponderantes do Estado, aquelas atividades fundamentais justificadoras de sua existência, passaram a ser repartidas entre diferentes estruturas organizativas de poder. Isto com a finalidade de que esses diferentes organismos, detentores cada um, agora, de parcela do poder estatal, fiscalizassem uns aos outros, servindo, assim, de anteparo ao cometimento de eventuais abusos, no que se convencionou chamar de **sistema de freios e contra-pesos** (*check and balances sistem*).

Este fracionamento e repartição das funções do Estado, concretização da **teoria da divisão dos poderes** desenvolvida por Montesquieu[195], hoje acolhida pela quase totalidade das ordens jurídicas dos países democráticos, resultou na criação de três distintos Poderes, a saber, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, cada um destes titular preponderante de uma das típicas atribuições outorgadas ao Estado: administrar, legislar e julgar, respectivamente. Concentremos nossa análise, por ora, no primeiro daqueles Poderes.

---

[195]MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **Do Espírito das Leis**, Coleção "A Obra Prima de Cada Autor - Série Ouro", São Paulo: Martin Claret, 2012.

Apesar de se afirmar, genericamente, que ao Poder Executivo cabe administrar a coisa pública e executar os comandos legais editados pelo Legislativo, sua competência, a bem da verdade, é de **natureza residual** em relação às funções outorgadas aos outros dois Poderes, na medida em que lhe compete todas aquelas atividades que não constituam ou na edição de normas autônomas, gerais e abstratas tendentes a regulamentar o convívio social (função legislativa) ou no julgamento de lides com força de definitividade e coercibilidade (função jurisdicional). Portanto, qualquer atividade estatal que não seja considerada de natureza legislativa ou judicial é administrativa. Deste modo, pode-se afirmar que ao Poder Executivo, enquanto exercente da Administração Pública, cabe, dentre outras, as tarefas de gerir e executar as atividades materiais do Estado, de modo a serem atingidas as finalidades dispostas na **lei**; fiscalizar a atuação dos particulares com base nos parâmetros de comportamento **fixados legalmente**; e disponibilizar utilidades materiais à população conforme planos e metas estabelecidos igualmente por **instrumentos legais**.

Como se nota da deliberada repetição feita no parágrafo anterior, um traço distintivo de todo o atuar da Administração Pública é sua constante submissão à lei. Com efeito, o administrador público, enquanto gestor de interesses alheios (interesses de toda a sociedade), não é senhor absoluto do conteúdo de seus atos, não é completamente livre para escolher o caminho a seguir, não tem o poder de escolher entre agir e não agir, ou mesmo quando agir. É verdade que, como se verá mais adiante, em algumas situações o gestor público até detém certo grau de liberdade na apreciação da situação subjacente posta e, a partir desta, na tomada de decisão sobre como atuar, contudo essa liberdade, quando existente, tem sempre por objetivo atingir da melhor maneira possível a finalidade pública fixada na própria lei outorgadora da competência. Esta ínsita limitação da Administração aos termos da lei decorre do **princípio da legalidade**, o qual é corolário necessário do **paradigma jurídico do Estado Democrático de Direito**, na medida em que se reconhece que o braço executivo do Estado não está imune à regulamentação veiculada pela lei, que, por sua vez, é resultado da vontade soberana do povo, verdadeiro e único titular do poder (art. 1º, parágrafo único, CF/88), exercido por meio de seus representantes democraticamente eleitos.

Portanto, e este é um ponto importante que merece ser desde já assentado, o Poder Executivo jamais possui liberdade absoluta para decidir quando e como agir, vez que, mesmo nas hipóteses em que existente certa margem de escolha legítima para o administrador, ainda assim seu comportamento será limitado sob certos aspectos e à vista do caso concreto em virtude do qual se dá sua atuação. Dessa constatação de que os atos administrativos são sempre,

em certa medida, sujeitos a restrições, conclui-se como decorrência lógica – e por força também do já mencionado paradigma do Estado Democrático de Direito – que esses atos devem necessariamente ser passíveis de controle.

O **controle dos atos administrativos**, seguindo o mencionado sistema de freios e contrapesos, dá-se através das três estruturas orgânicas do poder estatal. Com razão, o ato administrativo é passível de revisão pela própria Administração por meio do que se denomina **poder de autotutela**, que nada mais é do que a possibilidade jurídica daquela anular seus atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais ou revogá-los quando eles não se mostrarem mais oportunos ou convenientes, isto quando tais critérios de valoração subjetiva são admitidos pela lei[196]. Os atos administrativos são também sindicáveis pelo Poder Legislativo, que pode verificar sua legitimidade jurídica tanto diretamente, por meio de apuração levada a cabo pelo próprio Parlamento através de suas pertinentes comissões, como por meio do correspondente Tribunal de Contas, que, constituindo órgão auxiliar do Legislativo, assessora-o no exame técnico-contábil dos atos e contratos da Administração, para fins de fiscalização quanto ao cumprimento da legalidade e economicidade, dentre outros parâmetros de controle (arts. 31, § 1º, 33, § 2º, 71, CF/88). E, por fim, tem-se o controle jurisdicional dos atos administrativos, exercido, obviamente, pelo Poder Judiciário à vista da provocação de quem se sinta lesado ou ameaçado de lesão em razão do questionado comportamento da Administração (art. 5º, XXXV, CF/88). O primeiro desses controles é denominado **interno**, já que exercido pelo próprio poder emissor do ato controlado, ao passo que os outros dois classificam-se como **externos**, na medida em que se tem uma sindicância desempenha por poder diverso.

Ater-se-á, agora, ao controle jurisdicional do ato administrativo, foco de investigação da presente dissertação.

2.2.2 O controle jurisdicional dos atos administrativos: da legalidade à juridicidade

Como se consignou acima, a atuação do administrador público é sempre legalmente condicionada, em maior ou menor intensidade, a depender do caso. Isto porque as competências lhe outorgadas o são na condição de "**função**", na medida em que o termo implica na ideia de atribuições subordinadas a um fim do qual o executor não pode dispor, e não na condição de

196 Nesse exato sentido é o teor do enunciado da Súmula nº 473 do STF: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

"**poder**", que significaria a possibilidade de o agente estatal agir conforme vontade própria, desvinculado de quaisquer parâmetros externos que tenham lhe sido impostos.

Na verdade, pode-se até corretamente falar que a Administração Pública detém "poder", já que, em algumas situações, é lhe permitido praticar atos autoexecutórios[197] visando à preservação da segurança, da saúde e da incolumidade públicas, como acontece quando exerce o **poder de polícia**; ou porque pode também dispor normativamente sobre o modo de execução de um determinado comando legal, ao exercer o **poder normativo**; ou, ainda, em razão de poder aplicar uma sanção a um servidor ímprobo, no exercício do chamado **poder hierárquico**. Todavia, todos esses "poderes" somente são outorgados pela ordem jurídica ao administrador com a finalidade de dotar este de instrumentos que lhe permitam atuar satisfatoriamente na persecução do interesse público que lhe é afeto, devendo o tal "poder" ser exercido apenas na medida indispensável para que esse resultado seja alcançado (proporcionalidade em sentido estrito). Daí porque BANDEIRA DE MELLO prefere a expressão "**dever-poder**". Nas palavras do autor, não se poderia de forma alguma supor:

> *"que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, 'deveres-poderes', no interesse alheio."*[198]

Entretanto, nem sempre foi assim. No período dos Estados monárquicos absolutistas, nos quais a figura do rei confundia-se com a da própria entidade estatal e os interesses e atos daquele eram considerados como inquestionável expressão da vontade da nação, às vezes tidos como praticados por direta inspiração divina, a atuação do administrador, enquanto extensão e mero executor da vontade real, não encontrava limites com base nos quais pudesse ser contrastado. Uma expressão da época que bem denota esse estado de coisas é o conhecido brocardo "*the king can do no wrong*"[199]. Este "pensamento jurídico", se analisado

[197] O termo significa dizer que os atos podem ser executados diretamente pela Administração sem necessidade de esta obter antes um provimento jurisdicional que lhe ampare a atuação, o que pressupõe também a "exigibilidade" dos correspondentes atos administrativos, expressão que denota a possibilidade a Administração impor a particulares o cumprimento de determinadas ordens, desde que amparadas em lei, independentemente também de prévio pronunciamento jurisdicional.
[198] MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit. p. 62.
[199] "O rei não pode errar".

bem, era até correto sob a lógica então vigente, uma vez que as leis eram criadas e editadas pelo próprio monarca, que, ato seguinte, às executava através de seus subordinados. Então, se alguma lei se tornasse inconveniente sob o ponto de vista do rei, bastava que este a revogasse ou, melhor, a declarasse nula retroativamente. E mais: lembre-se que nesse contexto ainda não se tinha uma Constituição rígida hierarquicamente superior que subordinasse os poderes constituídos e os demais atos normativos por estes editados. Em outras palavras, o rei – o Poder Executivo da época – podia tudo.

Com a eclosão das revoluções liberais do final do século XVIII, como a francesa e a americana, seguidas de outras convulsões sociais que geraram também profundas reformas políticas em outros países da Europa e da América no decorrer do seguinte século XIX, verificou-se uma significativa mudança de paradigma no que se refere ao exercício do poder estatal. Como já dito acima, a emergente burguesia vitoriosa passou a exigir que o poder do Estado fosse repartido e dividido, bem como que estes poderes constituídos ficassem subordinados a uma Carta Política localizada no topo do ordenamento jurídico, a qual conteria os alicerces fundamentais do Estado, como a forma de exercício do poder e o rol de direitos considerados fundamentais da pessoa humana. Como corolário dessas mudanças, fixou-se também que a Administração Pública não poderia mais ser considerada senhora de seus atos, estando ela, de agora em diante, subordinada também à lei, enquanto expressão do poder popular, tal qual a generalidade das pessoas. Eis, pois, o quadro normativo emergente do **paradigma do Estado de Direito**.

É a partir daí que surge o próprio **Direito Administrativo**, enquanto ramo do Direito que cuida de estudar as normas jurídicas que disciplinam o comportamento da Administração Pública. É que antes do referido marco temporal não existiam propriamente normas a regulamentar o atuar administrativo, pelo menos não com a feição jurídica de Direito Público de que hoje se revestem. Nesse exato sentido é a lição de DI PIETRO:

> "*Mas a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado moderno – o conceito de* ***Estado de Direito****, estruturado sobre o* ***princípio da legalidade*** *(em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial a lei fundamental que é a Constituição) e sobre o* ***princípio da separação de poderes****, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. Daí a afirmação de que o Direito Administrativo*

nasceu das revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média.[200]" (grifos do original)

A partir daí, bem fixadas estas balizas de atuação do Estado-Administração e instituído um Poder Judiciário independente com competência para dirimir conflitos com base nas normas dispostas na lei e na Constituição, não mais se questionou a possibilidade de os atos administrativos serem submetidos ao controle jurisdicional a instâncias da parte interessada. O que mudou, desde então, entretanto, foi a amplitude desse controle.

Com efeito, no início, por força até da **Escola Legalista ou Exegética do Direito**, surgida na França napoleônica ainda sob forte influência da visão originária e rígida do princípio da separação dos poderes, o Judiciário apenas podia fiscalizar a atuação administrativa tendo como parâmetro os termos da lei outorgadora da respectiva competência e apenas nos aspectos do ato que se encontrassem vinculados à lei. Caso, pelo contrário, se estivesse diante de ato praticado com base em competência discricionária – onde certos elementos escapam da relação de estrita vinculação legal, para admitir variações de forma e conteúdo e momento de execução, de acordo com apreciações subjetivas do administrador, pautando-se este por critérios de conveniência e oportunidade –, não se admitia absolutamente que o Judiciário o controlasse, sob pena de ofensa ao sagrado princípio tripartição dos poderes[201].

Esta fase inicial do Estado de Direito encontrava-se intimamente atrelada ao paradigma do Estado Liberal, pelo que pautada em cima, dentre outros, dos dogmas da segurança jurídica, da sapiência absoluta do legislador, da completude e racionalidade do sistema normativo e da separação estrita das funções estatais entre os poderes constituídos, todos característicos do **movimento positivista**, no qual a exaltação do princípio da legalidade – verdadeiro baluarte do ideário burguês inspirador das reformas liberais – gerava um autêntico "fetichismo da lei". Ocorre que, superados o furor e o arroubo dessa fase inicial, emerge um novo paradigma jurídico-político mais sensato e ponderado, associado agora ao Estado Democrático de Direito.

Este, fundamentado no que se convencionou chamar de **neoconstitucionalismo**, surge, então, como defensor da prevalência de novos valores – tais como a justiça e a dignidade

---

[200] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit, p.2.

[201] Acerca dessa dicotomia entre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários, convém trazer a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, segundo o qual a diferença nuclear entre ambos reside no fato de que, nos primeiros: "*a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado*", ao passo que nos segundos a disciplina legal do ato "*deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar*". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 394).

da pessoa humana – sobre os antigos dogmas acima referidos. Contrapondo-se às ideias positivistas, apresenta-se como propagador da racionalidade limitada do legislador e da insuficiência e lacunosidade do sistema legal. Surge como defensor da relatividade da divisão dos poderes estatais e instaurador de uma ordem jurídico-constitucional na qual os princípios positivados pela Constituição possuem eficácia normativa plena, subordinando a validade e condicionando a interpretação de todas as normas de estatura infraconstitucional. Está-se diante do que muitos doutrinadores nominam de **movimento pós-positivista**[202].

Com essa mudança radial – que não se deu, entretanto, de uma hora para outra –, altera-se também a forma e a extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos. A fiscalização judicial deixa de se limitar aos aspectos legais do ato para passar a considerar outros parâmetros de controle. Procede-se, agora, à verificação acerca de sua adequação aos preceitos constitucionais; analisa-se a observância da razoabilidade e da proporcionalidade, constatando-se se há harmônica relação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como se não se cometeu nenhuma restrição desnecessária ao direito dos administrados; investiga-se aspectos de economicidade do ato; adentra-se na análise sobre sua eficiência, no que se refere à capacidade de alcançar os melhores resultados possíveis; dentre outros aspectos que antes não era levados em consideração pelo magistrado a quem distribuído feito questionador de um comportamento qualquer da Administração Pública. Daí porque se dizer que do mero **controle de legalidade** dos atos administrativos evoluiu-se para o **controle de juridicidade** destes, uma vez que significativamente ampliados os parâmetros para a sua fiscalização. Acerca do tema, colaciona-se a seguinte passagem da clássica obra de MORAES:

> "*A evolução jurisprudencial das técnicas de controle da Administração Pública confunde-se com o desenvolvimento histórico do Direito Administrativo. (...) De início circunscrito ao controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, ou seja, ao exame dos vícios de incompetência, de forma, de desvio de poder, do erro de fato e do erro de direito, o controle jurisdicional da atividade administrativa – denominado 'controle mínimo', no Direito Francês, ampliou-se, pouco a pouco, de modo a alcançar, além daqueles aspectos predominantemente regrados pela lei, outros domínios, tidos tradicionalmente como insindicáveis pelos Tribunais. Os domínios da atuação administrativa não vinculada começaram a balizar-se, não mais pela legalidade, mas por outros parâmetros, frutos de criação e*

[202] Sobre o tema, aduz NAGIBE DE MELO JORGE NETO que "*o pós-positivismo aceitou a existência de uma categoria de direitos que substitui à suficiência, pelo menos por enquanto, e nos Estados onde vigora um mínimo de democracia, os direitos naturais. Isso foi possível graças a uma engenhosa construção jurídica que descobriu a força normativa de enunciados valorativos tão gerais e abstratos que aventar sua aplicação espantaria o mais progressista dos espíritos da razão iluminista. Trata-se dos princípios.*" (NETO, Nagibe de Melo Jorge. Op. cit. p. 27).

> *construção jurisprudencial, posteriormente, positivados nos textos constitucionais e legais de diversos países, sem que, no entanto, jamais se chegasse ao ponto extremo de negar a existência de situações administrativas ou, ao menos, de aspectos de determinados atos administrativos insuscetíveis de revisão judicial plena.*"[203]

Segue a mesma linha de raciocínio VIANA, de acordo com o qual:

> "*a crítica à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos (e as políticas públicas realizam-se por meio de um ou de vários atos administrativos, como é evidente) restou superada pelo reconhecimento da eficácia normativa dos princípios, aos quais está vinculada a atuação discricionária da Administração Pública. Delineia-se, então, doutrina que admite esfera de discricionariedade (administrativa) justiciável. Assim, já não há falar na clássica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.*"[204]

No tópico seguinte, analisar-se-á melhor esses novos parâmetros do controle judicial da atuação da Administração, inclusive para tentar fixar seus limites, uma vez que, como bem colocado por MORAES, não se nega a existência de situações em que não é admitida a revisão judicial do ato administrativo. Mas para isso é essencial que se compreenda a real natureza do ato discricionário e de sua finalidade.

2.2.3 O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

A **vinculação administrativa** é facilmente compreendida. Nela, a lei prevê objetivamente, através de conceitos unisignificativos e termos jurídicos sedimentados, o acontecimento fático em função do qual o agente administrativo, apontado também pela lei, deve agir, indicando de maneira direta e objetiva o único comportamento admitido à vista do aludido fato. Aqui, é a própria lei quem já escolhe a forma de se alcançar a finalidade pública, tendo em vista que consegue, de antemão, prever exatamente as possibilidades de ação à vista daquela hipótese fática e escolher, a partir delas, a mais adequada, a mais eficiente, enfim, a melhor para se atingir o objetivo visado. Ora, diante de tão estreito caminho disponibilizado ao administrador, desprovido de encruzilhadas, entroncamentos ou outras variantes, é igualmente

---

[203] MORAES, Germana de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 81.
[204] VIANA, Emílio de Medeiros. **Políticas Públicas e Controle Judicial: ponderação econômica como critério de decisão, para uma atuação judicial social e economicamente responsável**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, 2010.

fácil concluir que o controle judicial do correspondente ato é o mais amplo possível, abarcando todos os seus elementos.

A **discricionariedade administrativa**, todavia, não é tão simples, ao menos no que toca à identificação de sua causa, de sua razão de ser. Nela, a lei outorgadora da competência ou **a)** não descreve antecipadamente o pressuposto fático para a prática do ato ou, se o descreve, o faz com expressões vagas, imprecisas ou plurissignificativas cujo sentido precisa ser preenchido por juízos subjetivos de valor; ou **b)**, independentemente da existência dessa previsão do acontecimento fático que irá suscitar o atuar administrativo, ou da forma como ela se dá, em termos precisos ou imprecisos, a lei de competência confere ao administrador liberdade para decidir praticar um dentre uma série de atos que reputa igualmente cabíveis ou, ainda, não praticar ato algum, decisão essa que é tomada segundo critérios de conveniência e oportunidade; ou, por fim, **c)** a lei limita-se a atribuir ao administrador competência para praticar ato ou atos tendentes a alcançar um objetivo que é fixado, também pela lei, em termos genéricos, através de expressões vagas, refratárias a uma significação unívoca inquestionável.

Assim, a discricionariedade administrativa necessariamente vai pressupor uma margem de liberdade decisória que remanesça ao administrador à vista da regulamentação legal do ato. A este espaço de liberdade chama-se "**mérito do ato administrativo**". Segundo a doutrina, é justamente esse o núcleo intangível do ato discricionário, seu elemento insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário. Nas palavras de MORAES, o mérito "*pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário*"[205].

O problema, contudo, consiste em saber quando existirá o tal "espaço de liberdade do administrador" e quais serão os seus contornos, o tamanho desse espaço. É que, como se demonstrará mais abaixo, da só existência de discricionariedade na previsão da lei (**discricionariedade *in abstrato***) não decorre que sobre ao administrador necessariamente alguma liberdade decisória (**discricionariedade *in concreto***). A previsão legal de competência discricionária, assim, é pressuposto necessário, mas não suficiente para a ocorrência de discricionariedade diante do caso prático em face do qual o ato deve ser praticado.

[205] MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit. p. 49.

Para que se entenda essa aparente contradição, faz-se imperioso ter em mente que, por força de princípios vetores de qualquer Estado Democrático de Direito, a previsão legal de competência discricionária não significa a outorga, pelo Poder Legislativo, de uma "carta branca" ao Poder Executivo para que este pratique o ato da forma como lhe convier. A lei, mesmo tendo sido criada pelo povo através de seus representantes, não tem o poder de libertar assim a Administração das amarras a que se acha atada desde a instauração do chamado Estado de Direito, conforme já referido. Como também já se disse, o administrador público exerce uma função, significando isto que suas atribuições são sempre vinculadas ao atingimento da finalidade pública visada pela lei ou pela Constituição.

Nestes termos, quando se outorga à Administração uma competência discricionária faz-se com o único objetivo de conferir a esta a possibilidade de, à vista das peculiaridades de cada caso concreto, averiguar qual ato alcançará da melhor forma possível a tal finalidade pública. Procede-se dessa forma porque, em algumas situações, não é possível ao legislador antever quais serão as exatas características do pressuposto de fato do ato administrativo ou qual é o comportamento ideal, diante desse fato, para se atingir a finalidade visada, como se dá nos casos de vinculação administrativa. A respeito do tema, vale-se mais uma vez das sagazes observações de BANDEIRA DE MELLO:

> "*A discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se de modo que torne possível o alcance perfeito do desiderato normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discrição, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discrição.*"[206]

Portanto, a discricionariedade existe por um motivo, por uma razão de ser, qual seja, instrumentalizar a Administração com a capacidade de agir com certa liberdade em algumas hipóteses para que, assim, possa avaliar, levando em conta as circunstâncias do caso, qual das opções decisórias disponibilizadas pela lei outorgadora da competência é aquela que

[206] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 846.

melhor sirva ao atingimento da finalidade ali prevista. Com efeito, é até questão de lógica supor que se a lei, ao prevê uma discricionariedade administrativa, admite como válida uma variedade de condutas, só pode ser porque pretende que se adote certa solução para um dado tipo de casos e outra para casos diversos, de forma que sempre seja adotada a chamada "**solução ótima**", por ser a mais adequada à fisionomia própria de cada situação. Assim sendo, tem-se que as múltiplas soluções comportadas pela lei não são indiferentes diante do caso concreto.

Dessa conclusão, chega-se, por desenvolvimento do raciocínio, a outra: a de que a existência de discricionariedade no plano abstrato (no plano da lei), não implica necessariamente a existência de discricionariedade no plano concreto (no plano do ato)[207]. Isto porque aquela discricionariedade apenas remanescerá nas hipóteses em que, à vista do caso prático, não se possa inferir com um grau de absoluta objetividade qual das opções de ação albergadas pela lei é aquela considerada "ótima". Em sendo possível identificar, sem margem para dúvida, qual seria a solução que melhor cumpre o fim visado pela lei aplicanda dentre aquelas previstas como indiferentemente admissíveis no plano abstrato, a liberdade do administrador, diante do caso concreto, acaba por esvaziar-se, vez que necessariamente deverá adotar a tal solução. Diz-se, então, que a **discricionariedade foi reduzida a zero**.

Deve-se tratar ainda das hipóteses em que a discricionariedade é resultante da utilização, pela lei outorgadora da competência, de conceitos jurídicos indeterminados, os quais, segundo MORAES, são aquele que, quando de sua aplicação, demandam "*um processo de preenchimento semântico, isto é, de 'densificação', feito através de uma valoração*"[208]. O significado destes conceitos, portanto, é vago, fluido, impreciso, exigindo, para sua definição, a utilização de juízos de valor subjetivo do intérprete. Todavia, há de se ter em vista que, mesmo nesses casos, a discricionariedade prevista no plano abstrato pode reduzir-se consideravelmente no plano concreto, uma vez que, mesmo em se tratando desses conceitos, haverá hipóteses em que se terá certeza absoluta de que o conceito tem aplicação e outras de que, pelo contrário, esta incidência é indevida. Assim, apenas nos casos em que se tenha objetivamente dúvidas sobre o cabimento do conceito, quando se estiver dentro da chamada "zona cinzenta", é que se terá como persistente a discricionariedade administrativa. Sobre o tema, eis mais uma vez a lição de BANDEIRA DE MELLO:

---

[207] Nas palavras do autor anteriormente citado, "*discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar discrição em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta*." (Ibid. p. 401)

[208] MORAES, Germana Oliveira. Op. cit. p. 171.

> "*É que mesmo estes conceitos chamados 'fluidos' possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma aréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma zona de certeza positiva, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma zona circundante, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma zona de certeza negativa, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito*. (...) *Assim como a dúvida pode se instaurar procedentemente em inúmeras situações – quando, então, haverá espaço para um juízo subjetivo pessoal do administrador –, em inúmeras outras, pelo contrário, não caberá dúvida alguma sobre o descabimento da qualificação. (...) Aí, então, não haverá discricionariedade alguma para o administrador."*[209]

Faz coro a doutrina de MORAES, que, com acerto, assevera que o Poder Judiciário somente pode intervir plenamente quando se estiver diante de zonas de certeza positiva ou negativa:

> "*O conceito indeterminado, como visto, apresenta uma zona de certeza positiva e zona de certeza negativa, situações limites em que se autoriza a intervenção judicial. Quando é possível identificar as situações concretas – os fatos que com certeza se enquadram no conceito (zona de certeza positiva), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou de incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite parcial controle jurisdicional.*"[210]

Com base no exposto acima, conclui-se, então, com a fixação da premissa de que o **mérito propriamente dito do ato administrativo** – aquele espaço de liberdade decisória do administrador que não pode sofrer a revisão do Judiciário, vez que protegido pelo princípio da separação das funções estatais entre os Poderes da República – apenas existirá quando, no exercício de competência discricionária, diante das características do caso concreto em virtude do qual se está tomando a decisão, não se possa concluir objetivamente, isto é, independentemente de juízos de valor subjetivo, qual é a solução mais adequada à satisfação da finalidade disposta na lei ou na Constituição ou qual é o significado que deve ser atribuído ao conceito juridicamente indeterminado utilizado pela norma de competência, pois aí efetivamente remanescerá ao administrador liberdade de escolha, dentro dos limites previstos, que há de ser exercida segundo critérios de conveniência e oportunidade.

---

[209] MELLO, Celso Antônio Banceira de. Op. cit. p. 399.
[210] MORAES, Germana Oliveira. Op. cit. p. 171.

Consequentemente, fora desse intangível espaço de liberdade administrativa, é plenamente possível o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, podendo o Judiciário, mediante provocação da parte interessada, invalidar ato que tenha desobedecido alguns dos aspectos sujeitos a critérios de legalidade – lembrando que mesmo atos praticados no exercício de competência discricionária possuem elementos vinculados – ou que, sob o pretexto de a norma outorgadora da competência ter aberto ao administrador uma multiplicidade de escolhas possíveis, tenha eleito uma que, diante das características da situação fática em vista da qual se está praticando o ato, não represente a solução ótima à consecução da finalidade pública buscada, desde que esta seja aferível para além de opiniões estritamente pessoais de conteúdo valorativo, pois, nesses casos, a discricionariedade não vai até onde se pretendeu.

A verificação acerca do extravasamento ou não do espaço de liberdade conferido pela norma, notadamente diante do contexto fático subjacente ao ato, deve ser feita pelo Judiciário à vista da finalidade visada pela lei outorgadora da competência, tendo-se também como parâmetros de controle os preceitos constitucionais que sujeitam o comportamento administrativo, com destaque para o **princípio da proporcionalidade**. Assim, amparado em tais critérios, pode o magistrado concluir que, na hipótese *sub judice*, a atuação administrativa questionada, a despeito de ter se contido dentro das possibilidades abstratas da norma instituidora da função discricionária, mostrou-se, naquele caso concreto, evidentemente discrepante da almejada solução ótima, que deve ser sempre a meta do administrador.

Traçadas as necessárias premissas acima, pode-se, agora, munido do instrumental teórico pertinente, adentrar mais propriamente no problema central da investigação desenvolvida neste capítulo, que consiste em saber sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, mediante provocação, sindicar as políticas públicas e, mais especificamente, os atos de governo que elegem os programas de ação referentes a essas políticas, fixando a extensão dessa sindicabilidade.

2.3 O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas

No tópico final do vertente capítulo, antes de se tentar fixar os limites e parâmetros que devem ser observados pelo magistrado no controle jurisdicional das políticas públicas, cumpre perquirir – vez que pressuposto para tal atividade – a sindicabilidade judicial do chamado “ato político”, na medida em que se identificou este como núcleo central daquelas.

Outrossim, há de se enfrentar previamente também as objeções levantadas contra a mencionada intervenção, notadamente no que atina à alegada ofensa à separação dos Poderes do Estado e à falta de legitimidade democrática dessas medidas interventivas. É o que se fará abaixo.

2.3.1 Controle jurisdicional dos atos políticos (*politic questions*)

Sempre foi polêmica a questão atinente à possibilidade de o Judiciário – um Poder essencialmente técnico cujos membros não ingressam através do exercício do sufrágio popular – sindicar atos do Executivo considerados de natureza política. Estes atos, que fixam os rumos da Administração Pública, elegendo, planejando e organizando os programas de intervenção estatal nas mais diversas áreas, sempre com vistas à satisfação concreta dos direitos fundamentais e tendo como diretrizes os preceitos insertos na Constituição Federal[211], são por muitos considerados imunes ao controle judicial. A vedação dessa instância de revisão, inclusive, vinha expressa no texto das **Cartas Constitucionais de 1934 e 1937**, em seus arts. 68 e 94 respectivamente, com a seguinte redação: "*É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas.*"

Esse entendimento de que aos magistrados não cabe conhecer de questões essencialmente políticas tem a origem de sua formulação teórica na jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos, tribunal este conhecido, por sinal, por sua postura auto-restritiva (*self restraint*) nos julgamentos em que questionados atos de governos emanados da chefia do Executivo. Cuida-se de construção teórica que ficou conhecida como **Doutrina das Questões Políticas** (*Politial Question Doctrine*) e deita raiz no famoso caso *Marbury v. Madison*[212].

Como já foi exposto no primeiro tópico do presente capítulo, entende-se que o ato político faz parte do gênero "ato administrativo", identificando-se mais estreitamente como o ato discricionário, existente apenas **diferença de grau** entre ambos, vez que a norma de competência autorizadora da prática daquele confere ao agente público tomador da decisão (*policy maker*) um grau mais elevado de discrição, isto é, outorga-lhe uma mais larga margem de liberdade no processo de escolha sobre como agir diante do contexto fático que se descortina à frente e em razão do qual será praticado o ato político. Esse maior espaço de desenvoltura,

---

[211] Pelo menos, assim deveria ser.

[212] Sobre o ponto explica JORGE NETO que "*a doutrina das questões políticas (*politial question doctrine*), que pretendeu estabelecer limites à atuação jurisdicional, foi formulada inicialmente pela Suprema Corte norte-americana no mesmo Marbury v. Madison, de 1803, onde ficou estabelecido que o Poder Judiciário pode declarar a invalidade das leis editadas pelo Congresso, quando contrárias à Constituição. Segundo a doutrina das questões políticas, o Poder Judiciário não pode adentrar no espaço reservado à política ou, de outro modo, no espaço que a Constituição reserva à discricionariedade dos Poderes Executivo ou Legislativo*." (JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. 89/90).

como também já ficou dito, é fruto seja da falta de parâmetros legais regulamentadores do comportamento relativo ao tema, seja da generalidade, vaguidade e porosidade desses parâmetros acaso existentes, o que faz com que o agente público tenha unicamente como marco normativo limitador de sua atuação – lembremos que em um Estado de Direito republicano a Administração Pública sempre é limitada – a própria Constituição.

Ocorre que, apesar de se estar diante de um ato cuja prática é albergada por uma elevada carga de discricionariedade, não se pode concluir daí que este ato não esteja sujeito a limites e, por via de consequência, ao controle jurisdicional. Muito pelo contrário. Como se frisou mais acima, a previsão e o exercício da competência discricionária sempre pressupõem a busca, diante das características da situação concreta subjacente à decisão, da chamada "solução ótima", que consiste na melhor forma possível de se atingir a finalidade visada pela lei ou pela Constituição. Assim, os referenciais para o controle do ato sempre existirão, seja na eventual lei que regulamente a atuação administrativa naquela referida área, seja diretamente na Carta Constitucional, de cujas normas não se questiona mais a eficácia jurídica. Como explica BANDEIRA DE MELLO ao tratar do tema da sindicabilidade do ato administrativo discricionário, "*a ausência de um contraste possível seria o mesmo que a ilimitação do poder administrativo, idéia contraposta ao princípio da legalidade, viga-mestra do Direito Constitucional moderno e verdadeira raiz do Direito Administrativo.*"[213]

Todavia, como igualmente já ficou consignado, não se nega que, em certas situações, efetivamente existe um núcleo de decisão política que se constitui em um espaço insindicável pelo Poder Judiciário, sob pena de subversão do princípio da separação dos poderes estatais. Essa margem de atuação imune à revisão judicial se verificará sempre que, com base nos parâmetros de controle fornecidos pelo ordenamento jurídico, não seja possível identificar objetivamente – isto é, sem que se utilize critérios puramente subjetivos, impregnados de valores pessoais – qual é essa solução ótima diante da situação concreta, qual é a melhor forma de se alcançar os objetivos fixados nos diplomas legais pertinentes ou deduzidos diretamente do texto constitucional. Nessas hipóteses, a escolha sobre qual decisão tomar, sobre qual caminho seguir, sobre qual forma de atuação estatal melhor atende ao interesse público, considerada a tábua de valores emanadas da Carta Constitucional, ficará exclusivamente a cargo do agente político ao qual a ordem jurídica confere a correspondente função. Esse intocável espaço remanescente da discricionariedade administrativa é o que se chama mérito

[213] MELLOS, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 857.

administrativo, ou, como se pode dizer aqui, em se tratando de atos políticos, **mérito do ato político**[214].

Aquele entendimento – adotado pelas Constituições brasileiras de 1934 e 1937 e ainda hoje seguido pela Suprema Corte americana – de que os atos políticos estariam simplesmente fora do alcance do controle judicial não pode mais prosperar entre nós diante do teor de nossa atual ordem constitucional. É que a Constituição Federal de 1988, reiterando preceito já presente nas últimas Cartas, acolhe, em seu art. 5º, XXXV, o **princípio da inafastabilidade da jurisdição**, o qual literalmente afirma que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". De acordo com referido princípio, toda e qualquer situação que represente, aos olhos da parte interessada, lesão ou a ameaça de lesão a direito de que se julga titular esta, pode ser levada ao conhecimento do Judiciário, que, em sendo o caso, deve exercer o controle do comportamento questionado.

Da abrangência do mencionado princípio não escapam os atos políticos, que, se tiverem o potencial de causar dano à esfera jurídica de pessoa ou pessoas determinadas ou de uma certa coletividade ou, ainda, de um grupo difuso e indeterminado de sujeitos, poderão vir a ser questionados no âmbito judicial pela parte processualmente legitimada, conforme o caso[215]. Como se afirmou há pouco, mesmo cuidando-se de atos políticos, atos de governo, parâmetros de controle existem e devem ser utilizados pelo magistrado. Compartilha dessa conclusão DI PIETRO:

> "*Com relação aos atos políticos, é possível também a sua apreciação pelo Poder Judiciário, desde que causem lesão a direitos individuais ou coletivos. Houve um período no direito brasileiro, na vigência da Constituição de 1937, em que os atos políticos eram insuscetíveis de apreciação judicial, por força de seu art. 94. Essa norma ligava-se à concepção de ato político como aquele que diz respeito a interesses superiores da nação, não afetando direitos individuais; como o exercício do direito de ação estava condicionado à existência de um direito individual lesado, não ocorrendo essa lesão, faltava o interesse de agir para o recurso às vias judiciais. Essa concepção, que persistiu mesmo após a referida Constituição, foi aos poucos sendo superada;*

[214] Parece concordar conosco NAGIBE DE MELO JORGE NETO: "*De tudo isso podemos concluir que as questões meramente políticas seriam aquelas que não podem ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário e não podem sê-lo porque estão no âmbito de discricionariedade do Poder Executivo ou do Poder Legislativo. Neste ponto, é importante um parêntese. A discricionariedade é entendida pela moderna doutrina do direito administrativo não mais como um espaço imune à sindicabilidade judicial. Com o advento do pós-positivismo, caracterizado sobretudo pela positivação e pela força normativa dos princípios constitucionais, mesmo o âmbito da discricionariedade está submetido ao controle jurisdicional e deve conformar-se com os princípios ditados pela Constituição. Há, contudo, uma região da discricionariedade que está imune do controle jurisdicional: o mérito administrativo.*" (JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 95/96)

[215] Lembramos aqui a legitimidade do Ministério Público, da Defensoria Pública, das pessoas jurídicas de direito público e de associações para postularem judicialmente em defesa de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos por meio de ação civil pública (art. 5º da Lei nº 7.347/85).

> *inicialmente pelo reconhecimento de que o ato político pode, em determinados casos, causar lesão a direitos individuais"*[216].

Concorda também CARVALHO FILHO:

> "*A doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos* [atos políticos] *são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade. Aqui o problema não diz respeito ao conteúdo e ao motivo dos atos, mas sim a elementos que não podem deixar de ser fiscalizados, porque nesse caso preleva o princípio da legalidade e da supremacia da Constituição. A vedação ao controle limita-se apenas à valoração dos motivos dos atos por situar-se na esfera privativa do agente governamental*."[217]

Abre-se um parêntese aqui para registrar que a franqueza que se impõe à investigação científica não permite que se siga em frente sem antes destacar e examinar os principais entraves que se levantam contra essa possibilidade de revisão judicial dos atos políticos e, por via de consequência, também das políticas públicas, quais sejam: a separação dos poderes do Estado e a questão da legitimidade democrática da intervenção judiciária. É o que se fará no tópico seguinte.

2.3.2 A separação dos poderes e a falta de legitimidade democrática enquanto óbices ao controle judicial

Já se abordou antes o tema da separação dos poderes estatais, mas alguns pontos ainda precisam ser esclarecidos e enfatizados para os fins aqui visados.

Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que a formulação do mencionado princípio ocorreu ainda no século XVIII, em um contexto socioeconômico e cultural completamente diverso do que se tem hoje. À época, vivia-se a decadência dos **Estados Absolutistas**, regidos todos por dinastias reais cujos governantes sucediam-se hereditariamente e exerciam seu poder amparados em uma suposta benção divina, o que tornava seus atos indiscutíveis, incontrastáveis. Em tal regime, todo o poder soberano do Estado concentrava-se na pessoa do monarca, que, assim, desempenhava todas as atribuições assumidas pelo ente estatal, diretamente ou através de delegatários que lhe prestavam constante satisfação. Não é

[216] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 817/818.
[217] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit. p. 811.

difícil imaginar como um contexto sociopolítico como esse gerou abusos de poder por parte de seus detentores, com o esmagamento do indivíduo e a desconsideração de suas legítimas pretensões.

Com a derrocada desse sistema, em um **natural processo de evolução dialética**, tantas vezes observado na história da humanidade, operou-se uma radial mudança no pêndulo da balança, com a substituição do poder absoluto e centralizado do rei, pela divisão rígida, estrita e inflexível dos poderes do Estado entre órgãos distintos e autônomos entre si. Nascia aí o princípio da divisão dos poderes. A partir de então, ao legislador cabia apenas editar as leis, ao Executivo cumpri-las, gerindo os assuntos materiais do Estado, e ao Judiciário julgar as lides de acordo com as circunscritas previsões legais. Qualquer extravasamento no exercício de uma dessas funções equivalia a um verdadeiro sacrilégio contra a sagrada divisão de poderes, que emergia ali como alicerce fundamental do Estado Liberal. E naquele momento, esse radicalismo se justificava plenamente, na medida em que se buscava superar de vez os ranços do antigo regime, afastando qualquer possibilidade de volta à concentração do poder estatal, em prejuízo da liberdade do cidadão burguês.

Ocorre que o tempo passa, e com ele alteram-se as circunstâncias sociais que motivaram e justificaram a elaboração de doutrinas, teorias e esquemas. Foi o que se deu com o princípio da separação de poderes[218]. Com razão, a solução para os desafios que emergem da sociedade contemporânea não demanda mais uma separação absoluta das funções do Estado em estruturas organizativas estanques, com esferas de atuação incomunicáveis, como círculos que nunca se tocam. O que se exige hoje, pelo contrário, é um **Poder Legislativo** diligente, capacitado, que cumpra sua missão de normatizar o comportamento dos indivíduos e das empresas de forma justa e de acordo com os princípios consagrados constitucionalmente, bem como que exerça eficazmente sua função fiscalizadora; um **Poder Executivo** probo, responsável do ponto de vista fiscal e que promova as ações necessárias à melhoria das condições de vida da população, criando e executando políticas públicas que garantam concretamente a satisfação dos direitos fundamentais previstos na Constituição; e um **Poder Judiciário** forte, célere e independente, ciente de seu papel de garantidor do regime democrático e dos valores constitucionais, que resolva de modo justo as lides lhe postas à solução e que possibilite aos cidadãos, através dos instrumentos processuais disponibilizados,

[218] Concorda JORGE NETO, para quem: "*A organização social e política do Estado não é estática, apresenta um dinamismo que está sempre reclamando a reinterpretação, atualização e reconfiguração dos velhos institutos. É o que ocorre com a separação dos poderes.*" (JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 60)

a fiscalização dos atos emanados dos demais Poderes, como uma forma de exercício da cidadania, um dos fundamentos de nossa República (art. 1º, II, CF/88). Essa é também a opinião de JORGE NETO, para quem:

> "*A sociedade pós-moderna não precisa mais da proteção contra os arbítrios do soberano, por meio de leis aprovadas pelos representantes do povo. Precisa, sim, de proteção contra a instrumentalização do direito e das leis em favor dos mercados, em favor das minorias abastadas. As leis devem guardar compatibilidade com a Constituição, mas não uma compatibilidade meramente formal, falamos de uma compatibilidade ético-axiológica. Além disso, o próprio Estado deve pautar suas condutas, deve promover políticas públicas capazes de cumprir a pauta valorativa estabelecida pela Constituição. Uma separação de poderes nos moldes preconizados pelo Iluminismo não é mais capaz de responder a esses desafios porque a lei não é mais um valor em si mesma. O ideal da representação popular foi levado de roldão com todas as certezas da modernidade.*"[219]

Posiciona-se no mesmo sentido BITENCOURT, que explica não se poder considerar o princípio da separação de poderes como empecilho ao exercício da sindicabilidade judicial sobre os atos dos demais poderes, inclusive no tocante à fiscalização das políticas públicas, enquanto atos governamentais na essência, visto que:

> "*não há nada nele que possa justificar a negação da jurisdição constitucional dos atos de governo, independentemente do conteúdo ou da personagem envolvida. Pelo contrário, o princípio da separação dos poderes é o que justifica a jurisdição constitucional dos atos do governo, mesmo que sejam de natureza política, pois a revisão irá garantir a atuação de cada um na sua esfera e que cada um atue dentro do legalmente permitido.*"[220][221]

Tem-se, então, que o princípio da separação dos poderes não pode mais servir, de modo absoluto, como obstáculo à atuação do Judiciário na fiscalização quer dos atos legislativos, por meio do controle de constitucionalidade, quer dos atos administrativos, ainda que exercidos estes com base em competência discricionária, e mesmo que ostentem a qualidade de atos políticos. Não custa frisar, no ponto, que tal função do Judiciário lhe é outorgada, de modo indeclinável, pela própria Constituição Federal, de onde também emana o princípio da independência dos poderes. Desse potencial confronto entre os aludidos preceitos,

---

[219] Ibid. p. 64.
[220] BITENCOURT, Caroline Müller. Op. cit. p.239.
[221] Complementa a autora afirmando que "*certamente não é o fato de uma política pública estar extremamente relacionada ao conteúdo político, a variáveis de opções a ser decididas, bem como caracterizar a discricionariedade, nem mesmo por acreditar que os tribunais devam ter condutas de autocontenção em relação a alguns temas, especialmente os que se caracterizam por sua indeterminação, que uma política pública não é passível de controle judicial.*" (Ibid. p. 240).

há de se buscar uma solução conciliatória através do **processo de ponderação prática**, instrumentalizado pelo **princípio da proporcionalidade**, de forma que, diante de cada caso concreto, com suas peculiaridades, possa o magistrado concluir pelo cabimento ou não da revisão do ato questionado.

No próximo tópico, tentar-se-á traçar regras que auxiliem a identificar um caso e outro, contudo, por ora, passa-se já à análise da segunda objeção ao controle judicial dos atos políticos: a suposta falta legitimidade do Judiciário para sindicá-los.

Pois bem, no tocante à alegada **carência de legitimidade democrática** do Poder Judiciário e, por conseguinte, de suas decisões, cumpre inicialmente destacar que, sob uma ótica puramente formal, sua legitimidade, assim como a dos demais Poderes da República, decorre diretamente da Constituição, uma vez que é este o instrumento que divide e reparte as funções estatais entre suas três estruturas fundamentais de poder. Seguindo essa lógica, a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos e legislativos é tão legítima quanto o exercício da função legiferante pelo Parlamento e das funções gerenciais pela Administração Pública. Contudo, sabe-se, a insurgência dos opositores do chamado **ativismo judicial** vai mais fundo, apontando estes o fato de que os membros do Judiciário, no caso brasileiro, não são eleitos pelo povo.

A objeção, todavia, é equivocada. É que a **realização do valor democrático**, em um Estado de Direito, não se resume ao sufrágio universal e ao sistema político representativo. Como bem coloca HABERLE, "*a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do Povo para órgãos estatais*"[222], pelo contrário, "*numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas refinadas de mediação do processo público e pluralista da política e da práxis cotidiana*"[223]. Com razão, o princípio democrático vai muito além da mera representação política, manifestando-se por meio de diversas outras formas de participação popular na gestão da coisa pública, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular no processo legislativo (art. 14, CF/88); os orçamentos participativos (art. 29, XII, CF/88); as audiências públicas (art. 58, § 2º, II, CF/88); os conselhos municipais e estaduais referentes a determinadas áreas de atuação estatal, como a saúde e a educação (Lei nº 8.142/90 e Lei nº 9.394/96); as representações administrativas contra atos de improbidade (Lei nº 8.429/92); as próprias manifestações de ruas; e, também, no que interessa

[222] HABERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002, p. 36.
[223] Loc. cit.

especialmente aqui, por meio do questionamento dos atos de governo perante o Poder Judiciário, com amparo no constitucional direito de ação (art. 5º, XXXV, CF/88).

Com efeito, quando um cidadão[224] – ou seja, o povo, verdadeiro e único titular do poder exercido pelos órgãos estatais (art. 1º, parágrafo único, CF/88) –, através de uma ação judicial, impugna determinada medida tomada pelos seus representantes políticos eleitos, o que está ocorrendo é o exercício de uma legítima fiscalização da correta execução do mandato outorgado por meio das urnas. Nada mais democrático![225] A jurisdição, assim, quando atua no controle dos atos legislativos e administrativos, inclusive os de natureza política, funciona como um instrumento da democracia, garantindo a participação popular, *a posteriori*, na gestão da coisa pública. Seguindo essa lógica e tendo-se sempre presente o **princípio da inércia jurisdicional**, quando no bojo de uma ação judicial um magistrado anula ou de outro modo revisa um ato administrativo é, na verdade, o próprio povo quem verdadeiramente o faz por intermédio do juiz. Sobre o ponto, mais uma vez são irretocáveis as considerações de JORGE NETO:

> "*A jurisdição constitucional é um importante instrumento que possibilita, de um lado, a participação direta do cidadão no processo de interpretação e efetivação das normas constitucionais, no que nos interessa mais de perto, no processo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. De outro lado, desempenha importante papel como instância de limitação dos poderes conferidos aos representantes do povo. Essa limitação se opera por meio do Judiciário, mas é levada a efeito pelo próprio povo. Em primeiro lugar, como corolário do princípio da inércia da jurisdição, nenhum juiz atua sem ser demandado. Assim, quando o juiz atua, é o próprio povo quem, por meio dele, o faz. Em segundo lugar, porque o juiz é também um representante do povo. Muito embora, entre nós, os membros do Poder Judiciário não sejam eleitos pelo povo, não há dúvidas de que o poder que exercem emana do povo e em seu nome deve ser exercido.*"[226]

Essa visão, inclusive, vai ao encontro das democráticas ideias preconizadas pelo já citado HABERLE, ao pregar a construção de sua "**sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**". Com razão, para o constitucionalista alemão, a interpretação exclusivamente estatal do Direito já não satisfaz a sociedade pluralista que emerge na era pós-moderna, ansiosa

---

[224] O raciocínio vale igualmente caso a ação seja ajuizada por uma associação, enquanto agremiação que representa interesses coletivos, ou pelo Ministério Público, defensor dos interesses da sociedade.

[225] Como bem coloca JORGE NETO: "*A jurisdição constitucional, entendida, em sentido amplo, como a atuação de todo o Poder Judiciário no controle de constitucionalidade das leis e na implementação dos direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões, é, pois, um instrumento de efetivação e implementação do princípio democrático. A garantia de amplo acesso à jurisdição e a possibilidade de tematizarem questões que, antes, eram monopolizadas pelos representantes do povo, importa em restituição do poder político ao seu original detentor, o povo.*" (JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 83)

[226] Ibid. p. 78.

por maior participação nos espaços de decisão pública (tanto no âmbito político como no judicial) e de concretização das normas jurídicas. Para ele, no processo de interpretação da Constituição, os juízes constitucionais **(intérpretes em sentido estrito)** não devem atuar de forma isolada, pelo contrário, hão de sofrer influências das forças públicas, compostas por grupos sociais, organizações civis, imprensa, enfim, o povo (**intérpretes em sentido lato**), de modo a colher as informações necessárias à obtenção de um resultado mais justo e razoável. Nas palavras do autor:

> "*O raio de interpretação normativa amplia-se graça aos 'intérpretes da Constituição da sociedade aberta'. Eles são os participantes fundamentais do processo de* 'trial and error'*, de descoberta e de obtenção do direito. A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.*"[227]

Outrossim, o simples fato de os membros dos Poderes Legislativo e Executivo serem eleitos pelo povo não tem o condão de fazer com que tais agentes políticos passem a ostentar uma espécie de "legitimação especial" frente aos membros do Poder Judiciário. Poupando os leitores da cansativa e desnecessária tarefa de listar os inúmeros vícios de que padece nosso sistema partidário e eleitoral, já que de amplo conhecimento de todos, limite-se aqui a lembrar que a forma do processo de escolha dos magistrados adotada por nossa ordem jurídica – o concurso público de provas e títulos[228], pautado no republicano e justo critério da **meritocracia** – constitui um meio inegavelmente democrático de se selecionar os juízes, aqueles a quem o Estado atribui a relevante tarefa de realizar a pacificação social através da aplicação do Direito[229].

Para além desse viés, pode-se ainda enxergar a legitimidade dos juízes no exercício da **jurisdição constitucional** – aqui no sentido de controle judicial dos atos do Poder Público com base nos parâmetros normativos fornecidos pela Constituição – partindo-se do pressuposto de que, por força dos **princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**, qualquer decisão judicial, para que possa atingir determinada esfera jurídica de interesse, precisa que tenha sido garantida a participação efetiva da pessoa afetada no processo no bojo do qual foi aquela proferida. Em outras palavras, para que qualquer decisão emanada do Judiciário possa

---

[227] HABERLE, Peter. Op. cit. p. 42/43.
[228] Ressaltando-se que a prova de títulos é utilizada apenas para fins classificatórios (art. 5º, V, Resolução CNJ nº 75/09).
[229] É essa também a opinião de ITANIELI ROTONDO SÁ: "*A legitimidade dos magistrados encontra assento na forma de acesso ao serviço público, por meio dos concursos para a investidura no cargo, que primam pela lisura e pela meritocracia e que são considerados bem mais confiáveis do que os pleitos eleitorais, impregnados pela compra de votos, abuso do poder político e econômico e influências externas.*" (SÁ, Itanieli Rotondo. Op. cit. p. 206).

validamente produzir seus efeitos contra certa pessoa, esta necessita ter sido previamente ouvida pelo magistrado emissor da ordem, e mais, ter lhe sido garantida a oportunidade de influenciar na formação do convencimento do juiz, formulando teses, deduzindo alegações e produzindo as correspondentes provas. Cuida-se do que se denomina "**legitimação pelo procedimento**".

De acordo com referida tese, à qual se adere, havendo um procedimento institucionalizado e adequado aos fins a que se destina, com regras de funcionamento previamente estabelecidas, às quais se dê a necessária divulgação, e uma vez garantida a presença e a efetiva participação dialética dos sujeitos interessados, isto é, daqueles potencialmente afetáveis pelo ato a ser produzido ao final, este ato, ainda que invasivo ou prejudicial a uma dessas pessoas participantes do procedimento, há de ser considerado legítimo. É exatamente o que se tem com o processo judicial e a sentença nele proferida.

Obviamente, a só participação dos interessados não é suficiente para que se tenha a decisão como juridicamente correta e justa, pois para tanto se faz necessário que o magistrado, ao proferi-la, aplique corretamente o direito objetivo posto, democraticamente produzido, à vista das características próprias da situação litigiosa concreta levada à solução. E mais, a decisão judicial, com sua justificação fático-jurídica, precisa ser construída através de um **discurso racional** direcionado ao convencimento, isto é, composto por um conjunto de proposições linguísticas concatenadas e fundadas em premissas normativas e axiológicas, dentro dos cânones pregados pela **teoria da argumentação jurídica**[230][231]. Como assevera ALEXY:

> "*A razão assim colocada se refere à capacidade que tem o discurso de unificar sem coerção e instituir um consenso no qual os participantes superam suas concepções inicialmente subjetivas e parciais em favor de um acordo racionalmente motivado. A liberdade e sinceridade discursivas voltadas para um consenso racional.*"[232]

Assim, da mesma forma que a edição de uma lei se legitima democraticamente pela atividade discursiva de todos os cidadãos, levada a cabo nos processos eleitorais, a prolatação

---

[230] Sobre o tema, novamente trazemos à baila a lição de JORGE NETO: "*A decisão judicial é abertura ao discurso. Abertura para a participação democrática dos cidadãos no preenchimento axiológico dos princípios constitucionais. Discurso dialético pautado por uma argumentação racional que tem compromisso com integração social, com o consenso e com a pacificação social. A decisão judicial, embora se utilize de argumentos exclusivamente jurídicos e justamente por isso, possibilita o consenso racional e o controle das políticas públicas pelos próprios cidadãos*." (Op. cit. p. 119).

[231] Sobre o assunto, cf.: STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

[232] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.** 2ª Ed**,** trad. Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy Editora, 2005, p. 183.

de uma sentença encontra legitimidade no discurso dialético e racional desenvolvido pelas partes e pelo juiz no âmbito do processo judicial.

Superados, pois, os principais entraves levantados contra o chamado – por vezes, pejorativamente – ativismo judicial e tendo-se chegado à conclusão de que também os atos políticos, inclusive aqueles que consubstanciam escolhas atinentes aos programas de ação governamental, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, cumpre agora estreitar ainda mais o objeto de consideração do presente capítulo para passar a indagar precisamente sobre os limites legítimos do controle jurisdicional das políticas públicas e os parâmetros que devem ser utilizados nessa atividade.

2.3.3 Limites e parâmetros para a intervenção judicial

Como ficou registrado, o processo ou o ciclo das políticas públicas pode ser decomposto em quatro etapas, a saber: 1) a identificação do problema, que se caracteriza por uma demanda social; 2) a formulação de um plano de ação estatal direcionado a satisfazer a tal demanda; 3) a execução do plano, eventualmente contemplando a participação de particulares; e 4) o monitoramento da implementação do plano, em uma constante fiscalização sobre o atingimento das metas estabelecidas, procedendo-se às correções que se fizerem necessárias. Partindo dessas quatro fases, passa-se a averiguar a possibilidade de sindicação de tais políticas por parte do Judiciário.

Bem, ao menos a princípio, o controle externo da **primeira etapa** se mostra inútil, inócuo, desnecessário, na medida em que esta se resume em atos, por assim dizer, meramente preparatórios da política pública a ser implantada. Com efeito, constitui-se basicamente em uma atividade de diagnóstico de determinado anseio social, o qual é alcançado por meio de estudos, vistorias, estatísticas e discussões, geralmente levados a cabo por servidores técnicos da Administração Pública com conhecimentos específicos sobre a respectiva área. Não se está dizendo aqui, ressalve-se, que a tecnicidade desses estudos tenha a capacidade suprimir eventual visão ideológica de que estejam impregnados os tais agentes do Estado enquanto componentes de um grupo político, conferindo-lhes uma suposta objetividade capaz de afastar possíveis desvios ou falhas, mas apenas que se está diante de uma atividade marcadamente científica, com o rigor procedimental que lhe é próprio. Apenas se vislumbraria interesse/necessidade de se questionar judicialmente ato administrativo praticado nessa

primeira etapa se fosse, por exemplo, divulgado estudo baseado em dados manifestamente equivocados. E, mesmo nessa hipótese, haveria de ficar demonstrada a potencial relação de causalidade entre o equívoco e a lesão ou risco de lesão ao direito invocado pela parte autora da ação.

Já a **segunda fase**, atinente à escolha sobre qual linha de ação seguir com o objetivo de atender à demanda da população que foi identificada na primeira etapa, formulando-se o correspondente plano de execução, é a que mais suscita dúvidas sobre a possibilidade de revisão por parte do Judiciário e, também, a mais relevante para o objetivo da investigação aqui desenvolvida. É que, como ficou dito, tal decisão possui inquestionável natureza política, seja quando formalizada em uma lei geral sobre determinada área de atuação, seja quando veiculada diretamente pelo Executivo. Ocorre que, como igualmente já consignado, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição, mesmo tais atos não podem fugir completamente do controle exercido pela população através do Judiciário.

Em sendo a opção realizada por uma lei, aberta estará a possibilidade de seu contraste com o Texto Constitucional por meio do controle de constitucionalidade, a ser exercido por qualquer juiz ou tribunal, vez que adotado ente nós o **sistema misto**[233]. Inexistindo tal diploma normativo, a sindicação será exercida diretamente sobre o ato do Executivo que consubstanciar a decisão política acerca do programa de ação a ser implementado. Como também já ficou assentado, esse ato, enquadrando-se no gênero "ato administrativo", dele apenas se distingue pelo alto grau de discrição de que goza. Isto é, o ato político nada mais é do que um ato administrativo discricionário em que a liberdade decisória conferida ao administrador público é consideravelmente elevada, o que se dará ainda que exista lei dispondo sobre a matéria, vez que geralmente tal normatização se dá em termos bastante abstratos, vagos, imprecisos, permissivos de uma larga margem de valoração subjetiva sobre seu conteúdo por parte do tomador da decisão.

Ora, partindo de tal constatação, se a escolha do agente público sobre qual plano de ação será executado na implementação de certa política pública constitui um ato de governo, um ato político, e se este se identifica com o ato administrativo discricionário, presente apenas a mencionada diferença de grau no tocante à carga de liberdade de escolha proporcionada pela discrição, que naquele (ato político) é mais elevada, o seu controle jurisdicional será exercido

[233] Sistema em que convivem simultaneamente o controle concentrado, veiculado em processo objetivo e decidido pelo Supremo Tribunal Federal com efeitos *erga omnes*, e o controle difuso, realizado em processos subjetivos a cargo de todas as demais cortes, além dos magistrados de primeiro grau, gerando efeitos apenas *inter partes*.

nos mesmos moldes desses últimos (atos administrativos discricionários), observada e respeitada apenas a aludida nota distintiva.

Assim, a fiscalização judicial, para além da verificação acerca da observância dos **aspectos vinculados do ato** (que sempre existem), deve proceder também à análise sobre o respeito aos **preceitos constitucionais** incidentes no caso, analisando igualmente a presença de **proporcionalidade** na medida adotada, verificando se houve harmônica relação entre o meio utilizado e o fim almejado, bem como se não se cometeu nenhuma restrição desnecessária ao direito dos administrados. Deverá investigar também a **razoabilidade** da escolha feita à vista do contexto socioeconômico subjacente à decisão, analisando-se globalmente o conjunto de carências e demandas sociais para, a partir daí, poder-se eventualmente concluir pela não observância da escala de relevância dos valores constitucionais ali encarnados. A revisão judicial abrangerá igualmente aspectos de **economicidade** do ato, os quais se relacionam diretamente com a análise acerca de sua **eficiência**, consubstanciada esta na capacidade de se alcançar os melhores resultados possíveis diante dos escassos recursos disponíveis. Cuida-se, como ficou dito, do chamado **controle de juridicidade** do ato, bem mais abrangente do que o tradicional e estreito controle de legalidade.

No exercício do referido controle, deve-se ter presente o fato de que, por força de princípios vetores de qualquer Estado Democrático de Direito, a discricionariedade reconhecida ao administrador público quando da prática de ato político não implica atribuir-lhe uma espécie de "salvo conduto" ou "carta branca" para que decida em qualquer sentido, independentemente das circunstâncias do caso concreto e dos valores constitucionalmente incidentes na hipótese. Lembre-se que todo agente público exerce uma função, de modo que suas atribuições são sempre vinculadas ao atingimento da finalidade pública visada pela lei ou pela Constituição. Assim, a discricionariedade conferida pelo exercício da função política tem o objetivo certo de possibilitar à Administração, à vista das peculiaridades do contexto socioeconômico do momento, constatar qual será a decisão que, em cada caso concreto, permita que se alcance da melhor forma possível a finalidade almejada, a chamada "solução ótima".

Não se quer com isso asseverar que seja permitido sempre ao magistrado substituir-se ao agente político no ato de escolha sobre qual programa de ação é o mais adequado diante da situação de fato posta. Em muitos casos, efetivamente, não se conseguirá, através de uma análise objetiva, apontar, independentemente de juízos de valor subjetivo, qual é a desejada "solução ótima". Nestas hipóteses, estar-se-á diante do mérito propriamente dito do ato político,

considerado como o espaço de liberdade decisória do administrador imune à sindicabilidade judicial, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Contudo, em muitos outros casos, poder-se-á concluir com significativo grau de segurança que a decisão tomada evidentemente ofende este ou aquele preceito constitucional, ou revela-se desproporcional quando considerados os meios utilizados à vista do fim almejado, ou mesmo irrazoável diante do contexto fático que se descortina ao tomador da decisão, ou ainda se mostra antieconômica, porque eleitas medidas mais dispendiosas quando disponíveis outras menos custosas e igualmente aptas a produzir o mesmo resultado, em desrespeito ao princípio da eficiência administrativa. Em todas essas hipóteses, a decisão política tomada encontra-se fora do intangível espaço de liberdade do mérito administrativo, sendo, portanto, plenamente possível seu controle judicial.

O exercício desse pelo magistrado, contudo, deve ser parcimonioso, prudente, evitando o juiz ser levado pelo impulso de simplesmente substituir a opinião do agente administrativo pela sua. Sua função não é essa. A possibilidade de controle desses atos deve ser garantida enquanto forma de participação democrática do povo na gestão da coisa pública, enquanto atividade de fiscalização do comportamento dos delegatários temporários do poder outorgado por aquele, seu verdadeiro titular. Todavia, para que esse controle seja legítimo precisa conter-se dentro de limites, que resultam dos próprios parâmetros antes mencionados.

Como tentativa de sistematização desses critérios de balizamento da atuação judicial no controle das políticas públicas, podemos citar a relevante contribuição dada por VIANA. O autor dividiu os tais critérios em dois grupos: os **parâmetros materiais** e os **parâmetros processuais**. No primeiro, incluiu **a)** a legitimidade da atuação judicial restrita aos hipossuficientes; **b)** a legitimidade de atuação limitada à esfera da fundamentalidade material dos direitos fundamentais; **c)** a necessidade de o magistrado levar em consideração, no exercício do controle, o custo dos direitos, considerando, pois, a chamada reserva do possível, bem como a possibilidade de universalização da prestação demandada; **d)** o princípio da subsidiariedade da intervenção judicial e da discricionariedade dos meios eleitos pela Administração; **e)** a prioridade da opção técnica feita pelo administrador público; e, por fim, **f)** a prioridade da solução mais econômica. Já quanto ao segundo grupo, referente aos parâmetros processuais, listou **a)** a prioridade para as ações judiciais coletivas, de modo que o controle por meio de ação individual fique restrita aos casos de dano irreversível ou de inobservância de direitos conferidos pelo legislador e pelo administrador, em lei ou programa já instituído; e **b)** a noção

de que ônus da prova quanto à inexistência de recursos e quanto à legitimidade democrática das deliberações inseridas no orçamento público é da Administração demandada.[234]

No último capítulo da presente dissertação, tentar-se-á estabelecer parâmetros objetivos a serem observados no controle jurisdicional da política pública de saúde, propondo-se critérios práticos de julgamento para os casos em que postulada tutela tendente à satisfação do correspondente direito fundamental. No entanto, por ora, acerca de um ponto específico, tratar-se-á desde já. Cuida-se de saber sobre a natureza do aludido controle, indagando-se se este deve ser estritamente **negativo,** isto é, limitar-se a declarar a nulidade do ato que considerar transgressor da ordem jurídica, ou se pode também apresentar-se com feição **positiva**, possibilitando que o magistrado indique, determine que ato deve ser editado em substituição àquele declarado nulo.

Sobre o tema, primeiramente, deve-se consignar que a doutrina majoritária, fundada na chamada **discricionariedade dos meios**, tende a responder que a sindicabilidade judicial das políticas públicas, quando admitida, deve ficar restrita ao controle negativo. Exemplificando o pensamento acolhido por essa corrente, assevera MORAES que o magistrado, ao decidir que determinado ato administrativo é inválido, não poderá apontar como deverá ser editado novo ato. Segundo a autora, "*emitida a decisão judicial invalidadora, cabe ao administrador expedir novo ato, com conteúdo diferente do primeiro, pois remanesce intocável certa área de liberdade de decisão administrativa não apreciada pelo juiz*"[235][236]. Segue explicando a autora que, nessa situação, caso seja mais uma vez provocado, cabe ao juiz examinar a juridicidade do novo ato, e assim sucessivamente. No mesmo sentido, leciona JORGE NETO que, embora caiba ao Poder Judiciário decidir acerca do "grau ótimo de efetivação dos direitos fundamentais", não poderá o magistrado "*determinar a melhor ou a mais adequada maneira de atingir o grau ótimo"*, pois "*isso é matéria reservada à discricionariedade de meios, afeta às funções legislativas e executivas*"[237]. Acolhendo a mesma tese, assevera VIANA que "*ao Judiciário é dado controlar as políticas públicas, mas não pode, em, em princípio, eleger a maneira de concretizar o direito fundamental.*"[238]

---

[234] VIANA, Emílio de Medeiros. Op. cit. passim.
[235] MORAES, Germana Oliveira. Op. cit. p. 161
[236] Em outra passagem, assim se manifesta autora: "*Questiona-se, porém, se o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa será sempre negativo. Ou será que pode o juiz, além de declarar a nulidade do ato, indicar ao administrador qual o ato substitutivo a ser praticado ou ainda determinar a substituição do ato anulado por outro? (...) As consequências decorrentes do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose restringem-se, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. O Poder Judiciário, quando revê os atos administrativos não vinculados, poderá invalidá-los, mas não poderá, via de regra, determinar sua substituição por outro"* (Ibid. p. 162)
[237] JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p.
[238] VIANA, Emílio de Medeiros. Op. cit.. p. 57.

Com a devida vênia, discorda-se de tal posicionamento. É que, se é verdade, ao menos em princípio, que quando do controle judicial do ato fixador do plano de ação de determinada política pública há de prevalecer a opção técnica tomada pela Administração, vez dotada esta de corpo burocrático de assessoramento melhor aparelhado para a análise de questões dessa natureza[239], haverá hipóteses em que, para além da evidente constatação do equívoco da decisão tomada – levando-se em consideração os parâmetros de controle a que já se fez referência acima –, será possível também identificar justamente qual(is) medida(s) é(são) a(s) mais indicada(s) para o atingimento da finalidade disposta na lei ou na Constituição. Nesse caso, caberá magistrado determinar a prática dessa(s) medida(s), sob pena de se ingressar em um interminável e contraproducente ciclo de "anulação do ato administrativo pelo Judiciário → prática de novo ato violador dos interesses públicos pela Administração → nova anulação judicial do ato → (...)", em uma flagrante desconsideração da meta de eficiência que deve guiar o comportamento de todos os agentes do Estado[240].

Nessa linha, crê-se que, em se tratando de políticas públicas tendentes à efetivação de direitos fundamentais e, em especial, do **direito à saúde**, em diversos casos somente a substituição do ato administrativo por outro, levada a efeito pelo juiz, será capaz de dar efetividade ao direito desatendido, como é o caso de demanda judicial em que se pede o fornecimento de determinado medicamento não disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde. É que, nessa situação, apenas a específica determinação judicial para que o Estado forneça o pretendido fármaco tem o condão de satisfazer o direito violado, obviamente, no caso de ter sido este direito efetivamente comprovado na instrução processual, em um verdadeiro e legítimo **controle positivo**.

Feitas as considerações acima, prossiga-se na análise da sindicabilidade judicial das seguintes etapas do ciclo das políticas públicas.

---

[239] Sobre o assunto, pondera percucientemente EMÍLIO DE MEDEIROS VIANA o seguinte; "*A execução de políticas públicas demanda a realização de escolhas que, não raras vezes, demandam conhecimentos específicos que, por evidente, transcendem a capacidade técnica ordinária dos juízes. Assim, em princípio, o julgador não tem meios de estabelecer qual o medicamento ou qual o procedimento médico mais adequado para tratar determinado tipo de moléstia, qual a espécie de vacina mais adequada para prevenir endemia, ou qual a estratégia de alfabetização que permitirá aceleração do processo de aprendizagem, ensejando que crianças e adolescentes fora da faixa etária aprendam mais rápido a ler e escrever, por exemplo. (...) Já a Administração Pública, ao menos como regra, dispõe de pessoal e instrumental necessário ao planejamento e execução de políticas públicas, podendo aferir possibilidades e riscos de cada estratégia e eleger aquela que mais se adéqua às vontades constitucionais.*" (Ibid. p. 104/105). Daí que a prioridade deve ser para a preservação da opção técnica feita pela Administração, contudo, demonstrada a "imprestabilidade da política adotada", nas palavras do autor, o controle judicial deve ser efetivado.

[240] Em outro trecho de sua festejada obra, GERMANA MORAES parece compartilhar dessa visão, ainda que ressalvando o caráter excepcional do controle positivo, com o que concordamos. A ver: *"Entretanto, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto e do modo de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, é possível ao juiz inferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso.*" (MORAES, Germana Oliveira. Op. cit. p. 163)

No que se refere à sua **terceira fase**, consubstanciada na execução do programa de ação eleito na segunda etapa, tem-se que se cuida da simples prática de atos materiais concretizadores do ato administrativo propriamente dito, pelo que seu controle se dá apenas de forma reflexa, na medida em que aquele é fiscalizado. Em outras palavras, o que importa é a investigação sobre a possibilidade do controle judicial da decisão política acerca dos atos a serem posteriormente implementados, que podem consistir na construção de uma obra pública, na realização de uma licitação, na contratação de uma empresa particular para a prestação de serviços ao Estado, na compra de bens pela Administração, na abertura de um concurso e posterior nomeação dos servidores selecionados etc. Estes atos materiais, dentro do contexto mais amplo das políticas públicas, podem ser classificados, então, como meros "fatos administrativos"[241], vez que simples consequências diretas dos verdadeiros atos administrativos, consubstanciados na decisão de praticá-los.

Deste modo, discorda-se de JORGE NETO quando este afirma que "*nas políticas públicas, o controle ocorre sobre a atuação estatal em si*"[242], ou que o "*controle das políticas públicas centra-se na própria substância da atuação estatal, e não em seus instrumentos formais.*"[243] É que, como exposto, partindo do **princípio da legalidade administrativa**, a "atuação estatal em si" nada mais é que o cumprimento material do determinado na lei instituidora da competência, de modo que a "substância da atuação estatal" não é o ato material praticado, mas sim a decisão que lhe motivou a prática.

Isso não significa que, sendo a decisão de escolha do programa de ação de determinada política pública formalizada em um instrumento qualquer, lei ou ato administrativo, esse não servirá igualmente como parâmetro de controle. Na verdade, poderá este instrumento figurar tanto como objeto de impugnação em si, como parâmetro de referência para o controle dos atos que lhe dão execução. Nas palavras de MOREIRA, "*uma vez postos formalmente, os programas criam obrigações de comportamento, traduzidos no dever de implementá-los, dentro do princípio da confiança nas promessas feitas pelo Estado.*"[244] Todavia, insiste-se, o relevante no controle judicial das políticas públicas é a fiscalização

---

[241] Sobre o tema, ensinam MARCELO ALEXANDRINO, e VICENTE PAULO que "*fatos administrativos são comumente conceituados como a materialização da função administrativa; consubstanciam o exercício material de uma atividade administrativa em si. Decorrem de um ato administrativo, de uma decisão ou determinação administrativa, mas com esta não se confundem. Os fatos administrativos não têm por fim a produção de efeitos jurídicos; eles consubstanciam, tão-somente, a implementação material de atos administrativos, decisões ou determinações administrativos (por isso os fatos administrativos são também chamados de atos materiais).*" (ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO. **Direito Administrativo**, 12ª ed., Niteroi: Impetus, 2006, p. 303)
[242] JORGE NETO, Nagibe de Melo. Op. cit. p. 56.
[243] Ibid. p. 56.
[244] MOREIRA, João Batista Gomes. Op. cit. p. 269.

exercida sobre as decisões políticas que fixam os programas de ação, e não sobre os atos que apenas dão execução material àqueles programas.

Por fim, no que toca à **quarta etapa** do *policy cycle*, caracterizado pelo constante monitoramento quanto à implementação do plano de ação da política pública, sua revisão judicial poderá ter lugar sempre que, em razão desse acompanhamento, a Administração Pública, após a análise dos dados disponíveis, decida alterar o tal plano, mudando o rumo da atuação estatal na área de intervenção em tela. Ora, cuida-se de ato com as mesmas características daquele praticado na segunda etapa, pelo que, no que se refere aos limites de seu controle, pode-se valer das conclusões já expostas acima.

De tudo quanto foi exposto, há de se concluir que o controle jurisdicional das políticas públicas emerge, em um Estado Democrático de Direito – no qual exercício do poder estatal deve ser sempre encarado como o desempenho de uma função subordinada ao atendimento das finalidades públicas fixadas na lei ou deduzidas da Constituição –, como um importantíssimo instrumento de participação democrática dos cidadãos na gestão da coisa pública, mais especificamente na tarefa de sua fiscalização, aparecendo o Judiciário como um legítimo e apropriado canal de comunicação entre as esferas privada e pública da sociedade.

Conclui-se, igualmente, que no exercício desse controle cabe ao magistrado, respeitado o núcleo intangível do mérito administrativo do ato de governo instituidor das políticas públicas – o qual somente é aferível à vista das peculiaridades do contexto fático subjacente a cada decisão –, pautar-se pelos parâmetros de contraste admitidos pelo atual paradigma político-jurídico do Estado Democrático de Direito, construído em cima dos cânones do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, instauradores do chamado controle de juridicidade dos atos administrativos, pelo que sindicáveis tanto os aspectos vinculados do ato, quanto questões atinentes à proporcionalidade, razoabilidade, eficiência e economicidade das medidas adotadas, levando-se sempre em conta o cenário socioeconômico existente.

Cumpre registrar, por fim, que a postura proposta é propiciadora da criação de um desejável **círculo virtuoso**, pois, na medida em que o povo, através do Judiciário, fiscaliza as políticas públicas adotadas pelos órgãos governamentais, apontando-lhes as omissões e deficiências e postulando a adoção de medidas necessárias à satisfação concreta dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente, a própria Administração Pública, encurralada frente à pressão popular canalizada nos feitos judiciais, tende a mudar de postura, reanalisando sua forma de atuação e adaptando-se ao posicionamento jurisprudencial, de modo até a evitar a

desnecessária oneração dos cofres públicos, à vista de eventuais multas por descumprimento e outros custos atrelados aos litígios judiciais.

CAPÍTULO 3

A FORÇA NORMATIVA DOS FATOS

No vertente capítulo, estudar-se-á o fenômeno que se costuma denominar de "força normativa dos fatos", o qual consiste, basicamente, na suposta e potencial influência que a realidade fática exerce sobre a determinação do conteúdo da normatividade, inclusive aquela de estatura constitucional. Como coloca FRIEDRICH MÜLLER, as questões tradicionalmente englobadas no slogan "Direito e Realidade" referem-se, sobretudo, ao problema de saber, se e até que ponto, "*pontos de vista, estruturas e conteúdos de faticidade estatal e social podem ser utilizados na interpretação e aplicação do direito, quer dizer, na sua concretização*"[245].

Com esse desiderato, analisar-se-á sequencialmente as diversas teorias que, de forma direta ou indireta, se debruçaram sobre o tema, iniciando-se por aquelas de teor essencialmente formalista e finalizando-se pelas últimas formulações de caráter tópico e concretista. Ao final, tentar-se-á firmar considerações conclusivas sobre como deve o aplicador do Direito admitir e conduzir a interferência do fático – tanto no plano micro, envolvendo as particularidades do caso litigioso posto a julgamento, como no plano macro, no que diz respeito ao contexto sociocultural e econômico vigente – no processo de concretização da norma jurídica.

A inclusão do tema em apreço no bojo da dissertação visa, como será melhor demonstrado no derradeiro capítulo, evidenciar que o reconhecimento concreto da existência do direito fundamental à saúde invocado perante o Judiciário dependerá da análise das circunstâncias específicas do caso, devendo ser levadas em consideração nessa investigação tanto vicissitudes relativas à pessoa de demandante, como as características terapêuticas do medicamento ou tratamento postulado, e também a conjuntura socioeconômica do momento, além de outras variantes factuais que não são contempladas abstratamente na norma constitucional instituidora do referido direito. Como isso, procurar-se-á demonstrar a

[245] MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito I**, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 78.

impossibilidade de se afirmar a existência, em abstrato e *a priori*, de um direito subjetivo absoluto a prestações de natureza médica, farmacológica ou congênere, fazendo-se necessário, por via de consequência, que o magistrado encarregado de solucionar a querela proceda sempre a uma criteriosa investigação tópica do caso, realizando também uma ponderação utilitária de caráter global no que se refere ao provimento postulado.

3.1 A Norma no Sistema Jurídico: uma visão tradicional

Tradicionalmente, o Direito – tomado aqui o conceito a partir de uma percepção histórica, cultural e objetiva[246] – é concebido como um sistema de normas destinado à regulamentação das condutas humanas em determinado contexto temporal e espacial, sempre acompanhado dos atributos da imperatividade e coercitividade[247] e instituído com o objetivo de tornar mais harmônica, proveitosa e produtiva a convivência dos homens, o que se faz através do condicionamento e limitação da natural e ilimitada liberdade que toca a cada um destes enquanto animais biológica e psicologicamente autônomos. Consigne-se, propedeuticamente, que não se está querendo negar com esta afirmação de autonomia a conhecida advertência de Aristóteles segundo a qual "*o homem é um animal social*"[248]. Muito pelo contrário, as adversidades do meio, a fragilidade do corpo, a carência emocional e o instinto de procriação impulsionam-nos rumo à agregação, ao coletivismo. Justamente por isso, o Direito, apesar de sua inegável historicidade, é um fenômeno universal que vem acompanhando a espécie humana desde seu alvorecer.

Pois bem, deste modo, pode-se dizer que o cumprimento da mencionada função pelo Direito se dá através do estabelecimento de padrões de conduta que são impostos aos

---

[246] Excluiu-se, pois, as diversas outras possibilidades significativas da expressão "Direito", entre as quais: i) aquela segundo a qual o Direito constitui-se na ordem necessária, apriorística e transcendental de justiça imanente à natureza do homem (Direito Natural); ii) aquela que se refere ao ramo do conhecimento humano que investiga, estuda e sistematiza os diversos fenômenos jurídicos através de um método pretensamente científico (Ciência do Direto); iii) aquela que reduz o âmbito significativo da expressão "Direito" à manifestação legal, equiparando-o à lei em sentido estrito, como pretendem os positivista-legalistas (Direito Positivo); iv) aquela que parte de uma percepção subjetiva, compreendendo o Direito como sinônimo de situação jurídica de vantagem albergada pela ordem jurídica objetiva (Direito Subjetivo).

[247] Sobre a "função pacificadora" do Direito e seu intrínseco caráter coercitivo, digna de transcrição a seguintes passagem de SGARBI: "*A 'paz' produzida pelo Direito apenas pode ser 'relativa'. 'Relativa' porque, se se entende por paz a 'ausência de força', como o Direito precisa da força para conter os impulsos agressivos, a paz que promove não é absoluta. O Direito combate a força arbitrária substituindo-a pela força regulada por normas e parafraseada em pressupostos, requisitos e ritos de aplicação.*" (SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito - primeiras lições**, Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2007, p. 150).

[248] Nas palavras do filósofo grego, "*em primeiro lugar, devem-se unir em pares aqueles seres que, como o homem e a mulher, não podem ficar um sem o outro, para a geração; tal associação é formada, não por um propósito deliberado por parte deles, mas sim por uma tendência da natureza*", (ARISTÓTELES, **Política**, 6ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 54).

homens sujeitos ao poder político positivador da pertinente ordem jurídica. Esta "padronização" se realiza de diferentes formas, na medida em que, a depender da conduta regulamentada, pode consistir na proibição, no simples desestímulo, no incentivo, ou mesmo na obrigação de se adotar certos comportamentos, prevendo-se em cada caso a consequência de sua obediência ou desobediência, a qual a Teoria Geral do Direito denomina de "sanção"[249].

Todavia, o que realmente interessa fixar neste tópico introdutório, é que, no desempenho desta sua função regulamentadora, vale-se o Direito da norma como principal instrumento de veiculação das regras comportamentais instituídas em benefício da convivência social. Com efeito, as normas jurídicas, enquanto prescrições linguísticas compreensíveis e expressivas de uma ordem, recomendação ou proibição, constituem o canal de comunicação entre os poderes constituídos, encarregados de criar formalmente o Direito, e seus destinatários, isto é, as pessoas submetidas a este[250]. As normas expressam em linguagem os comportamentos que são permitidos aos componentes do corpo social, porque desejáveis e considerados coletivamente benéficos, bem como aqueles vedados, porque compreendidos como prejudiciais ao interesse comum dos homens que compõe a dada coletividade.

Dentro de sua teoria tridimensionalista axiológica do Direito[251], VASCONCELOS reconhece esse papel fundamental desempenhado pela norma, ao afirmar que "*a expressão formal do Direito como disciplina de condutas é a norma jurídica"*[252], na medida em que prevê os modos de comportamento interessantes ao convívio social. A norma, para o autor, possuindo como base o "fato axiologicamente dimensionado"[253], ao definir "*dentre as múltiplas possibilidades que se oferecem ao homem, os tipos de condutas desejáveis, ao considerar sua relevância para a manutenção e progresso da vida social*"[254], apresenta-se, ao mesmo tempo, como regra de fim e de julgamento. No mesmo sentido, BOBBIO assevera que as normas jurídicas, pertencendo, dada a natureza de sua linguagem, à categoria geral das proposições prescritivas, enquanto conjunto de palavras que expressam um significado em sua unidade,

[249] Por escapar do foco do trabalho, abster-se-á aqui de enfrentar os argumentos utilizados por aqueles que defendem não ser a sanção elemento essencial da norma jurídica.
[250] Ao reconhecer o fenômeno normativo como um fenômeno linguístico, SGARBI pontua que "*um modo de pensar a autorização para o Estado fazer uso da força que se encontra prevista nas normas, pode ser o conhecimento dos destinatários da prescrição exigida e a consequente desobediência*" (SGARBI, Op. cit. p. 98).
[251] Teoria essa que, no essencial, compartilha as ideias fundamentais daquela desenvolvida por Miguel Reale, ressaltando, contudo, a necessidade de o Direito, resultado da fusão de "fato", "valor" e "norma", revelar-se sempre justo e legítimo.
[252] VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11.
[253] "*A base da norma é o fato, sem dúvida, mas o fato axiologicamente dimensionado.*" (Ibid, p. 18).
[254] Ibid, p. 20.

possuem como função primordial "*dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo*".[255]

Também SGARBI, após afirmar que "*o Direito é visto como uma técnica de racionalização do agir em coletividade*"[256], ressalta a aludida função atribuída às normas jurídicas, na medida em que estas, ao estatuírem o comportamento que é devido diante de uma dada situação, reduzem, afunilam as possibilidades do agir daqueles sujeitos à autoridade normativa emissora da ordem, procurando com isso conformá-lo aos padrões de conduta aceitos. Isso porque "*o objetivo claro das prescrições é o de governar a conduta humana; é o de reduzir as muitas possibilidades do agir, firmando pautas de comportamento específicas para as diversas situações da vida.*"[257] Ainda segundo o autor:

> "*O direito age, dessa forma, como um redutor de opções do indivíduo em suas variadas possibilidades de comportar-se porque sua presença implica comportamentos não-opcionais com respeito a certo universo de ações possíveis. Com efeito, a partir do momento em que uma prescrição é editada, decidir ou não fazer algo (decidir ou não fazer p) deixa de ser mera opção livre para cercar-se de consequências que são estatuídas com a finalidade de servirem de reforço à obediência. Por isso ser a nota característica da sintaxe das prescrições a forma imperativa.*"[258]

Ressalva-se, desde já, que se confere ao vocábulo "norma", aqui, uma abrangência significativa larguíssima, de modo a abarcar todas as espécies normativas conhecidas, seja qual for sua hierarquia ou grau de abstratividade. Assim, para este momento da explanação, toma-se a expressão "norma" como gênero, do qual são espécies a Constituição do Estado, suas leis ordinárias ou complementares, eventuais institutos que façam as vezes da lei – como é o caso das medidas provisórias, no sistema jurídico brasileiro –, os atos normativos infralegais, os costumes e os precedentes jurisprudenciais, estes dois últimos desde que a própria ordem jurídica pertinente lhes reconheça a normatividade. Importante também deixar registrado que a norma jurídica, no sentido aqui empregado, engloba tanto as **regras** como os **princípios**, formas distintas de manifestação do Direito que não se podem confundir, dada a diversidade de suas características essenciais.

---

[255] BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**, 5ª ed., São Paulo: Edipro, 2014, p. 79.
[256] SGARBI, Adrian. Op. cit. p. 139.
[257] Ibid, p. 33
[258] Ibid, p. 123/124.

Com razão, aquelas primeiras (as regras) constituem-se na espécie normativa destinada por excelência à regulamentação tipológica do comportamento humano, de modo que, a despeito de sua necessária abstração e generalidade – na medida em que se destinam a regular e a incidir sobre os casos futuros que se adequem à sua *fatispécie* –, detém um certo grau de objetividade e concretude no que se refere ao recorte da realidade fática regulamentada, razão pela qual se diz que sua incidência se dá em uma relação de tudo ou nada (ou o fato-tipo ocorre no mundo empírico e o comando normativo da regra incide, ou aquele inocorre e este deixa de incidir). Já os princípios, por sua vez, são espécies normativas com uma carga axiológica mais intensa, além de dotados de um grau de abstratividade muito mais elevado, isto em decorrência da própria estrutura sintática das normas que o veiculam (quando são expressos e positivados em textos legais ou constitucionais) e de sua peculiar finalidade, na medida em que exercem a função de vigas-mestras do ordenamento jurídico, funcionando como condutores dos valores fundamentais deste e, ao mesmo tempo, como instituidores dos pressupostos jurídicos essenciais que servem como norteadores e limitantes da atividade legiferante do Estado, servindo eles ainda como parâmetros nas atividades de interpretação e concretização das demais normas do sistema.[259]

Assume a norma, assim, papel de destaque no sistema jurídico, funcionando como veículo para a regulamentação das condutas dos homens pelo Estado[260], o que se dá através da publicização de seu comando normativo, o qual, em suma e simplificadamente, estabelece que, em ocorrendo no mundo concreto a previsão fática estabelecida em abstrato pelo preceptivo, deve-se operar a consequência ali disposta[261], que se denomina de sanção e poderá ser benéfica ou maléfica aos que a ela estiverem sujeitos, conforme o caso. Opera-se, pois, o que se denomina tradicionalmente de **subsunção dos fatos à norma**. Isto é, diante da adequação formal do fato empírico ao modelo previsto na lei – tomado o vocábulo aqui também no sentido genérico – incide o comando normativo correspondente, cabendo às partes às quais este se dirige conformar seu comportamento ao estabelecido na norma, sob pena de serem compelidas, material ou moralmente, a fazê-lo, seja através da intervenção do Estado-Administração,

---

[259] Acerca da diferenciação em tela, vale transcrever a lição de LUÍS ROBERTO BARROSO, que enfatiza o caráter essencialmente descritivo das regras, em contraposição ao teor marcadamente axiológico dos princípios. A ver: "*Quanto ao conteúdo, destacam-se os princípios como normas que identificam valores a serem preservados ou fins a serrem alcançados. Trazem em sim, normalmente, um conteúdo axiológico ou uma decisão política. (...) Já as regras limitam-se a traçar uma conduta. A questão relativa a valores ou a fins públicos não vem explicitada na norma porque já foi decidida pelo legislador, e não transferida para o intérprete. Daí ser possível afirmar-se que as regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos.*" (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 353)

[260] Obviamente, a criação das normas, enquanto fenômeno geneticamente ligado ao surgimento dos primeiros agrupamentos humanos ainda no Neolítico, é antecedente à figura histórica do Estado, que só surge em um momento evolutivo posterior, por ocasião da chamada Idade dos Metais. Todavia, o texto refere-se ao Direito já institucionalizado e sistematizado pela entidade estatal concentradora do poder de direção e organização do corpo social, nos moldes vigentes até hoje.

[261] Daí a fórmula: *Se ocorrer **P** então **S**.*

quando presente a auto-executoriedade dos atos administrativos, seja do Estado-Juiz, a quem é encarregada aplicação das normas estatais quando lhe é levado ao conhecimento a existência de lide intersubjetiva ou social, surgidas, no mais das vezes, justamente em razão da desobediência das normas de comportamento instituída pelo Poder Público.

Dentro dessa estrutura de pensamento baseada em um arquétipo lógico-dedutivo, tem-se, então, que, verificada no mundo factual a situação prevista prévia, genérica e abstratamente pela norma – presumindo-se esta válida e eficaz –, ocorre o fenômeno da subsunção, fazendo com que a norma "incida" sobre aquele fato, desencadeando, a partir daí, os efeitos jurídicos que lhe são pertinentes, o que se adequa perfeitamente, por sinal, à etimologia do vocábulo "subsumir", que significa incluir alguma coisa em algo maior, mais amplo. No caso, a inclusão do fato normativo (realidade menor) à norma-tipo (realidade abrangente).

Este esquema conceitual clássico parte de **três pressupostos jusfilosóficos** essenciais, que funcionam como sustentáculos de sua lógica interna de justificação, a saber: **i)** a confiança na sapiência do legislador, o qual, amparando-se na legitimidade lhe conferida pelo sufrágio e valendo-se da razão como ferramenta de trabalho, lograria construir um sistema de normas perfeitamente adequado ao contexto social; **ii)** como consequência do pressuposto anterior, presume-se a completude e a congruência do ordenamento jurídico, que, concebido racionalmente com base na observação dos fatos sociais, conseguiria, através da abrangência e abstração de suas normas, abarcar todas as possibilidades fenomenológicas, não havendo, ademais, antinomias internas cuja solução não seja dada pelo próprio sistema; **iii)** seguindo ainda uma linha de causa e efeito e partindo das premissas precedentes, concebe-se a função judicante dos magistrados como mero exercício da reprodução neutra e automatizada do comando normativo emergente da lei no caso concreto, devendo o texto legal ser interpretado literalmente, de modo que não caberia ao juiz – cuja liberdade criativa é completamente tolhida – perquirir ou refletir criticamente sobre aspectos axiológicos ou teleológicos da norma, cabendo-lhe simplesmente aplicá-la tal qual editada[262].

Todo este ideário ampara-se na ideia de que os homens, dotados pela evolução de um córtex cerebral desenvolvido, teriam a plena condição de, através do uso da razão, conceber

262 Como se costumava afirmar à época do Código Civil de Napoleão, promulgado após a Revolução Francesa de 1789, o juiz seria apenas a "*bouche de la loi*" (a "boca da lei"), expressão que representa bem a ideologia juspolítica então prevalecente.

idealmente o Direito em tal grau de perfeição que todas as possíveis condutas ou situações restariam satisfatoriamente regulamentadas, propiciando, assim, uma convivência social harmônica, através da limitação e da canalização dos impulsos instintuais humanos em prol do bem coletivo[263]. A instituição e imposição desse Direito – composto essencialmente por normas de comportamento, como vimos[264] – dar-se-ia por meio do Estado, enquanto entidade temporal corporificadora do poder público, o qual – "*nascido da sociedade, mas posto acima dela*"[265] – cumpriria a função de "*árbitro dos antagonismos e contradições latentes no meio social*"[266], na medida em que, teoricamente, representando a vontade geral, seria encarregado da consecução do denominado bem comum. O Direito posto, assim, dotado do atributo de autoridade, seria compreendido como representação formal de conclusões lógicas derivadas da investigação racional dos fatos sociais, consubstanciando um conjunto de regras sistematicamente ordenadas, isentas de contradições e propiciadoras de uma convivência humana mais fértil e produtiva.

A norma, sob esta ótica, é considerada um produto pronto e acabado, ganhando quase ares de perfeição e apresentando pretensões de validade universal absoluta, no sentido de que seu comando regulamentador é concebido para ser rigidamente aplicado a todos os fatos empíricos que do ponto de vista formal se amoldem à hipótese de incidência nela veiculada em termos genéricos. A norma apresenta-se, pois, como um ser estático, inflexível, já que não se tolera, em qualquer hipótese, que seu conteúdo aparente seja de algum modo alterado ou adaptado diante de eventuais (inevitáveis) variações do fato-tipo. Assim, para a dogmática

---

[263] Sobre o ponto, ensinava Freud que "a vida humana em comum se torna possível apenas quando há uma maioria que é mais forte que qualquer indivíduo e se conserva diante de qualquer indivíduo. Então o poder dessa comunidade se estabelece como 'Direito', em oposição ao poder do indivíduo, condenado como 'força bruta'. Tal substituição do poder do indivíduo pelo da comunidade é o passo cultural decisivo. (...) Graças à evolução cultural ela [a liberdade individual] experimenta restrições e a justiça pede que ninguém escape a elas. (...) Boa parte da peleja da humanidade se concentra em torno da tarefa de achar um equilíbrio adequado, isto é, que traga felicidade, entre as exigências individuais e aquelas do grupo, culturais". E conclui o pai da psicanálise, ser "impossível não ver em que medida a civilização é construída sobre a renuncia instintual" dos homens (FREUD, Sigmund. **Mal-Estar na Civilização**, São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 40/41 e 43).

[264] A bem da verdade, segundo a doutrina majoritária, as normas jurídicas poderiam, a princípio, ser divididas em dois grandes grupos: o das normas primárias ou normas prescritivas ou normas de comportamento, que regulamentariam propriamente o agir humano no plano material; e o das chamadas normas secundárias ou normas constitutivas ou normas de competência, que disciplinariam a constituição e o funcionamento das instituições e dos organismos jurídicos. Nesse sentido, transcreve-se mais uma vez a lição de SGARBI: "*Apesar da multiplicidade de atribuições, as normas jurídicas podem ser agrupadas em duas categorias básicas: as normas 'prescritivas' cuja finalidade é a de governar os comportamentos humanos estabelecendo as condutas devidas; e as normas 'constitutivas', cuja tarefa é a de compor a malha institucional necessária para o funcionamento das 'peças do direito'. Ambos esses sentidos mantêm conexão com o que parte considerável dos teóricos do direito reconhece como 'normas primárias' (ou 'normas de conduta') e 'normas secundárias' (ou 'normas de estrutura').*" (SGARBI, Adrian. Op. cit. p. 120)

[265] A expressão foi retirada da seguinte passagem, na qual ENGELS analisa o surgimento do Estado como fruto do desenvolvimento das forças produtivas no seio das sociedades: "O Estado não é, pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro/ tampouco é 'a realização da idéia moral', nem 'a imagem e realização da razão', como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento, é a confissão de que a sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e esta dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dento dos limites da 'ordem'. Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela e se distanciando cada vez mais, é o Estado." (ENGELS, Friedrich. **A Origem da Família, da Propriedade Privada e do Estado**, 15ª ed., trad. Leandro Konder, Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 191).

[266] AQUINO, Rubens Santos Leão de et al. **História das Sociedades: das comunidades primitivas às sociedades medievais**, 3ª ed., Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2008, p. 116.

tradicional, o processo e o resultado da operação de subsunção não devem oscilar mesmo que à vista de vicissitudes ou peculiaridades dos casos concretos objetos da regulamentação, vez que a vontade manifestada pelo legislador, sacralizada e mumificada na norma, deve ser preservada intacta até que seja ela alterada por aquele mesmo legislador, única figura institucional capaz de constatar sua obsolescência ou inadequação posterior. O Direito é aplicado, deste modo, conforme a lógica interna do próprio sistema jurídico, enxergando a si próprio como único parâmetro relevante para a definição do resultado do processo de aplicação da norma, relevando-se, por impertinentes, quaisquer considerações de caráter metajurídico, a exemplo de ponderações de cunho sociológico, político ou econômico.

Tal paradigma dogmático preza, acima de tudo, pela segurança e estabilidade do sistema, já que a estrita e absoluta vinculação à norma – detentora exclusiva de toda a normatividade – garantiria uma pretensa previsibilidade acerca do conteúdo das decisões reveladoras da "lei do caso concreto". Essa estabilidade decisória seria assegurada pela rigidez e objetividade conferidas pela utilização do **método lógico-dedutivo** no processo de aplicação do Direito. Para tanto, esse processo deveria seguir uma estrutura silogística, cujo funcionamento consistiria apenas na verificação do encaixe da premissa menor posterior (materializada no fato empírico objeto da regulamentação) à premissa maior anterior (corporificada na norma), surgindo necessariamente dessa adequação a única conclusão possível (a norma do caso concreto), justamente aquela antevista pela razão do onisciente legislador.

Por detrás desse modo de enxergar o fenômeno jurídico está, à toda evidência, uma busca obsessiva e ingênua pela autoafirmação do Direito como ciência que deseja se projetar como puramente descritiva, objetiva, neutra, expressão da razão humana e nada mais. Em nome da perseguição dessa inalcançável meta, exigir-se-ia que seus operadores se ativessem ao indicado método científico quando da tarefa de concretizar o comando normativo incidente, evitando a todo custo interseccionar o Direito com esferas de conhecimento distintas e supostamente autônomas, tal como a Política, a Moral e a Economia. A lógica purista e silogística ali seguida não permitiria que tal mesclagem se operasse, sob pena de ter-se a degeneração do Direito enquanto ciência.

Os fatos jurídicos[267], de acordo com tal linha de pensamento, para além de irrelevantes para a determinação do conteúdo normativo da regra ou princípio incidente, seriam passíveis de descrição e compreensão objetivas, tornando fatível a construção de um sistema completamente previsível e isento de indesejáveis interferências geradas pelos pré-conceitos, predileções ou qualquer tipo de subjetivismo daquele encarregado de aplicar a norma. As experiências pessoais do aplicador, a conjuntura socioeconômica no momento da aplicação, eventuais efeitos colaterais da incidência cega da norma conforme o sentido que lhe é superficialmente emergente: nada disso deveria ser objeto de consideração pelo jurista, visto que não diriam respeito ao fenômeno jurídico em si, apenas servindo para desviar o processo de concretização normativa do caminho que lhe é próprio, subvertendo, consequentemente, o resultado visado e esperado pelo legislador.

Todas essas premissas – talvez melhor seja qualificá-las como pretensões –, formuladas através de uma intensa elaboração teórica, foram sendo incorporadas ao pensamento jurídico no decorrer de um considerável espaço de tempo, tendo alcançado seu ponto culminante com o positivismo-normativista da Escola de Viena e, especialmente, com a **Teoria Pura do Direito** de Kelsen, "*que é o ponto extremo a que pode chegar o sistema axiomático-dedutivo.*"[268]

Diante dessa visão formalista acerca da aplicação das normas jurídicas, as perguntas que devem ser feitas é se o Direito realmente constitui uma ciência autossuficiente, prescindindo do instrumental fornecido pelas demais áreas do conhecimento humano; se a norma positivada efetivamente contém em si toda a carga normativa necessária à identificação do resultado do processo de subsunção; se a solução aparentemente fornecida pela literalidade da norma aplicanda é, de fato, a que melhor atinge os objetivos de pacificação social e de satisfação do interesse público, finalidades últimas do próprio Direito; se o legislador pode mesmo antever com precisão todas as possibilidades fáticas relativas ao espectro da realidade objeto da regulamentação, tendo condições de adequar aprioristicamente a norma às peculiaridades dos futuros casos concretos sobre os quais haverá de incidir; se o legislador é realmente o único agente estatal com legitimidade para verbalizar o Direito, de modo que sua manifestação formal deva ser sacralizada e cristalizada, mesmo diante de mudanças relevantes no contexto social que afetem o resultado antevisto; enfim, se o ordenamento jurídico positivo

[267] Fatos componentes do recorte da realidade material objeto de regulamentação pela norma jurídica.
[268] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 133.

é mesmo completo, harmônico, perfeito, dispensando qualquer tipo de ajuste pontual no momento da aplicação de suas normas.

Crê-se que as respostas às perguntas formuladas no parágrafo anterior são todas negativas. Isto porque, como se tentará demonstrar, o Direito não é pura abstração, na medida em que existe em função da realidade material, a qual somente pode ser devidamente compreendida com o auxílio de disciplinas metajurídicas. Por outro lado, é evidente também a insuficiência da norma, no sentido de que a mesma somente adquire e revela seu verdadeiro conteúdo quando incidente e confrontada com o fato empírico a que diz respeito. Por conseguinte, é absolutamente inadequado pretender extrair o significado da norma apenas da dicção de seu texto, sem levar em consideração o contexto social de sua aplicação e os objetivos gerais do ordenamento, notadamente à vista da riqueza e da imprevisibilidade dos fatos objetos da normatização. Tais premissas conduzem à conclusão de que caberá ao magistrado, ao decidir as lides concretas levadas ao seu conhecimento, fazer as devidas adequações do texto com o fato, identificando o resultado jurídico emergente desse encontro, tendo sempre como ponto de partida o próprio Direito Positivo e como fio condutor os princípios estruturantes do ordenamento.

Com o objetivo de se demonstrar a procedência das conclusões sumariamente antecipadas acima e para que o tema seja analisado na profundidade que merece, mister se faz que se percorra, ainda que em linhas gerais, a trilha dogmática que levou do positivismo jurídico e sua idolatria da lei ao reconhecimento da permeabilidade do modelo lógico-dedutivo pela força normativa dos fatos, conduzida através de um processo de concretização de caráter tópico e dialético. É o que será feito nos itens seguintes.

3.2 O Itinerário Dogmático Rumo à Relevância Jurídica da Faticidade

Analisar-se-á nos itens subsequentes algumas das principais escolas jurídicas que já se dedicaram a estudar o modo como se manifesta e se processa o fenômeno da incidência normativa, bem como a propor técnicas ou métodos que conduzam da maneira mais adequada possível o aplicador do Direito ao resultado desejado, o qual, enquanto para algumas daquelas constitui-se no “resultado antecipadamente previsto”, para outras se caracteriza como o “resultado mais justo diante do caso concreto”.

Com esse desiderato, iniciar-se-á pelas correntes de viés formalista, nas quais prevalece a preocupação com a integridade lógica do sistema, e, passo seguinte, centrar-se-á estudo naquelas de feição materialista, para as quais o elemento fático ou social do fenômeno normativo assume especial relevância.

3.2.1 Teorias Formalistas

Inicia-se a presente trajetória investigativa a partir da chamada Idade Contemporânea, cujo surgimento, de acordo com a periodização adotada pela historiografia clássica, coincide com a eclosão da Revolução Francesa de 1789[269]. É que, como foi adiantado acima, o processo de sistematização e codificação do Direito na Europa Continental principiou-se justamente no final do século XVIII, já alcançando praticamente todo o continente em meados do século XIX.

Para que bem se compreenda esse processo e as consequências na dogmática jurídica que ele gerou, todavia, é preciso ter em mente que durante toda a Idade Média – e mesmo durante a denominada Idade Moderna[270] – as ordens jurídicas encontravam-se extremamente fragmentadas, cada qual restrita aos domínios de um específico feudo ou um grupo pequeno destes. Mesmo as monarquias existentes no período, salvo pontuais exceções, não tinham força efetiva para, unificando normativamente o território respectivo, impor efetivamente a todos os seus súditos o respeito aos decretos reais. O Direito, na verdade, revelava-se muito mais como manifestação natural das tradições históricas de determinada comunidade ou região[271] do que propriamente como resultado de um processo consciente, hierarquizado e institucionalizado de criação de normas tendentes a regulamentar a vida social. Cuidava-se de um **Direito Consuetudinário** cujas raízes, em grande parte, provinham dos costumes dos "povos bárbaros" que minaram a estrutura do Império Romano.

O Estado ainda era débil e o poder público era representado pelos senhores feudais ou outras figuras patriarcais equivalentes, na medida em que o poder econômico residia no domínio das grandes propriedades rurais, em torno das quais acontecia a vida social. O Sistema

269 Deixa-se registrado que nosso parâmetro de análise é o chamado "mundo ocidental", já que nele inserida a tradição jurídica brasileira.
270 Ainda de acordo com a historiografia clássica, a "idade moderna" possui como marcos de seu surgimento, dentre outros eventos, a tomada de Constantinopla pelos Turcos Otomanos, a invenção da imprensa por Gutemberg, o surgimento da Renascença Italiana e o início das Grandes Navegações pelos portugueses e espanhóis.
271 Além, obviamente, de representar e proteger os interesses das forças sociais então dominantes.

Judiciário era igualmente caótico, carente de qualquer sistematização ou hierarquia, imperando também aqui, basicamente, a regra da territorialidade do poder, com vários "tribunais" autônomos autoafirmando sua competência para esta ou aquela temática[272]. Cuidava-se, praticamente, de uma **Justiça Particular**, vez que gerida pelos grupos de poder regional, nas quais a legitimidade e a imperatividade das decisões amparavam-se na força manifestada pelos elementos sociais que davam suporte àquelas cortes, ausentes também a impessoalidade e a isonomia que haveria de se esperar de órgãos julgadores. O único elemento unificador então existente era o Direito Canônico, que, movido pela pretensão universalista da Igreja Católica, não enxergava fronteiras que limitassem sua eficácia. Esse tecido de ligação heterônomo, todavia, não era capaz de desfazer e superar a profunda fragmentariedade e a volátil inconstância daquele "sistema jurídico".

Não é difícil perceber que, como resultado desse cenário, não se tinha qualquer segurança no tocante à forma como as normas reguladoras da convivência social seriam aplicadas, não havia como se saber como os conflitos sociais seriam solucionados pelas instâncias de poder. Então, como sói ocorrer, em um **movimento de evolução dialética**, a próxima fase do Direito iria caminhar para o sentido oposto, tentando alcançar as extremidades de um sistema baseado na estabilidade e previsibilidade. Com efeito, superadas completamente as reminiscências sociopolíticas da Idade Média e alcançado o limiar da sociedade contemporânea, principiaram-se em toda a Europa movimentos visando à unificação e à sistematização do Direito.

Para essas emergentes correntes teóricas, a concretização do Direito deveria, o tanto quanto possível, seguir uma lógica racional, aritmética, apoiada em axiomas que, aceitos como verdadeiros, permitiriam o desenvolvimento de um raciocínio dedutivo através do qual, por meio inferências necessárias, conduziria o aplicador da norma inevitavelmente ao resultado esperado. Em tese, nada de subjetivismo. Objetividade pura. Pregava-se o chamado **silogismo jurídico**, resultado do uso do método lógico-dedutivo ao saber jurídico. De acordo com esta metódica, caberia ao juiz apenas identificar a ocorrência da subsunção fato-norma, para, então, "pronunciar", "revelar" a norma já predisposta no ordenamento para aquela exata situação concreta. Sobre o tema, assim se manifesta BARROSO:

---

272 Como ensinam AQUINO, DENIZE e OSCAR, "*no sistema feudal era a propriedade da terra que constituía a base econômica do poder dos senhores feudais. Durante boa parte de sua existência na Europa Ocidental, o feudalismo ligou-se a formas de descentralização política, pios a propriedade senhorial do feudo incluía o poder militar, o poder judicial, o poder político o direito de cunhar moedas e outros.*" AQUINO, Rubens Santos Leão de et al, Op. cit. 539).

> "*O conhecimento jurídico tradicional, que se abebera nas fontes romanas e tem como pontos culminantes a produção científica de Savigny, no século passado* [século XIX]*, e de Hans Kelsen, neste século* [século XX]*, exibe como traços marcantes o formalismo e o dogmatismo. O elemento básico da ideia de formalismo é a premissa de que a atividade do intérprete se desenvolve por via de um processo dedutivo, onde se colhe a norma no ordenamento e faz-se a subsunção dos fatos relevantes. Esse processo lógico-formal se concretiza através de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso.*"[273]

Esta forma de pensar e operar o Direito possuía como substrato de sustentação e inspiração uma ideia fundamental desenvolvida pelos teóricos das revoluções burguesas: a **separação dos poderes do Estado**, de que já se falou no capítulo precedente desta dissertação. De todo modo, consigne-se mais uma vez que, em apertado resumo, de acordo com a formulação sistematizada por Montesquieu274, impõe-se que o desempenho das funções primordiais assumidas como próprias pelo Estado – administrar, legislar e julgar – seja dividido entre estruturas orgânicas autônomas e independentes entre si, com o objetivo de que a limitação e a compartimentação do poder propiciem uma contensão recíproca por parte de seus exercentes, evitando-se, assim, o cometimento dos abusos ocorridos no velho regime das monarquias absolutistas, contra as quais o filósofo francês se insurgia no campo ideológico. Nessa linha, cumpriria apenas ao legislador, como representante democrático do povo, editar as leis que abstratamente regulamentariam as relações entre os particulares e entre estes e o próprio Estado; à Administração Pública, a cargo do Poder Executivo, caberia a gestão dos serviços estatais; cabendo aos magistrados, na condição de membros do Poder Judiciário, tão-somente aplicar a lei ao caso litigioso que lhe fosse levado ao conhecimento pelas partes.

Tendo sua atuação funcional limitada à aplicação estrita e mecanizada da lei ao caso concreto, os juízes deveriam ater-se à tarefa de buscar na norma objetiva a solução já pensada racionalmente pelo legislador para aquela espécie de contenda social que se lhe descortina à frente, isto é, diante do caso concreto e através do método silogístico de que se falou acima, haveriam apenas de extrair dos axiomas gerais fornecidos pelo ordenamento a consequência normativa aplicável à espécie. Assim, não seria permitido ao Judiciário quando da solução de lide posta a desate, por exemplo, tomar em consideração fatores metajurídicos não previstos expressamente pela lei, tal como, por exemplo, potenciais consequências macroeconômicas

[273] BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 277.
[274] MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. Op. cit. passim.

gravosas da decisão a princípio indicada pelo Direito objetivo, ou, ainda, especificidades resultantes de peculiar conjuntura social a envolver o caso concreto, de modo que este assumisse contornos que o diferenciassem da fatispécie normativa.

Tal paradigma dogmático era fortemente inspirado em premissas filosóficas relacionadas ao racionalismo, ao cientificismo e ao liberalismo, correntes de pensamento que floresceram e tiveram seu apogeu no decorrer dos séculos XVIII e XIX, justamente quando os ordenamentos jurídicos no mundo ocidental consolidaram seus processos de sistematização, de codificação e, também, quando surgiram as primeiras Constituições modernas. Daí se infere a estreita relação existente entre a concepção formalista da norma jurídica, nos termos acima explicitados, e os traços essenciais das **Constituições Liberais** do mencionado período, das quais são exemplos clássicos a Constituição Americana de 1787 e a Constituição Francesa de 1791.

É que o fim dos Estados Absolutistas – e o consequente nascimento dos Estados de Direito com suas Constituições Formais – foi em parte decorrência das ideias trazidas pelo Iluminismo, que desde fins do século XVII passara a defender o uso da razão como único meio capaz de conduzir a humanidade ao progresso através do conhecimento por ela proporcionado, além de por o homem como centro das preocupações do próprio homem, isto em substituição às ingênuas superstições religiosas e ao sufocante teocentrismo que dominava o pensamento ocidental desde o início da Idade Média, não por acaso chamada "idade das trevas". Ocorre que o racionalismo e o antropocentrismo não se contiveram restritos ao âmbito da filosofia e da epistemologia, tendo transposto sua influência também para o campo do Direito. A ordem jurídica que, até então, apoiava-se na ideia de Direito Natural de inspiração divina, passou a sustentar-se na certeza, força e imperatividade da lei positiva, criada a partir da razão do homem. Surge, pois, o **Positivismo Racionalista**, para o qual o Direito há de ser compreendido como manifestação jurídica da racionalidade universal.

O Direito Positivo, ganhando independência das demais esferas do conhecimento humano, passa a se autofundamentar, enxergando a si próprio como resultado racional da concretização da vontade geral, manifestada por meio do legislador. Como consequência, o Direito Natural – inclusive aquele de caráter não-teológico, com vertente racionalista – perde prestígio, na medida em que a norma positivada passa a assumir o papel de garante de sua própria validade. Como resultado desse processo, a lei emerge como primordial fonte do

Direito, centro nervoso de onde emana toda a normatividade do sistema, pelo que deve ela ser preservada, respeitada e literalmente aplicada por seus operadores, sob pena de ruína da legitimidade de toda ordem jurídica. Discorrendo sobre essa transição do pensamento jurídico medieval para o positivismo jurídico normativista que se seguiu à promulgação das primeiras Constituições Liberais, cuja maior expressão na dogmática repousa na Teoria Pura de Kelsen, assim se manifesta WALTER GUANDALINI JR:

> "*Se a ideia surge no século XIX com a Escola da Exegese, preocupada em limitar o arbítrio dos juízes e garantir a efetivação legal das conquistas políticas das revoluções burguesas, ela atinge a sua plenitude no Positivismo Jurídico de Hans Kelsen, que passa a reivindicar não só a autonomia normativa do direito positivo, mas também a autonomia científica de sua Teoria Pura (KELSEN, 2000). Com o juspositivismo o raciocínio jurídico se revela definitivamente como juízo de subsunção, atividade de enquadramento do fato concreto a uma norma abstrata determinada, de modo a se extrair dessa relação a conseqüência jurídica prescrita pelo sistema legal vigente. O saber jurídico realiza, assim, um antigo sonho: alcança o grau de certeza e previsibilidade do raciocínio matemático, reivindicando para si o título ao qual almejava desde o início da modernidade – o de Ciência Jurídica. Com isso, não só estabelece o vínculo definitivo entre o saber jurídico e a verdade objetiva, mas também acredita poder garantir, com a defesa do Estado de Direito, a manutenção dos direitos subjetivos conquistados pelas revoluções burguesas.*"[275]

E foi justamente visando proteger esses "direitos subjetivos conquistados pelas revoluções burguesas" que se erigiram os pressupostos jurídicos fundamentais com base nos quais foram elaboradas as referidas Constituições Liberais, a saber: i) a tutela da liberdade individual, ii) a garantia da igualdade formal e iii) a busca pela segurança jurídica; tríplice pilar então considerado indispensável pela emergente classe burguesa, aspirante do poder que escorria das mãos da decadente nobreza monárquica e da já enfraquecida oligarquia rural. Por conseguinte, do estabelecimento de tais metas políticas originou-se a necessidade tanto de se inserir no Texto Magno uma declaração de direitos fundamentais de caráter negativo, instituídos para proteger o indivíduo possuidor da indevida intervenção do Estado, como também de se estabelecer a separação dos poderes estatais, de que já se falou acima. É também como consequência deste acervo de princípios liberais que surgem os mencionados pressupostos jusfilosóficos do normativismo, a saber, a confiança absoluta na

[275] *GUANDALINI JR., Walter.* **Da Subsunção à Argumentação: Perspectivas do Raciocínio Jurídico Moderno**, Revista da Faculdade de Direito – UFPR, Curitiba, n.54, 2011, p. 149/162.

sapiência/racionalidade do legislador, a ideia de completude/perfeição do ordenamento jurídico e a visão do juiz como mero canal reprodutor/revelador da norma do caso concreto.

Com efeito, o **fetichismo da lei** cultivado pelo positivismo-normativista, que se seguiu à promulgação das Constituições Liberais, pressupunha um legislador sábio ou, melhor dizendo, um legislador racional, detentor exclusivo da legitimidade democrática para criar o Direito, que, resumindo-se nos textos positivados nas leis e na Constituição, haveria de ser interpretado pelos magistrados de forma neutra e objetiva, por meio de uma interpretação literal que apenas declarasse o já contido na norma incidente, apontando-se a única solução previamente pensada pelo legislador. A Constituição, então fechada na abstratividade de suas próprias normas, revelava-se completamente descompromissada com a realidade, limitando-se a estabelecer premissas e axiomas apriorísticos que deveriam ser observados na tarefa de concretização, sem qualquer preocupação com a efetiva congruência dos textos com os fatos. Deram-se as costas para os aspectos materiais da normatividade, iludidos que estavam todos com a proclamada autossuficiência do Direito, identificado como o próprio Estado, capaz, por si só, de tudo prever e tudo regulamentar da forma mais apropriada possível. Sobre esse caráter das Constituições Liberais, assim leciona PAULO BONAVIDES:

> "*Constituição e Direito Constitucional se apresentavam coincidentes. Estabelecido então o divórcio entre a Sociedade e o Estado, a Constituição exprimia apenas o lado jurídico do compromisso do poder com a liberdade, do Estado com o indivíduo. Era a Constituição do Estado liberal, a Constituição folha de papel, a que se reportava sarcasticamente Lassalle. Enquanto as instituições liberais funcionaram a contento, não se questionava o aspecto político das Constituições: a sociedade estava despolitizada e a Constituição podia margeá-la ou quase ignorá-la, sendo aquela, pois, a idade de ouro do positivismo liberal e constitucional dos normativistas. Confiados na abstração tranqüila dos textos, alcançaram eles as surpreendentes extremidades de uma teoria metaempírica, capaz de pretensiosamente dispensar os elementos sociológicos e filosóficos da realidade e proclamar com a exacerbação unilateralista do normativismo puro a identidade absoluta do Direito e do Estado*."[276]

É esse, em suma, o quadro dogmático-jurídico que exsurgiu juntamente com o Estado Contemporâneo. Contudo, esse arcabouço teórico não se manifestou todo em bloco,

276 BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 94/95.

simultaneamente. Pelo contrário, foi resultado de um processo evolutivo de ideias que confluíram em direção à exaltação da forma, em detrimento do conteúdo. Segue-se o estudo das principais contribuições dadas a essa marcha.

3.2.1.1 A Escola Exegética

Na França, com a consolidação da revolução que pôs fim ao reinado de Luís XVI, sobe ao poder Napoleão, compromissado com os anseios da ascendente burguesia, a qual almejava, essencialmente, o fim dos privilégios da nobreza – com a instituição da igualdade formal de todos perante a lei – e uma maior segurança jurídica que possibilitasse um ambiente mais propício aos seus negócios. Para se atingir o primeiro objetivo, foi proclamada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, cujo art. 1º previa que "*os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.*" Já para o segundo, foi promulgado, em 21 de março de 1804, o *Code Civil*, que também ficou conhecido como Código de Napoleão.

O Código, apesar de ter sido elaborado fundamentalmente com base no Direito Romano – cujo estudo havia sido retomado desde a redescoberta do *Corpus Iuris Civilis*[277] pelos glosadores no século XI –, sofreu também influência dos costumes nacionais franceses e dos ideais iluministas que inspiraram a revolução. Com uma extensão consentânea com sua pretensão de universalidade e completude, o novo diploma, que possuía 2.281 artigos divididos em um título preliminar e três livros, regulava, essencialmente, a relações privadas mantidas entre os particulares, tratando da personalidade jurídica, da propriedade, dos bens, dos contratos, do casamento, das sucessões, dentre outros temas afetos ao Direito Privado.

À época de sua promulgação, não sem razão, ainda imperava no seio da sociedade uma profunda desconfiança para com o Judiciário, cuja imagem, bastante desgastada pelo histórico de corrupção existente durante o período imperial, ainda era associada ao antigo regime deposto[278]. Com o objetivo, assim, de restringir e controlar a atividade jurisdicional,

---

[277] O *Corpus Iuris Civilis* foi uma espécie de código jurídico publicado no século VI no reinado do imperador bizantino Justiniano I, tendo por base o antigo Direito Romano.

[278] Como bem pondera FLÁVIA SOUSA DANTAS PINTO, "*um dos fatores desencadeadores da Revolução Francesa foi a forte desconfiança que recaía sobre a magistratura de então, claramente tendenciosa aos interesses das altas classes sociais e à defesa do* ancien régime*, máxime pelo fato de que os cargos de juiz eram vendidos, herdados e alugados como uma propriedade qualquer e essa ausência de imparcialidade e de vocação para a judicatura fazia com que as querelas que chegassem à sua apreciação se transformassem em instrumentos de chantagens e troca de favores*." (PINTO, Flávia Sousa Dantas. **O judiciário Francês sob a Ótica de um Juiz Brasileiro**, Revista da ESMARN/Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, v. 8, n. 1, p. 109-136, Mossoró: jan/jun 2008, p. 112).

surge, então, juntamente com o aludido Código Civil, um movimento jurídico-dogmático que ficou conhecido como **Escola da Exegese**[279]. Seguindo uma corrente de pensamento juspositivista, pregava esta que a função do magistrado deveria se resumir em, diante do caso concreto lhe levado à solução, pronunciar o Direito veiculado pelas normas legais, uma vez que, para a referida escola, o Direito se resumia na lei positivada e esta, por sua vez, encarnava a vontade geral do povo manifestada pelo legislador.

Desta forma, partindo de uma visão rígida do princípio da divisão dos poderes, entendia-se que os juízes deveriam buscar o teor das normas jurídicas através de uma interpretação literal dos textos da lei, atendo-se aos elementos gramaticais e lógicos de uma hermenêutica mecanizada e silogística, baseada na premissa de que ordenamento posto não possuía lacunas[280], fornecendo de antemão a solução para qualquer caso litigioso que surgisse, ainda que para sua descoberta fosse necessário o uso de analogias. Como assevera MAGALHÃES, ao tratar da escola jurídica em apreço:

> "*A lei, como expressão jurídica da racionalidade humana, seguindo a esteira da crença dominante de sua potencialidade decisiva, traduzia a ideia de que nela estavam plasmadas as soluções para todos os problemas. O sentido de sua literalidade deveria ser buscado mediante uma interpretação estritamente gramatical. Do texto, e tão-somente dele, se poderia extrair o seu real alcance.*"[281]

A descoberta da "vontade do legislador" deveria, pois, ser o norte da atuação jurisdicional, de modo que, se não revelada à evidência pela literalidade da lei, haveria aquela de ser alcançada através de métodos que não lhe desvirtuassem o sentido original. Um discurso de caráter técnico-prático substituía, assim, qualquer preocupação com questões jusfilosóficas ou sistêmicas, afastando também a aplicação de quaisquer métodos interpretativos que pretendessem se valer de elementos extralegais em auxílio à tarefa de identificação do sentido e do alcance do Direito veiculado pela norma. Com a lei formal assumindo a centralidade de um sistema supostamente racional, buscava-se atingir um grau de objetividade na aplicação do Direito que talvez somente qualidades sobre-humanas por parte dos seus operadores pudessem

---

279 Também denominada de Escola Filológica do Direito.

280 É o que se extrai do teor do art. 4º do Código, cuja redação – aqui em sua versão em inglês – era a seguinte: "*Art. 4º The judge who shall refuse to determine under pretext of the silence, obscurity, or insufficiency of the law, shall be liable to be proceeded against as guilty of a refusal of justice*."

281 MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. **O construtivismo de François Geny e a metódica estruturante de Friedrich Müller: há um paralelismo possível entre a escola da livre investigação científica e a teoria estruturante do direito?**, THEMIS - Revista da ESMEC/Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, v. 8, n. 2, p. 15-27, Fortaleza: ago/dez 2010, p. 16/17.

garantir[282]. É nesse sentido também que leciona BONAVIDES ao se reportar à referida fase da dogmática jurídica:

> "*Sendo a lei o instrumento central do sistema, segundo a concepção puramente abstrata, o juiz, quer se trate de legislação ordinária, quer de legislação constitucional, há de exteriorizar sempre sua objetividade interpretativa, rejeitando os pressupostos extralegais e ficando de todo adstrito ao rigor da disposição normativa, no sentido clássico, tradicionalmente civilístico, da 'boca que profere a palavra da lei' ou que, no ato interpretativo da Constituição, longe de criar um novo direito, se cinge tão-somente a anunciar 'aquilo que o constituinte já havia decidido'*"[283].

Tomando-se o Código – identificado com o próprio Direito – como autopoiético, defendiam os exegesistas a desnecessidade epistemológica da elaboração de um arsenal conceitual e teórico para que o magistrado desenvolvesse sua atividade, na medida em que o caráter sistemático da própria legislação já traria em si as chaves de sua própria compreensão. Como assevera COSTA, esse modo de pensar é essencialmente anti-metodológico, "*pois ele desconfia que toda metodologia é uma forma de escapar da evidência, que a interpretação é uma espécie de malabarismo retórico como a função distorcer o sentido correto das normas*"[284]. Daí porque a referida escola não pôde oferecer uma metodologia hermenêutica propriamente dita, "*na medida em que ela se constituía por meio de uma quase negação da própria interpretação judicial, que deveria reduzir-se a uma mera aplicação*"[285].

Como se nota, subjaz a tal concepção a crença de que subordinar a aplicação do Direito à interpretação dos juízes significaria conferir a estes uma competência criadora que haveria de ser privativa do legislador, na linha de uma visão estreita e ortodoxa do princípio da separação dos poderes.

---

282 Sobre o tema, mais uma vez trazemos a lição de VINÍCIUS MAGALHÃES: "Estilhaçava-se o sentido e exaltava-se a literalidade da lei, exumando-se a sepultada noção pandectista de que o aplicador do Direito era um mero autômato, instrumentalizador de uma 'geometria pretensiosa', apenas lhe restando a função simples de equalizar os casos concretos nos meandros da gramática consagrada na literalidade da lei. Esta, por sua vez, gozava de um relevante prestígio, sentimento que se convencionou chamar de fetichismo legal." (Ibid. p. 17).
283 BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 134.
284 COSTA, Alexandre Araújo. Hermenêutica Jurídica, p. 48 Disponível em <http://www.arcos.org.br/livros/hermeneutica-juridica/>, acessado em 11 de Jul. de 2014.
285 Idem.

3.2.1.2 A Jurisprudência dos Conceitos

Já na atual Alemanha, então Prússia, em meados do Século XIX, surge a **Jurisprudência dos Conceitos ou** Pandectística, a qual, defendendo a necessidade de o Direito ser organizado científica e sistematicamente a partir de princípios gerais extraídos do ordenamento, procurava consolidar o Direito Germânico tendo por base o Direito Romano do Digesto ou das Pandectas[286] – daí o termo **"**Pandectística**"** –, que, tendo sido integrado e recepcionado pela ordem jurídica alemã quando do processo de unificação do país, serviria como repositório de categorias jurídicas fundamentais a partir das quais seria construído um sistema coerente de conceitos.

Os pandectistas[287] eram defensores do **formalismo jurídico**, afirmando que o Direito deveria ser buscado exclusivamente na lei escrita. Assim, pregavam a estrita observância da teoria da subsunção – de que já se falou acima – como forma de aplicação da norma jurídica, de modo que, subsumindo-se o fato concreto àquela, exsurgiria, através de um raciocínio silogístico, a solução normativa indicada pelo ordenamento positivo. A atividade jurisdicional para esta corrente, por via de consequência – tal qual também se deu na Escola Exegética – tendia a ficar reduzida à tarefa de aplicação mecânica do texto da lei.

Valorizava-se, pois, uma **hermenêutica** objetivista que, rechaçando a interferência de quaisquer ponderações de caráter ético, político ou econômico no trabalho do intérprete, defendia cumprir a este tão somente identificar e descrever neutralmente os princípios jurídicos existentes no ordenamento positivo, resultado este da evolução histórica da nação, cuidando para conservar sua integridade e coerência, enquanto sistema dogmático ou conceitual. Daí essa corrente de pensamento também ser chamada de Escola Dogmática ou Conceitualista do Direito. Nessa linha, vale transcrever as precisas lições de COSTA:

> "*Em meados do século XIX, elegeu-se como objetivo da ciência jurídica germânica a análise do direito positivo historicamente dado na busca de extrair deles os conceitos que o estruturam, possibilitando uma descrição unificada e sistemática da totalidade do direito de um país,*

[286] O Digesto ou as Pandectas (seu nome em grego) fazia parte do *Corpus Iuris Civilis* e constituiu-se numa compilação de fragmentos de leis romanas esparsas realizada por uma comissão jurisconsultos a mando do imperador bizantino Justiniano, que, sendo composta por 50 livros, foi finalizada em 533.

[287] Rudolf Von Ihering, em sua primeira fase de sua produção acadêmica, ainda como romanista, com seu "O Espírito do Direito Romano", Georg Puchta, com sua "Pirâmide Conceitual" e sua "Genealogia dos Conceitos", além de Bernhard Windscheid, já na última fase da escola, podem ser citados como os principais expoentes dessa linha de pensamento.

> *segundo os padrões de um sistema lógico de organização piramidal. Essa escolha metodológica representou o surgimento da Jurisprudência dos Conceitos, escola positivista que representou o ápice do formalismo jurídico novecentista e que se caracterizava por deduzir as normas jurídicas e a sua aplicação exclusivamente a partir do sistema, dos conceitos e dos princípios doutrinais da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos (por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas.*"[288]

Há de se frisar, todavia, que a Pandectística não era uma simples cópia da Escola Exegética, não houvera apenas uma pura transposição da ideologia jurídica pós-revolucionária francesa para o território germânico. Com efeito, enquanto os exegesistas importavam-se unicamente com as disposições textuais da lei codificada, as quais seriam o resultado formal de uma atividade racional do legislador; os pandectistas, enquanto integrantes também da Escola Histórica do Direito, iam mais a fundo, procurando identificar e isolar do ordenamento jurídico – o qual era visto como fruto da evolução histórica e sociocultural do povo alemão[289] – os princípios ou conceitos fundamentais que lhe estavam por detrás, que lhe davam unicidade e sentido, para, a partir daí, classificá-los e sistematizá-los cientificamente. Daí porque assevera o autor acima citado que a relevância dessa corrente decorre "*especialmente porque ela constituiu o primeiro esforço sistemático no sentido de elaborar um conhecimento científico acerca do direito positivo e, nessa medida, ela é precursora de toda a ciência jurídica contemporânea.*"[290][291]

De todo modo, importa consignar, para os fins aqui visados, que também a Escola Dogmática tomava como premissa para a construção de seu arcabouço teórico a ideia da plenitude lógica do ordenamento jurídico, o qual era concebido como sistema conceitual capaz de cobrir quaisquer lacunas normativas, que, na verdade, não passariam de "lacunas aparentes". Caberia ao juiz, assim, encontrar e extrair do sistema, por dedução direta ou inferência analógica, a prévia solução pensada para aquela querela que lhe era levada ao conhecimento. No desempenho dessa atribuição, importante frisar, o magistrado haveria de se preocupar com

---

[288] COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit. p. 71/72.

[289] Como observam PAULA MARIA NASSER CURY e ANTÔNIO COTA MARÇAL, para a Pandectística "*o conteúdo dos conceitos que integram o sistema é constituído a partir da realidade vivida, histórica e social, dos institutos e práticas do Direito. Sua pretensão foi, portanto, desenvolver uma Ciência do Direito – ou Jurisprudência, à época – estruturada na construção não apenas formal, mas histórico-formal dos conteúdos conceituais do Direito.*" (CURY, Paula Maria; MARÇAL, Antônio Costa. **Uma Releitura da Escola da Jurisprudência dos Conceitos à Luz do Pragmatismo Contemporâneo**, Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, São Paulo: 2009, p. 7138. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2339.pdf, acessado em 15 de Jul. de 2014).

[290] COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit.. p. 72

291 Em outra passagem, o autor explica que "*foi dessa sistematização dos conceitos que nasceu a idéia de teoria geral do direito: uma teoria que contivesse as categorias fundamentais da experiência jurídica, conceitos esses que não seriam extraídos aprioristicamente da razão, como era o projeto jusracionalista, mas construídos indutivamente a partir da observação dos direitos historicamente construídos.*" (Ibid., p. 73).

o "rigor conceitual" e o "caráter objetivo" do sistema, recusando-se a tecer considerações sobre a justiça material dos resultados dos julgamentos, os quais haveriam de ser encarados como expressão natural do Direito positivado. Como coloca BONAVIDES, para os adeptos da Jurisprudência dos Conceitos tudo o que importava era não sacrificar "*a base lógica ou axiológica sobre a qual repousavam as deduções sistêmicas, artificialmente impostas à realidade jurídica.*"[292] É que, sendo o Direito Positivo entendido como expressão legítima da história do povo – ou do chamado "**espírito do povo**" (*volksgeist*) – e, por via de consequência, detentor de uma racionalidade ínsita[293], bastaria ao jurista operá-lo cientificamente, tal qual um físico lida com partículas de elétrons ou um matemático com números

Para esta linha de pensamento, então, a Ciência Jurídica, focada no dogmatismo, deveria buscar a abstração, contendo-se no plano superior dos conceitos. Elevando-se sobre os fatos, deveria manter-se distante da realidade, ter desinteresse pelos resultados. Era a ascensão do **positivismo científico**, preso ainda aos dogmas do conceitualismo, de acordo com o qual a verdade científica seria garantida não pela adequação do pensamento a uma realidade externa, mas sim pela coerência interna das proposições e categorias do sistema, na medida em "*todo o nexo lógico resultava aprioristicamente da colocação subjetiva que o jurista fazia com seus esquemas dogmáticos acerca do Direito.*"[294]

3.2.1.3 O Positivismo Normativista

Prosseguindo na trilha do formalismo e do positivismo, o pensamento jurídico europeu continuou em um processo de crescente valorização da sempre almejada segurança jurídica e de uma quase mítica objetividade e neutralidade na aplicação do Direito, de forma a garantir a este o desejado status de ciência.

Aqui, é relevante ressaltar que àquela época – entre meados do século XIX e início do século XX – encontrava-se no auge de seu prestígio o **cientificismo**, movimento intelectual segundo o qual o modelo ou padrão de ciência, único caminho para se alcançar o verdadeiro

---

[292] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 111.

[293] Sobre esta relação entre realidade e racionalidade, vislumbrada pela Teoria Conceitualista, traz-se novamente a lição de ALEXANDRE ARAÚJO COSTA, segundo o qual, "*para tais juristas, vale no campo do direito a célebre afirmação de Hegel de que 'tudo o que é real é racional e tudo o que é racional é real' (HEGEL, Filosofia do Direito). O sistema jurídico é organizado de forma racional e lógica (pois, sendo real, ele deve ser racional) e, portanto, se uma afirmação é conseqüência lógica dos conceitos que formam o sistema, então essa afirmação será verdadeira (pois tudo o que é racional é real).*" (COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit. p. 74)

[294] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 111.

conhecimento, seria aquele das "ciências naturais", tal como a física, a química e a biologia, na medida em que apenas estas seriam baseadas na observação dos fenômenos da natureza, necessariamente constantes e empírica e objetivamente verificáveis. Assim, para os seguidores da referida corrente, as chamadas "ciências sociais", como o Direito, deveriam seguir esse mesmo método de apreensão da realidade caso pretendessem igualmente ser qualificadas como "ciência". Neste contexto, tendo a razão e o empirismo como pilares fundamentais e apresentando como suporte ideológico – em que pese a aparente contradição – tanto o idealismo-transcendental de Kant[295] como o positivismo filosófico de Augusto Comte[296], o cientificismo, assumindo quase ares de religião, acabou por influenciar praticamente todas as áreas do conhecimento humano no início da idade contemporânea, não tendo sido o Direito exceção.

E foi na Áustria que surgiu a mais representativa linha de pensamento jurídico desenvolvida com base nas premissas acima indicadas. Tratou-se da denominada **Escola de Viena**, que, seguindo a senda dogmática aberta precedentemente pela Escola Bismarkiana de Paul Laband e pela Teoria Geral do Estado desenvolvida por Georg Jellinek, teve como seu maior expoente Hans Kelsen, com sua Teoria Pura do Direito (*Reine Rechtslehre*).

Adotando uma **Teoria Formal da Constituição**, seus seguidores concebiam a Lei Maior do Estado através de uma perspectiva estritamente normativa, situando-a no vértice de um sistema hierárquico de estrutura piramidal, concebido como unitário, completo e sem contradições ou incongruências[297]. Ignoradas quaisquer considerações de ordem moral ou ética, vez que compreendidas como estranhas ao campo de interesse jurídico, os positivistas normativistas entendiam como ilimitado o poder conferido ao legislador constituinte para criar o Direito estatal, de modo que seria irrelevante, para fins de averiguação da juridicidade, o conteúdo das normas constitucionais – na verdade, das normas em geral –, sendo consequentemente admissíveis disposições de qualquer teor, desde que respeitada a forma

[295] Em suma: uma tentativa de síntese epistemológica ente o racionalismo iluminista de René Descartes França e o empirismo inglês de David Hume, fundada na ideia da existência *a priori* de categorias fundamentais na mente que, condicionadas pelos elementos espaço e tempo, possibilitariam a apreensão da realidade material através da experiência sensitiva.

296 De forma bastante resumida: corrente filosófica que, rejeitando a teologia e a metafísica – assim como qualquer outra forma de "conhecimento intuitivo" –, afirmava que apenas o mundo material sensível poderia ser conhecido, o que se daria por meio do conhecimento científico (culto à ciência), cujo desenvolvimento, somando a uma ordem social estável, garantiria o progresso da humanidade, objetivo último a ser perseguido. Nessa linha, o lema da "religião positivista", idealizada por Comte, era: "O Amor por princípio; a Ordem por base; o Progresso por fim".

[297] De forma a justificar o atributo da completude do Ordenamento Jurídico, Kelsen aderiu à chamada Teoria da Norma Geral Exclusiva (ou Teoria da Norma Geral Negativa), cuja simplicidade repousa na regra segundo a qual tudo aquilo que não é expressamente ordenado ou é expressamente proibido pelo ordenamento seria permitido.

elaborativa previamente estabelecida (regras de competência), entendida como único pressuposto da validade normativa[298].

Ao assim se posicionar, considerando válido todo conteúdo normativo desde que devidamente observado o *modus faciendi*, os normativistas fizeram coincidir em termos absolutos os conceitos de legalidade e legitimidade, objeto anteriormente de severa dicotomia pelos jusnaturalistas[299]. Tal postura apoiava-se, basicamente, no entendimento de que seria inócua toda tentativa de se alcançar consenso a respeito da ideia de "justo", cujo conceito seria essencialmente emotivo, irracional e, pois, irrelevante do ponto de vista jurídico. É que, na visão dessa corrente, sendo os juízos de valor sempre subjetivos, não seriam eles nada além de simples reflexos dos desejos, temores e anseios de quem os formula. Sobre o ponto, esclarece SGARBI que para os normativistas "*a presença ou não de uma norma nada tem com a justiça, mas com as normas de produção normativa reguladoras da produção dos materiais jurídicos*"[300]. É o que também se pode extrair das palavras do próprio KELSEN:

> "*Os predicados de valor envolvidos nos julgamentos que declaram certa conduta lícita ou ilícita serão designados aqui como 'valores do Direito', ao passo que aqueles envolvidos nos julgamentos quanto à justiça ou injustiça de uma ordem jurídica serão chamados 'valores de justiça'. Os enunciados que afirmam valores de Direito são julgamentos objetivos de valor, e os que afirmam valores de justiça são julgamentos subjetivos de valor. (...) A existência do valor do Direito é verificável objetivamente. O valor da justiça, porém, não é da mesma natureza que o valor do Direito. (...) As normas efetivamente usadas como padrões de justiça variam, conforme assinalamos, de indivíduo para indivíduo, e são muitas vezes irreconciliáveis. Algo é justo ou injusto apenas para o indivíduo que acredita na existência da norma de justiça apropriada, e essa norma existe apenas para os que, por um motivo ou outro, desejam o que a norma prescreve. É impossível determinar a norma da justiça de modo único.*"[301]

Por consequência desses pressupostos dogmáticos, deveria o jurista, quando da aplicação do Direito, assumindo uma postura pretensamente neutra, proceder estritamente por via silogística, segundo o processo de subsunção do fato à norma – de que já se falou acima –,

---

[298] Como assevera PAULO BONAVIDES, "*a Constituição do positivismo jurídido-estatal é nomeadamente formalista e fechada, composta de preceitos normativos que fazem coincidir por inteiro o sentido formal com o sentido material da Constituição, fruto da confiança otimista dos positivistas.*" (BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 172)

[299] A título ilustrativo, registre-se que para Para Kelsen não existia o "mal em si" (mala in se) pregado pelo Direito Natural, já que toda a ideia de mal é uma ideia humana de mal, uma criação do homem atrelada à sua cultura e tradições, dotada, assim, de uma inevitável temporalidade e consequente relatividade. Assim, para o Direito Positivo – única área de interesse do jurista – haveria apenas o "mal proibido" (mala prohibita), sendo este necessariamente consequência de uma valoração feita pelo legislador e externada através da técnica da formulação de "ilícitos", o qual, por sua vez, estaria intrinsecamente vinculado à ideia de "sanção".

[300] SGARBI, Adrian. Op. cit. p. 155.

[301] KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**, Martins Fontes: São Paulo, 2005, p. 67.

através do qual chegaria, por uma necessária relação de causa e efeito, ao resultado inferido do sistema. Ostentando, assim, um caráter essencialmente lógico, quase matemático, o fenômeno da incidência normativa dispensaria o hermeneuta de buscar prescindíveis interferências materiais ou premissas valorativas quando da declaração da "lei do caso concreto". Uma vez adotado um conceito puramente formal de lei e de Constituição, para os integrantes da Escola de Viena, como explica BONAVIDES, a norma se explicaria unicamente "*pelo seu conteúdo nominal, por sua rigidez, vazada por escrito, mais hermética que aberta em presença da realidade circunjacente, exterior, em si mesma, à própria realidade, que ela organiza e regula juridicamente.*"[302] Buscava-se, com isso, eliminar a todo custo qualquer influência que a subjetividade do intérprete pudesse exercer sobre o resultado da interpretação normativa e sua concretização.

Caracterizando-se, pois, a aplicação do Direito como uma operação lógica, ato de mera subsunção, era absolutamente inadmissível, equiparando-se a uma espécie "heresia jurídica", cogitar-se de uma suposta função criativa do hermeneuta. Para além de uma simples atecnia, representava uma verdadeira degeneração do Direito, enquanto ciência, admitir que o intérprete, por meio de sua pessoalidade, através de seu acervo cultural, filosófico e histórico, pudesse de algum modo interferir no resultado da atividade interpretativa e, consequentemente, no processo de aplicação das normas jurídicas, na medida em que isto equivaleria a uma repulsiva distorção da vontade da lei, positivada e cristalizada no texto promulgado pelo Parlamento. O hermeneuta, no desempenho de seu mister, haveria de desconsiderar, pois, todo e qualquer pressuposto extralegal, limitando-se a inferir do sistema positivado a *mens legis* originariamente posta pelo legislador, a qual convertera-se definitivamente em *ratio* normativa formalizada. Esse procedimento permitiria ao intérprete alcançar uma verdade lógica, sedimentada em bases científicas e apartada de indesejados subjetivismos ou condicionamentos valorativos.

O **método axiomático-dedutivo**, encampado pelos "juristas puros" da Escola de Viena, almejava, segundo suas razões justificantes, preservar a juridicidade dos preceitos constitucionais e das leis em geral, na medida em que, ao buscar alcançar o mais alto grau possível de objetividade e certeza da norma, enquanto regra pura e abstrata, evitava sua contaminação por elementos estranhos à sua composição e natureza, estes sempre mutáveis no tempo e no espaço segundo o pessoal critério avaliador do intérprete. É que essa indevida

[302] Ibid. p. 172.

interferência, na visão dos normativistas-positivistas, teria a capacidade de dissolver a força cogente do Direito positivo, cujo substrato repousaria essencialmente na certeza de seu conteúdo, o qual, todavia, se tonaria poroso pela inserção da combatida extrajuridicidade.

Já a fundamentação validante das normas a serem aplicadas alicerçava-se na estrutura piramidal através da qual se concebia o Ordenamento Jurídico, uma vez que, sendo este estruturado a partir de normas superiores-fundantes e normas inferiores-fundadas, extraía-se daí uma "**cadeia de validação**" que descenderia de uma hipotética Norma Jurídica Fundamental localizada no ápice da pirâmide normativa. Através dessa cadeia, por meio desse "processo de determinação", obter-se-iam normas cada vez mais específicas, culminando-se na "norma individual" veiculada pela sentença judicial. Assentando-se, assim, na chamada **Teoria da Origem Genética do Ordenamento**[303], concebia-se o conjunto normativo como um sistema dinâmico e articulado de relações de 'competência' e de 'dedução', pelo que uma norma seria válida – e, portanto, legítima – se e somente se derivada de outra norma superior igualmente válida. Como colocava KELSEN:

> "*Uma 'ordem' é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as outras pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertence a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.*"[304]

Seguindo essa linha de raciocínio, afirmavam os seguidores da Escola de Viena que a Ciência do Direito deveria se ocupar unicamente da norma jurídica, enquanto "ser puro", excluindo inteiramente de seu foco de interesse quaisquer considerações de natureza metajurídica, tal como aquelas de cunho sociológico, econômico, político ou axiológico, as quais haveriam de objeto de investigação pelos respectivos ramos da Ciência (Sociologia, Economia, Política e Filosofia, respectivamente). Deste modo, ao analisar o fenômeno jurídico, o jurista deveria fazê-lo sem qualquer interferência valorativa, devendo seu discursivo ficar

---

[303] Como leciona JOÃO FERNANDO VIERA DA SILVA, a referida teoria "*imagina o Direito como conjunto normativo no qual as normas derivam de relações de competência e dedução lógica. A grande máxima desta teoria ganha em eficiência, praticidade e robustez lógica em comparação com outras teorias pelo fato de ser um conhecimento que, em suas linhas gerais, é simples. Se é simples, é inteligível, pode ser bem compreendido pelos utentes da linguagem jurídica e até mesmo os participantes de comunidades leigas, evita ruídos de comunicação e pode ser manejado na prática sem maiores entraves. A simplicidade da teoria genética pode ser sintetizada na máxima de que "uma norma é válida se é logicamente derivada de outra norma válida.*" (SILVA, João Fernando Vieira da. **Hans Kelsen: disceptações pontuais sobre a teoria genética como representação de funcionamento do conjunto normativo jurídico**. **Jus Navigandi,** Teresina, ano 11, n. 989, 17 mar 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8110>. Acesso em: 23 de Jul. de 2014).

[304] KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**, 8ª ed., Martins Fontes: São Paulo, 2011, p. 33.

limitado ao caráter descritivo, por natureza neutro e apolítico. No plano normativo, as avaliações sobre a conveniência sociológica ou a eficiência econômica da norma, por exemplo, caberiam com exclusividade ao legislador, em um momento anterior ainda afeto à Ciência Política, escapando, deste modo, da área de atuação do jurista. Assim procedendo, a Ciência do Direito lograria fornecer um conhecimento seguro acerca de seu objeto (as normas jurídicas), concentrando-se nos temas que lhe seriam verdadeiramente caros e cognitivamente relevantes, como saber da validade de uma regra potencialmente aplicável a determinado caso levado à solução. Por isso que se afirma que a Escola de Viena tentou formular dogmaticamente um "*construtivismo positivista de cunho neutral e apolítico*"[305].

3.2.2 Teorias Materialistas

A insuficiência do formalismo jurídico começou a fazer-se sentir no final do século XIX, quando mudanças operadas na realidade social e econômica, geradas, dentre outros fatores, pelo surgimento da chamada segunda revolução industrial e pelo agravamento das condições de vida e de trabalho da população assentada na base da pirâmide produtiva, acabaram por evidenciar o anacronismo dos códigos liberais promulgados desde o fim do século anterior, bem como dos tradicionais métodos de interpretação e aplicação de suas normas, isso na medida em que se pôs fim às condições materiais que possibilitaram seus surgimentos.

A defasagem dos instrumentos normativos e de seu suporte hermenêutico-dogmático manifestou-se tanto no nível da normatização técnica e minuciosa das leis codificadas, as quais pretendiam abarcar a totalidade das relações privadas possíveis de serem vivenciadas pelo novo homem – livre e autodeterminado – que emergiu das ruínas do absolutismo, quanto no mais alto diploma legal do sistema, a Constituição, que por estes idos ainda se limitava a traçar as bases do funcionamento do Estado e a instituir um singelo rol de direitos fundamentais negativos oponíveis ao mesmo Estado. Como assevera BONAVIDES, referindo-se ao período de transição em questão, "*ao perder a capacidade de fazer as mudanças necessárias, as Constituições liberais, ultrapassadas pelas transformações sociais, se atrasaram com os fatos e a realidade, convertendo-se em objeto de um formalismo nihilista ou*

[305] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 178.

esvaziante"[306], formalismo este que, como visto, havia assinalado toda a metodologia constitucional do positivismo. Também é nesse sentido a explanação de COSTA:

> "*os juristas, no final do século XIX, tornaram-se cada vez mais conscientes das limitações do método hermenêutico tradicional, especialmente do fato de que a atividade interpretativa não poderia ser reduzia a uma série de regras que, se devidamente seguidas, conduziriam o intérprete a identificar o sentido correto da norma. (...) Portanto, quando as consequências lógicas de uma norma ou de um conceito apontavam para uma resposta socialmente inaceitável, passou-se a entender que era preciso sacrificar a lógica para garantir o objetivo fundamental do direito, que era alcançar as finalidades socialmente relevantes.*"[307]

A verdade é que as escolas do positivismo-formalista, algumas das quais vistas sumariamente acima, ao tentarem sistematizar o Direito enquanto ciência puramente lógica, falharam por pretenderem excluir do âmbito de determinação de sua normatividade a dimensão fática da realidade sobre a qual aquele incide, esquecendo-se que, antes de tudo, o Direito é uma ciência social. Isto porque, se não se nega que deve haver uma lógica interna no sistema jurídico, cuidando para que, na medida do possível, as normas não conduzam a soluções conflitantes, instaurando insolúveis antinomias, tal premissa não induz absolutamente à inferência de que esse sistema seja hermético, fechado para a realidade exterior, retroalimentado unicamente por seus próprios elementos. Muito pelo contrário, na linha da Teoria dos Sistemas de Luhmann, o ordenamento jurídico não pode ser visto como puramente autorreferente, autopoiético, já que a comunicação com o ambiente – no caso, a realidade fática objeto da normatização –, através de uma mútua interferência sistêmica, é inevitável. Com efeito, o Direito muda a sociedade e, ao mesmo tempo, é mudado por ela. É tal característica, por sinal, que permite a construção de um sistema jurídico vivo, dinâmico, mais adequado à complexidade da sociedade moderna[308].

À mencionada época, assim, sob a influência da sociologia, ciência que adquiria grande destaque nos meios acadêmicos, diversos juristas começaram a contestar a validade metodológica do formalismo então vigente e de seu fetichismo legalista, o qual via a lei abstrata como entidade autossuficiente e única fonte do Direito, a merecer, por isso, uma interpretação

306 Ibid. p 172.
307 COSTA, Alexandre Araújo, Op. cit. p. 114.
308 Em se tratando da nossa sociedade contemporânea, já se fala em "hipermodernidade", termo cunhado pelo filósofo Francês Gilles Lipovetsky, no seio da qual reinaria uma "hipercomplexidade".

literal, mecanicista e baseada na lógica cartesiana. É neste contexto que surge o sub-ramo da **Sociologia Jurídica**, corrente que tentou trazer para a Ciência do Direito técnicas e métodos investigativos próprios da sociologia, adotando, assim, uma abordagem científica de viés indutivo e causal, onde a dimensão fática da experiência jurídica ganhava relevância através do instituto da "efetividade", agora encarado como atributo da própria normatividade. Seguindo a mesma linha, porém adotando uma posição mais extremada, os defensores do assim chamado **Sociologismo Jurídico** passaram afirmar que o Direito não passaria de mais um fato social – ou um conjunto destes – e sua produção, ao contrário do pregado pelos positivistas, não se daria de forma monista pelo Estado, mas sim de modo plural e espontâneo pela sociedade, sendo somente depois positivado nos diplomas normativos.

Pode-se dizer que se insere nessa última perspectiva o denominado **Constitucionalismo Sociológico**, bem representado pela obra "A Essência da Constituição"[309] de Ferdinand Lassalle**,** o qual, fortemente influenciado também pelo socialismo científico[310], defendia que a Constituição nada mais seria do que o simples reflexo das forças dominantes em determinada sociedade, as quais Lassale chamava de "fatores reais de poder". A Constituição real, pulsante, viva e efetiva estaria, pois, nos elementos sociais que em determinado tempo e lugar confeririam feição à sociedade estatal, de forma que, por via de consequência, a eficácia, a prestabilidade e a durabilidade da Carta Constitucional formal eram condicionados pela sintonia desta com aqueles fatores de poder. Para esta concepção, o texto constitucional, assim, não passaria de "uma simples folha de papel", onde estariam escritas as regras da conformação social segundo se extraía das forças reais preponderantes ao tempo de sua elaboração.[311]

Pode-se dizer que se insere igualmente nesse movimento antiformalista do final do século XIX e início do XX o chamado **Realismo Jurídico**. De origem norte-americana, essa corrente de pensamento, na esteira do pragmatismo[312], defendia que o verdadeiro Direito, em última análise, seria aquilo que é decidido pelos magistrados, seria o Direito manifestado na

---

309 Em algumas traduções adota-se o título "O que é a Constituição?".

310 Com efeito, sua visão de Constituição identifica-se estreitamente com a percepção marxista de que o Direito faria parte da superestrutura, reflexo da infraestrutura social determinada pelas forças econômicas existentes. Outro ponto de contato é a forte rejeição da ideia, pregada pelo jusnaturalismo, de que existiram supostos direitos naturais inerentes à condição humana, presente na primeira fase do constitucionalismo.

311 Nas palavras do autor: "*essa é, em síntese, em essência, a Constituição: a soma dos fatores reais do poder que regem um país. Mas, que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição; com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos conceitos guardam entre si. Juntam-se esses fatores reais do poder, escrevemo-los em uma folha de papel, dá-se-lhes expressão escrita e a partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples fatores reais do poder, mas sim verdadeiro direito, nas instituições jurídicas e quem atentar contra eles atenta contra a lei, e por conseguinte é punido.*" (LASSALLE, Ferdinan. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 6ª ed., 2001, p. 17).

312 Em termos bastante sintéticos, cuida-se de corrente filosófica também de origem norte-americana que, opondo-se à metafísica abstrata, defendia que todo conhecimento (científico, filosófico, jurídico etc) só seria válido na medida em que orientasse uma ação capaz de produzir resultados práticos úteis, pelo que, consequentemente, a relevância das ideias, dos conceitos haveria de ser verificada apenas no plano das consequências.

jurisprudência dos tribunais. Criticando a apropriação que a Ciência Jurídica pretendia fazer da lógica, pregava que o Direito seria acima de tudo experiência, não havendo uma razão prévia, racional e uniformizante que pudesse garantir sempre a prolatação de decisões justas. A norma jurídica, assim, perdia importância para os realistas, na medida em que careceriam de um significado objetivo, revelando seu sentido apenas quando de sua interpretação e aplicação pelos juízes, à vista dos casos concretos levados a solução. Substituindo o modelo de dedução silogística dos positivistas por processos de reflexão jurídica, afirmavam aqueles que os magistrados primeiramente decidem as lides e apenas depois organizam modelos racionais de justificação lógica.

Ressalvados esses posicionamentos mais sectários, que acabavam transformando o Direito em simples instrumento de manutenção do *status quo*, desprovido de qualquer potencial transformador da sociedade, ou, por outro lado, reduzindo-o a manifestações simplistas de uma complexidade muito mais abrangente, o certo é que se percebeu naquele momento histórico a necessidade de inserir o ordenamento jurídico formal em um sistema material e orgânico que evitasse, a um só tempo, tanto a pura abstratividade alienante de um normativismo extremo, completamente alheio aos fatos sociais, quanto a impotência de um sistema jurídico "*preso ao sociologismo de realidades inarredáveis e fatais*"[313], cético até mesmo em relação à eficácia normativa das Constituições. Como observa COSTA, o brocardo *fiat justicia, perat mundus*[314], utilizado como uma forma de afirmar a primazia do pensamento deontológico sobre o teleológico ou valorativo, a indicar que a interpretação purista das normas jurídicas não poderia ser relegada *"pelo argumento de que as consequências dessa aplicação seriam valorativamente inaceitáveis*"[315], foi substituído pelo dito latino *summum jus, summa injuris*[316], que, em sentido contrário, apontava na direção de que "*os juristas não deveriam aplicar o direito apesar do mundo, mas com os olhos postos nas consequência sociais dos seus atos.*"[317]

Analisar-se-á nos tópicos seguintes algumas das principais escolas de pensamento jurídico que seguiram essa trilha dogmática de viés materialista, de modo a evidenciar a evolução rumo a um método tópico e concretista que, se acredita, ser o mais adequado para a

[313] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 97.
[314] "Faça-se a justiça, ainda que o mundo pereça".
[315] COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit. p 115.
[316] "Supremo direito, suprema injustiça".
[317] COSTA, Alexandre Araújo. Op. cit. p. 115.

solução das difíceis questões que surgem quando se trata da judicialização do direito fundamental à saúde.

3.2.2.1. A Jurisprudência dos Interesses

A escola da Jurisprudência dos Interesses, também chamada de Escola de Tubinga ou Escola Tubigense de Direito Privado[318], surgiu na Alemanha no final do século XIX, em um contexto em que, consolidada a unificação do país, o positivismo científico conceitual da Pandectística foi gradualmente cedendo espaço a um positivismo de feição mais legalista, focado no estudo das novas leis produzidas pela jovem nação. Esse legalismo, contudo, embora se opusesse ao romanismo dos pandectistas, já que defendia a nacionalização das normas componentes do ordenamento, limitava-se a aplicar a mesma metodologia formal daqueles ao Direito recém legislado.

Foi então que um grupo de pensadores[319], almejando dotar a hermenêutica jurídica de um caráter mais teleológico, tornando-a, ao mesmo tempo, atenta às mudanças operadas na realidade social, passou a defender a necessidade de alteração dos paradigmas metodológicos utilizados na interpretação e aplicação das normas. Embora ainda atrelada a alguns dos dogmas do positivismo, os integrantes da nova escola buscavam harmonizar os valores "segurança" e "justiça", através de um almejado equilíbrio entre o formalismo tradicional dos legalistas e uma atenta preocupação com as consequências concretas da aplicação das normas, tendo sido introduzia esta última perspectiva na Ciência do Direito pelas ideias sociológicas que surgiam como um sopro de novidade revigorante para todas as ciências sociais. Introduzia a Jurisprudência dos Interesses, assim, o **elemento finalístico** na atividade hermenêutica, na medida em que se entendia que o Direito ostentava necessariamente um "fim social", do qual o intérprete não poderia se desvincular.

Nessa linha, para os tubigenses, as normas jurídicas caracterizar-se-iam por serem, antes de tudo, uma resposta aos conflitos de interesses eclodidos no seio da sociedade. Mais do que isso, na verdade, a relação entre "interesses" e "normas jurídicas" seria dúplice, já que estas últimas, para além de serem o resultado vetorial do choque dos múltiplos interesses sociais

[318] Uma referência à Universidade de Tübingen ou Tubinga, onde Philipp Heck ensinava.
[319] Entre esses críticos do legalismo-formalista, formadores da Escola Tubigense, merecem destaque Philipp Heck e Jhering, este último na fase madura de sua produção acadêmica, quando substituiu a visão lógico-abstrata que adotava na juventude por uma perspectiva finalística do Direito.

colidentes, possuiriam também como derradeira finalidade, como meta primordial desfazer ou solucionar as tensões geradas por esses mesmos conflitos. Isto é, para os defensores da referida escola, os "interesses" – que nada mais seriam do que os anseios ou necessidades dos integrantes do corpo social – estariam tanto na causa das normas jurídicas, como constituiriam seu próprio objeto. Nas palavras de HECK:

> "*o escopo da Jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São desejos e aspirações que chamamos interesses e a Jurisprudência dos Interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder*"[320]

Partindo dessas premissas, pregava-se que o intérprete deveria investigar historicamente os interesses que levaram à produção da regra jurídica aplicanda, levando em consideração na atividade hermenêutica elementos sociológicos que ajudassem a identificar o sentido normativo que conferisse a proteção mais adequada aos interesses que a norma visava proteger, promovendo, assim, a realização prática daqueles que o Direito legislado julgou mais relevantes naquele específico conflito, exigindo-se do intérprete, deste modo, uma permanente postura teleológica. Por outro lado, na medida em que a forma de se proteger adequadamente um interesse sofre mutações no decorrer do tempo, caberia ao hermeneuta "*corrigir as ideias apuradas historicamente e reelaborar constantemente os conteúdos das normas, com o objetivo de adequá-las às novas realidades sociais*"[321].

Importante perceber, contudo, que mesmo agregando ao normativismo um discurso finalístico, essa Escola não propunha uma análise autônoma dos interesses sociais, de modo a conferir a esses uma preponderância em relação às normas jurídicas, afastando-se, assim, da postura antilegalista extremada adotada, por exemplo, pela Escola do Direito Livre[322]. É que, apesar da preocupação com a realidade social, a Jurisprudência dos Interesses procurava trabalhar dentro dos limites conferidos pela normatividade do Direito estatalmente posto, encarando o estudo dos interesses sociais apenas como parte integrante de um método adequado de interpretação e aplicação das leis. Isto é, suas preocupações sociológicas não se dissociavam

[320] Apud COSTA, Alexandre Araújo Costa. Op. cit. p. 162.
[321] Idib p. 163
[322] Corrente do chamado Direito Alternativo, a Escola do Direito Livre, cujo maior expoente foi Hermann Kantorowicz, defende não ser o Direito produto do Estado, mas sim criação espontânea da sociedade, de modo que a lei estatal deve ser tida como legítima (e aplicada) apenas se refletir e atender os anseios e necessidades daquela. Por conseguinte, entende também que, ao julgar as lides, deve o juiz não se ater aos textos legais, atuando com plena liberdade de convicção e até com poder criativo para, partindo da ideia de "Direito enquanto Justiça", fazer sempre prevalecer a solução que lhe pareça mais justa, ainda que essa se revele *contra legem*.

da dimensão legalista, visto que a norma deveria ser o ponto de partida da operação hermenêutica.

Pois bem, o que se percebe do exposto é que, ao encarar o Direito como instrumento a ser utilizado na realização dos interesses sociais que motivaram a produção normativa, a escola em análise contribuiu decisivamente para a integração de elementos materiais – sociológicos, econômicos, políticos etc – no discurso jurídico, em especial no discurso de justificação das decisões judiciais. Com efeito, essa inovadora fusão, sem abandonar a primazia da lei, fez incorporar no processo de aplicação do Direito positivo parâmetros metajurídicos antes rejeitados pelos positivistas da Escola de Viena, tornando aquele processo, assim, mais sensível à realidade social circundante.

Contudo, como pondera CORDEIRO, mesmo tendo partido da crítica ao normativismo e ao conceitualismo então em voga, a solução metodológica proposta pela Jurisprudência dos Interesses, "aparentemente promissora", acabou limitando o alargamento juscientífico que veio potenciar, na medida em que se ateve exclusivamente aos juízos de valor formulados pelo legislador[323].

De todo modo, a evolução das escolas materialistas não parou por aí, como se constatará nos tópicos seguintes.

3.2.2.2. A Tópica ou Jurisprudência dos Problemas

Gradativamente, no âmbito da dogmática jurídica, o "pensamento sistêmico-racional", que estava da base do método de subsunção adotado pelo positivismo, foi sendo substituído por um "pensamento tópico-problemático", preocupado em aproximar da realidade o processo de determinação do conteúdo normativo, fazendo-se sentir nele a influência do concreto. Seguindo o caminho aberto pelos integrantes da **Escola de Zurique**[324], partindo, pois, de uma **teoria material da Constituição**, um novo movimento surgiu propondo uma metodologia que buscasse superar a abstratividade dos normativistas, presos que estavam estes

323 Nas palavras do autor, "*a jurisprudência dos interesses afirmou-se na crítica ao conceptualismo anterior. Os conceitos não poderiam ser causais em relação às soluções que, pretensamente, lhe eram imputadas: a causalidade das saídas jurídicas deveria ser procurada nos interesses em presença. Aparentemente promissora, essa posição cedo limitou o alargamento juscientífico que veio potenciar. Procurando prevenir a intromissão de qualquer metajuridicismo, a jurisprudência dos interesses acabou por procurar os juízos que, sobre os interesses, fossem formulados pelo próprio legislador. A limitação à lei e aos seus textos não se faria esperar.*" (CORDEIRO, Antônio Menezes. **Ciência do Direito e Metodologia Jurídica nos finais do século XX**, Revista da Ordem dos Advogados, ano 48, III, Dezembro 1988, Lisboa, disponível também em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/DilemasMC.pdf>, acessado em 20 Ago 2014, p. 700/701).

324 Entre os representantes dessa corrente de pensamento, que surgiu na década de 30 do século passado, pode-se citar Rudolf Smend, Hermann Heller, Schindler, Werner Kaegi e Haug.

a um sistema apriorístico de conceitos inflexíveis, alheios aos fatos objeto da regulamentação estatal. Para os que propunham a mudança, os litígios haveriam de ser resolvidos através de um processo dialético que pusesse fim à rígida dicotomia entre "Direito" e "realidade", entre "dever ser" e "ser", entre "método normativo" e "método sociológico". Está-se a tratar da **Tópica** ou **Jurisprudência dos Problemas**.

No plano filosófico, a Tópica refere-se ao método aporético de pensar, em oposição ao método sistêmico, e remonta à filosofia grega de Aristóteles[325], para quem consistiria ela no tratamento dialético de controvérsias práticas, no qual a busca pela solução dos problemas se daria por meio da mobilização dos *topoi*, os quais, por sua vez, seriam pontos de vista argumentativos, procedendo-se à ponderação dos prós e dos contras revelados pelas múltiplas opiniões referentes ao objeto em discussão. Após o período clássico, contudo, a Tópica experimentou um largo hiato na obscuridade, voltando ela a ganhar relevância e notoriedade – inclusive na seara do Direito – apenas a partir da década de 50 do século XX, graças aos trabalhos, dentre outros, de juristas como Theodor Vieweg, Friedrich Müller, Kriele e Peter Haberle. De todo modo, para além de qualquer dúvida, dentre estes, foi aquele primeiro o maior responsável pela adaptação do aludido pensamento filosófico à ciência jurídica, com sua obra "Tópica e Jurisprudência", de 1953. Como resumia o autor nesse trabalho, "*a tópica é uma técnica de pensar por problemas desenvolvida a partir da retórica.*"[326]

Pode-se dizer que o resgate do pensamento tópico deveu-se em grande parte à exaustão da metodologia pregada pelo positivismo racionalista, sobre cujas soluções já pairava uma descrença generalizada, na medida em que constatada a absoluta incapacidade das normas escritas de abarcarem toda a realidade do Direito. Percebeu-se que as proposições normativas, cuja finalidade era justamente a pacificação social, não poderiam ser compreendidas desconectadas dos fatos a que diziam respeito. Estes, os fatos, as querelas, as controvérsias, as disputas surgidas no meio social é que, na verdade, deveriam assumir a posição central na preocupação do jurista, ou, no mínimo, o ponto de partida de seu trabalho.

---

325 Como esclarece MARCOS AUGUSTO MALISKA, "*Aristóteles, portanto, empreendeu esforços no sentido de buscar um método capaz de possibilitar o raciocínio sobre problemas a partir de opiniões geralmente aceitas. Trata-se, portanto, de um processo indutivo, que do particular para o universal firma premissas geralmente aceitas e que possibilitam por sua vez um raciocínio adequado do problema. O processo é dialético porque há uma constante troca, tanto do que é 'geralmente aceito', quanto no tocante há universalização das premissas, que necessariamente requer atualização prática via o processo de verificação empírica*." (MALISKA, Marcos Augusto. **A Influência da Tópica na Interpretação Constitucional**, p. 3, disponível em <http://www.unibrasil.com.br/arquivos/marketing/palestra_maliska_polonia.pdf>, acessado em 29 Ago 2014.

326 VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência – Uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos**, Tradução da 5ª edição alemã, Trad. Kelly Susane Alflen da Silva, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008, p. 16.

Para os defensores da Tópica, assim, o Direito deveria ser encarado, acima de tudo, como uma técnica de solução de problemas. Nas palavras do próprio VIEHWEG, "*o aspecto mais importante na análise da tópica constitui a constatação de que se trata de uma técnica do pensamento que está orientada para o problema*"[327]. É que, como já exposto na introdução do presente capítulo, o Direito – e suas normas – possui como finalidade primordial tornar a convivência humana mais harmônica e proveitosa, papel este que é cumprido através da pacificação social, a qual, por seu turno, demanda a resolução de questões práticas e problemas concretos que surgem invariavelmente no seio da sociedade. Ocorreu, entretanto, que, com a ascensão do dogmatismo dos positivistas, passara a ganhar relevo e predominância a dimensão sistêmica e normativa do fenômeno jurídico, ao mesmo passo em que a lide, o problema levado à solução era relegado como questão meramente acessória, secundária. A proposta metodológica da Tópica, assim, pretendia recolocar no centro do raciocínio jurídico o "problema" e não mais a "norma".

Estabeleceu-se, pois, uma contraposição entre o "**pensar sistematicamente**" e o "**pensar problematicamente**". Para aquele primeiro, o ponto de partida seria o sistema (normativo), dele se deduzindo a solução para o caso litigioso concreto, ao passo que, para o segundo, o processo de materialização do Direito principiava-se pelo próprio problema levado a desate, partindo-se daí em busca da norma aplicável. Deste modo, enquanto o pensamento sistemático seguia uma linha de raciocínio silogístico baseada na dedução, fundada na premissa de que a "norma do caso concreto" já era fornecida abstratamente em termos precisos pelo ordenamento, bastando ao magistrado "revelá-la" ou "declará-la"; o pensamento problemático ou tópico adotava, de modo inverso, um raciocínio indutivo, mais preocupado em encontrar a norma (ou seu sentido) que se mostrasse mais justa para o caso em análise, atento às eventuais peculiaridades deste. É nesse sentido a lição de BONAVIDES:

> "*O pensamento sistêmico seria por excelência um pensamento 'dedutivo', ao contrário da tópica. Enquanto técnica jurídica da práxis, estaria esta última sempre volvida para a determinação do 'respectivamente justo', ou seja, para a solução peculiarmente adequada a cada caso, pensado como um problema em toda a sua complexidade.*"[328]

[327] Idib p. 33.
[328] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 490.

Vê-se, pois, que o método indutivo pregado pela Jurisprudência dos Problemas era, antes de tudo, norteado pela busca da realização da justiça, enquanto valor supremo que haveria de ser perseguido para além de limites impostos por rigorismos formais típicos do positivismo. É essa também a percepção de SARMENTO:

> "*A partir do caso concreto, o operador do direito deve buscar a solução mais justa, através de um procedimento circular, por intermédio do qual são testados os diversos* topoi *(pontos de vista), para verificar qual deles acena com a melhor resposta para o problema enfrentado. A decisão, na tópica, resulta do confronto dialético entre os diversos* topoi *pertinentes ao caso, devendo prevalecer aquele que contribuir para a construção da solução mais justa.*"[329]

Segundo os defensores da Tópica, o jurista não deveria assumir uma postura epistemológica de feição sistêmica e, portanto, puramente dedutivista, pois o Direito, sendo realidade histórica e relativa, não seria compatível com a formulação de axiomas rígidos de onde se pudessem deduzir soluções jurídicas universais. Dever-se-ia, pelo contrário, "'*pensar' o problema, fazer secundário o sistema, dissolver a hegemonia da norma, pelo menos nos termos formais do positivismo técnico-jurídico.*"[330] O problema concreto levado à solução, desta forma, emergiria como eixo fundamental da operação hermenêutica, transformando-se a norma e o sistema em meros "pontos de vista" ou, na terminologia adotada pela escola em análise, em simples *topoi*.

Estes, os ***topoi***[331], seriam pontos retóricos de partida para a argumentação do problema ou, ainda, pontos de vista pragmáticos que auxiliariam o aplicador do Direito no atingimento da justiça material à vista do caso concreto. É que, sendo a Tópica jurídica um método direcionado a conhecer o problema e visualizar a pertinente solução por via do debate dialético, cumpriria ao intérprete – no processo de determinação do sentido das normas aplicandas – valer-se dos múltiplos argumentos relevantes existentes sobre a temática, para, a partir da contribuição destes, chegar ao resultado mais adequado. Como asseverava VIEHWEG, "*eles* [os topoi] *devem ser entendidos funcionalmente, como possibilidade de orientação e como fios condutores do pensamento.*"[332]

---

[329] SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 128-129.
[330] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 183.
[331] A expressão *topoi* também foi cunhada por Aristóteles. Como ensinava VIEHWEG, "*topoi são para Aristóteles, então, pontos de vista empregáveis em muitos sentidos, aceitáveis universalmente, que podem ser empregados a favor e contra ao opinável e podem conduzir à verdade.*" (VIEHWEG, Theodor. Op. cit. p. 25/26).
[332] Ibid. p. 40

E mais, o sentido normativo daí resultante estaria sujeito a uma constante evolução, na medida em que houvesse mudanças na base material da incidência normativa, já que, nesse caso, haveria também alteração dos *topoi* pertinentes. Nas palavras do citado autor, "*no alterar de situações e de casos particulares se deve encontrar, pois, cada vez mais, novas informações para se fazer tentativas de se resolver o problema. Os* topoi, *intervindo em auxílio, recebem em torno de si o próprio sentido do problema.*"[333] De todo modo, os *topoi* não se apresentariam ao operador do Direito como verdades ou premissas incontroversas previamente fixadas, mas sim como simples vetores referenciais ou, como preferia o jurista da Mongúcia, "*regras diretivas ou tópicos*", sem qualquer matiz vinculativo.

A proposta metodológica de Viehweg e dos outros adeptos da Jurisprudência dos Problemas ia ao encontro da ideia, também compartilhada por aqueles, de que haveria a necessidade de se encontrar soluções variáveis para casos com diferentes particularidades, mesmo que diante da incidência de idêntica norma reguladora, aceitando-se o que se pode chamar de **mutabilidade do sentido das normas**. É o que se pode extrair do seguinte trecho da obra magna do citado autor:

> "*A raiz de tudo está simplesmente em que o problema adquire e conserva primazia. Se a jurisprudência concebe sua tarefa como uma busca do justo dentro de uma inabarcável pletora de situações, tem que conservar uma ampla possibilidade de tomar de novo posição a respeito da aporia fundamental, i.e., de ser 'móvel'. A primazia do problema influi sobre a técnica a adotar. Uma trama de conceitos e proposições que impeça a postura aporética não é utilizável. A causa do inabarcável tem um interesse muito maior numa variedade assistemática de pontos de vista.*[334]

Essa mutabilidade, como já se disse, teria sempre por norte a busca pela solução mais justa, mais acertada à vista dos contornos do caso concreto, de modo que caberia ao aplicador do Direito analisar pragmaticamente as consequências positivas e negativas que resultariam deste ou daquele sentido normativo, tendo em conta o contexto fático subjacente. Como afirmava o autor, "*o modo de agir resulta, aqui, como o penoso trabalho resultante de uma grande contraposição de movimentos prós e contras, em embate entre si; ao passo que, do reflexo tem decorrido a reflexão.*"[335]

---

[333] Ibid. p. 39/40.
[334] Ibid. p. 107
[335] Idib p. 34.

Relevante também colocar que, conforme tem sido ressaltado pela doutrina, a Tópica possui como campo especialmente fértil de aplicação a área da **hermenêutica constitucional**, pois, como observa GILMAR MENDES, "*graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congênitos, a Constituição – enquanto objeto hermenêutico – mostra-se muito mais problemática do que sistemática.*"[336] É que a riqueza e a variedade dos preceitos constitucionais, muitos dos quais, a princípio, axiologicamente colidentes entre si – o que se dá notadamente em Constituições analíticas como a brasileira – fazem com que a Lei Maior careça de um grau de unicidade semântica[337] e sistematicidade a se permitir que a aplicação de suas normas se dê segundo a lógica racional-dedutivista do tudo ou nada, própria das regras componentes da legislação ordinária[338].

A estrutura multifacetária e a complexidade orgânica do texto constitucional vão demandar do intérprete da Constituição, pelo contrário, o uso da chamada **técnica da ponderação prática**, exigindo-se deste que sopese os valores em conflito, sempre à vista das características e circunstâncias do caso concreto[339], isto é, à vista dos contornos do problema posto a solução, na linha metodológica proposta pela Tópica. Isto se dá também porque a vagueza significativa e a porosidade normativa de muitos dos princípios constitucionais, características estas decorrentes de sua própria estrutura textual – assim formada com a finalidade de lhes conferirem um maior grau de generalização que os tornem capazes de veicular a carga axiológica que lhes justifica a existência –, ao mesmo tempo em que contribuem para uma perda, *a priori*, de densidade normativa, impedem que se atinja aquele grau de objetividade hermenêutica que era visado pelos teóricos do positivismo[340].

Outrossim, fato de ser a Constituição – enquanto produto do jogo político democrático – um amálgama normativo resultante da convergência de múltiplos interesses conflitantes, conjugado com a ausência de hierarquia entre as suas normas, impede que

---

[336] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed, São Paulo: Saraiva, 2014, p 95

[337] Não se quer negar com esta afirmação o princípio da unidade da Constituição, que do ponto de vista normativo é inquestionável.

[338] Como asseverava VIEHWEG, "*a frequente utilização de conclusões analógicas está a indicar, em geral, que falta um sistema lógico perfeito.*" (VIEHWEG, Theodor. Op. cit. P. 42)

[339] É essa também a lição de Luis Roberto Barroso, que, amparado na doutrina de Dworkin, assevera que os "*princípios* [constitucionais] *contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. Colisão de princípios, portanto, não é só possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de tudo ou nada, de validade e invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. (...) A aplicação dos princípios se dá, preponderantemente, mediante ponderação.*" (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 328/329).

[340] Sobre o ponto, traz-se novamente a lição de GILMAR MENDES, para quem: "*a idoneidade da tópica e do pensamento problemático precisamente para a interpretação da Constituição baseou-se na 'abertura estrutural' da Constituição, na sua pouca densidade normativa e na continuidade de seus textos, na amplitude e indeterminação de seus elementos.*" (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 461).

simplesmente se despreze, no processo de concretização da Lei Fundamental, um dos preceitos constitucionais colidentes. Deve o intérprete/aplicador, em tal situação, fazer uso do **princípio da proporcionalidade** como "*um verdadeiro topos argumentativo*"[341], procedendo ao sopesamento dos valores jurídicos representados nos interesses em conflito, para, abandonada a ideia de inflexibilidade da norma, extrair a contribuição argumentativa dos *topoi* pertinentes, tornando, assim, a hermenêutica constitucional mais ampla, aberta e maleável aos elementos concretos e valorativos que envolvem o caso em análise[342]. É essa também a posição de BONAVIDES:

> "*A Constituição representa, pois, o campo ideal de intervenção ou aplicação do método tópico em virtude de constituir na sociedade dinâmica uma 'estrutura aberta' e tomar, pelos seus valores pluralistas, um certo teor de indeterminação. Dificilmente uma Constituição preenche aquela função de ordem e unidade, que faz possível o sistema se revelar compatível com o dedutivismo metodológico.*"[343]

A Tópica, deste modo, por meio do debate dialético de argumentos práticos, emerge como método hermenêutico capaz de auxiliar o aplicador das normas constitucionais a solver as tensões ou choques normativos comumente gerados pela potencial incidência simultânea de mais de um preceito constitucional, cada um destes, não raro, portador de um valor que se contrapõe aos demais que concorrem pela primazia normativa no caso concreto. É que esse acomodamento das normas ou valores constitucionais concorrentes somente pode se dá topicamente, isto é, apenas pode ser realizado à vista de cada peculiar situação em que essa tensão se revele, demonstrando, à toda evidência, a força normativa dos fatos.

3.2.2.3 A Teoria Estruturante do Direito

O jurista e filósofo Friedrich Müller, professor da Universidade de Heidelberg, seguindo a senda aberta pelas teorias materialistas que foram examinadas acima, com especial

---

[341] A expressão é de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, a ver: "*A Ideia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, como já propusemos aqui e em seguida reafirmaremos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro topos argumentativos, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas."* (GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, 6ª ed., São Paulo: SRS, 2009, p. 107).

[342] Sobre o ponto, concorda INGO SARLET que "*o modelo ponderativo de Alexy oferece-nos, para além do exposto, talvez a melhor solução para o problema, ao ressaltar a indispensável contraposição dos valores em pauta, além de nos remeter para uma solução calcada nas circunstâncias do caso concreto (e, portanto, necessariamente afinada com as exigências da proporcionalidade)*". (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 374).

[343] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 495.

destaque para a Tópica, desenvolveu no conjunto de suas obras o que veio a denominar de **Teoria Estruturante ou Estruturalista do Direito**, cujos contornos examinar-se-ão agora.

Partindo de distinção de matriz heideggeriana e gadameriana, a primeira premissa tomada por Müller repousa na ideia de que a norma jurídica não se confunde absolutamente com o texto do dispositivo legal (ou constitucional) que a veicula. Como assevera, "*o nomologismo tem a tendência de ver a lógica normativa no sentido de uma lógica do 'texto normativo' e de seu contexto linguístico e conceitual*"[344], contudo, para o autor, a norma constitui um fenômeno muito mais complexo, não se limitando ao abstrato significado semântico resultante da dicção da lei ou da Constituição, vez que se caracteriza como ser dinâmico, em constante formação, não podendo ser contraposta dicotomicamente à realidade fática subjacente, de onde recebe incessante influência. É o que se extrai da seguinte passagem:

> "*A ainda predominante compreensão da norma como um comando pronto, juntamente com seu contexto positivista, corre igualmente o risco de confundir norma e texto normativo; ou então partir do princípio de que o teor de validade da disposição legal seria fundamentalmente adequado e estaria suficientemente presente no texto literal, ou seja, seria 'dado' como forma linguística da disposição. A realidade como conglomerado de elementos heterogêneos juridicamente desordenados e a serem unidos pelo comando normativo pode ser, então, contraposto a uma 'norma' assim isolada. O âmbito normativo, não reconhecido pela teoria normativa como parte integrante da norma, pertence, portanto, indistintamente ao mundo abstratamente visto da faticidade.*"[345]

Como consequência da premissa acima fixada, Müller afirma que a exata compreensão da norma não pode ser alcançada pela simples e isolada interpretação do texto, ainda que levados em consideração suas conexões sistêmicas e condicionamentos históricos, como pretendem os processos hermenêuticos tradicionais de viés formalista, formulados já há bastante tempo por Savigny e adotados pelos positivistas, esperançosos que estavam estes de que seriam aqueles métodos idôneos a garantir a desejada "pureza" do Direito. Sobre o ponto, afirma Müller que sua Teoria Estruturante é "intencionalmente impura" – daí porque "*ela se despede paradigmaticamente de Kelsen*"[346] –, uma vez que a "norma pura" não possui uma

344 MÜLLER, Friedrich. Op. cit, **Teoria**, p.187
345 Idem.
346 MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

normatividade concreta, não possui um conteúdo material, sendo ocamente constituída apenas por texto.

Tais afirmações, todavia, não implicam na ideia de que o texto normativo deva ser ignorado, como defendiam os propagadores do Sociologismo Jurídico ou da Escola do Direito Livre. Na verdade, apesar de não carregar consigo todo o potencial normativo, já que a riqueza significativa e maleabilidade do Direito não se podem conter nos confins textuais da norma, o texto há de funcionar como um "ponto de orientação"[347] do intérprete, servindo como diretiva e limite da "concretização possível" de ser realizada.[348][349] E justamente em razão dessa insuficiência ou incompletude do texto é que Muller prefere falar em "**concretização**" da norma, evitando os termos "interpretação", "exegese", "aplicação" ou "subsunção", na medida em que estas últimas expressões passariam a ideia (equivocada) de que o comando normativo a regular o caso concreto posto a solução já está precisa e univocamente estampado no dispositivo legal ou constitucional aplicando, cabendo ao juiz apenas identificá-lo e fazê-lo incidir nos exatos termos em que previsto abstratamente. Nas palavras do autor:

> "*'Concretizar' não significa aqui, portanto, à maneira do positivismo antigo, interpretar, aplicar, subsumir silogisticamente e inferir. E também não, como no positivismo sistematizado da última fase de Kelsen, 'individualizar' uma norma jurídica genérica codificada na direção do caso individual 'mais restrito'. Muito pelo contrário, 'concretizar' significa: 'produzir', diante da provocação pelo caso de conflito social, que exige uma solução jurídica, a norma jurídica defensável para esse caso no quadro de uma democracia e de um Estado de Direito.*"[350]

Para Müller, o Direito deveria, assim, seria "construído" pelo intérprete diante do caso que está sendo confrontado, deveria ser "concretizado" topicamente à vista das características do problema a ser solvido. A hermenêutica, desta forma, deixa para trás seu papel de simples instrumento "revelador" do Direito existente na norma, para assumir uma inquestionável função criadora, constitutiva da normatividade. Como assevera o citado jurista, "*o afastamento da doutrina 'aplicacionista' do positivismo em benefício do caráter constitutivo*

---

347 Nas palavras do autor: "*a concretização da norma no sentido aqui visado de uma teoria estruturante (da norma) jurídica não vê a lei apenas como um fator parcial de uma solução materialmente adequada do problema. (...) o texto da norma permanece sendo ponto de orientação.*" (MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 81).

348 Nas palavras do autor: "*suas mencionadas funções* [do texto normativo] *fazem dele uma fronteira da concretização possível.*" (Ibid, p. 199).

349 Pode-se também extrair essa mesma premissa metodológica da seguinte passagem: "*Justo porque as normas jurídicas não existem simplesmente prontas, não estão disponíveis para aplicação técnica; justo porque a estrutura da matéria e do problema, também do caso individual, faz parte dos elementos da sentença jurídica, a norma não é supérflua, mas necessária como ideia diretriz materialmente caracterizada, normativamente estabilizadora.*" (Idib. p. 36).

350 MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Metodologia**, p. 129/130.

da interpretação (ou da concretização) combina o pensamento tópico com o pensamento metodológico."[351] Isto não significa, como já dito acima, que a norma positivada deva ser relegada. Muito pelo contrário, é ela o ponto de partida, o referencial do processo de concretização.

Sob a ótica da linguística jurídica, segundo Müller, o mito positivista consiste na suposição de que para todo e qualquer litígio surgido no meio social a "solução correta", visualizada previamente pelo legislador, já está precisamente indicada na lei, sendo objetivamente extraível de seus textos, e assim o será independentemente de eventuais nuances que possam conferir ao caso analisado algum contorno especial. De acordo com o autor, contudo, sua Teoria Estruturante, assumindo uma postura pós-positivista, aclara que "*a norma jurídica não está já contida no código legal*", na medida em que:

> *"Este contém apenas formas preliminares, os textos das normas. Estes, por sua vez, se diferenciam sistematicamente da norma jurídica, a ser primeiramente produzida, 'trazida para fora' em cada processo individual de decisão. Além disso, o âmbito da norma pertence constitutivamente a ela. A 'norma jurídica' se transforma assim em conceito complexo, composto por 'programa da norma' e 'âmbito da norma'. E 'atividade concretizante' não é mais sinônimo de tornar mais concreta uma norma jurídica genérica que já estaria contida no código legal; ao contrário, significa, a partir de uma ótica e reflexão realistas, 'construção' da norma jurídica no caso individual a ser decidido, sendo que os elementos do trabalho textual se tornam crescentemente 'mais concretos' de uma fase a outra.*"[352]

Para que não se escape nada do trecho reproduzido e dos que se seguirão, é importante já esclarecer que, de acordo com a terminologia adotada por Müller, o texto de um preceito jurídico positivo qualquer, sendo somente a parte descoberta do "iceberg normativo", revela apenas o respectivo "**programa da norma**" (*normprogramm*). Ocorre que este, sozinho, não é capaz de conduzir toda a normatividade, na medida em que não é possível isolar a norma da realidade. Daí que o fato concreto objeto da regulamentação normativa, o qual Müller chama de "**âmbito da norma**"[353] (*normbereich*), apresentar-se-á como elemento material coconstitutivo da própria norma[354]. Pode-se dizer, então, que, de acordo com a Teoria

---

[351] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria** p. 81.
[352] Ibid. p. 127/128.
[353] Também denominado "círculo da norma".
[354] O seguinte trecho é bastante elucidativo para a compreensão dos citados conceitos: ""*À luz da concretização da norma deve-se proceder à distinção entre programa normativo e âmbito normativo, sendo que este último deve ser igualmente visto como entidade jurídica e não extrajurídica. (...) O 'sentido do comando legal' e o 'fato social a ser regulado', que, ao mesmo tempo, necessariamente codetermina sob o ponto de vista material a disposição que o regulamenta, não podem ser mais isolados um do outro, se forem analisados pela teoria da norma como programa normativo e âmbito normativo e, com isso, igualmente como fatores fundamentais para a normatividade. Na abordagem da*

Estruturante, a normatividade da prescrição jurídica (programa normativo) se fundamenta apenas e somente através do objeto fático de sua regulação (âmbito normativo), os quais se fundem em uma unidade integrativa, superando-se, desta forma, a velha e rígida dicotomia neokantiana do *sein* e do *sollen*, presente no positivismo[355]. Explicando sobre os referidos conceitos, assim se manifesta BONAVIDES:

> "*Dois conceitos novos desenvolve Muller na operação interpretativa: o programa da norma (*Normprogramm*), que é o texto interpretado, e o âmbito da norma (*Mormbereich-Sachbereich*), que é a esfera fática extraída ou recortada da realidade mesma, sem a qual não se alcança a norma de Direito específica aplicável ao caso concreto (*Rechtsnorm*). Esta só se faz efetiva no ato de solução da questão mediante a norma decisória (*Normentscheidung*).*"[356]

Tem-se, pois, que a normatividade emergente do texto legal ou constitucional – considerada em termos abstratos –, sendo apenas o primeiro momento no processo de identificação de seu conteúdo (processo de concretização), caracteriza-se como **mera potencialidade normativa**. A real delimitação do significado da norma somente ganha corpo, deixa de ser simples possibilidade para tornar-se realidade, quando confrontada com o recorte fático a que diz respeito, isto é, com o caso litigioso que aspira solução. A norma, desse modo, completa sua normatividade necessariamente à vista do âmbito material de sua incidência, cuja análise torna-se, consequentemente, indispensável ao hermeneuta, na medida em que, para a Teoria Estruturante, não existe interpretação sem aplicação e vive versa, já que a extração do significado de uma norma só se faz possível se relacionada a um determinado caso sobre o qual aquela há de concretizar-se.

Müller formula uma teoria estruturalista e tópica na qual a normatividade da prescrição jurídica se fundamenta necessariamente através do âmbito da norma, já que é ela construída com a imprescindível interferência do recorte da realidade fática a que diz respeito. Como afirma o autor, a análise da práxis jurídica mostra que "*a normatividade é um processo estruturado*"[357], na medida em que, não sendo ela inerente à lei (ao texto da norma), possui uma

---

teoria jurídica, uma norma correspondentemente aparece como norma apenas se estiver relacionada a uma realidade a ser formatada." (MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria** p. 249/250)

[355] Paulo Bonavides, explicando a evolução metodológica proposta por Müller, aduz que este autor promoveu: "*a unificação pragmática do* sein *com o* sollen*, isto é, do ser com o dever-ser, na linha de um largo e abrangente realismo, dissolvendo e ultrapassando, assim, a dualidade clássica do positivismo formal mediante o emprego de uma metodologia hermenêutica que se percebe de cunho nitidamente indutivo e que importa a rejeição de todos os elementos dedutivistas, cuja aderência essencial ao texto, supostamente normativo em si mesmo, sempre foi o timbre das correntes formalistas tradicionais.*" (BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 590).

[356] Ibid, p. 611.

[357] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Metodologia**, p. 57.

"natureza processual", devendo "*ser produzida por meio do trabalho jurídico.*"[358] E ao responder à pergunta sobre "o que seria esse trabalho jurídico", Müller afirma que "*não o procedimento da inferência lógica, que asseguraria a objetividade, mas – 'em meio ao caos' – o trabalho estruturável, comunicável e com isso controlável da semantização*." [359] Sua teoria, assim, insere entre a norma textual abstrata e a situação histórica e concreta, "estágios tipológicos estruturantes", sobre os quais o aplicador do Direito há de se debruçar em uma análise pragmática e realista.

Com seu **método concretista de inspiração tópica**, Müller procura demonstrar que a norma não é um produto pronto e acabado que pode e deve ser aplicado uniformemente a uma infinidade de fatos perfeitamente subsumíveis à previsão abstrata veiculada pelo texto normativo[360]. Segundo afirma, "*a norma não existe, não é ela 'aplicável'. Ela é produzida apenas no processo de concretização. O operador do direito se vê incluído nesse processo de construção de normatividade, normativa e materialmente vinculada.*"[361] A norma jurídica, então, é encarada como um "ser em constante mutação", sujeita continuamente a movimentos de construção de seu conteúdo, o que se dá partindo-se da norma-texto à norma-decisão em um processo estruturado de concretização de caráter pragmático. Como assevera BONAVIDES, a norma decisória é o "coroamento tópico", na medida em que é:

> "*o ponto de aproximação de um percurso crítico e avaliativo que vai da interpretação perquiridora de formas verbais – argumentos linguísticos expressos no programa da norma (*Normprogramm*) – ao emprego de formas táticas e elementos provenientes da realidade mesma, a realidade concreta, contida no 'círculo da norma' (*Normbereich*), até que se alcance, pelo raciocínio interpretativo, resultante da combinação da* Normprogramm *com a* Normbereich*, aquela norma de direito aplicável, a norma específica (*Reichtnorm*), por onde se chega, a seguir, ao termo da trajetória de concretização consumada com a norma decisória (*normentscheidung*).*"[362]

À vista dos caracteres da metodologia proposta, pode-se com facilidade perceber que Müller admite como possível – ou melhor, como inevitável – o desempenho de uma **função criativa pelo juiz** quando do julgamento das lides lhe trazidas a desate, já que a tarefa de julgar

---

[358] Ibid, p. 138.
[359] Ibid, p. 139/140.
360 Essa percepção de incompletude da norma pode ser sentida na seguinte passagem: "*Uma norma no sentido da metódica tradicional (i. é: teor literal de uma norma) pode parecer 'clara' ou mesmo 'unívoca' no papel. Já o próximo caso ao qual ela deve ser aplicada pode fazer que ela se afigura extremamente 'destituída de clareza'. Isso sempre se evidencia apenas na tentativa de concretização. Nela não se aplica algo pronto e acabado a um conjunto de fatos igualmente compreensível como concluído. O positivismo legalista alegou e continua alegando isso. Mas 'a' norma jurídica não está pronta nem 'substancialmente' concluída.*" (Ibid p. 62)
[361] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 80.
[362] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 636.

não se resume em simplesmente identificar e declarar a solução dada previamente pela lei. Em suas palavras: "*a concretização* [da norma]*, por uma série de razões, não pode ser um procedimento meramente cognitivo*"[363]. É que, como se disse, a norma jurídica apenas se revela em sua completude quando confrontada com a situação fática sobre a qual irá se concretizar, isto é, com o litígio social que aguarda decisão. Substitui-se, assim, a norma estática, enquanto produto acabado (*law in books*) por uma norma dinâmica, em constante processo de construção (*law in action*), processo esse que possui como agente operador o jurista encarregado de extrair a síntese prática da conjunção do programa da norma com o seu âmbito material, ou seja, o magistrado. Caberá a este, diante da lide concreta, fazendo as adaptações necessárias, construir o conteúdo normativo em busca da decisão mais justa[364].

Como se pode perceber, na teoria de Müller, "Direito" e "realidade" não são esferas incomunicáveis nem categorias autônomas subsistentes por si mesmas. A dicotomia entre o "ser" e o "dever ser" – pressuposta pela operação lógica subsuntiva dos positivistas – é desfeita para que ser colocada em seu lugar uma percepção totalizante do fenômeno jurídico[365]. Como pondera o autor, o Direito sempre foi equivocadamente compreendido como "um ser que repousa em si", que só deve se relacionar com a realidade social *ex post facto.* Por conseguinte, a norma jurídica, também de forma equivocada, foi tradicionalmente concebida como simples ordem, como um mero juízo hipotético, como a premissa maior do raciocínio silogístico formalista, como uma entidade materialmente vazia. Contudo, para Müller, "*os fatores ordenante e ordenado necessariamente formam uma unidade e se complementam e reforçam reciprocamente de forma incondicional na práxis da realização do direito.*"[366]

Não é possível, pois, dissociar a norma jurídica da situação fática por ela regulamentada, na medida em que "*a força enunciativa de uma norma para um caso é, por assim dizer, provocada por esse mesmo caso.*"[367] Ambos, enunciado normativo e realidade fática, fornecem conjuntamente e de forma complementar os elementos necessários à formação da norma-decisão a ser veiculada na sentença judicial que porá fim ao litígio. Daí porque "*toda*

---

[363] MÜLLER, Friedrich. Op. cit, **Metodologia**, p. 62.
[364] A respeito do tema, anota Vinícius Magalhães que, "*para Müller, mesmo quando o intérprete, pretensamente, subsume os fatos existentes às normas supostamente preexistentes, a pretexto de que o faz sob o abrigo de um raciocínio puramente objetivo e racional – preservando-se o caráter científico do Direito –, na verdade está produzindo uma nova norma jurídica, fruto de um processo de concretização.*" (MAGALHÃES, Vinícius de Mattos. p. 21).
[365] Sobre o ponto, merece alusão a seguinte passagem: "*Enquanto uma teoria (da norma) jurídica não incluir inteiramente na investigação da estrutura da norma a estrutura da 'coisa' normatizada, a norma no fundo sempre confrontar-se-á ao 'ser' como um 'dever-ser'; será concebida como uma estrutura autônoma e independente da realidade, uma estrutura que está em conexão com a realidade apenas de modo genericamente teórico-jurídico, mas que, em suas especificidades, e bem assim para os problemas metódicos, permanece em aberto.*" (MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 105)
[366] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Metodologia**, p. 59.
[367] Ibid, p. 64.

e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela."[368] Tem-se, assim, que **a normatividade é materialmente determinada**, já que sua feição, moldada por um processo estruturado de concretização, é sempre condicionada pela força normativa da faticidade. A bem da verdade, trata-se de um contínuo influxo recíproco, pois, como assevera Müller:

> "*Normatividade designa a qualidade dinâmica de uma norma assim compreendida, tanto de ordenar a realidade que lhe subjaz – normatividade concreta – quanto de ser condicionada e estruturada por essa realidade – normatividade materialmente determinada. Com isso a pergunta pela relação entre direito e realidade já está dinamizada no enfoque teórico e a concretização prática é concebida como processo real de decisão.*"[369][370]

É importante frisar que a Teoria Estruturante do Direito possui especial utilidade metodológica no campo da **jurisdição constitucional** – tomado o termo aqui como significante da efetivação pela via judicial das garantias e direitos assegurados pela Constituição –, na medida em que "*busca evitar o hiato, a separação, a antinomia das duas Constituições – a formal e a material – bem como aquele conhecido confronto da realidade com a norma jurídica.*"[371] Ao superar esse dualismo, o estruturalismo dissolve a tensão existente entre normatividade e existencialidade, tensão essa que, a despeito de se espraiar por todo o ordenamento jurídico, é mais perceptível e sentida quando se toma como referência as normas constitucionais.

Isso porque os preceitos insertos na Lei Fundamental, dada a condição desta de instrumento normativo-axiológico orientador dos caminhos a serem tomados pelo Estado e pela sociedade, tendem com maior peso a assumirem a feição de metas ou objetivos a serem perseguidos, ostentando, assim, um alto grau do que alguns chamam de "programaticidade", ao invés da "tecnicidade" própria da legislação ordinária. Esse papel transformador que é assumido pela Carta Fundamental necessariamente a coloca, então, em situação de contraposição, de quase antagonismo com a realidade vivida, essa mesma realidade que almeja alterar, fazer evoluir. Daí porque é muito mais agudo o "confronto" entre norma constitucional e realidade

---

[368] Ibid, p. 63.
[369] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 17.
[370] No mesmo sentido, pode-se citar ainda o seguinte trecho de distinta obra: "*Compreendida paradigmaticamente em novos termos, a norma jurídica não é apenas o texto linguístico primacial, mas um modelo ordenador materialmente definido. E a 'normatividade' não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da ordem jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser (normatividade concreta) e que é influenciada por esta mesma realidade (normatividade materialmente determinada).*" (MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Metodologia**, p. 128).
[371] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 500.

constitucional. Essa situação, que é facilmente constatada quando se toma as "promessas" da Constituição referentes aos direitos fundamentais, foi também percebida por Müller:

> "*Em âmbitos jurídicos pouco passíveis de tecnicização, como o Direito de Estado e o Direito Constitucional, os desenvolvidos dados reais da concretização da norma desempenham um papel relativamente importante, conforme a jurisprudência constitucional sobre os direitos fundamentais documenta de diversas formas.*"[372][373]

A mais larga abertura semântica das normas constitucionais, a maior vagueza e abstratividade dos princípios e a mais intensa porosidade valorativa presente na generalidade dos preceitos constitucionais, todas essas características – resultantes da natureza plural, democrática e multifacetária do Texto Fundamental do Estado e, também, de sua posição jurídico-hierárquica superior no ordenamento positivo – acabam por contribuir para uma mais frequente inaptidão daquelas normas para servirem perfeitamente como premissa maior de um processo silogístico objetivo que conduza sempre à solução mais justa, adequada e consentânea com a própria tábua axiológica da Constituição diante dos múltiplos, quase infindáveis, conflitos concretos que surgem e nos quais as partes invocam em seu favor norma de estatura constitucional.

Daí porque, "*estruturalmente, ele* [o Direito Constitucional] *é também mais fortemente determinado pelo teor material dos âmbitos normativos do que outros ramos do direito*"[374], já que, aqui, com maior intensidade, a delimitação dos contornos da normatividade dos preceitos jurídicos vai depender das peculiaridades dos casos em função dos quais há de concretizar-se[375]. A racionalização do processo de concretização da norma constitucional irá demandar que a atividade interpretativa, deixada aberta pela Tópica, leve em consideração as características do recorte da realidade fática regulamentada e, de modo mais amplo, tome em conta o próprio contexto socioeconômico circundante, realizando, ainda, uma crítica análise

---

[372] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 255.

[373] A mesma lição é extraível da seguinte passagem: "*Nas categorias da reflexão teórico-jurídica em geral, essa visão emerge da seguinte forma: esfera do direito passível de tecnicização, como a do direito cambial ou processual poderiam ser tratadas, também na aplicação do direito, mais como sistemas fechados em si; já no direito constitucional e em sua transformação, o ambiente deveria ter maior validade e as disposições deveriam ser interpretadas como fatores do todo social entre outros.*" (Ibid, p. 212)

[374] Ibid, p. 210.

[375] É o que afirma Müller o trecho a seguir: "*o direito constitucional apresenta tipicamente âmbitos materiais – ou âmbitos de normas, dependendo do programa da norma – especialmente amplos e ricos. Isso decorre de sua função enquanto codificação hierarquicamente suprema do sistema jurídico infra-estatal (...). Isso se torna especialmente claro nas contribuições intensas dos elementos do âmbito material e do âmbito da norma na concretização de prescrições referentes a direitos fundamentais e competências.*" (MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Metodologia**, p. 135/136).

prognóstica dos possíveis resultados desse processo, de modo que possa ser eleita a solução globalmente mais justa.

Para finalizar o tópico, quer-se apenas deixar claro que a Teoria Estruturante não se pretende excludente e, também, não prescinde do papel desempenhado pela norma na lógica de funcionamento do Direito. Como assevera Müller, "*o caráter fundamentalmente inconcluso e a necessidade fundamental de concretização de todas as normas, especialmente as constitucionais, ainda não tornam plausível a legitimidade de uma tópica que passar por cima das normas.*"[376] Na verdade, apoiado da doutrina de Esser, defende que uma metódica tópica, referida a problemas, e uma metódica sistêmica, baseada na dedução de conceitos, se complementam necessariamente, pois, no interesse da racionalidade, "*mesmo um desenvolvimento 'aberto' de um problema não pode abrir mão de um nexo de derivação relativamente sistemático, assim como a axiomática 'cerrada' não pode abrir mão da sua ampliação mediante o pensamento orientado por problemas*"[377][378].

Ao perguntar-se, então, onde deve recair a ênfase – se, em última instância, o problema autorizaria ultrapassar a norma nessa medida insuficiente ou se a norma concretizável que haveria de dominar o problema topicamente analisado –, conclui o autor sem titubear que, a despeito dos "progressos da metodologia jurídica dos últimos tempos", precisa-se, "*ao menos com vistas ao direito público e ao direito constitucional, manter inequivocamente o primado da vinculação à norma diante da referência tópica ao problema.*"[379][380] A estrutura do caso a ser solucionado, assim, apesar de tratada como fator pertencente e indispensável à concretização normativa, em que pese entendida como elemento coconstitutivo para a compreensão da norma, não pode se converter em parâmetro único na realização do Direito.

Nesse ponto, ressalta Müller existir uma diferença essencial entre sua teoria estruturalista e aquela de viés puramente tópico, já que "*o processo da metódica estruturante separa-se do puro pensar o problema, na medida em que mantém a norma (a ser primeiramente construída) como critério vinculante para a escolha dos* topoi"[381]. Nessa situação, como a

[376] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 79.
[377] Ibid, p. 69.
[378] No mesmo sentido, assevera que "*o pensamento axiomático e o pensamento problemático não apenas são interdependentes, como também não podem ser separados um do outro por meio de linhas claras, o que já mostra a estrutura complexa da norma.*" (Ibid, p. 194)
[379] Ibid, p. 79.
[380] É o que se extrai também da seguinte passagem: "*Principalmente no direito constitucional os pontos de vista da concretização devem frequentemente ser deduzidos do texto normativo apenas numa pequena escala. A aplicação, de modo decisivo, vai além do texto normativo; não vai, porém, além da norma, cuja normatividade concreta deve justamente ser salientada apenas para o caso particular.*" (Ibid, p. 191/192).
[381] Idem.

norma jurídica não pode ser aceita como algo "simplesmente dado", o texto normativo irá estabelecer os limites extremos de possíveis concretizações, função esta que decorre "*de seus mencionados efeitos para a segurança jurídica, para a clareza da norma, a publicidade e inviolabilidade do ordenamento constitucional no Estado Democrático de Direito.*"[382]

Müller afirma que sua concepção metodológica pós-positivista aposentou "*a redução da norma ao seu texto, do ordenamento jurídico a uma ficção artificial, da solução do caso a um processo logicamente inferível por meio do silogismo*"[383]. Na verdade, mais do que isso, sua Teoria Estruturante devolve à Constituição todo o sentido material que lhe foi usurpado pelas teorias formalistas; traz de volta a Lei Fundamental para a realidade que lhe fugia sob os pés; resgata a Carta Constitucional das irreais paisagens idílicas pintadas pela ilusão de promessas ainda muito distante de serem cumpridas; injeta uma dose de lucidez na retórica assumida pela dogmática constitucional, ainda vislumbrada pelo reconhecimento da eficácia normativa dos dispositivos insertos na Lei Maior; tudo isso sem se dissolver o teor de obrigatoriedade dos preceitos da Constituição.

3.3 A Força Normativa da Faticidade e a Concretização do Direito Fundamental à Saúde

Nos itens precedentes, viu-se como a dogmática jurídica[384] caminhou progressivamente de uma concepção formalista do fenômeno normativo para outra de natureza material, assumindo perspectivas de viés tópico e concretista. Para finalizar este capítulo, quer-se demonstrar, mediante o reforço de mais algumas contribuições doutrinárias, o papel preponderante que a faticidade deve exercer no processo de determinação do sentido das normas, especialmente aquelas de estatura constitucional, no que incluídas as veiculadoras dos direitos fundamentais, para daí, no capítulo seguinte, conclusivo da dissertação, poder-se com mais propriedade apontar os condicionamentos e requisitos que devem ser tidos como necessários para a concessão da tutela jurisdicional do direito à saúde.

Pois bem, o primeiro ponto a ser frisado nesta conclusão é de que o texto normativo é apenas o prelúdio da norma ou, em expressão já utilizada anteriormente, a "ponta do iceberg

[382] Ibid, p. 202.
[383] Ibid, p. 150.
[384] Para uma leitura crítica sobre o suso dessa expressão: MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O que é Dogmática Jurídica**, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

normativo". Mesmo servindo como ponto de partida para a atividade hermenêutica e como referencial delimitador das interpretações admissíveis, o texto da norma não pode mais ser encarado como detentor de toda a normatividade. E não se quer com esta afirmação apenas apontar, redundantemente, a insuficiência do vetusto – porém ainda indispensável – método exegético de interpretação. Pretende-se, na verdade, ressaltar que a apreensão da exata extensão do conteúdo normativo depende necessariamente dos contornos dos fatos sobre os quais incide a norma, fatos estes que devem ser entendidos, assim, com coconstitutivos da normatividade[385].

Trata-se de adotar o que STRECK chama de "**hermenêutica da faticidade**", na qual "*o modo prático de ser no mundo comanda a atividade compreensiva*"[386]. Superando-se o modelo interpretativo baseado na determinação abstrata dos significados dos textos jurídicos, nessa nova hermenêutica "*é o caso concreto que será o* locus *desse acontecer do sentido. A esse caso deverá ser dada a resposta (correta), que estará ligada à compreensão do sentido que emerge dessa situação concreta, para além de uma mera fundamentação de caráter ôntico.*"[387] Desfaz-se, pois, a rígida dicotomia entre "norma" e "fato", na medida em que a compreensão daquela passa a depender da análise deste. Percebe-se que o âmbito da realidade regulamentada não constitui um elemento inerte ou passivo na atividade de interpretação e aplicação das normas jurídicas, revelando-se, ao contrário, fator ativo e determinante nesse processo. É nesse sentido também a lição de GILMAR MENDES:

> "*Em verdade, há muito vem parte da dogmática apontando para a inevitabilidade da apreciação de dados da realidade no processo de interpretação e aplicação da lei como elemento trivial à própria metodologia jurídica. (...) Hoje não há como negar a 'comunicação entre norma e fato' (Kommunikation zwischen Norm und Sachverhalt), que, como ressaltado, constitui condição da própria interpretação constitucional. É que o processo de conhecimento aqui envolve a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.*"[388]

Assim sendo, para o aprimoramento da própria prestação da tutela jurisdicional, dependente que é esta do correto entendimento acerca das normas incidentes sobre os litígios sociais demandantes de solução, faz-se imperioso reconhecer a deficiência dos métodos tradicionais de aplicação do Direito. Há de se abandonar definitivamente a ideia de que toda a

---

[385] Vale-se mais uma vez, aqui, da doutrina de MÜLLER: "*Do ponto de vista da teoria* (estruturante), *enunciados essenciais obtidos e absolutamente válidos são aqui colocados totalmente em dúvida pelo fato de também o caso jurídico a ser solucionado constituir-se, em sua peculiaridade material e jurídica, como elemento coformador do trabalho jurídico estruturante.*" (MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 254)
[386] STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 12.
[387] Ibid. p. 309.
[388] MENDES, Gilmar. Op. cit. p. 472.

normatividade já estaria contida na norma e de que, desta forma, bastaria ao magistrado declarar sua incidência no caso concreto, verbalizando a precisa e única solução pensada pelo legislador para dissolver aquele específico litígio. É preciso ter em mente que a norma, sozinha, é insuficiente. Como afirma MÜLLER, "*a normatividade não é uma forma pura, não é uma figura logicizada, nem um imperativo subsistente por si só ou passível de ser circunscrito a si próprio, imperativo esse que poderia sobrepor-se aos âmbitos da 'realidade' como 'norma'.*"[389] Se assim é, qualquer método interpretativo que se atenha apenas na abstratividade dos textos é ineficiente e enganoso, na medida em que pode facilmente conduzir o hermeneuta por caminhos que vão desembocar em decisões ontologicamente injustas ou confrontadoras de valores constitucionais.

Neste ponto, é imprescindível compreender que, na contemporaneidade, o que se tem como mais relevante na tarefa de realização jurisdicional do Direito não é a manutenção, a todo custo, da integridade sistêmica do ordenamento jurídico ou a preservação pura e simples de sua logicidade conceitual, mas sim a busca da solução ótima, da decisão justa do caso concreto posto a julgamento, sem se olvidar, obviamente, das repercussões extra autos da decisão. Como assinala BARROSO, com a pós-modernidade, "*o paradigma jurídico, que já passara, na modernidade, da lei para o juiz, transfere-se agora para o caso concreto, para a melhor solução, singular ao problema a ser resolvido.*"[390]

A exata compreensão da norma, deste modo, apenas se mostra possível em face de um problema concreto sobre o qual aquela há de concretizar-se. A norma apenas se revela em suas precisas proporções diante de um caso litigioso que dela espera solução. Não se pode, pois, cindir, sem prejuízo da qualidade da atividade hermenêutica, os momentos da interpretação normativa com o da aplicação, como sempre enxergaram as teorias clássicas, segundo as quais era preciso primeiro interpretar a lei para, em seguida, aplicá-la ao caso posto a julgamento. Pelo contrário, sendo a normatividade materialmente determinada, a extração do significado da norma e sua concretização, diante de um caso litigioso, devem ser entendidas como componentes de um processo unitário, na medida em que as características circunstanciais da lide, no que incluído o contexto fático circundante, irão necessariamente influenciar na determinação do sentido da norma aplicanda. Desta forma, pode-se dizer que a **potencialidade normativa**, extraível do texto legal ou constitucional, apenas se converte em **realidade**

[389] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 220.
[390] BARROSO, Luiz Roberto. Op. cit. p. 305/306.

normativa quando confrontada com o recorte fático a que diz respeito. Nesse exato sentido, já se manifestava há muito tempo HESSE, para quem:

> "*A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais.*"[391]

Importante consignar que a metodologia aqui defendida, em que pese aplicável a todo o sistema jurídico, tem como mais fértil campo de aplicação as normas constitucionais. Isso porque a riqueza significativa e a natureza multifacetária das Constituições – o que acarreta a constante colisão de valores igualmente albergados pelo Texto Magno –, para além da maior abstratividade e porosidade axiológica dos preceitos constitucionais – o que impede o uso puro e simples dos métodos silogísticos de aplicação do Direito –, exigem do hermeneuta, com não rara frequência, o manejo da chamada técnica da ponderação prática, a lhe demandar o sopesamento, mediante o princípio da proporcionalidade, dos valores jurídicos representados nos interesses em conflito, o que somente pode ser feito à vista das características fáticas da lide concreta que está sendo examinada, de modo que aquele possa identificar o princípio ou valor constitucional que mereça, pontualmente, prevalecer. Daí porque afirma BONAVIDES que "*o intérprete constitucional deve prender-se sempre à realidade da vida, à concretude da existência*"[392].

Nessa mesma linha, assinala o citado autor, ao discorrer sobre a doutrina de Hesse, que "*não há interpretação da Constituição independente de problemas concretos*"[393][394]. A assertiva baseia-se também na constatação de que, ao se justificar a atribuição de determinado sentido a uma certa norma constitucional, sempre se o faz à vista dos contornos do caso *sub examine*, por força até da mencionada "tensão potencial" existente entre vários dos valores encarnados no Texto Fundamental. Pode-se dizer que há, deste modo, uma **incindibilidade entre o discurso de fundamentação e o discurso de aplicação**, pois, como assinala STRECK,

---

[391] HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991, p. 14/15.
[392] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 479.
[393] Ibid. p. 482.
[394] Em outro trecho, assim se manifesta o autor sobre o mesmo tema: "*Nunca é de esquecer, pois, que toda interpretação constitucional não somente varia segundo a modalidade de Constituição senão que, aplicada à mesma forma de Constituição, está sujeita também a modificações impostas pela 'força normativa' do fato social ou da realidade política, conforme admiravelmente assinalaram Jellinek e Hesse, em contribuições clássicas ao estudo da teoria constitucional.*" (Ibid. p. 130)

"*assim como não se pode cindir o incindível, também não há etapas distintas na compreensão"* [395]. É o mesmo autor também quem aduz que "compreender é aplicar", pois, filosoficamente, *"ao menos depois da invasão da filosofia pela linguagem, não é possível separar interpretação e aplicação.*"[396][397]

É imprescindível frisar, porém, que esse discurso de fundamentação, referente ao sentido atribuído a determinada norma constitucional, que, por vezes, pode dizer respeito à definição da extensão da esfera de proteção jurídica de certo direito fundamental – como o direito à saúde –, há de ostentar necessariamente uma natureza prática e consequencialista. Isto é, deve revelar-se uma **justificação pragmática**, vez que desenvolvida com os olhos voltados para as repercussões que serão geradas pela adoção deste ou daquele caminho hermenêutico, a determinar a tomada de decisão nesse ou naquele sentido. Conforme a lição de STRECK, deve-se ter "*uma fundamentação de caráter pragmático, porque esta fundamentação está ligada à faticidade e à historicidade.*"[398] Essa pragmaticidade irá exigir que o hermeneuta, abandonando a tradicional e limitada visão autopoiética do Direito como ciência pura, tome sempre em consideração, na tarefa de definição do sentido da norma diante de um caso concreto, fatores metajurídicos, de natureza social, cultural, política e, principalmente, econômica, de modo que possa averiguar adequadamente as eventuais consequências positivas ou negativas resultantes deste ou daquele sentido normativo, tendo em conta o contexto fático subjacente.

Neste ponto da dissertação, deve ficar claro que, a despeito da abstratividade do raciocínio que vem sendo desenvolvido, não é objetivo deste trabalho ficar retroalimentando "academicismos". Não se está elaborando construções conceituais abstratas ou arquétipos teóricos sem nenhuma pretensão de sentido prático. Pelo contrário, pensa-se que a adoção da metodologia proposta resulta em efeitos bastante concretos no âmbito da atividade jurisdicional, notadamente em sede de jurisdição constitucional, na medida em que implica na admissão de que um mesmo preceito normativo pode adquirir distintos significados jurídicos conforme esteja a incidir sobre diferentes realidades concretas, à vista de suas peculiaridades fáticas e, também, da contextualidade socioeconômica vigente quando dessa concretização, vez que, como dito, esses fatores materiais são condicionantes, são coconstitutivos da própria

[395] STRECK, Lênio Luiz. Op. cit. p. 64.
[396] Idem.
[397] Em outro trecho, tratando do mesmo tema, afirma o autor que "*fundado na leitura que faço da hermenêutica filosófica: é impossível cindir a fundamentação da aplicação, porque na aplicação já está presente a fundamentação. Ambos – fundamentação (ou se se quiser, a justificação) e aplicação – operam a partir de um mesmo lugar: do modo-de-ser-no-mundo, que é impossível de esconder.*" (Ibid. p. 189).
[398] Ibid. p. 320.

normatividade. É nessa linha também a doutrina de HOLMES e SUNSTEIN, para os quais "*as a descriptive matter, rights are in important respects context-dependent. The way they are interpreted and aplied shifts with changing circunstances and with advances or retreats in knowlodge.*"[399]

De acordo com a visão aqui exposta, a norma deixa de ser encarada como um produto pronto e acabado, cujo conteúdo é inflexível e impassível diante da realidade pulsante da vida, para passar a ostentar uma feição mutável, de limites maleáveis, expressando diferentes conteúdos normativos conforme os contornos de cada caso concreto, tendo sempre pôr fim a busca da solução mais justa e mais consentânea com a tábua axiológica da Constituição. Ao assim proceder, por sinal, caminha-se no mesmo sentido dos ensinamentos de BARROSO, para quem:

> "*A grande virada na interpretação constitucional se deu a partir da difusão de uma constatação que, além de singela, sequer era original: não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e as normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações para as quais incidem. E que, assim, caberia ao intérprete uma atividade de mera revelação do conteúdo preexistente na norma, sem desempenhar qualquer papel criativo na sua concretização. A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam, ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhe pretende dar.*"[400]

Diante de tais afirmações metodológicas, todavia, poder-se-ia objetar, logo à primeira vista, que a previsão fática da hipótese de incidência normativa contida na lei ou na Constituição é uma só, destinada que é a norma a fazer-se incidir no futuro inúmeras vezes, tantas quantas se verificar materialmente no mundo empírico fatos que se adequem àquela *fattispecie* veiculada pelo dispositivo legal ou constitucional. Ocorre que há de se ter conta que a riqueza, a complexidade e a criatividade da vida não permitem que se alojem assim tão perfeitamente os fatos concretos nos modelos abstratos utilizados pelo ordenamento jurídico. Sempre haverá particularidades, sutilezas, detalhes que diferenciarão um caso de outro, mesmo estando ambos sujeitos à mesma regulação. E essas variantes, muitas vezes, serão de fundamental relevância no processo hermenêutico e na correspondente concretização da norma.

---

[399] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. Op. cit. p. 123.
[400] BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 345/346.

Daí porque afirmava MÜLLER que "*a atenção deve, portanto, ser deslocada da forma conceitual do texto normativo para a tipologia das circunstâncias reais, para as 'estruturas do material que é apreendido pela norma jurídica'.*"[401]

Essa postura metodológica harmoniza-se perfeitamente com a natureza das normas constitucionais, visto que estas, em virtude de seu maior grau de generalidade e abstração quando comparadas com as disposições técnicas da legislação ordinária e por força, ainda, da vagueza significativa derivada da estrutura semântica de seus textos normativos, elaborados em termos mais fluidos de modo lhes permitir veicular a carga axiológica que se espera presente na *Lex Magna*, não comportam facilmente a atribuição de um sentido único independentemente das peculiaridades dos fatos sobre os quais incidem. Daí porque se afirma que a hermenêutica constitucional, ao dar-se conta da relevância da faticidade, "*ganha incomparável elasticidade, permitindo extrair da Constituição, pela análise integrativa, os mais distintos sentidos, conforme os tempos, a época, as circunstâncias.*"[402] A interpretação da Constituição torna-se mais ampla, aberta e maleável aos elementos concretos e valorativos que envolvem o caso em análise. Como asseverava HEESE:

> "*Se o Direito e, sobretudo, a Constituição, têm sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.*"[403]

Feitas todas essas considerações sobre a necessidade de se reconhecer a força normativa dos fatos e o papel preponderante por esta desempenhado no processo de concretização das normas em geral e das normas constitucionais em particular, importa, agora, para finalizar o capítulo, apontar as implicações gerais[404] desse reconhecimento no que se refere à **efetivação jurisdicional do direito fundamental à saúde**, foco da investigação aqui desenvolvida.

---

[401] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p.
[402] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 479.
[403] HESSE, Konrad. Op. cit. p. 22/23.
[404] As "implicações específicas" serão feitas no próximo capítulo, com a proposta de fixação de requisitos para a concessão de tutela jurisdicional do direito à saúde.

Pois bem, no ponto, o que se quer ressaltar é que, embora o art. 196 da Constituição Federal possua uma dicção, por assim dizer, imperativa, categórica, afirmando simplesmente que "*a saúde é direito de todos e dever do Estado*", não estabelecendo, ao menos de modo expresso, quaisquer requisitos ou condicionamentos para seu gozo, defende-se que, na verdade, o direito à saúde é sim – tal como todos os outros direitos – condicionado, limitado pela contextualidade fática circundante quando de cada concretização. Pensa-se que, partindo da metodologia tópico-concretista proposta, a definição da exata amplitude do âmbito de proteção do referido direito fundamental não pode ser feita no nível puramente abstrato, não pode ser alcançada com base apenas no sentido imediato que emerge do texto da norma, sem levar em consideração o contexto social de sua aplicação e os objetivos gerais do ordenamento, notadamente à vista da riqueza e da imprevisibilidade dos fatos objetos da normatização.

Deve o intérprete-aplicador, pois, examinar sempre os contornos do caso litigioso posto a desate e no bojo do qual se invoca o direito à saúde para que possa chegar adequadamente ao sentido que a norma deve veicular naquela situação, uma vez que, como dito, esta comporta múltiplas significações a depender do contexto fático subjacente. Nesse sentido, conforme advertia MÜLLER, "*a observação metódica dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais contribui para objetivar a solução dos casos de um modo mais apropriado do que é possível à construção de 'figuras ideais', no sentido de padrões de interpretação.*"[405]

Entender o contrário, implicaria concluir que o direito à saúde é absoluto, já que, como consignado, o dispositivo constitucional que o positiva o concebe, *a priori* e abstratamente, de forma a não se sujeitar a quaisquer tipos de restrições que lhe limitem ou condicionem o gozo. Lembre-se que a norma afirma apenas que "a saúde é direito de todos". Daí resultaria também que, consequentemente, deveriam ser impreterivelmente acolhidas todas as pretensões judicializadas que fossem relacionadas ao aludido direito, desde que a prestação pretendida, não importa a que custo, contribuísse em algum grau, mínimo que fosse, para a melhoria do estado de saúde do postulante. Esse, por sinal, parece ser o entendimento que vem prevalecendo na jurisprudência. Não se crê, contudo, seja o melhor caminho a seguir.

[405] MÜLLER, Friedrich. Op. cit. **Teoria**, p. 264.

É que não se pode ignorar a força limitante que exerce a capacidade financeira do Estado – sujeito passivo da relação obrigacional derivada do reconhecimento constitucional do direito à saúde – na tarefa de realização material do aludido direito. Não há como fugir da verdade óbvia de que as vigentes condições socioeconômicas de um país interferem diretamente no "grau de satisfação possível" dos direitos reconhecidos constitucionalmente. Queira-se ou não, o cumprimento das promessas constitucionais, notadamente aquelas atinentes à efetivação dos direitos sociais, é condicionado pelo grau de desenvolvimento material de uma nação. Assim sendo, o simples fato de a Constituição asseverar – em tom quase messiânico – ser a saúde direito de todos não é capaz de transformar instantaneamente essa pretensão em realidade concreta.

É preciso ter em mente que as palavras, sozinhas, são insuficientes para mudar o mundo, ou mesmo um país, mesmo que tenham sido elas pronunciadas solenemente pelo mais alto diploma normativo de uma ordem jurídica. Ainda que se reconheça inquestionavelmente a força normativa das normas constitucionais, ainda que esteja presente o que Hesse chamava de "vontade de Constituição", ainda que se invoque o caráter absoluto do princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode fugir da incontornável constatação de que todo e qualquer direito é condicionado pelas circunstâncias histórico-materiais vigentes quando de sua concretização. Sobre o ponto, mais uma vez se vale da doutrina de HESSE:

> "*A Constituição logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar 'a força que reside na natureza das coisas', tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social.*" (...) contudo (...) "*constatam-se os limites da força normativa da Constituição*" (...) "*fatores sociais, econômicos e de outra natureza*" (...) "*A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir esses limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais.*"[406][407]

Deste modo, não pode a delimitação do grau de proteção dos direitos fundamentais e, no que interessa para este trabalho, do direito à saúde, ser feita no plano estritamente abstrato, desvinculada da realidade concreta que se apresenta ao intérprete, sob pena de chegar-se a resultados ficcionais ou globalmente injustos, a partir de uma perspectiva ampla das implicações resultantes da inerente contingência financeira a que sujeito o Estado. Sua

[406] HESSE, Konrad. Op. cit. p. 24.
[407] Mais adiante, na mesma página, afirma ou autor que "*a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. (...) As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein) *e dever ser (*Sollen*).*" (Idem)

significação normativa deve, pois, ser construída topicamente através da confrontação da norma positivada com os fatos empíricos sobre os quais aquela está a incidir, na medida em que, como aduz BONAVIDES, "*a verdadeira Constituição está simultaneamente no texto e na realidade*"[408]. Por sinal, conforme complementa o autor, quando isso não ocorre "*a Constituição formal se distancia da Constituição real e, com a perda de juridicidade e eficácia, se transforma num fantasma de papel.*"[409]

Ao decidir os pedidos de tutela jurisdicional do direito à saúde, caberá, pois, ao magistrado, adotando uma postura realista e pragmática, fazer uma análise das circunstâncias fáticas que envolvem a lide, tanto do ponto de vista micro, perscrutando as particularidades do caso litigioso posto a julgamento, como no plano macro, atentando para o contexto socioeconômico vigente, para, a partir dessa realidade, poder definir se o direito fundamental à saúde possui ou não a extensão que lhe pretende dar a parte postulante.

O raciocínio judicial haverá de conduzir-se, assim, levando em consideração fatores metajurídicos como, por exemplo, potenciais consequências macroeconômicas gravosas da decisão a princípio indicada pelo Direito objetivo, ou, ainda, especificidades que digam respeito ao medicamento ou tratamento requerido à vista da enfermidade apresentada. Nesta tarefa, cumprirá ao julgador, ainda, através de um discurso de justificação racional, proceder a uma ponderação entre os valores constitucionais que eventualmente se mostrem conflitantes no caso posto a julgamento, tendo-se sempre como meta proferir uma decisão que se apresente justa, não só para as partes litigantes, como para toda a coletividade que é afetada por decisões que interferem na alocação dos limitados recursos estatais.

Traçadas essas premissas metodológicas, no capítulo seguinte tentar-se-á identificar os requisitos que devem estar presentes para que se conceda a tutela jurisdicional do direito à saúde, em suas mais variadas formas.

---

[408] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 188.
[409] Loc. cit.

CAPÍTULO 4

A CONSTRUÇÃO DE UMA SOLUÇÃO TÓPICA E CONCRETISTA PARA A TUTELA JURISDICIONAL DO DIREITO À SAÚDE

Foi dito na conclusão do capítulo anterior que a definição da exata extensão do conteúdo normativo das normas jurídicas em geral – e das de natureza constitucional em particular – depende necessariamente dos contornos dos fatos sobre os quais aquelas incidem, de modo que a compreensão de seu real significado somente se mostra possível em face de um litígio concreto que lhe demanda solução. Daí porque, como também consignado, as características circunstanciais da lide e o contexto fático circundante quando da concretização normativa devem ser encarados como fatores codeterminantes na tarefa judicial de atribuição de sentido da norma aplicanda em cada caso concreto, fazendo com que a potencialidade normativa, dormente no texto legal ou constitucional, transmute-se topicamente em realidade normativa viva.

Como consequência do reconhecimento dessa "força normativa dos fatos", afirmou-se, igualmente, que um mesmo preceito normativo – aqui incluídos os veiculadores de direitos fundamentais – pode adquirir distintos significados jurídicos conforme esteja a incidir sobre diferentes realidades concretas, à vista de suas peculiaridades individuais e, também, da contextualidade socioeconômica vigente quando dessa concretização. Afirmou-se, pois, que a norma deve deixar de ser vista como um ser estático, cujo conteúdo é inflexível e impassível diante da realidade pulsante da vida, para passar a ostentar uma feição mutável, de limites maleáveis, expressando diferentes conteúdos normativos conforme os contornos de cada caso concreto, tendo sempre por fim a busca da solução mais justa e mais consentânea com a tábua axiológica da Constituição, isto é, da solução ótima do ponto de vista individual e global.

Seguindo a metodologia tópico-concretista proposta, defendeu-se também que, em que pese a dicção imperativa e irrestrita do art. 196 da Constituição Federal – o qual prescreve

simplesmente que "*a saúde é direito de todos e dever do Estado*", não estabelecendo, ao menos de modo expresso, quaisquer requisitos ou condicionamentos para seu gozo –, o direito à saúde, na verdade, é sim, tal como demais direitos, condicionado e limitado pela contextualidade fática existente quando de cada concretização, de forma que a definição da exata amplitude do âmbito de proteção do referido direito fundamental não pode ser feita no plano puramente abstrato, inferindo-se-lhe apenas do sentido imediato que emerge do texto da norma. Pelo contrário, fez-se a defesa de que caberá ao intérprete-aplicador examinar sempre, além da totalidade da ordem jurídica estabelecida, o momento histórico e os contornos do caso litigioso posto a desate e no bojo do qual se invoca o direito à saúde para que possa chegar adequadamente ao sentido que a norma deve veicular naquela situação.

A fim de evitar o arbítrio e o excesso de subjetivismo, esse processo de atribuição tópica de sentido pelo julgador, conforme também dito, deve ser externalizado através de um discurso de justificação racional, consequencialista e pragmático, na medida em que há de ser desenvolvido com base no ordenamento jurídico vigente – notadamente à vista dos valores albergados na Carta Constitucional – e com os olhos voltados para as repercussões práticas que serão geradas pela tomada deste ou daquele caminho hermenêutico. Seguindo o raciocínio, consignou-se que essa pragmaticidade exigirá do hermeneuta o abandono da tradicional e limitada visão do Direito como ciência pura e autossuficiente, para passar a tomar em consideração no trabalho interpretativo fatores metajurídicos de natureza social, cultural, política e, principalmente, econômica, a fim de que possa averiguar adequadamente as eventuais consequências positivas ou negativas resultantes deste ou daquele sentido normativo, tendo em conta o contexto fático subjacente.

Ponderou-se, ainda, que entender o contrário do exposto implicaria concluir que o direito à saúde é absoluto, já que, como consignado, o dispositivo constitucional que o positiva o concebe, *a priori* e abstratamente, de forma a não se sujeitar a quaisquer tipos de restrições que lhe limitem ou condicionem o gozo, do que resultaria também que, consequentemente, haveriam de ser impreterivelmente acolhidas todas as pretensões judicializadas relativas ao aludido direito, desde que a prestação veiculada, não importa a que custo, contribuísse em algum grau, mínimo que fosse, para a melhoria do estado de saúde do postulante.

Como registrado ao fim do capítulo precedente e na contramão da jurisprudência majoritária, todavia, pensa-se não ser esse o melhor caminho a seguir. Isso porque, como

exposto, não se pode simplesmente ignorar a força limitante que exerce a capacidade financeira do Estado na tarefa de realização material dos direitos fundamentais e, no que interessa particularmente a esse trabalho, do direito à saúde; não há como se esquivar da verdade óbvia – e, muitas vezes, angustiante – de que as vigentes condições socioeconômicas de um país interferem diretamente no "grau de satisfação possível" dos direitos positivados em sua Constituição. Nas palavras de BONAVIDES, "*quanto mais desfalcada de bens ou mais débil a ordem econômica de um país constitucional, mais vulnerável e frágil nele a proteção efetiva dos sobreditos direitos; em outros termos, mais programaticidade e menos juridicidade ostentam.*"[410]

Assim, conforme dito ali, queira-se ou não, o cumprimento das promessas constitucionais, notadamente aquelas atinentes à efetivação dos direitos sociais[411], é condicionado pelo grau de desenvolvimento material de uma nação, de modo que o só fato de uma determinada Carta Magna pronunciar solenemente ser a saúde "direito de todos e dever do Estado" não é capaz de – como se as palavras, sozinhas, tivessem o poder de mudar o mundo – transformar essa vontade constitucional em realidade concreta. Como assevera NUNES e SCAFF, "*o reconhecimento da força normativa das Constituições foi um avanço importante do Direito Constitucional contemporâneo. (...) Mas gostaria que não se transformasse as Constituições em deuses que, pelo simples fato de existirem, nos garantem todas as bem-aventuranças*"[412] No mesmo sentido adverte AMARAL que o jurista deve se afastar do que ele chama de "**ingenuidade positivista**", que seria "*a postura de partir de aforismos como 'se está na Constituição (ou na lei) é para valer', afirmar que 'saúde é direito de todos' e concluir que o Estado é responsável, não importa o valor envolvido.*"[413] Ignorar essa inarredável força limitante dos fatos apenas proporciona resultados ficcionais, ilusórios, míopes, na medida em que se deixa de avaliar a justiça das decisões a partir de uma perspectiva ampla, global.

É partindo desses pressupostos que se desenvolverá o presente capítulo. Nele, serão examinados, com o auxílio da Análise Econômica do Direito (AED), os eventuais influxos sofridos pelo direito fundamental à saúde em função da contingência financeira do Estado, pressuposto, aqui, o custo para a proteção e efetivação dos direitos reconhecidos na ordem

[410] BONAVIDES, Paulo. Op. cit. p. 644.
[411] Lembra-se que, como discorrido no Capítulo 2 e na linha da doutrina Holmes e Sustein, todos os direitos possuem custos – financeiros, sociais, humanos etc – para sua defesa e realização concreta.
[412] NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 60.
[413] AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 211.

jurídica, o que atrai a necessidade de os tomadores de decisão realizarem as denominadas escolhas trágicas. Perquirir-se-á também sobre a utilidade das chamadas teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, cotejando-se, em seguida, a tensão existente entre a microjustiça dos casos individuais e macrojustiça do contexto social. Ao final desse caminho investigativo, propor-se-á requisitos práticos que se entende devem estar presentes para que possa ser concedida a tutela jurisdicional do direito à saúde em cada uma das lides levadas ao conhecimento do Judiciário.

4.1 O Direito Fundamental à Saúde e a Contingência Financeira do Estado

Para se bem compreender em que medida a contingência financeira do Estado interfere, em cada situação de tempo e lugar, na definição do âmbito de proteção do direito fundamental à saúde faz-se necessário que o hermeneuta-aplicador, no exercício do seu mister, transborde os estreitos limites impostos pelos clássicos métodos de interpretação jurídica, cuja formulação sistêmica remonta às obras de Sivigny, para passar a fazer uso (também) de ferramentas e instrumentos teóricos fornecidos pela Ciência Econômica, visto ser esta, propriamente, a área do conhecimento dedicada ao estudo do comportamento humano diante de cenários de escassez. Como bem coloca GIGO JR., "*o Direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências.*"[414]

Essa, por assim dizer, fusão ou intercessão do Direito com a Economia é o objeto de estudo da disciplina chamada **Análise Econômica do Direto – AED**[415], razão pela qual dedicar-se-á algumas linhas à exposição de suas ideias centrais, vez que relevantes para o desenvolvimento deste derradeiro capítulo.

Pois bem, embora normalmente se aponte como marco inicial da disciplina a publicação, em 1960, da obra *The Problems of Social Cost*, por Ronald H. Coase[416], várias escolas de pensamento são consideradas como predecessoras teóricas da AED, tendo todas

414 GIGO JR., Ivo**. Introdução à Análise Econômica do Direito**, in: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN. Vinicius (coord.). "O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução", p. 17-26, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17.
415 Nos países de língua inglesa, é denominada simplesmente de *Law and Economies* (Direito e Economia).
416 Embora o livro de Coase seja considerado o pioneiro, a maior referência na fase inicial da AED foi a publicação de *Economic Analisys of Law* pelo Professor da Universidade de Chicago, Richard Posner, em 1972.

contribuído, em alguma medida, para a construção de suas bases. Mais remotamente, pode-se dizer que a Economia Política Clássica de Adan Smith e de outros economistas do século XVIII, germe da Ciência Econômica moderna, contribuiu para a tomada de consciência da interdependência e do recíproco influxo da Economia com a Política e também com o Direito. Mais recentemente, poder-se-ia apontar o Realismo Jurídico de Jerome Frank, com sua concepção de que as normas jurídicas não possuem um sentido objetivo que pode ser extraído tão só a partir do estudo do sistema normativo, tal como pregado pelo idealismo normativista, desviando o foco de atenção, por parte do jurista, da metafísica e do direito natural em favor da atuação prática dos magistrados. Também exerceu forte influência em suas formulações a filosofia utilitarista de pensadores como Jeremy Bentham e John Stuart Mill, com sua ética consequencialista[417] e a concepção de que qualquer ato somente deve ser avaliado conforme sua capacidade de promover a felicidade ou a infelicidade das pessoas por ele afetadas (regra da maximização da felicidade/utilidade).

Valendo-se, então, do acervo teórico fornecido pelas mencionadas escolas, a AED propõe-se a estudar e sistematizar a aplicação de ferramentas analíticas da Ciência Econômica na seara jurídica, examinando a formação, os processos e os impactos das normas e demais institutos jurídicos à luz do instrumental desenvolvido pela teoria econômica. Sem excluir os métodos próprios da Ciência Jurídica, a AED destina-se, então, a auxiliar o jurista a atingir um grau de compreensão crítica das normas jurídicas em geral – desde o plano abstrato das leis e da Constituição até o nível concreto das sentenças judiciais – que lhe permita vislumbrar de forma mais límpida as causas verdadeiras e os resultados últimos (desejados ou colaterais) daquelas mesmas normas. É nesse sentido também a lição do autor citado acima:

> "*A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.*"[418]

[417] Sobre o caráter consequencialista da AED, traz-se o seguinte trecho do autor antes citado: "*Nesse sentido a AED é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo). Como a AED investiga o fenômeno jurídico à luz de suas consequências, o juseconomista necessita de instrumentos teóricos e empíricos que lhe auxiliem a identificar os problemas sociais (diagnóstico) e as prováveis reações das pessoas a uma dada regra (prognose), para então, ciente das consequências prováveis, optar pela melhor regra (se estiver legislando) ou pela melhor interpretação (se estiver julgado).*" (Ibid. p. 18)

[418] Ibid. p. 17/18.

No que interessa mais de perto ao presente trabalho, o que a AED fornece de mais relevante são as construções conceituais e o instrumental teórico necessários para se compreender com propriedade as implicações jurídicas da insuficiência de recursos estatais para se atender, de forma plena e irrestrita, a todas as presentes e futuras demandas da população em matéria de saúde. Em outras palavras, através de sua interdisciplinaridade, a AED permite ao jurista – e, em especial, ao magistrado que é convocado a solucionar lide envolvendo a efetivação do referido direito fundamental – ter uma melhor noção do "grau de concretização possível" do aludido direito diante de um incontornável cenário de escassez[419], com vistas a se atingir, a partir dessa nova e reveladora perspectiva, uma maior eficiência na aplicação dos recursos públicos, até por força do correlato princípio inserto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. É também essa a percepção de VIANA:

> "*O instrumental fornecido pela Análise Econômica do Direito, com juízos de diagnose e prognose, ensejará ao julgador, ao menos, a possibilidade de vislumbrar resultados prováveis da intervenção pretendida, podendo, então, deliberar adequadamente a respeito de sua efetivação. A introdução do paradigma constitucional da eficiência se impõe não apenas ao administrador público, mas de um modo geral, a todos os operadores do sistema jurídico.* (...) *Os juízes estão acostumados a decidir com os olhos postos no passado, apreciando fatos que ocorreram anteriormente. O raciocínio da eficiência e de resultados, agora imposto pelo novo paradigma constitucional, é prospectivo, para o futuro. É exatamente neste contexto que se coloca a utilização do instrumental disponibilizado pela Análise Econômica do Direito.*"[420]

Isso porque, como dito, a Ciência Econômica, especialmente a denominada Economia Neoclássica, se ocupa de estudar o comportamento humano diante de contextos de escassez, que, como será visto mais abaixo, longe de serem situações acidentais ou excepcionais, constituem, na verdade, realidades intrínsecas e essenciais do mundo real. Estuda-se, pois, o chamado "agir econômico" que, por sua vez, é movido pelo **princípio da racionalidade econômica**, o qual consiste, basicamente, na ideia de que, cientes da insuficiência de recursos para a satisfação da totalidade de seus desejos e necessidades, os indivíduos, agindo racionalmente, tendem a tomar decisões que proporcionem o máximo de ganho, utilidade ou prazer ao menor custo. Em outras palavras, de acordo com o aludido princípio, tendo pressuposta uma multiplicidade de escolhas excludentes uma das outras – dada a carência material para a realização de todas – o homem, traçando racionalmente prioridades

[419] Cuja intensidade variará conforme a conjuntura socioeconômica existente no momento histórico quando de cada concretização normativa.
[420] VIANA, Emílio de Medeiros. Op. cit. p. 109/110.

e preferências, sempre buscaria obter a maior quantidade de satisfação com os recursos disponíveis ou, por outro lado, tentaria alcançar certo nível de satisfação com o menor custo possível. Cuida-se da denominada **teoria da escolha racional**[421]. Sobre o ponto, assim leciona MARTINS:

> "*É necessário ter por pressuposto que os recursos materiais de um indivíduo nunca serão suficientes para atender a todos os seus desejos sem qualquer tipo de restrição, visto que, sob essa ótica, os anseios podem tender ao infinito. (...) Tal situação é denominada 'regra da escassez'. Logo, certa pessoa que deseja obter certa comodidade, usualmente age racionalmente e compara as possibilidades de aquisição que despontam diante de si a fim de escolher aquela que, em seu juízo, mais agregar benefícios e utilidades, isso é, corresponder ao melhor custo-benefício. Em resumo, essa maneira de agir, que é encontrada na maioria das pessoas, apresenta-se como uma 'atividade econômica', independentemente do nome que lhe é atribuído pela ciência (v.g. ação-racional, comportamento hedonista, egoístico, auto-satisfatório etc).*"[422]

Deste modo, de acordo a teorização construída pela Economia para o caso, o *homo economicus*[423], ciente da necessidade de fazer escolhas por força da escassez em que inserido, adota – ou, pelo menos, deveria adotar – um comportamento maximizador ou otimizador de resultados, pelo que tenderia a preferir, dentre as opções disponíveis, aquela com **maior retorno** e com **menor custo de oportunidade**, sendo este último equivalente aos benefícios que deixará de obter por não ter escolhido alguma das outras alternativas que acabaram sendo relegadas. Para que fique claro: o custo de oportunidade[424], assim, resulta da relação necessária entre "escassez e escolha", vez que, não se podendo escolher tudo, ao se decidir por determinada opção, abre-se mão das demais e, consequentemente, dos benefícios que seriam obtidos com essas. Escolher, pois, implica renunciar.

---

[421] Não se desconhece as críticas que são feitas a essa teoria, as quais apontam que a mesma desconsidera uma série de outros fatores que também interferem decisivamente na tomada de decisão por parte do homem, tal como os associados às dimensões culturais, éticas, religiosas, políticas e psicológicas, além de desconsiderar situações em que o agente não detém todas as informações necessárias para tomar a decisão ótima do ponto de vista econômico, propondo, então, sua substituição pela denominada **teoria da racionalidade limitada**. Todavia, não sendo esse o espaço adequado para se imiscuir em tais querelas próprias da Economia, pensa-se que a mencionada teoria é válida para os fins aqui visados.
Obviamente, por razões didáticas, está-se aqui abstraindo outros fatores que interferem decisivamente na tomada de decisão por parte do homem, tal como os associados às dimensões culturais, éticas, religiosas, políticas e psicológicas, além de se estar desconsiderando situações que o agente não detém todas as informações necessárias para tomar a decisão ótima do ponto de vista econômico.

[422] MARTINS, Marcelo Guerra. **Dierito & Economia: Uma Análise Essencial**, Direito Federal – Revista da Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE), ano 25, nº 92, p. 241-262, Brasília: 1º semestre/2012, P. 243.

[423] Igualmente se sabe que economistas contemporâneos tecem severas críticas a essa figura idealizada, contudo, como categoria fragmentária de uma realidade maior, pensa-se que o conceito possui valia para os fins ilustrativos aqui almejados, até porque, como já consignado, não é objetivo deste trabalho aprofundar as discussões sobre as questões controvertidas no âmbito da Ciência Econômica.

[424] Importante consignar que o custo de oportunidade não se resume a custos monetários, podendo ser consistir na perda de qualquer coisa que possa ser valorada, como a própria vida.

Poder-se-ia indagar, porém, de que forma essas formulações teóricas da Ciência Econômica relacionam-se com a questão da efetivação do direito à saúde, objeto de análise do presente trabalho. A resposta passa pela conscientização de que o mencionado princípio da racionalidade econômica deve valer não apenas para as pessoas naturais, como igualmente para as pessoas jurídicas e, no que interessa aqui especificamente, também para o Estado, já que este, não possuindo recursos (materiais, humanos, financeiros etc) para satisfazer plenamente as necessidades, os desejos e as aspirações de todos os indivíduos que compõe seu corpo social, necessariamente precisa fazer escolhas. E nem se diga que, por constituir-se em um ser sem existência corpórea e, por conseguinte, sem psiquismo e racionalidade próprios, não estaria a entidade estatal sujeita às tais "regras comportamentais". É que suas manifestações de vontades, suas decisões, seus atos, como não poderia deixar de ser, são externalizados por homens que possuem aqueles atributos e, portanto, agem sob os mesmos influxos. Além disso, a lógica por detrás do aludido princípio, consistente na busca pela maximização de resultados e minimização de custos de oportunidade à vista da escassez de recursos disponíveis, encontra amparo direto em princípios jurídicos que regem o comportamento da Administração Pública, tal como os **princípios da eficiência e da economicidade**.

Por outro lado, não se pode negar a verdade evidente de que todas as escolhas alocativas feitas pelo Estado, enquanto ente representativo dos interesses dos membros da sociedade, possuem caráter necessariamente disjuntivo, vez que a alocação de verba pública em determinado setor implica forçosamente em deixar "descoberto" outro que lhe competia atender por força de comando emergente da Constituição ou das leis. Daí porque tais decisões, fixadoras dos programas de ação das políticas públicas, possuidoras, pois, de natureza inegavelmente política[425], caracterizam-se como verdadeiros ***tradeoffs***[426], para se usar de nomenclatura ao gosto dos economistas. Sobre o assunto, vale-se, mais uma vez, da lição de MARTINS:

> "*à medida que uma pessoa (ou a própria sociedade) escolhe certa necessidade para contemplar, independentemente de sua relevância ou urgência, é intuitivo, para que não se diga obrigatório, concluir que outra provavelmente remanescerá pendente, isto é, toda e qualquer opção implica, de alguma maneira, ainda que mínima, numa simultânea renúncia ao exercício de outra possibilidade e este ônus é*

[425] O ponto foi explicitado no Capítulo 2 dessa dissertação.
[426] *Tradeoff* ou *trade-off* é uma expressão inglesa utilizada principalmente na área econômica para se referir a uma situação em que uma escolha que visa trazer uma utilidade ou um benefício qualquer acarreta também, concomitantemente, um prejuízo, seja direto ou indireto, ao próprio tomador da decisão ou a outra(s) pessoa(s) que são por ela afetadas.

denominado pelos economistas de 'custo de oportunidade' ou trade-off."[427]

Assim, por exemplo, tomando como referência apenas os recursos que já estão previstos nas leis orçamentárias para serem gastos na área da saúde, caso o Administrador Público opte por construir uma unidade hospitalar de referência médica na área da cardiologia, estará, ao mesmo tempo, deixando de empregar aquela quantia na construção de uma unidade dedicada a outra especialidade médica, como neurologia, psiquiatria ou ortopedia, em prejuízo dos usuários do sistema que padecem de moléstias relacionadas às tais áreas. Do mesmo modo, se o Gestor Público decide destinar recursos do orçamento da saúde para a compra de um determinado medicamento para o tratamento do câncer, estará, necessariamente, suprimindo verbas que poderiam ser utilizados na aquisição de fármacos destinados a combater outras enfermidades, como a dengue, a gripe ou a tuberculose, deixando ao desamparo, ao menos parcialmente, os padecentes dessas doenças. Sabe-se que a realidade na distribuição das verbas públicas é bem mais complexa que o singelo esquema exposto, até porque tais processos decisórios precisam levar em conta o peso relativo de cada conjunto de beneficiários das potenciais intervenções estatais. Os exemplos, todavia, têm fins meramente didáticos e servem apenas para ilustrar natureza de *tradeoff* das decisões políticas atinentes às escolhas do conteúdo das políticas públicas na área da saúde, fato que, como vem sendo aqui defendido, não pode ser negado em sua essência.

Se assim é, se ao Estado se aplica também o princípio da racionalidade econômica e seus consectários, tem-se que aquela característica de "ganha e perde", presente em todas suas decisões alocativas, impõe-lhe – por força também dos mencionados princípios jurídicos vetores do comportamento da Administração Pública – o dever de fazer escolhas que maximizem as utilidades geradas pela sua atuação, notadamente na prestação dos serviços públicos, e que, ao mesmo tempo, gerem baixos custos de oportunidade, conforme uma gradação de prioridades que deve ser fixada a partir do sopesamento dos valores albergados no Texto Constitucional, de forma a que os escassos recursos públicos sejam utilizados da forma mais eficiente possível. Deve-se perseguir, pois, a chamada **eficiência alocativa**. Aqui, importa registrar, no que interessa especialmente à investigação desenvolvida no presente trabalho, que tais considerações de ordem econômico-pragmática devem ser levadas conta não só pelo gestor público, pelo chamado *policy maker*, no âmbito administrativo, como também pelo magistrado que é chamado a solucionar lide envolvendo a efetivação direito à saúde, já que a decisão

[427] MARTINS, Marcelo Guerra. Op. cit. p. 244.

tomada no âmbito judicial interfere e depende, em igual medida, da capacidade financeira estatal.

Importante, aqui, igualmente frisar que, como adiantado acima, a escassez a que está sujeito o Estado não constitui uma espécie de carência circunstancial de recursos, resultante de crises econômicas passageiras, de decisões políticas equivocadas do governante de ocasião ou do desperdício de dinheiro ocasionado pela corrupção. Não se trata disso (ou só disso). Apesar de haver no Brasil uma reconhecida falta de investimentos públicos em áreas tidas como essenciais, como é a prestação dos serviços de saúde, e de existir também uma má distribuição das verbas estatais, deve-se ter em mente que a insuficiência de recursos materiais para satisfazer, de forma ótima, as sempre crescentes necessidades e aspirações da população existirá em todo e qualquer tempo e lugar. Mesmo que se tome em consideração os países mais ricos e desenvolvidos do Globo, também lá há contingenciamento de recursos, também lá há insatisfação de parcela da população porque determinado medicamento não é fornecido pela rede pública ou porque a unidade hospitalar de certa localidade não está equipada com os equipamentos mais modernos disponíveis no mercado. Sempre haverá uma carência, em maior ou menor grau, do que se conclui que **o estado de escassez é essencial e não acidental**. Sobre o ponto, traz-se os ensinamentos de ALCÂNTARA:

> "*Relevante é destacar, neste ponto, que a existência – repita-se, a existência – desta escassez independe do volume de recursos destinado pelo Estado para a concretização dos direitos: ela é ontológica, inerente à área financeiro-orçamentária. Isto não quer dizer, por certo, que maior destinação de recursos para a área da saúde pública no Brasil – que amarga as consequências nefastas do subfinanciamento e da corrupção – não tornaria os efeitos dos trade-offs das decisões alocativas menos contundentes e os custos de oportunidade menores: havendo mais recursos na área da saúde, por certo menos prestações restariam comprometidas em razão da escolha pela implementação de um determinado direito. Tenciona-se ressaltar, no entanto, é que, mesmo considerado um volume maior de recursos, aliado à ausência – ou ao menos à redução – de desvios ilegais, ainda assim haveria escassez.*"[428]

No mesmo sentido se manifestam NUNES e SCAFF ao se referirem ao que chamam de "*discurso moralista (pedagógico?)*" da jurisprudência majoritária, que ignorariam completamente as limitações financeiras do Estado no momento de julgar as lides envolvendo

[428] ALCÂNTARA, Gisele Chaves Sampaio. **Judicialização da Saúde: Uma Reflexão à Luz da Teoria dos jogos**, Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, nº 100, p. 169-190, Recife – novembro/dezembro 2012, p. 182.

a concretização do direito à saúde, talvez com o implícito objetivo, segundo os autores, de "*aliviar a nossa (má?) consciência*". A ver:

> "*não podemos fugir de certas verdades estruturais da vida e do direito. É verdade que nunca será absolutamente impossível encontrar os recursos necessários para satisfazer uma certa prestação de medicamento ou tratamento. Mas não é isso que está em causa quando se invoca a escassez de recursos em oposição às decisões de tribunais como as referidas. O que é verdade e é relevante é que não há – em nenhum país do mundo! – recursos financeiros bastantes para atender, sem limites, todas as exigências de todos quanto à satisfação plena dos direitos sociais, econômicos e culturais. E – é bom lembrar – também quanto à efetiva realização dos clássicos direitos, liberdades e garantias.*"[429] (p. 37)

Falou-se que, em se tratando da prestação de serviços públicos pelo Estado à população, sempre haverá alguma carência. Tal quadro, todavia, se revela de forma mais aguda quando se foca na prestação de serviços tendentes a tornar efetivo o direito fundamental à saúde. Isso porque, em relação a esse direito, sente-se de forma mais intensa o hiato existente entre as aspirações dos usuários do serviço público e o conteúdo das prestações disponibilizadas pelo Estado. Isso ocorre por diversas razões. Por um lado, o progresso da medicina, a ampliação do saneamento básico e, de um modo geral, a gradual e natural melhora das condições de vida das pessoas ao mesmo tempo em que reduzem a morbidade dos jovens e elevam a idade média da população, fazem eclodir em maior número as doenças da velhice, em regra, de tratamento mais custoso. Sobre o ponto, AMARAL tece as seguintes considerações:

> "*Os recursos são intrinsecamente escassos, ainda mais no que tange à medicina. Todas as estatísticas existentes sobre gastos com saúde, em todos os países, mostram uma progressão quase geométrica e isso não resulta de uma 'batalha perdida', muito pelo contrário. É o êxito no combate à mortalidade infantil que traz mais pessoas para a idade adulta, onde sofrerão doenças cujo tratamento é mais sofisticado e caro. O êxito em um tratamento levará a que outro, mais tarde, se faça necessário.*"[430]

Por outro lado, o surgimento constante de novas tecnologias em saúde, muitas vezes lançadas como promessas de cura ou como sendo muito superiores àquelas já incorporadas aos protocolos padronizados e às listas de dispensação do Sistema Público, faz nascer nos usuários do serviço o desejo – transformado em necessidade – de ter a elas acesso. Partindo desse aspecto do problema, pondera KILNER que "*novas escassezes são inerentes ao progresso da*

[429] NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit. p. 37.
[430] Ibid. p. 35.

tecnologia"[431], pelo que, consequentemente, "*critérios de seleção de pacientes são desesperadoramente necessários hoje em todos os lugares e continuarão a sê-lo no futuro*."[432]

À vista dos motivos acima e de outros que poderiam ser apontados, pode-se compreender e resumir a razão dessa "escassez potencializada" de recursos estatais em relação à efetivação do direito à saúde através da constatação do seguinte fato: o objetivo de todos os usuários dos serviços de saúde é a perfeição. Os enfermos querem – com toda razão – ter acesso aos medicamentos de ponta assim que lançados no mercado, não importa o valor que está sendo cobrado pelo laboratório desenvolvedor, respaldado que está este pela exclusividade de produção que lhe é garantida pelos direitos de patente; querem também ter acesso aos equipamentos e insumos médicos mais modernos, que proporcionem os melhores resultados com o mínimo de efeitos colaterais indesejados; querem igualmente ser operados pelos melhores cirurgiões, nos hospitais melhores equipados. Ocorre que a perfeição, especialmente na área da saúde, é inatingível. Poder-se-ia até cogitar de o Sistema Único oferecer apenas produtos e serviços de ponta a uma parcela pequena da população, mas jamais seria possível estender esse tipo de prestação à totalidade das pessoas, o que, obviamente, representaria ofensa não só ao princípio isonômico, como também à regra da universalidade do SUS. Daí porque afirma AMARAL que "*o postulado igualitário de oferecer tudo a todos pode levar a um custo infactível.*"[433]. Possuem igual compreensão do problema FERRAZ e VIEIRA, conforme se infere da seguinte passagem:

> "*Uma interpretação do direito à saúde como direito ilimitado ao consumo de tecnologias em saúde, por ser faticamente impossível, pode ser alcançado apenas ao custo da universalidade e, consequentemente, da equidade de todo o sistema de saúde. Como não se pode dar tudo a todos, dá-se tudo a alguns e, necessariamente, menos, ou nada, a outros.*"[434]

Existe, pois, um conflito ínsito entre necessidades e possibilidades em se cuidando de prestações de saúde, do que resulta a conclusão de que somente se pode exigir utilidades do Estado, a este título, até onde vai a capacidades humana, técnica e financeira deste último para universalizar a tal utilidade, limite além do qual se esvanece, ao menos a princípio[435], a força

---

[431] KILNER, John F. ***Who lives? Who dies? Ethical Criteria in Patient Selection***. New Haven: Yale University Press, 1990, p. 3, apud AMARAL, Gustavo. Op. cit. p. 137.
[432] Idem.
[433] AMARAL, Gustavo. Op. cit. p. 135
[434] FERRAZ, Octávio Luiz Motta; VIEIRA, Fabíola Sulpino. **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: os riscos da interpretação judicial dominante**, Rio de Janeiro: DADOS – Revista de Ciências Sociais, Vol. 52, nº 1/2009, 223-251, apud NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit. p. 61.
[435] Inseriu-se a ressalva, pois, conforme será melhor explicitado abaixo quando se tratar dos requisitos autorizadores da concessão da tutela jurisdicional do direito à saúde, defender-se-á que, ao menos no âmbito judicial, a efetivação material do direito à saúde poderá ser seletiva no que se refere à capacidade financeira do postulante.

cogente da dimensão subjetiva do referido direito fundamental. Aponta nesse sentido, reconhecendo, ainda que implicitamente, o condicionamento da eficácia material do direito saúde em relação ao nível de desenvolvimento de cada nação, a **Declaração de Alma-Ata**, a que já se fez referência no Capítulo 1. Com efeito, assevera seu Item VI que os cuidados primários de saúde, estando baseados em métodos e tecnologias práticas, cientificamente bem fundamentadas e socialmente aceitáveis, devem ser "*colocadas ao alcance universal de indivíduos e famílias da comunidade, mediante sua plena participação e a um custo que a comunidade e o país possam manter em cada fase de seu desenvolvimento*". Por outro lado, dispõe seu Item VII que aqueles mesmos cuidados primários "*refletem, e a partir delas evoluem, as condições econômicas e as características socioculturais e políticas do país e de suas comunidades*. Como se vê, na aludida Declaração, fruto da primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde organizada pela OMS, reconhece-se que as prestações básicas de saúde devem observar a capacidade financeira do Estado, além de assumir que, à medida que melhoram as condições socioeconômicas de um país, maiores são os cuidados que este mesmo país tem (pode ter) com a saúde de sua população.

4.2 O Custo dos Direitos e as Escolhas Trágicas

Como se infere do exposto acima, a extensão do âmbito de proteção do direito à saúde[436] fica a depender de parâmetros materiais de conteúdo evidentemente variável, a corroborar as conclusões a que se chegou no capítulo precedente, quando se tratou da chamada força normativa dos fatos e da consequente variabilidade de sentido das normas jurídicas. Importa, agora, ressaltar que, no referente aos aspectos econômicos desse condicionamento fático da eficácia normativa do preceito constitucional que positiva o aludido direito fundamental, suas raízes assentam-se na circunstância de que a garantia e a efetivação de todo e qualquer direito importa em despesa, em custo para o Estado, enquanto entidade a quem incumbe a realização dos interesses sociais tidos como mais relevantes. Está-se a se referir aos denominados "**custos dos direitos**".

A temática é afeta também ao objeto de investigação da AED e possui como obra de referência clássica o livro, já citado anteriormente nessa dissertação, *The Cost of Rights*, dos

[436] A lógica vale, na verdade, para todo e qualquer direito, existindo apenas algumas peculiaridades que potencializam essa característica em relação ao direito à saúde.

juristas norte-americanos HOLMES e SUNSTEIN. Nesse trabalho, os autores apontam que tão necessária quanto a positivação, legal ou constitucional, de determinado direito em certa ordem jurídica é a necessidade de que haja recursos para que Estado garanta sua proteção contra a agressão de terceiros e, também, implemente-os concretamente através de sua atividade administrativa, especialmente por meio da prestação de serviços públicos. Essa é, segundo os aludidos autores, uma "verdade óbvia" que vale tanto para os direitos sociais de natureza prestacional, como o direito à saúde, quanto para os clássicos direitos de defesa[437], também denominados (impropriamente) de direitos negativos, uma vez que "*all rights are costly because all rights presuppose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.*"[438]. Em suas palavras:

> "*To the obvious truth that rights depend on government must be added a logical corollary, one rich with implications: rights cost money. Rights cannot be protected or enforced without public funding and support. This is just as true of old rights as of new rights.*"[439]

Aduzem os autores, pois, que constitui mero "floreio retórico" afirmar que que o direito à saúde, assim como os demais direitos fundamentais, é absoluto e inviolável, já que nada que custa dinheiro pode ser absoluto, na medida em que se encontra sempre dependente do teor das decisões governamentais que traçam as linhas de ação das políticas públicas e, por conseguinte, determinam onde serão aplicadas as limitadas verbas estatais, dentro da já referida lógica disjuntiva das escolhas alocativas, realidade essa que deve ser levada em conta também pelo Judiciário quando da solução das lides envolvendo a concretização dos tais direitos. A ver:

> "*Rights are familiarly described as inviolable, peremptory, and conclusive. But these are plainly rhetorical flourishes. Nothing that cost money can be an absolute. No right whose enforcement presuppose 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 the ultimate responsibility.*"[440]

Afirmam, então, que uma abordagem realística do problema conduz à conclusão de que o grau de proteção de determinado direito depende também, diretamente, da quantidade de recursos que o Estado investe nesta tarefa, pouco importando os termos peremptórios da letra

---

[437] Sobre essa indiferença, no tocante aos custos estatais para sua realização, entre os direitos de primeira geração e os de segunda e de terceira, traz-se o seguinte trecho do mencionado livro: "*Both the right to welfare and the right to private property have public costs. The right to freedom of contract has public costs no less than the right to health care, the right to freedom of speech no less than the right to decent housing. All rights make claim upon the public treasury.*" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. Op. cit.. p. 15).
[438] Ibid, p. 4.
[439] Ibid, p. 15.
[440] Ibid, p. 97.

da lei ou o tom onipotente utilizado pelos preceitos constitucionais que eventualmente o positivam. Nas palavras dos autores, "*all rights are protected only to a degree, and this degree depends partly on budgetary decisions about how to allocate scarce public resources.*"[441] E, no mesmo sentido, ao se referirem ao cenário norte-americano, afirmam que "*the amount the community choose to expend decisively affects the extent to which the fundamental rights of Americans are protected and enforced.*"[442] Em termos francos, asseveram que quanto mais dinheiro for aplicado pelo Estado na respectiva área, mais ampla tende a ser a proteção do direito correspondente. A seguinte passagem é bastante didática no ponto:

> "*If rights have costs, then the enforcement of rights will always be sensitive to the taxpayer's interest in saving money. Rights will regularly be curtailed when available resources dry up, just as they will become susceptible of expansion whenever public resource expand.*"[443]

Como advertem os mesmos autores, isso não quer dizer que as decisões relativas aos planos de ação das políticas públicas devem ser simplesmente relegadas a contadores. Significa apenas que os agentes públicos encarregados de fazer tais escolhas – assim como a população em geral, dentro do ambiente participativo que deve haver em um Estado Democrático de Direito – devem sempre levar em conta os custos orçamentários dessas decisões[444]. Há de se acrescentar que também os magistrados, no exercício da função jurisdicional, devem ter essa consciência acerca do condicionamento que exerce a capacidade econômica do Estado na realização material dos direitos[445]. É imperioso que se resista à tendência generalizada dos Tribunais de simplesmente negar os custos dos direitos, especialmente do direito à saúde, quando chamados a resolver contendas envolvendo sua concretização[446]. Cumpre, pois, evitar o que HOLMES e SUNSTEIN chamam de "***costblind approach***", a qual consiste na postura dos que optam por não enxergar a realidade evidente de que os recursos que serão utilizados para o cumprimento das decisões alocativas (inclusive

---

[441] Ibid. 121.
[442] Ibid, p. 31.
[443] Ibid, p. 97.
[444] Nas palavras dos autores: "*This does not mean that decisions should be made by accountants, only that public officials and democratic citizens must take budgetary costs into account.*" (Ibid, p. 98)
[445] Sobre o tema, traz-se a advertência de GEORGE MARMELSTEIN: "*Implementar um direito a prestação exige a alocação de recursos, em maior ou menor quantidade, conforme o caso concreto, e, vale ressaltar, não apenas recursos financeiros, mas também recursos não monetários, como pessoal especializado e equipamentos. No entanto, há menos recursos que o necessário par ao atendimento de todas as demandas. As decisões que visam concretizar um direito podem, muitas vezes, gerar novas formas de ameaças, privando outros potenciais beneficiários da fruição dos bens ou serviços a que também teriam direito. Logo, o Judiciário, quando for julgar demandas que importem alocação de recursos, deverá levar em conta que sua decisão poderá intervir na realização de outros direitos, de modo que somente deve agir se estiver seguro de que não causará mal maior*" (MARMELSTEIN, George. **Curso de Direito Fundamentais**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2011. p. 353)
[446] DANIEL WANG, ao se referir a essa postura das cortes nacionais, afirma que "*esse tipo de decisão ignora as suas próprias consequências distributivas, de decisão de alocação de recursos, pois decide que alguns ganharão sem pensar em quem perderá. Afinal, se os recursos são escassos, nada que custe dinheiro pode ser absoluto. Portanto, tratar de direitos como se fossem absolutos é decidir usando uma dogmática jurídica que faz uso apenas das regras jurídicas e se esquece da realidade.*" (WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**, in Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível, 2ª ed., org. Ingo Wolfgang Salert e Luciano Benetti Timm, p. 349 – 371, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 369).

judiciais) deixarão de ser empregados para atenderem a outras demandas sociais. Segundo os autores, reconhecer explicitamente que a realização dos direitos demanda gastos e que estes são limitados pela inerente escassez de recursos adquiriu o status, em nossa sociedade, de verdadeiro tabu cultural, o qual precisa ser superado:

> "*Although the costliness of rights should be a truism, it sounds instead like a paradox, an offense to polite manners, or perhaps even a threat to the preservation of rights. To ascertain that a right has cost is to confess that we have to give something up in order to acquire or secure it. To ignore costs is to leave painful tradeoffs conveniently out of the picture.* (...) *The widespread desire to portray rights in an unqualifiedly positive light may help explain why a costblind approach to the subject has proved congenial to all side. Indeed, we might even speak here of a cultural taboo – grounded in perhaps realistic worries – against the 'costing out' of rights enforcement.*"[447]

Nesse sentido, concluem que os Tribunais, ao decidirem sobre o grau de eficácia jurídica dos direitos invocados nos casos que lhe chegam ao conhecimento, raciocinariam de modo mais inteligente e transparente se reconhecessem abertamente a forma como os custos afetam o âmbito, a intensidade e a consistência dos tais direitos em seu processo de concretização. Do mesmo modo que a doutrina jurídica seria mais realista se estudasse abertamente a dinâmica da competição por recursos escassos que necessariamente acompanha a busca pela satisfação dos distintos direitos fundamentais e, também, a disputa entre esses direitos e outros valores sociais[448].

Como resultado da conjunção das duas realidades de que se tratou nas páginas anteriores, quais sejam, o inerente custo dos direitos e a escassez essencial de recursos estatais – que na área da assistência à saúde é potencializada pelas circunstâncias já apontadas, com destaque para o fato de que as demandas da população tendem potencialmente ao infinito – gera-se a necessidade de os órgãos competentes efetuarem, por meio de apreciações discricionárias, as chamadas "**escolhas dramáticas**", também denominadas de "**escolhas trágicas**", as quais consistem na necessidade de se eleger somente alguns dos possíveis beneficiários de políticas públicas destinadas à satisfação de direitos fundamentais. É que, na impossibilidade de se prestar um serviço, por assim dizer, pleno em todos os seus aspectos – o qual abrangeria todos os casos, satisfazendo todas as necessidades, em qualquer situação e

[447] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R.. Op. cit. p. 24/25.

[448] O parágrafo foi uma tradução livre do seguinte trecho: "*Courts that decide on the enforceability of rights claims in specific cases will also reason more intelligently and transparently if they candidly acknowledge the way costs affect the scope, intensity, and consistency of rights enforcement. And legal theory would be more realistic if it examined openly the competition of scare resources that necessarily goes on among diverse basic rights and also between basic rights and other social values.*" (Ibid, p. 98)

sempre da forma ideal, segundo o atual estágio científico e tecnológico –, faz-se necessário "escolher" em que áreas e em que extensão o serviço público será prestado.

A obra de referência sobre o tema é o livro *Tragic Choices*, de CALABRESI e BOBBITT. Nele, os autores expõem como, em "mundo imperfeito de recursos limitados"[449], faz-se constantemente necessário que o Estado realize escolhas sobre como e onde empregar as verbas e os meios materiais e humanos disponíveis, do que resulta a "realidade trágica" de que nem todas as demandas serão atendias, nem todos os hospitais disporão dos equipamentos mais modernos existentes no mercado, nem todos os doentes receberão os tratamentos mais avançados disponibilizados pela medicina, nem todas as pessoas que esperam na fila de transplantes receberão o órgão de que necessitam para sobreviver[450]. Essas escolhas são trágicas porque causam danos, ainda que colaterais e mesmo que não percebidos pelo tomador da decisão ou pela população em geral, e, também, porque são irremediavelmente inevitáveis. Como dito em outra passagem, existe uma relação necessária e insolúvel entre escassez e escolha; e escolher implica em renunciar, que equivale a perder.

Ocorre que, como advertem os aludidos autores, existe uma ilusão generalizada de que há bens suficientes para todos, há uma percepção equivocada de que os recursos são inesgotáveis, de modo que bastaria, portanto, bem aplicá-los para que todas as necessidades sociais restassem satisfeitas. Explicam, então, que, para se alcançar ou para se manter neste anestésico estado ilusório, costuma-se usar, mesmo que inconscientemente, de "subterfúgios" que camuflam os *tradeoffs* das decisões, mascarando seus efeitos indesejados, deixando-os longe dos olhos de quem decide ou, ainda, fazendo este crer que tais efeitos são gerados por outra causa independente, não sendo o resultado direto da escolha feita. Explicam que o processo político de tomada de decisões, especialmente no que se refere às políticas públicas, exige o uso desses subterfúgios, na medida em que se sente a necessidade de desviar a atenção da sociedade para o fato de que esta – através das escolhas feitas por seus representantes – constantemente privilegia determinadas pessoas em detrimento de outras. Ressalvam, todavia,

[449] A expressão é de HOLMES E SUNSTEIN e foi retirada do seguinte trecho da obra já citada: "*Hard budget constraints imply that some potential victims of child abuse will become an actual victims of child abuse, and the state will have done little or nothing about it. This is deplorable, but in a imperfect world of limited resources, it is also inevitable. Taking rights seriously means taking scarcity seriously.*" (Ibid, p. 94)

[450] Esse cenário é assim descrito por GUSTAVO AMARAL: "*Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são, como bem captado por Calabresi e Bobbit, escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte,*" (AMARAL, Gustavo. Op. cit. p. 147)

que essa exigência não impede que, em algumas circunstâncias, a capa da ilusão acabe sendo levantada, revelando com dura franqueza a realidade trágica que se tentava encobrir.[451]

Cria-se, então, o que os aurores chama de "**paradoxo da suficiência**" (*sufficiency paradox*), o qual, valendo-se dos mencionados subterfúgios, permite que tanto as chamadas decisões primárias (*first-order determinations*), as quais determinam a quantidade de bens a serem produzidos, quanto as denominadas decisões secundárias (*second-order determinations*), que fixam a forma de distribuição daqueles bens, sejam percebidas como "não trágicas", como se não afetassem negativamente a esfera de interesse de terceiros, quando, na realidade, essa afetação é inexorável. Assim, na área da saúde, por exemplo, os tomadores de decisão – e a população em geral – enganam-se apenas enxergando e contabilizando as vidas salvas pela opção feita, deixando de dar atenção aos que pereceram em função de determinado setor de atuação ter restado sem recursos suficientes por força daquela decisão alocativa[452]. Daí porque afirmam que "*these appearances are, of course, merely a kind a optical illusion since no matter how suficiente the first order determination appears, it necessarily diverts resources from other tragic situations.*"[453] O ponto é abordado também no seguinte trecho:

> "*That paradox may be stated as follows: The ilusion of sufficiency (a) permits some tragic first-order determinations to be seem as life-validating despite the fact that they necessarily take life; (b) permits some of these other life-taking first-order determinations to be perceived a not-life-taking; (c) permits a class of second-order determinations to be perceived as not-life-negating even though every such tragic second-order decision entails a decision to take life.*"[454]

Assim, tal como foi dito acerca dos custos dos direitos, revela-se igualmente imprescindível que haja uma tomada de consciência sobre a existência e a natureza das escolhas dramáticas que são cotidianamente feitas na gestão da coisa pública. Para o bem não só do aprofundamento dos estudos acadêmicos pertinentes, como também em benefício de uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos, deve haver honestidade, transparência e

---

[451] O ponto é abordado no seguinte trecho, no qual, aliás, os autores alertam que, em algumas situações, o véu posto pelos subterfúgios pode ser retirado, desnudando, assim, as consequências trágicas das escolhas feitas e nos jogando na cara a realidade que se tentava esconder: "*To veil these conflicts, various subterfuges are used. When a subterfuge is used, most often some real advantage exists beyond the preservation of the myth. (...) Such advantages are essential, lest the subterfuge so rot our commitment to honesty that all is doubted. If the side advantage are, in fact, sufficiently great, it is possible that a stable, nontragic solution can be found. Or the subterfuge may be believed for a while and permit tolerable decisions for as long. Or society may become more sensitive to the importance of candor and honesty owing to events outside the immediate subterfuge, so that even na effective subterfuge becomes intolerable and must be laid bare. Then the conflict the subterfuge was designed to mask becomes manifest, so that the usefulness of the approach is ended. We know that the choice was a tragic one and that we must look elsewhere for help.*" (CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. **Tragic Choices**, New Yourk: Norton & Company, 1978, p. 78/79)

[452] Os autores trazem o seguinte exemplo da "ilusão de ótica" gerada pelo mencionado paradoxo: "*a decision as to how many iron lungs will be built is simply not perceived as the same kind of decision as one which determines who will actually be granted the use of such machine*." (Ibid, p. 134)

[453] Idem.

[454] Ibid, p. 135.

franqueza na análise do fenômeno das escolhas trágicas. Isso porque, como bem coloca AMARAL, negar que a efetivação dos direitos exige custos e, por conseguinte, negar que o Estado tem suas possibilidades de atuação limitadas pela contingência financeira, constitui "*ou uma questão de fé ou uma negação total dos direitos individuais*"[455]. E – há de se destacar – essa exortação deve valer tanto para o gestor público, no exercício da função administrativa, quanto para os magistrados, no desempenho da função jurisdicional.

4.3 A Insuficiência das Teorias da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial

Prosseguindo-se na mesma linha de raciocínio, isto é, partindo do pressuposto de que a garantia e a concretização de todo e qualquer direito demandam gastos públicos e que, em razão dessa "dimensão economicamente relevante"[456], o Estado se vê diante da necessidade de fazer escolhas alocativas disjuntivas, as quais implicam ter que decidir quais direitos – e em que intensidade – receberão a tutela estatal, com a inevitável preterição de parcela de seus titulares, chega-se à análise da chamada **teoria da reserva do possível**.

Em termos gerais e resumidamente, segundo esta, não se pode exigir do Estado, a título de satisfação de direito subjetivo reconhecido pela ordem jurídica, ainda que em nível constitucional, prestações que vão além de sua capacidade financeira. Nesse sentido, NUNES e SCAFF afirmam que a "*reserva do possível é um conceito econômico que decorre da constatação da existência de escassez dos recursos, públicos ou privados, em face da vastidão das necessidades humanas, sociais, coletivas ou individuais.*"[457] Alguns autores, amparados na mesma teoria, acrescentam também como requisito para a exigibilidade de determinada prestação, além da capacidade material do ente público, a capacidade jurídica deste para atender à demanda que lhe é dirigida, à vista da legislação em vigor, notadamente das normas orçamentárias e daquelas definidoras de competência administrativa[458].

---

[455] A citação diz respeito à seguinte passagem: "*Imaginar que não haja escolhas trágicas, que não haja escassez, que o Estado possa sempre prover as necessidades nos parece ou uma questão de fé (...) ou uma negação total dos direitos individuais.*" (AMARAL, Gustavo. Op. cit. p. 37)

[456] A expressão é de Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo (SALERT, Ingo Wolfgang; FIGUEREIDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**, in **Direitos Fundamentais – Orçamento e Reserva do Possível**, 2ª ed., org. Ingo Wolfgang Salert e Luciano Benetti Timm, p. 13 – 50, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 27.

[457] NUNES, Antônio José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. Op. cit., p. 97.

[458] É o caso de INGO SARLET e MARIANA FIGUEIREDO: "*Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos constitui, segundo alguns, em limite fático à efetivação desses direitos. Distinta (embora conexa) da disponibilidade efetiva de recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o*

Comumente se aponta como origem da referida teoria decisão proferida, em 1972, pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão em ação na qual a parte autora, invocando o direito fundamental à educação, afirmava o dever estatal de assegurar vagas em universidades, especificamente em cursos de medicina, para todos quantos desejassem neles ingressar. Na oportunidade, a mais alta Corte alemã decidiu que o Estado não tinha a obrigação apontada, vez que, na condição de sujeito passivo da relação obrigacional resultante da positivação do aludido direito, cumprir-lhe-ia apenas demonstrar que estava conferindo a maior eficácia possível ao direito à educação diante dos recursos financeiros disponíveis. Asseverou o tribunal tedesco, então, que a reserva do financeiramente possível restringiria a exigibilidade das prestações àquilo que o indivíduo poderia razoavelmente exigir da coletividade, à vista do contexto socioeconômico existente.

A partir do teor da referida decisão, aduz MARMELSTEIN que "*a reserva do possível é sinônimo de razoabilidade econômica ou proporcionalidade financeira.*"[459] Isso porque as múltiplas e sempre crescentes necessidades sociais, atreladas ao inexorável cenário de escassez, exigiria do magistrado, no exercício da jurisdição constitucional, a realização de juízos de ponderação entre o teor do pleito deduzido e os demais valores sociais que se apresentam como potencialmente colidentes, já que disputantes da mesma reserva de recursos estatais imprescindíveis à sua realização concreta. Daí também porque JORGE NETO afirma que, na análise de tais demandas, deve o julgador proceder, para além de um "juízo de possibilidade", a um "juízo de proporcionalidade", de modo que "*além de materialmente possível, a intervenção judicial sobre as políticas públicas haverá de ser adequada, necessária e proporcional em sentido estrito*."[460] Em outros termos, a tutela jurisdicional buscada, mesmo que materialmente realizável, deve ser negada se se revelar, no contexto em tela, economicamente irrazoável ou desproporcional.[461]

Posicionou-se também nesse sentido o Voto proferido pelo Min. CELSO DE MELLO na decisão da **ADPF nº 45**, muito citado em julgamentos posteriores da Suprema Corte nacional. Transcreve-se trecho:

Estado (assim como o destinatário geral) também deve ter a capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes." (SALERT, Ingo Wolfgang; FIGUEREIDO, Mariana Filchtiner. Op. cit. p. 29)

[459] MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 355.

[460] JORGE NETO, Nagibe de Melo, Op. cit. p. 149.

[461] É o mesmo autor quem traz o seguinte exemplo do que entende ser uma demanda financeiramente irrazoável: "*Sabendo-se que os recursos públicos são limitados e que a demanda por serviços básicos é enorme, não é razoável exigir do Estado, por exemplo, que os pacientes de hospitais públicos sejam atendidos em apartamentos individuais, com banheiros e condicionadores de ar, a exemplo do que ocorre no sistema privado de saúde.*"[461] (Ibid. p. 148)

> "*Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos."*[462]

Em que pese esse descrito condicionamento fático da exigibilidade de prestações derivadas dos direitos fundamentais, traduzida na reserva do possível, a doutrina costuma afirmar que a restringibilidade daí resultante possui também um limite, um espaço além do qual não poderia avançar, sob pena de ser atingido o âmago inviolável do direito em questão. Trata-se do denominado **mínimo existencial**. Esse seria o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais, a abranger um conjunto de prestações cuja execução seria indeclinável pelo Estado, vez que consistiriam aquelas no "*mínimo indispensável a uma existência digna*"[463]. Esse núcleo, de acordo com tal formulação, estaria, pois, absolutamente protegido tanto das constrições que podem ser feitas pelo hermeneuta-aplicador com base no princípio da proporcionalidade, diante de caso em que houvesse colisão de valores igualmente albergados pela Carta Constitucional, como livre do reconhecimento de inexigibilidade em função da carência de recursos estatais, tal como prega a teoria da reserva do possível. Como colocam SARLET e FIGEUIREDO, o mínimo existencial "*constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.*"[464] Em outras palavras, as prestações relacionadas a esse mínimo existencial seriam sempre exigíveis do Estado, inclusive por meio da intervenção judicial, não importa a situação econômica pela qual esteja este passando.[465]

---

[462] STF. ADPF nº 45/2004, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ: 01/07/2004.
[463] SALERT, Ingo Wolfgang; FIGUEREIDO, Mariana Filchtiner. Op. cit. p. 20.
[464] Ibid, p. 25.
[465] Sobre o ponto, assim lecionada GEORGE MARMELSTEIN: "*Em diversos países mais desenvolvidos (Alemanha, Espanha e Portugal, por exemplo), a possibilidade de o Judiciário vir a efetivar direitos a prestações materiais é vista com bastante desconfiança, pois se entende que a escassez dos recursos necessários à concretização de direitos prestacionais demandaria escolha políticas, que deveriam ser tomadas preferencialmente por órgãos politicamente responsáveis (legislador e administrador) e não pelos juízes. (...) Apesar disso, mesmo nesses países, entende-se que o Estado é obrigado a assegurar aos cidadãos pelo menos as condições mínimas para uma existência digna. É a chamada "teoria do mínimo existencial". De acordo com essa teoria, apenas o conteúdo essencial dos direitos sociais teria um grau de fundamentalidade capaz de gerar, por si só, direitos subjetivos aos respectivos titulares. Se a pretensão estiver fora do mínimo existencial, o*

Feita essa sucinta exposição sobre as teorias da reserva do possível e do mínimo existencial, quer-se registar aqui que, a despeito dos respeitáveis argumentos desenvolvidos pelos defensores das tais teorias, pensa-se que essas se revelam de pouca valia na tarefa de auxiliar o julgador a distinguir concretamente, quando da apreciação das lides levadas ao seu conhecimento, as situações nas quais a tutela jurisdicional postulada com base no direito à saúde deve ser deferida daquelas em que esta deve ser negada. As razões dessa inoperância são as seguintes.

Em relação à reserva do possível, em primeiro lugar, há de se ter em conta que, após a "importação" dessa teoria pela doutrina nacional, sua invocação, por parte da Fazenda Pública nas demandas judiciais de prestações relacionadas ao direito à saúde, foi completamente vulgarizada, tornando-se um lugar-comum utilizado como escusa para qualquer omissão ou deficiência, justificável ou não, na prestação dos respectivos serviços públicos. Como bem afirma MARMELSTEIN, "*o que se observa é uma banalização no seu discurso por parte do Poder Público quando se defende em Juízo, sem apresentar elementos concretos a respeito da impossibilidade material de se cumprir a decisão judicial.*"[466] Essa vulgarização, como colocado pelo autor, além de lhe retirar credibilidade argumentativa, faz com que o Poder Público, ao suscitar mecânica e repetidamente a teoria, deixe de apresentar elementos probatórios que confirmem a afirmada carência de verbas para atender à solicitação formulada.

A solução normalmente apontada pela doutrina – ansiosa por salvar a mencionada teoria – para contornar a dificuldade gerada por esse uso indiscriminado e generalizado por parte do Estado consiste em atribuir a este, em cada caso concreto, o ônus processual de comprovar a insuficiência de recursos estatais para atender à demanda que lhe é dirigida, liberando-se o autor, assim, de demonstrar o inverso, isto é, a existência de disponibilidade econômica para tanto.[467] Ocorre que, segundo aqui se defende, a só imputação do ônus probatório ao réu que invoca a aludida teoria não é suficiente para garantir a esta alguma utilidade prática na resolução casuística dos feitos em que se postula a efetivação do direito à saúde. É que, apesar de a reserva do possível ser, inquestionavelmente, uma limitação lógica à

---

reconhecimento de direitos subjetivos ficaria na dependência de legislação infraconstitucional regulamentado a matéria, não podendo o Judiciário agir além da previsão legal." (MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 348)

[466] Ibid. p. 357.

[467] É nesse sentido que se posiciona NAGIBE JORGE NETO: "*É importante notar que o ônus da prova acerca das possibilidades materiais de implementação do pedido constante da inicial ficará a cargo do réu, ou seja, da pessoa jurídica de direito público responsável pela implementação das políticas públicas. De modo mais preciso, é o réu quem deverá demonstrar a medida de suas possibilidades para a implementação de uma determinada política pública ou, até mesmo, sua absoluta impossibilidade material para tanto. O autor não tem condições de fazê-lo, até porque não conhece a fundo as limitações materiais, estruturais ou de qualquer outra ordem a que está sujeita o poder público.*" (JORGE NETO, Nagibe de Melo, Op. cit. p. 150).

possibilidade de satisfação plena e em grau ótimo de todos os direitos fundamentais, como já reiteradamente dito ao longo do capítulo, é também inquestionável que, tomando apenas o caso individualmente, isto é, considerada apenas aquela demanda por medicamento ou por tratamento, sempre haverá recursos para atendê-la.

Com efeito, não se pode cogitar que os custos para o fornecimento de um medicamento excepcional ou para a realização de um tratamento de ponta na rede privada em favor do sujeito ativo da ação, por exemplo, por mais dispendiosos que sejam, superem o orçamento global do Estado ou mesmo o orçamento reservado à área da saúde. Disso resulta que a entidade estatal demandada nunca conseguirá demonstrar, caso a caso, a alegada insuficiência financeira. Por conseguinte, atendo-se aos postulados da referida teoria, resultará que o julgador – assumindo talvez, no fundo, uma postura de "cegueira deliberada" – sempre concluirá pela existência de verba para se atender a demanda que está sendo apreciada. Isso implica, por sua vez, na conclusão de que a reserva do possível, como tese defensiva e como critério de julgamento, acaba se revelando inútil para o fim a que se destinava. A respeito dessa deficiência, traz-se a lúcida lição de AMARAL:

> "*Diante de um quadro como esse, a tendência natural é fugir do problema, negá-lo. Esse processo é bastante fácil nos meios judiciais. Basta observar apenas o caso concreto posto nos autos. Tomada individualmente, não há situação para a qual não haja recursos. Não há tratamento que suplante o orçamento da saúde ou, mais ainda, aos orçamentos da União, de cada um dos Estados, do Distrito Federal ou da grande maioria dos municípios. Assim, enfocado apenas o caso individual, vislumbrando apenas o custo de cinco mil reais por mês para um coquetel de remédios, ou de cento e setenta mil reais para um tratamento no exterior, não se vê a escassez de recurso, mormente se adotado o discurso de que o Estado tem recursos 'nem sempre bem empregados'.*"[468]

Corrente doutrinária tem sugerido, como solução para a deficiência apontada acima, que se adote como referência de análise a "**possibilidade de universalização**" da medida postulada individualmente no caso concreto, no sentido de que esta somente deveria ser acolhida caso a tal prestação pudesse ser universalizada, isto é, posta à disposição de todo o universo de usuários do Sistema Único de Saúde[469]. A princípio, o critério proposto mostra-se

[468] AMARAL, Gustavo. Op. cit. p. 146/147.

[469] EMÍLIO VIANA se manifesta nestes termos a respeito da tese: "*A doutrina tem apontado, com frequência, que somente é possível cogitar de controle judicial para compelir outorga de prestação estatal se a medida puder se estendida para todos quantos dela necessitem (universalização da medida). A verificação da insuficiência de recursos públicos deve considerar não o caso concreto, mas a totalidade dos casos semelhantes. (...) Assim, ao menos na realidade atual, beiraria o ridículo, pela absoluta impossibilidade material, ordem judicial que compelisse o poder público a fornecer moradia em condições razoáveis para todos quantos dela necessitem. De igual modo, censuráveis as*

válido e pertinente com os valores albergados por nossa ordem jurídica, na medida em que, ao mesmo tempo, preocupa-se com a repercussão econômica das decisões judiciais e garante um tratamento isonômico a todos os interessados.

Levanta-se, no entanto, duas objeções ao referido critério. O primeiro de ordem probatória, já que persistiria, no caso, a dificuldade de se provar a carência de recursos estatais para se universalizar a utilidade material requestada na ação individual, uma vez que se mostra pouco factível que se proceda, em cada caso, à projeção dos gastos totais exigidos para que o medicamento ou o tratamento requerido sejam disponibilizados a todos que se encontrem ou venham a se encontrar naquela situação clínica. O segundo, que será melhor explicitado mais adiante, relaciona-se com o princípio da isonomia, pois o critério apontado limita-se a anteder a uma igualdade meramente formal, quando se pensa que o ideal seria observar uma igualdade de natureza material, de modo a se permitir, conforme parâmetros à frente delineados, sejam conferidos tratamentos díspares a diferentes titulares do direito à saúde. Baseado justamente nessa possibilidade de diferenciação casuística das demandas judicializadas, pensa-se que a impossibilidade da universalização da medida requerida não é, por si só, razão justificante para sua denegação pelo magistrado, devendo esse levar em conta outros fatores na hora de decidir, conforme será apontado ao final do capítulo.

Já no que se refere à teoria do mínimo existencial, sua pouca utilidade no plano concreto emerge, em primeiro lugar, da seguinte constatação: o fato de determinadas prestações serem consideradas, em determinado tempo e lugar, como imprescindíveis para se garantir uma existência digna aos titulares dos direitos constitucionalmente assegurados não faz desaparecer a trágica realidade, já bem exposta anteriormente, de que não existem recursos para se atender, em grau excelente, a todas as demandas sociais, notadamente na área da saúde. Como sagazmente coloca VIANA, "*a afirmação de que as prestações inseridas no conceito de mínimo existencial não se submetem à reserva do possível são ingênuas, quando pouco.*"[470] Com efeito, o só desejo de que determina classe de prestações seja colocada a salvo de toda e qualquer limitação de ordem material não é capaz de transpor a dura e incontornável verdade de que a realização daquelas demanda gastos, os quais exigem recursos, que, por sua vez, são essencialmente escassos[471]. É preciso ter em mente que o "jurídico" não pode ir além do que

---

decisões judiciais que, de algum modo, tem imposto atendimento médico ótimo em quaisquer circunstâncias, interpretando da forma mais abrangente possível o direito à saúde." (VIANA, Emílio de Medeiros. Op. cit. p. 97).

[470] VIANA, Emílio de Medeiros. Op. cit. p. 91.

[471] Não escapa dessa "ingenuidade" ou "cegueira deliberada" nem o próprio Supremo Tribunal Federal, que, sem justificar racionalmente (financeiramente) essa conclusão, insiste em negar que a execução das prestações relacionadas ao chamado mínimo existencial também é