

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

**DIREITO À SAÚDE: CONTORNOS CONSTITUCIONAIS
E TENDÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS – UMA
ANÁLISE DA TEORIA E PRÁTICA BRASILEIRA**

VITÓRIA
2008

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

**DIREITO À SAÚDE: CONTORNOS CONSTITUCIONAIS
E TENDÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS – UMA
ANÁLISE DA TEORIA E PRÁTICA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz

VITÓRIA
2008

ELDA COELHO DE AZEVEDO BUSSINGUER

**DIREITO À SAÚDE: CONTORNOS CONSTITUCIONAIS
E TENDÊNCIAS JURISPRUDÊNCIAIS – UMA
ANÁLISE DA TEORIA E PRÁTICA BRASILEIRA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Aprovada em 2 de julho de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Daury Cesar Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. José Luiz Quadros de Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais

DEDICATÓRIA

Não sei exatamente os requisitos que qualificam uma família ideal. Sei apenas que forjei meu caráter em uma delas. De meu pai, um senso de justiça apurado, prático e objetivo. De minha mãe, uma firmeza de caráter, inteligência aguçada, tenacidade e amor aos livros, me ensinando uma das coisas que mais gosto de fazer - ler. De meus irmãos, Valfran e Lelene, a certeza de que sempre os terei por perto.

Marcela e Celestino - meus dois amores que apesar de me conhecerem profundamente, mantêm comigo uma relação permanente de amor, companheirismo e cumplicidade.

AGRADECIMENTOS

Sempre me senti privilegiada em tudo na vida. Fui objeto permanente do amor de Deus e dos amigos. Impossível, portanto, agradecer, sem usar de uma alta dose de injustiça.

Perdoem-me todos os outros, mas à minha filha devo o agradecimento maior. Em meus trabalhos acadêmicos anteriores, contei com a doce e terna presença de Marcela a me aliviar o cansaço. Dessa vez, fui agradavelmente surpreendida pela descoberta de que minha filha tinha se transformado em uma mulher de mente crítica, inquieta, questionadora, aguçada e altamente disciplinada. Com ela discuti muitas das idéias que aqui foram trabalhadas e a ela devo a limpeza sistemática do texto.

Ao Celestino, meu companheiro de tantos anos que, ao longo do trabalho foi se apaixonando pelo tema de tanto conviver com os milhares de livros e artigos espalhados pela casa e de me atender nas intermináveis buscas na internet.

Ao Abikair e a Paula - com vocês aprendi que amigos não nascem prontos, são forjados na caminhada. Qualquer outro tipo de agradecimento, mesmo que verdadeiro, e eu teria muitos a fazer, poderia parecer mero cumprimento de formalidade e não quero isso. Vocês sabem o quanto lhes sou agradecida.

Ao prof. Daury Cesar Fabriz, meu especial orientador que conhece como ninguém, a real dimensão da palavra liberdade e do que é ser de fato um orientador, ou seja, aquele que conduz o orientando, apresenta autores, dialoga, critica o texto discute idéias, mas sempre guardando um profundo respeito àquilo que o aluno pensa.

Meu reconhecimento e agradecimento ao professor Geovany Cardoso Jevaux acadêmico sério e comprometido, com quem tive os primeiros diálogos sobre o tema e por meio de quem conheci a obra de Robert Alexy.

Ao professor Alexandre de Castro Coura, cuja disponibilidade, atenção e leitura atenta e crítica ao trabalho, tem sido da maior relevância.

O mestrado me trouxe, além de importantes avanços teóricos e os mais significativos ganhos intelectuais, a oportunidade de conhecer Bethânia e Christian, grandes figuras humanas de quem me tornei amiga e companheira.

Duas amigas estiveram muito presentes durante a fase de elaboração do trabalho e com elas compartilhei idéias e sentimentos. Nos almoços e nas conversas, com longas e intermináveis pautas, Ethel e Rita me abriram as portas dos corações, mentes e bibliotecas.

Contei com um privilégio à que poucos têm acesso – recebi suporte técnico altamente qualificado de toda a equipe da biblioteca. Cada um, ao seu modo, me ajudou , fosse separando livros, encontrando artigos ou simplesmente torcendo, valorizando e acreditando naquilo que eu fazia. Agradecendo à Altiya, agradeço a cada um de vocês.

À Alina, para que não alimente expectativas quanto ao futuro. Certamente ainda lhe mandarei muitos textos para serem corrigidos em cima da hora. Brincadeiras à parte, agradeço a disponibilidade de sempre e sua precisão e rigor na correção do português.

Recebi todo o apoio da Secretaria de Estado da Saúde no levantamento dos casos emblemáticos e, especialmente agradeço, à Dra Geruza Tavares, profunda conhecedora dessa realidade, que, ao me abrir arquivos e informações, o fez com a consciência da responsabilidade de alguém que conhece profundamente o papel que desempenha e busca caminhos para superar as limitações impostas pelo sistema.

Ao Serginho, “o guardião do computador”, obrigada por estar sempre por perto quando o medo de perder os dados me assalta.

Ana Paula, obrigada por estar sempre disponível, seja descobrindo artigos que pudessem me interessar, seja organizando a lista de decisões judiciais.

Nathália, sua ajuda no levantamento das decisões junto ao STF e STJ me foram de muita valia e me pouparam um tempo precioso.

“É devagar que o escuro se torna claro, as coisas se colocam pra gente é na caminhada.”

Guimarães Rosa

RESUMO

Analisa o direito fundamental à saúde, no Brasil, a partir de seus contornos constitucionais e posicionamentos doutrinários, na busca de identificar a existência de uma tendência do Superior Tribunal de Justiça, que possibilitasse visualizar o arcabouço teórico-metodológico do pensamento jurídico brasileiro nessa área. Tendo como diretriz a teoria da proporcionalidade, conforme proposta por Robert Alexy, procura identificar, com relação ao tema, as categorias representativas do pensamento jurídico brasileiro e verificar se, as decisões judiciais, da Suprema Corte, concernentes ao direito à saúde, demonstram respeito às ordens de prevalência já estabelecidas pelo legislador e pelo gestor público e se existem limites à aplicação da proporcionalidade ante conflitos entre direitos fundamentais expressos na forma de princípios, como é o caso do direito à saúde. É um estudo exploratório, descritivo, de natureza qualitativa, que se utiliza da análise de conteúdo para identificar, em decisões judiciais, unidades de significação capazes de apontar um corpo de categorias indicativas da tendência existente nos julgados submetidos à análise. Para esta etapa do trabalho, a amostra utilizada foi constituída, exclusivamente, de decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de janeiro de 2000 a novembro de 2007, tendo, como tema delimitador da busca, a expressão “fornecimento de medicamentos”. Foram analisadas, também, em caráter não exaustivo, decisões levantadas no site do Supremo Tribunal Federal, bem como ações emblemáticas diversas, que serviram de base para as demais discussões relativas às questões norteadoras da investigação. Na fundamentação do estudo, buscou-se apresentar a atual política de saúde brasileira, a partir de suas interfaces com o modelo de estado vigente no País e suas implicações históricas e sociais, tendo como eixo articulador e pano de fundo o Sistema Único de Saúde tal qual se encontra expresso na Constituição de 1988. A análise dos dados permitiu verificar que a hipótese inicial, de existência de uma tendência teórico-jurídica, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, não se confirmou. Esta constatação, de negativa da hipótese, permitiu identificar, entretanto, a existência de uma tendência fática, fortemente consolidada, capaz de fornecer subsídios para a análise e crítica da posição atual da Suprema Corte. As decisões demonstram, dentre outros indicativos, que o Supremo não respeita as ordens de prevalência estabelecidas pelo legislador

e pelo gestor; não tem inovado na busca de construção de uma sustentação jurídica sólida e compatível com a realidade brasileira ; tratam o direito à saúde como um direito de natureza absoluta. A pesquisa analisa, ainda, os excessos e riscos da intervenção judicial, demonstrando que a pressão da mídia e da indústria de medicamentos e de equipamentos hospitalares tem interferido na criação das demandas em saúde. Propõe a adoção da regra da proporcionalidade como método mais adequado às decisões relacionadas ao direito à saúde e, também, a valorização das ciências da saúde no apoio e sustentação à tomada de decisão judicial.

Palavras-chave: Direito à saúde. Regra da proporcionalidade. Decisões judiciais. Colisão de princípios.

ABSTRACT

The paper analyses the fundamental right to health, in Brazil, from its constitutional outlines and doctrinaire positions, aiming at identifying the existence of a tendency of the Federal Supreme Court, which made possible the visualization of the theoretical-methodological structure of the Brazilian juridical thought in this area. Having as rule the proportionality theory as proposed by Robert Alexy, it identifies, according to the theme, the representative categories of the Brazilian juridical thought and verifies whether the judicial decisions of the Supreme Court, regarding the right to health, demonstrate respect to the orders of prevalence already established by the legislator and by the public manager and whether there are limits to the application of the proportionality before conflicts among fundamental rights expressed as principles, as the case of the right to health. It is an exploratory study, descriptive, of qualitative way, that uses the analysis of content to identify, in judicial decisions, units of signification capable of pointing a board of indicative categories of tendency existent in the judicial districts analyzed. For this work phase, the sample used was constituted, exclusively, of decisions published by the Federal Supreme Court, from January, 2000 to November 2007, having as a delimitating searching theme, the expression: "medication supplying". It was also analyzed, in a non exhausting way, decisions taken in the Justice Supreme Court website, as well as the actions that resulted in preliminaries to be accomplished by State Secretary of Health that worked as basis for the other discussions related to the guiding questions of investigation. In order to fundament the study, it presented the actual Brazilian health politics, through its interfaces as the model of the present state in the country, and their historical and social implications, having as articulating axle and backdrop the Unique Health System as expressed in the 1988 Constitution. The data analysis made possible the verification of the initial hypothesis, of the existence of a theoretical-juridical tendency, in the juridical districts of the Federal Supreme Court, which has not been confirmed. Such ascertaining, of negative hypothesis, enabled to identify, however, the existence of a tendency related to juridical facts, strongly consolidated, able to supply subsidies for the analysis and critics of the present position of the Supreme Court. The decisions showed, among other indicatives, that the Supreme does not respect the orders of prevalence established by the legislator and by the manager; has not

innovated in the search of the construction of a juridical sustentation solid and compatible with the Brazilian reality; sees the right to health as a right of absolute nature. The research analyses the excesses and risks of the judicial intervention, demonstrating that the pressure of the press and the medication industry and hospital equipment has interfered in the creation of the health demands. It proposes the adoption of the proportionality rule as the most adequate method to the decisions concerning the right to health and also the valorization of the health sciences to support the judicial decision taken.

Keywords: Right to health. Proportionality rule. Judicial decisions. Principle collisions.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABRASCO – Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva

AIS – Ações Integradas de Saúde

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

AGVR – Agravo

AGVR. RE – Agravo no Recurso Extraordinário

AI – Agravo de Instrumento

Cebes – Centro Brasileiro de Estudos de Saúde

CFM – Conselho Federal de Medicinal

CONASEMES – Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde

CONASP – Conselho Consultivo da Administração de Saúde Previdenciária

CONASS – Conselho Nacional de Secretários de Saúde

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social

NESC – Núcleo de Estudos de Saúde Coletiva

OMS – Organização Mundial de Saúde

RE – Recurso Extraordinário

SESA-ES – Secretaria de Saúde do Estado do Espírito Santo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUDS – Sistema Unificado Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	16
2 O ESTADO DE ECONOMIA CAPITALISTA E AS POLÍTICAS DE SAÚDE:	25
2.1 INTRODUÇÃO.....	25
2.2 ESTADO LIBERAL.....	28
2.3 ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL (WELFARE STATE).....	35
2.4 ESTADO NEOLIBERAL.....	41
3 AS POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL: CONHECENDO O PASSADO PARA COMPREENDER O PRESENTE	48
3.1 COMEÇANDO A ARTICULAR O MODELO DE ESTADO E POLÍTICAS DE SAÚDE.....	48
3.2 O MOVIMENTO DA REFORMA SANITÁRIA.....	51
3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONTORNOS CONSTITUCIONAIS.....	56
3.4 O FUTURO DA SAÚDE: PARA ONDE ESTAMOS INDO?.....	81
4 SAÚDE: CONTORNOS E CONCEITOS	84
4.1 O CONCEITO DE SAÚDE E A IMPOSSIBILIDADE DE SEU ATINGIMENTO PLENO: DA IMPRECISÃO CONCEITUAL À INDETERMINAÇÃO OPERACIONAL.....	84
4.2 SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO.....	89
4.3 SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL	92
4.3.1 Princípios e Regras	93
4.3.2 Princípios e Regras: distinções	95
5 AS COLISÕES DE PRINCÍPIOS E A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL	102
5.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: SURGIMENTO, ESTRUTURA E SUBPRINCÍPIOS.....	102
5.1.1 Proporcionalidade: princípio ou regra?	106

5.1.2 Subelementos da Proporcionalidade	108
5.1.2.1 Máxima da Adequação, Idoneidade ou Conformidade.....	108
5.1.2.2 Máxima da Necessidade.....	109
5.1.2.3 Máxima da Ponderação, ou Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	111
5.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS	113
6 A PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE DECISÃO JUDICIAL EM CASOS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE: RESTRIÇÕES E HIPÓTESES DE APLICAÇÃO	118
6.1 ORDENS DE PREVALÊNCIA.....	120
6.1.1 O princípio da separação dos poderes e dos freios e contrapesos	126
6.2 AS ORDENS DE PREVALÊNCIA JÁ DEFINIDAS PREVIAMENTE PELO LEGISLADOR E PELO GESTOR	130
6.2.1 As escolhas do legislador	130
6.2.1.1 A saúde deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas....	130
6.2.1.2 Controle social	132
6.2.1.3 A Emenda Constitucional 29.....	136
6.2.1.4 Lei de Responsabilidade Fiscal.....	138
6.2.2 As escolhas do gestor	139
6.2.2.1 A política nacional, estadual e municipal de saúde.....	139
6.2.2.2 O perfil Epidemiológico como base para a tomada de decisões em saúde.....	142
6.2.2.3 A lista de medicamentos.....	144
6.2.3.4 A lista de transplantes.....	151
6.2.3.5 As portarias e os protocolos do Ministério da Saúde	159
7 AS ESCOLHAS DO JUDICIÁRIO E AS ORDENS DE PREVALÊNCIA FIXADAS PELO LEGISLADOR E PELO GESTOR PÚBLICO: CONFLUÊNCIA OU CONTRADIÇÃO? UMA ANÁLISE DA TENDÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF)	160
7.1 CATEGORIAS DE ANÁLISE DE CARÁTER GERAL.....	165
7.2 CATEGORIAS DE ANÁLISE DE CARÁTER ESPECÍFICO: OS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES.....	167

8 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE: EXCESSOS E RISCOS	191
8.1 O RISCO DO DESMONTE E DA FALÊNCIA DO SISTEMA.....	191
8.2 A SUBMISSÃO À PRESSÃO DA INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES.....	196
8.3 CRIANDO E ALIMENTANDO DEMANDAS: O PODER E A PRESSÃO DA MÍDIA.....	198
8.4 A DESVALORIZAÇÃO DA CIÊNCIA COMO INSTRUMENTO PARA A TOMADA DE DECISÃO EM SAÚDE.....	200
8.5 A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DO FOSSO ENTRE AS CLASSES SOCIAIS.....	208
CONSIDERAÇÕES FINAIS	211
REFERÊNCIAS	221
REFERÊNCIAS DAS DECISÕES JUDICIAIS	230
ANEXOS	252

1 INTRODUÇÃO

A preocupação com a temática direito à saúde, objeto desta investigação, sempre esteve presente nas reflexões feitas no cotidiano do trabalho, quer por constituir-se um problema de difícil solução nos enfrentamentos observados por aqueles que se colocam na condição de gestores do sistema público de saúde, quer por sua natureza geradora de sentimentos conflituosos, tratados muito mais no campo das emoções do que efetivamente como elemento a requerer decisões de cunho administrativo, ético e legal, compatíveis com a diretriz constitucional que, a partir de 1988, passou a garantir a todo o cidadão brasileiro o direito à saúde, em uma perspectiva integral e universal.

Resultado de toda uma discussão enfrentada no Brasil pelo chamado Movimento da Reforma Sanitária, sobre o qual nos deteremos com maior vagar durante o decurso do trabalho, o Capítulo dedicado à saúde na Constituição trouxe, como pano de fundo, a ruptura com a idéia de que o Estado somente deve cuidar daqueles que se constituem em uma força de trabalho necessária para o desenvolvimento da Nação.

Durante anos, convivemos, em nosso país, com a discriminação oficializada, em que a carteirinha do antigo Instituto Nacional de Previdência Social – INPS era a senha para que o indivíduo fosse aceito ou recusado em um serviço público de saúde. Ou seja, somente aqueles que, como trabalhadores, estavam inseridos no mercado de trabalho, eram sujeitos de direito e mais precisamente, sujeitos do direito à saúde.

A universalização desse direito nem sempre foi uma realidade em nosso país. Ela é uma conquista recente e embrionária, no sentido de que o Sistema Único de Saúde – SUS ainda não foi implantado, em sua plenitude, passados seus quase 20 anos de institucionalização como política pública de governo.

A efetivação de um direito é muito mais do que a simples previsão legal e a implementação de medidas políticas e administrativas. A implantação de uma

política pública voltada para a garantia de um direito requer quebra de paradigmas e construção de uma cultura nova que lhe dê sustentação.

A força do preceito constitucional está não apenas na sua própria existência, mas em que seja incorporado como verdade e consciência para aqueles que o constroem no cotidiano.

A luta pela garantia do direito é uma luta que não está exclusivamente nas mãos do Judiciário com suas liminares, muitas vezes criticadas, tampouco nas mãos dos gestores com seus planejamentos estratégicos e instrumentos de gestão. Ela se constitui em força viva e motriz no momento mesmo em que aqueles que dela dependem passam a perceber e crer que ela se constitui mais do que letra morta e passa a fazer sentido em sua própria existência.

É possível afirmar, sem qualquer preocupação com exigência científica de comprovação, que nenhuma outra questão impacta o homem tão absolutamente e de maneira tão inquietante quanto àquelas relativas à vida e ao direito de viver e ter saúde.

Interessante notar que o direito à vida e à saúde, em sua dimensão mais ampla, qualitativa, parece não ser objeto da preocupação direta do cidadão a ponto de movê-lo a ações concretas no sentido de lutar para que esses direitos lhe sejam garantidos.

Não vemos, por exemplo, pessoas entrando na Justiça para garantir seus direitos reprodutivos, direitos à atendimento de saúde com qualidade, e quantidade suficiente, nas unidades básicas de saúde e muito menos acesso a práticas educativas tão relevantes no alcance de uma condição de vida saudável.

A questão é tão preocupante que muitas vezes o Estado se vê obrigado a criar medidas coercitivas para conseguir que o cidadão participe de palestras e de outras medidas preventivas, como vacinação, oferecidas como garantia do direito à saúde.

Submetido à uma carga simbólica de direito de natureza absoluta e inquestionável, o direito à saúde parece assumir relevância apenas diante da possibilidade iminente de perda daquele que é considerado como maior bem a que alguém tem direito, qual seja, a vida.

Assim, ante a efemeridade da condição humana, vemo-nos todos os dias diante das incertezas que a própria vida nos traz, e a saúde, por mais que a ciência tenha avançado, continua a ser uma dessas incertezas.

O longo período da História do Brasil, no qual aqueles que sofriam de alguma enfermidade contavam somente com seus próprios recursos para fazer frente às exigências de um sistema privado, deixou à margem da saúde a grande maioria dos cidadãos brasileiros que se viram, assim, privados das condições mais elementares a lhes garantir a cidadania.

Não fossem as instituições benemerentes, como as Santas Casas de Misericórdia, Hospitais Evangélicos e demais instituições filantrópicas, comandadas por diferentes ordens religiosas, uma parcela significativa da população brasileira teria ficado sem qualquer tipo de acesso aos serviços mais básicos de saúde.

Mesmo após a inclusão dos trabalhadores no Sistema de Saúde, em razão das conquistas alcançadas como resultado dos movimentos sindicais¹ e que foram ampliadas progressivamente, permaneceram, à margem do sistema, os trabalhadores informais, rurais, os pobres e os indigentes.

Formou-se, portanto, grande margem de excluídos, os quais somente em 1988, por meio da promulgação da Constituição Federal, foram abrangidos pela proteção de direito tão fundamental.

Essa nova Constituição, em consonância com seu caráter democrático e inclusivo, universalizou a garantia do direito à saúde, abrangendo todos os cidadãos brasileiros sob seu manto protetivo, de forma igualitária.

¹ Sobre essa questão nos aprofundaremos no Capítulo 3, quando trataremos das Políticas de Saúde no Brasil.

Indubitavelmente, uma mudança tão radical nos rumos da prática nacional, encontrou diversos óbices e dificuldades de aplicação, enfrentando uma séria de obstáculos que seriam paulatinamente superados.

Alguns autores alegaram o caráter meramente programático das normas constitucionais garantidoras de direitos sociais, e, por conseguinte, afirmaram que elas eram desprovidas de aplicabilidade imediata.

Travou-se, então, uma luta pela busca de sua efetividade, à qual pretende, em essência, que as normas constitucionais sejam consideradas como normas de aplicação imediata e nas quais se alcance, em maior grandeza, o direito que se está a garantir.

Desse modo, verifica-se a imperatividade das normas constitucionais, e com isso surge a necessidade de que tais direitos instituídos possam ser, por meio da jurisdição, assegurados contra as eventuais violações.

Todavia, os problemas e dificuldades surgidos com a universalização do direito à saúde deram-se para além da aplicabilidade imediata das normas constitucionais, ou mesmo de sua eficácia.

O custo estatal para assegurar as promessas constitucionais revelou-se maior do que os recursos disponíveis, e passamos a lidar com as contradições de um sistema que se pretende igualitário e abrangente, mas lida com limitações orçamentárias decisivas em sua implementação.

Colocam-se em choque não apenas o direito à saúde e à limitação orçamentária, mas, essencialmente, o direito à saúde de um cidadão, com o direito à saúde da generalidade de seus concidadãos.

A decisão, pelo aprofundamento no estudo de uma temática com a abrangência do direito à saúde, exige do pesquisador um direcionamento da investigação com adequado recorte do objeto, permitindo-lhe direcionar o foco da pesquisa, evitando

perder-se em questões que, apesar de relevantes, não contribuirão para o entendimento e esclarecimento do problema.

Nesse sentido, centramos nosso objeto de estudo, como poderá ser observado na leitura de todo o texto, na busca de conhecer os contornos constitucionais e as tendências jurisprudenciais do Supremo Tribunal Superior no que concerne ao direito à saúde, tendo como interesse verificar os fundamentos que têm sido utilizados para justificar decisões que custam dinheiro e que envolvem, na maior parte das vezes, o direito à saúde do indivíduo em contraposição ao direito à saúde de coletividade.

As contradições entre o modelo de Estado vigente pautado em uma política neoliberal e um texto constitucional de gênese social, estiveram no centro de toda a reflexão.

Em nosso processo de análise, na busca de solução para as nossas dúvidas, utilizamos como fundamentação teórica, o pensamento de Robert Alexy, pensador alemão, pioneiro no tratamento do princípio da proporcionalidade.

Partimos de seus conceitos, pressupostos e formulações teóricas, bem como de todo um corpo de conhecimentos construído por pensadores vinculados histórica ou conceitualmente ao Movimento da Reforma Sanitária no Brasil, para tentar responder às dúvidas, que nos instigavam, e que, apresentamos como questões norteadoras da investigação, quais sejam:

1. Existe compatibilidade entre os preceitos normativos relativos ao direito à saúde impressos na Constituição Federal e o modelo de Estado Neoliberal vigente no País?
2. A análise da jurisprudência brasileira, relativa ao direito à saúde, permite identificar uma tendência jurídico/teórica claramente delimitada?
3. A tendência ou signos indicativos de uma corrente, observada na análise da jurisprudência, é compatível com os princípios norteadores do SUS?

4. A tendência das decisões judiciais concernentes ao direito à saúde, prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, demonstra um respeito às ordens de prevalência dos princípios já realizadas pelo legislador e pelo gestor público?
5. Existem limites à aplicação da proporcionalidade, diante de conflitos entre direitos fundamentais, expressos na forma de princípios, como é o caso do direito à saúde?

A partir do objetivo a que inicialmente nos propusemos, desenvolvemos o trabalho tendo como metas a serem atingidas os seguintes objetivos específicos:

- apresentar as fases e faces do Estado de Economia Capitalista, tendo como ponto central da análise a Política de Saúde no Brasil;
- analisar as circunstâncias ensejadoras da crise do Estado de Bem-Estar Social;
- descrever, analiticamente, a trajetória histórica das Políticas de Saúde no Brasil;
- analisar o comportamento do Estado Neoliberal ante as políticas públicas de saúde;
- descrever o caráter democratizante e inclusivo da CF/88;
- apresentar o direito à saúde como Direito Fundamental;
- analisar o pensamento de Robert Alexy acerca dos Direitos Fundamentais como princípios;
- apresentar o Princípio da Proporcionalidade, definindo seus subprincípios: adequação, necessidade, ponderação ou proporcionalidade em sentido estrito;
- analisar a utilização da regra da proporcionalidade como solução para os conflitos envolvendo o direito à saúde;
- discutir os limites à utilização do princípio da proporcionalidade nas decisões judiciais envolvendo o direito à saúde;
- conhecer as tendências do Supremo Tribunal Federal nas decisões judiciais envolvendo o direito à saúde.

Na busca do alcance dos objetivos e na tentativa de responder às questões que nos inquietavam, realizamos uma pesquisa de natureza exploratória e descritiva, na qual, utilizando o raciocínio dialético e a análise de conteúdo, buscamos conhecer as tendências, teóricas e metodológicas, do Supremo Tribunal Federal, compreendendo, serem elas, representativas do pensamento jurídico brasileiro. Tínhamos como hipótese inicial a existência de uma tendência que pudesse ser identificada e organizada por meio de categorias de análise que emergissem do próprio discurso dos ministros em suas fundamentações.

A amostra se constituiu de decisões prolatadas pelo STF, no período de janeiro de 2000 a novembro de 2007, tendo como tema delimitador da busca a expressão “fornecimento de medicamentos”. A idéia inicial de fazer o levantamento utilizando as expressões “direito à vida” e “direito à saúde” teve que ser substituída pela expressão “fornecimento de medicamentos” já que a busca tornou-se impossibilitada em razão da sistemática utilizada pelo STF para a inserção das decisões no sistema, não permitir este tipo de consulta. Partimos do pressuposto que a expressão “fornecimento de medicamentos”, por sua natureza vinculativa ao direito à saúde, nos permitiria, como de fato aconteceu, captar as tendências relativas ao tema que procurávamos.

As decisões foram submetidas à várias leituras para um reconhecimento inicial da posição mais geral dos ministros em uma tentativa de visualizar uma possível tendência. A seguir buscamos identificar as unidades de significação² presentes nos textos e a partir delas estruturamos um corpo de categorias que foi utilizado para o processo de análise de tendência.

A inclusão de uma categoria como sendo representativa de tendência seguiu duas sistemáticas: a primeira foi a frequência de aparecimento nas diferentes decisões. Consideramos que a utilização de um conceito, concepção ou idéia, repetidas vezes, caracteriza uma concepção aceita como verdade por um determinado grupo; a

² Consideramos “unidades de significação” trechos do discurso que contivessem idéias acerca de algum conceito, concepção ou idéias caracterizadoras do pensamento do ministro relator, das quais pudéssemos extrair categorias de análise representativas de tendência.

segunda foi a força com que a idéia foi defendida pelo autor do texto e aceita pelos demais no acórdão. Não consideramos como tendência, posição isolada de um ministro e não encontrada em outras decisões posteriores. Nestes casos a decisão é analisada e apresentada como um pequeno sinal de insatisfação com a tendência atual, demonstrando que existe possibilidade de mudança de cenário.

Foram analisadas também, em caráter não exaustivo, e não incluídas na análise de tendência, decisões levantadas junto ao Superior Tribunal de Justiça e ações que resultaram em liminares a serem cumpridas pela Secretaria de Saúde do Estado do Espírito Santo, às quais serviram de base para as demais discussões relativas às questões norteadoras da investigação.

O trabalho foi organizado a partir da seguinte sistemática: na **Introdução** fizemos uma breve apresentação do tema sobre o qual desenvolvemos nossas reflexões, indicando as questões norteadoras da investigação, hipótese, objetivos e a forma como o trabalho está estruturado. No **capítulo 2** fizemos uma pequena incursão nas questões relativas ao **Estado de economia capitalista**, entendendo que não há possibilidade de compreender o direito à saúde sem conhecer um pouco sobre a relação entre a política de saúde e o Estado no qual ela está inserida. No **capítulo 3** aprofundamos um pouco mais a discussão sobre a **Política de saúde no Brasil**, fazendo um passeio histórico conciso, onde buscamos de maneira objetiva apresentar a forma como ela foi assumindo os contornos atuais. O **capítulo 4** é uma tentativa de apresentar a **saúde** à partir de suas compreensões conceituais seja na esfera dos sujeitos jurídicos seja na esfera daqueles com quem o direito dialoga, mas que não estão submetidos aos mesmos códigos lingüísticos. Nesse capítulo apresentamos a saúde enquanto direito público subjetivo e direito social fundamental e iniciamos a discussão sobre princípios e regras necessários para a compreensão da teoria de base de nosso estudo qual seja o pensamento do Robert Alexy. No **capítulo 5** enfrentamos a questão central do trabalho, qual seja, a teoria de base, sobre a qual repousam nossas inquietações e que acreditamos ser um caminho possível para os problemas que envolvem os conflitos na saúde. Ao abordar **as colisões de princípios e a regra da proporcionalidade** procuramos apresentar os fundamentos da metodologia proposta por Alexy, com vistas a uma possível aplicação em decisões judiciais, em casos envolvendo o direito à saúde. No

capítulo 6, tendo como base a teoria proposta como fundamento teórico e, o princípio, da separação dos poderes, trabalhamos a idéia de que, as **ordens de prevalência** já definidas pelo legislador e pelo gestor devem ser consideradas como limites à aplicação da proporcionalidade. No **capítulo 7**, núcleo central do trabalho, a análise efetuada com vistas a identificação de uma tendência no STF está apresentada. A técnica da análise de conteúdo e da construção de categorias que emergem do discurso dos ministros em suas decisões é vista em detalhes. As **escolhas do judiciário e as ordens de prevalência**, já fixadas pelo legislador e gestor, são submetidas a análise e aos confrontos necessários ao processo analítico. No **capítulo 8** procuramos apresentar algumas evidências de como a intervenção judicial na saúde pode conter **excessos e riscos** que podem ser minimizados pela aplicação da regra da proporcionalidade. Nas **considerações finais** buscamos sintetizar as reflexões realizadas no decorrer do trabalho bem como possibilitar uma visão global da problemática enfrentada e dos possíveis caminhos na busca da metodologia possível ao enfrentamento do problema da efetivação do direito à saúde no Brasil.

2 O ESTADO DE ECONOMIA CAPITALISTA E AS POLÍTICAS DE SAÚDE

2.1 INTRODUÇÃO

Qualquer tema que um pesquisador se proponha a investigar, independentemente da ciência à qual pertença, pressupõe compreensões que se colocam para além do conhecimento específico exigido pela ciência à qual está vinculado. A necessidade de compreender o problema a partir de uma percepção de sua inserção na macropolítica econômica, social e cultural, parece ainda mais indispensável, quando o pesquisador busca o esclarecimento de temáticas que tenham sua gênese nas ciências humanas e sociais.

Assumindo, *a priori*, a concepção que norteia nossa visão de mundo acerca do *status* que os Direitos Fundamentais possuem como conquistas do homem, em sua trajetória histórica, que passam a ser, assim, conquistas da humanidade, não passíveis de negociações ou retrocessos e, portanto, concepção não dogmática dos Direitos Fundamentais, indispensável se faz, ainda que de maneira sucinta, em razão dos limites teóricos e metodológicos desta pesquisa, apresentar uma visão geral, esquemática, que se deseja objetiva e didática dos diversos contornos assumidos pelo Estado de economia capitalista, buscando observar suas fases e faces, para, então, compreender o direito à saúde como objeto de estudo que nos propomos a investigar.

Aceitamos, assim, a impossibilidade de efetuar qualquer tipo de análise que contemple Direitos Sociais sem tentar entender o Estado, em especial o Estado Capitalista e suas metamorfoses que desembocam no modelo atual, caracterizado pela globalização em suas peculiaridades direcionadas para a construção de um Estado cada vez menor e, cada vez menos comprometido com as conquistas sociais que, de alguma maneira, possam limitar a flexibilidade do mercado sempre em expansão.

Não vemos razão para retroceder a análise aos primórdios do Estado, discutindo seus conceitos, classificações ou até mesmo seus principais teóricos. Não vemos,

nem mesmo, necessidade de descrever a gênese do Estado de economia capitalista o que poderia, a princípio, parecer conveniente, já que nos propomos a fazer uma análise das Políticas de Saúde, tendo como ponto de partida o entendimento de que a política só se efetiva dentro de um modelo de Estado e, em nosso caso, dentro dos Estados nascidos sob a égide do capitalismo. Não é esse, entretanto o nosso objetivo. Ao efetuar uma longa descrição da trajetória histórica do Estado, poderíamos perder o foco e a centralidade que nos move à investigação.

Também não nos propomos a fazer uma exposição segmentada, com os cortes históricos, tão necessários e esperados por aqueles que buscam as clássicas divisões que existiram e ainda perduram nos manuais que relatam a história em uma perspectiva meramente factual.

É necessária, entretanto, uma breve descrição sobre o conceito de Estado Capitalista³ como “[...] forma institucional do poder público em sua relação com a produção material” que é caracterizada por quatro determinações funcionais, segundo Offe e Ronge⁴

a) *A privatização da produção*: o poder público está estruturalmente *impedido* de organizar a produção material segundo seus próprios critérios ‘políticos’ [...]. b) *Dependência dos impostos*: o poder público depende, indiretamente, através de mecanismos do *sistema tributário*, do volume da acumulação privada. Cada detentor de posição de poder num Estado capitalista seria efetivamente por completo despojado do seu poder se um certo volume de acumulação e os ingressos daí decorrentes para o orçamento estatal [...] não lhe permitisse manifestar o seu poder também com meios materiais. c) *A acumulação como ponto de referência*: como o poder estatal depende do processo de acumulação capitalista, sem ser ele mesmo capaz de organizar esse processo, o interesse supremo e mais geral dos detentores do poder do Estado consiste em manter as condições de exteriorização de seu poder através da constituição de condições políticas que favoreçam o processo privado de acumulação [...]. d) *A legitimação democrática*: sob as condições do sistema de governo parlamentar-democrático, um agrupamento ou um partido político só consegue se apropriar do poder estatal quando encontra o apoio majoritário, através de eleições gerais (grifos do autor).

³ A expressão “Estado Capitalista” utilizada por Claus Offe será mantida apesar dos questionamentos quanto à utilização indevida dessa expressão, tendo em vista não haver um Estado Capitalista mas um Estado de Economia Capitalista.

⁴ OFFE, Claus; RONGE, Volker. Teses sobre a fundamentação do conceito de estado capitalista e sobre a pesquisa política de orientação materialista. In: OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1984. p. 123-124.

Feitas estas, tímidas, tentativas conceituais, basta, neste momento, um breve, mas analítico passeio pelos movimentos realizados e pelos emaranhados e contradições do capitalismo enquanto fundamento para a organização do Estado.

Deter-nos-emos, um pouco mais, no estudo do Estado já no final do século XIX, século XX e início do século XXI, tendo em vista as possibilidades maiores de articular, analiticamente, com as políticas sociais, notadamente a política de saúde para, então, melhor compreender o direito à saúde e as atuais tendências do Judiciário brasileiro, quando decide questões ligadas ao direito à vida e à saúde.

A decisão pelo recorte histórico está fundamentada no fato de que não há que se falar em Política de Saúde no Brasil em período anterior ao final do século XIX e início do século XX. As ações, até então implementadas eram de natureza pontual e direcionadas para a solução de problemas específicos. Não há uma Política de Saúde organizada de tal forma a permitir uma análise mais sistemática.

Para fins de exposição e na busca de uma maior clareza na compreensão da relação que se estabelece entre a Política de Saúde e o modelo de Estado vigente, optamos por utilizar a clássica divisão do Estado em suas três principais vertentes, quais sejam: Estado Liberal, Estado do Bem-Estar Social e Estado Neoliberal.

Em síntese esclarecedora, Boaventura⁵ coloca as características principais de cada um desses períodos:

[...] o primeiro período mostra já que o projecto sócio-cultural da modernidade é demasiado ambicioso e internamente contraditório. O segundo período cumpre algumas das promessas da modernidade e deixa outras por cumprir, enquanto procura, graças à uma política de hegemonia minimizar a extensão de seus fracassos e torná-los social e simbolicamente invisíveis. O terceiro período representa a consciência de uma situação com três características essenciais: primeiro, o que quer que a modernidade possa ter concretizado não é irreversível e, se não for excessivo, deve ser preservado, embora tal preservação não possa ser garantida nos termos propostos pela modernidade; segundo, as promessas ainda não cumpridas continuarão por cumprir enquanto o paradigma da modernidade dominar; e, finalmente, esse défice, além de ser irreversível, é muito maior do que se pensava no segundo período.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 139.

2.2 ESTADO LIBERAL

A proposta de discutir os diferentes modelos de Estado como ponto de partida para o estudo das Políticas de Saúde é, certamente, o caminho mais coerente a ser trilhado em um estudo desta natureza. Entretanto, em uma opção como esta, assume-se o risco de iniciar já com enfrentamentos de marcada dificuldade teórica. Desde o conceito mais elementar que encerra as noções ontológicas do que seja o Estado, até a mais tímida tentativa de definir liberalismo, para adentrar nos meandros do Estado Liberal, não há como fugir dos riscos inerentes ao processo. Correr riscos faz parte da caminhada de qualquer pesquisador que se arvora o direito ao título de mestre.

Antes de adentrar no Estado Liberal, propriamente dito, necessário situar um pouco a questão do liberalismo. Matteucci,⁶ ao falar da dificuldade de definir este termo, expressa um pouco esse sentimento:

A definição de liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos (G.De Ruggiero, M. Cranston) ou descobrir um Liberalismo 'ecumênico' (T.P.Neill), que não tem muito a ver com a história. A razão da inexistência de consenso quanto a uma definição comum, quer entre os historiadores quer entre os estudiosos de política, é devida a uma tríplice ordem de motivos.

Ao descrever essas três ordens, esse autor nos possibilita um panorama que pode ajudar a entender o que seja liberalismo, sem nos preocuparmos em escolher uma definição única e definitiva:

Em primeiro lugar, a história do Liberalismo acha-se intimamente ligada à história da democracia; é pois, difícil chegar a um consenso acerca do que existe de liberal e do que existe de democrático nas atuais democracias liberais [...]. Em segundo lugar, o Liberalismo se manifesta nos diferentes países em tempos históricos bastante diversos, conforme seu grau de desenvolvimento; daí ser difícil individuar, no plano sincrônico, o momento liberal capaz de unificar histórias diferentes. [...] Em terceiro lugar, nem é possível falar numa 'história-difusão' do Liberalismo [...] o Liberalismo defrontou-se com problemas políticos específicos, cuja solução determinou

⁶ MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 5. ed. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

sua fisionomia e definiu seus conteúdos, que muitas vezes são apenas uma variável secundária com relação à essência do Liberalismo.⁷

Surgindo juntamente com a própria noção de Estado Moderno, o Estado Liberal formou-se a partir do cercamento dos campos e sua conseqüente urbanização, com a ascensão de uma burguesia que, por meio do surgimento da indústria, acumula o capital necessário para tornar-se social e politicamente influente, numa sociedade até então dominada pela nobreza e pelo clero.

Enquanto classe que produz riqueza essencialmente por meio de sua liberdade de ação e liberdade de manipulação do mercado, a burguesia, e as Revoluções por ela engendradas, arquitetou e planejou um Estado cujas atribuições restringiam-se à promoção da segurança pública, e à não intervenção na esfera privada, assegurando as liberdades individuais frente ao próprio Estado.

Constrói-se um modelo de Estado que servia aos interesses e necessidades de um momento histórico específico, no qual a defesa e garantia dos direitos de liberdade constituíam uma conquista incomparável e inédita ante as opressões e limitações caprichosas dos antigos imperadores e dos soberanos absolutistas de então.

O Estado liberal tem, em sua gênese, o sentimento de que havia uma impossibilidade de compatibilizar o capitalismo, que já florescia e que se manifestava no poder econômico da burguesia que se encontrava em franca ascensão, com a continuidade da monarquia, ou melhor, com a continuidade de um governo que não se limitava e nem se subordinava à lei.

Marilena Chauí,⁸ comentando essa condição de insuficiência do regime monárquico em dar conta da burguesia em ascensão, destaca:

De fato, embora o capitalismo estivesse em vias de consolidação e o poderio econômico da burguesia fosse incontestado, o regime político permanecia monárquico e o poderio político e o prestígio social da nobreza, também permaneciam. Para enfrentá-los em igualdade de condições, a burguesia precisava de uma teoria que lhe desse uma legitimidade tão

⁷ MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 5. ed. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 686-687.

⁸ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 401.

grande ou maior do que o sangue e a hereditariedade davam à realeza e à nobreza.

Durante o desenvolvimento do trabalho, na medida em que discutirmos sobre a Política de Saúde dentro do Estado Liberal poderemos, compreender melhor como as concepções que se colocam como pano de fundo a sustentar a teoria que começava a ser gestada, para dar conta da nova estrutura social que se estabelecia e das “crenças” que dominavam os burgueses, irá influenciar na definição das Políticas de Saúde e nos sujeitos do direito à saúde.

Na realidade, denominar de “crenças” os sentimentos dos burgueses de que eram superiores aos nobres e aos pobres em razão do trabalho e, portanto, detentores de direitos, aos quais, os demais não se faziam merecedores, pode parecer reducionista, se considerarmos as bases teóricas do pensamento de Locke quanto à sua teoria da propriedade. Para ele, “[...] a propriedade já existe em estado de natureza e, sendo uma instituição anterior à sociedade, é um direito natural do indivíduo que não pode ser violado pelo Estado”.⁹

Tendo alcançado suas riquezas pelo trabalho, os burgueses olham para os nobres com menosprezo e consideram, não terem eles o direito às propriedades que detêm, já que nada fizeram para consegui-las, sendo, assim, parasitas da sociedade, não tendo, então, obrigação de sustentá-los com a força de seu trabalho. Dentro dessa mesma ótica, olham para os pobres com desprezo, porque os consideram preguiçosos ou perdulários, já que se encontram nessa condição por conta de suas próprias atitudes diante da vida. Acreditam, eles, que, todos nascem com direito à propriedade e que, pelo trabalho, todos têm a possibilidade de adquiri-la.

O burguês não se reconhece apenas como superior social e moralmente aos nobres, mas também como superior aos pobres. De fato, se Deus fez todos os homens iguais, se a todos deu a missão de trabalhar e a todos concedeu o direito à propriedade privada, então, os pobres, isto é, os trabalhadores que não conseguem tornar-se proprietários privados, são culpados por sua condição inferior. São pobres, não são proprietários e são obrigados a trabalhar para outros seja porque são perdulários, gastando o salário em vez acumulá-lo para adquirir propriedades, ou são preguiçosos e não trabalham o suficiente para conseguir uma propriedade.¹⁰

⁹ MELLO, Leonel Itaussu Almeida . John Locke e o individualismo liberal. *In*: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1991. p. 85.

¹⁰ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 401-402.

Nessa visão, é perfeitamente compreensível o fato de que, sob o Estado Liberal, vigente no Brasil no final do século XIX e início do século XX, a Política de Saúde considerasse absolutamente natural o critério de exclusão daqueles que estivessem fora do mercado de trabalho.

Na ausência de uma referência específica sobre a saúde, naquele momento histórico, fazemos uso de uma análise efetuada por Faleiros¹¹ sobre a pobreza e o trabalho, que pode, por analogia, nos levar a compreender a situação da saúde, já que está inserida no mesmo contexto. Referindo-se a uma Comissão formada na Grã-Bretanha, em 1832, para estudar a grave crise social que havia se abatido sobre a nação, esse autor critica a visão moralista de seus componentes que comparam pobres e ricos, acusando serem os primeiros imprevidentes, viverem na imoralidade enquanto os ricos, ou trabalhadores, sabiam conduzir suas coisas: “O indivíduo era julgado culpado de sua situação, legitimando-se essa ideologia por critérios morais, de uma moral natural. Como se o fato de existir pobres e ricos fosse um fenômeno natural e não o resultado do tipo de produção existente”.

Essa mesma lógica sustentou a exclusão dos não trabalhadores do acesso aos serviços de saúde durante a vigência do Estado Liberal no Brasil, situação que perdurou até 1988, quando a Constituição foi promulgada e o art. 196, do novo texto constitucional, prescreveu que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado”.

A exclusão de uma significativa parcela da sociedade dos direitos mínimos à saúde, ficando à mercê da caridade, por não estarem incluídos no mercado de trabalho, reflete a lógica liberal bastante perversa que estava na base do pensamento burguês de que quem não trabalha e não possui bens se encontra nessa condição em razão de sua própria opção, já que, potencialmente, todos têm acesso às mesmas condições e oportunidades.

Voltando, mais especificamente, para o entendimento do contexto histórico em que se desenvolveu o liberalismo, é possível nos situarmos nas condições e concepções que ensejaram muitas das mudanças que ocorreram e que assumiram o caráter de

¹¹ FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social no Estado Capitalista**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.p.13-14.

uma verdadeira revolução, com implicações na história humana em todas as suas áreas.

Um Estado fundado na razão/sonho iluminista, cujos contornos foram fixados por uma classe que não aceitava limitações para se desenvolver, permitiu o desenvolvimento da indústria a todo vapor, possibilitou sua rápida transformação e intenso crescimento econômico, todavia não foi capaz de promover uma sociedade mais igualitária e tampouco mais solidária, como enunciavam os motes emblemáticos da Revolução Francesa.

Em análise memorável sobre o Estado Liberal, Bonavides¹² enfrenta uma das questões mais problemáticas no estudo do tema, qual seja, a contradição doutrinária existente entre a associação do liberalismo com a idéia da democracia, na criação do chamado Estado Liberal-Democrático. Lembra, ele, que a Revolução tanto acolhe as idéias de Rousseau quanto as de Montesquieu e elas são, em si mesmas, contraditórias.

A contradição entre Rousseau e Montesquieu – contradição em que se esteia a doutrina liberal-democrática do primeiro estado jurídico – assenta no fato de Rousseau haver erigido como dogma a doutrina absoluta da soberania popular, com as características essenciais da inalienabilidade, imprescritibilidade e indivisibilidade, que se coaduna tão bem com o pensamento monista do poder, mas que colide com o pluralismo de Montesquieu e Constant, os quais abraçavam a tese de que os poderes deveriam ser divididos.

A grande discussão que se trava aqui e que Bonavides comenta, utilizando-se do pensamento de importantes estudiosos do assunto, é que liberalismo e democracia, a despeito de sua associação historicamente reconhecida, são essencialmente diferentes. Dando o devido crédito à Ortega y Gasset, em comentário de Lacambra, Bonavides¹³ transcreve que foi ele “[...] o primeiro a enxergar claro no meio do denso nevoeiro que envolvia aqueles dois princípios políticos, quando afirmou que o liberalismo era uma idéia aristocrática que nada tinha a ver com a democracia”.

¹² BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p. p. 52.

¹³ BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p. p. 54.

O entendimento dessas contradições inerentes a esse modelo de Estado poderá nos ajudar, posteriormente, na compreensão das incoerências percebidas na definição da Política de Saúde do Estado Liberal e do Estado Neoliberal que nos propomos a analisar.

Referenciando, mais uma vez, Lacambra, Bonavides¹⁴ reforça essa contradição “A relação dialética – atração e repulsão – de liberalismo e democracia, ou se se prefere, a tensão entre valores de liberdade e igualdade, constitui a essência do drama político de nossos dias”. Ainda que referindo-se à sua época, fala também para nós, hoje.

Em síntese bastante objetiva do embate teórico e político que se travou na Revolução Francesa, da qual emergiu uma nova classe social, Bonavides¹⁵ lembra:

Antes da Revolução Francesa tudo se explicava pelo binômio absolutismo-feudalidade, fruto de contradição já superada. Depois da Revolução, advém outro binômio, com a seguinte versão doutrinária: democracia-burguesia ou democracia-liberalismo. Antes, o político (o poder do rei) tinha ascendência sobre o econômico (o feudo). Depois, dá-se o inverso: é o econômico (a burguesia, o industrialismo) que inicialmente controla e dirige o político (a democracia), gerando uma das mais furiosas contradições do século XIX: a liberal-democracia.

Esse período foi marcado pela demonstração de que é possível haver riqueza abundante, sem que se elimine a pobreza extrema; de que a tecnologia pode avançar e se desenvolver como nunca esperado, sem que a maioria da população participe das melhorias que ela pode trazer.

Nota-se, portanto, que o Estado que se edificou tendo como base estruturante a razão foi tremendamente irrazoável ao lidar com os problemas humanos. Diferente não poderia ser a diretriz, se analisarmos as concepções fundantes daquele modelo de Estado.

Desse modo, uma crise de superprodução vivenciada nas décadas de 1920 e 1930, cujo marco histórico pode ser representado pela quebra da bolsa de Nova Iorque,

¹⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p.54

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. 230 p. 54-55.

evidenciou que a “mão invisível do mercado”¹⁶ não era capaz de lidar com as oscilações da economia e, ainda, que a busca do bem individual, não era capaz de promover o bem de todos.

O esgotamento de um projeto político pautado no capitalismo liberal, com as características até então vigentes e com as distorções e exclusões que lhe eram inerentes, era, portanto, previsível.

A situação de miséria vivenciada pela população, a crise econômica gerada pela quebra da bolsa de Nova Iorque e o surgimento de uma alternativa forte e viável ao capitalismo, apresentada pela Revolução Russa e intensificada pela formação da União Soviética (URSS), a qual incorporou diversos países da Europa Continental, fez surgir uma preocupação até então inexistente, qual seja, a de que o capitalismo fosse capaz de proporcionar alguma reciprocidade àqueles que também colaboram para a sua construção.

Estavam assim postas as condições para o nascimento de um novo paradigma de Estado que, desse conta, do sentimento de insegurança, do desemprego, das desigualdades sociais, da busca pelo tratamento igualitário. A grande massa de pessoas que se encontrava sem o acesso às condições básicas de vida e de dignidade foi o fermento necessário para que emergisse o movimento de luta por esta mudança.

O surgimento das teorias socialistas alimenta esse sentimento. Elas

[...] tomam o proletariado como sujeito político e histórico e procuram figurar uma nova sociedade e uma nova política na qual a exploração dos trabalhadores, a dominação política a que estão submetidos e as exclusões sociais e culturais a que são forçados deixem de existir. Porque seu sujeito político são os trabalhadores, estas teorias políticas tendem a figurar a sociedade futura como igualitária, feita de abundância, justiça e felicidade. Como percebem a cumplicidade entre o Estado e a classe economicamente dominante, julgam que a existência do primeiro se deve apenas às necessidades econômicas da burguesia e por isso afirmam que, na sociedade futura, quando não haverá divisão social de classes nem desigualdades, a política não dependerá do Estado.¹⁷

¹⁶ Expressão cunhada por Adam Smith e incorporada ao vocabulário de estudiosos do tema.

¹⁷ CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999. p. 406.

Esse emaranhado, complexo, de causas e de condições determinantes não ocorreu em um momento específico da História que possa ser situado em um tempo determinado. Elas foram surgindo e se conformando nas transformações que iam acontecendo no mundo da vida social e política das nações. Em alguns países mais cedo e em outros mais tarde, mas avançando célere e, finalmente, emergindo com força na confluência de alguns fenômenos de maior peso transformador, como a Revolução Russa em 1917 e a queda da bolsa de Nova Iorque em 1929.

2.3 ESTADO DE BEM ESTAR SOCIAL (*WELFARE STATE*)

Assim, aterrorizado pela ameaça socialista e ante a real impossibilidade de que o mercado se auto-regulasse e superasse a crise que se apresentava, uma nova forma de gerenciamento do Estado foi sendo criada, baseada na busca da promoção do bem-estar da população.

Poucos autores analisam esse período da História e os movimentos que o fomentaram com a lucidez e clareza de Eric Hobsbawm¹⁸ que, destacando as contradições e embates entre o capitalismo e o socialismo, assim se pronuncia:

Uma das ironias deste estranho século é que o resultado mais duradouro da Revolução de Outubro, cujo objetivo era a derrubada global do capitalismo, foi salvar seu antagonista, tanto na guerra quanto na paz, fornecendo-lhe o incentivo – o medo – para transformar-se após a Segunda Guerra Mundial e, ao estabelecer a popularidade do planejamento econômico, oferecendo-lhe alguns procedimentos para a sua reforma.

Entender o Estado de Bem-Estar Social não é, a nosso ver, exclusivamente conhecer as teorias sociais que o sustentam, apesar de serem elas fundamentais, mas, sobretudo, compreender os complicados meandros da História que aconteceram entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX, tendo como pano de fundo o capitalismo. A obra de Hobsbawm, que acabamos de

¹⁸ HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 17.

referenciar, é documento indispensável de leitura para aqueles que pretendem compreender um momento histórico que, apesar de breve, se considerarmos comparativamente com outros, é, em essência, um dos mais relevantes e ricos períodos da história humana.

Nele aconteceram fenômenos que mudaram radicalmente os rumos da História e influenciaram a humanidade, como a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, a quebra da bolsa de Nova Iorque e outros fatos aos quais já nos referimos.

Boaventura de Sousa Santos,¹⁹ em análise sobre o panorama jurídico e político do momento histórico em que o Estado de Bem-Estar Social surge, bem como sobre as mudanças que se processaram a partir de então, lembra:

Nestas condições, a distinção entre Estado e sociedade civil iria sofrer um processo de transformação gradual, que começou por deslocar sucessivas da linha de demarcação e que acabou por esbater totalmente a distinção, com implicações decisivas no campo jurídico que se continuam a repercutir até hoje. Duas evoluções diferentes, mas convergentes, incentivaram este processo. A primeira foi a necessidade de uma gestão econômica pública imposta pela crescente complexidade da economia capitalista [...]. A segunda transformação foi o reconhecimento político das externalidades sociais do desenvolvimento capitalista – a politização de algumas dimensões da ‘questão social’ – reconhecimento resultante da expansão do processo político desencadeado pela extensão do direito de voto aos trabalhadores e pela emergência de poderosos partidos operários.

Coloca-se no centro do debate que o capitalismo havia alcançado seu apogeu no Estado Liberal e se encontrava agora tendo seus principais pilares colocados em xeque, pela crise social instalada no mundo em razão das desigualdades inerentes ao capitalismo, com seus fossos, aparentemente intransponíveis, entre aqueles que nada possuíam e aqueles que acumulavam riquezas desproporcionais; entre aqueles que não tinham qualquer poder e aqueles que, pelo fator econômico, detinham todo o poder.

Inegável é o virtuosismo capitalista do Estado Liberal como gerador de riquezas. Inegáveis os avanços técnicos e científicos alcançados. Inegável, entretanto, a incapacidade deste modelo como gerador de justiça social.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007. p. 147-148.

O Estado de Bem-Estar Social é, assim, a tentativa de reversão desse modelo e de correção de rumos com vistas à ampliação dos direitos individuais e sociais. A mudança não vem como uma correção de rota em razão da crença moral e política de ser esse o único caminho justo e moralmente aceitável. O que está em jogo é a própria sobrevivência do capitalismo que se encontrava aqui, com fragilidades tais, que se questionava sua capacidade de manter-se.

Ingenuidade pensar que qualquer mudança dessa natureza possa vir por virtuosismo daqueles que controlam o Estado, ou detêm o poder e as riquezas. A solidariedade humana não é uma característica natural. Ela é, quase sempre, uma sofrida construção ou imposição das contingências sociais, políticas e econômicas.

No caso em tela, o capitalismo encontrava-se fragilizado, pela pressão da grande massa de despossuídos e excluídos de qualquer forma de poder ou liberdade real/substancial. O Estado de Bem-Estar Social não nasce, portanto, da consciência de sua necessidade moral, mas da percepção de seu caráter de irreversibilidade política e social.

A idéia e prática da *democracia* pressupõe, obviamente, a idéia e prática da *liberdade*, estendendo esta a todos os segmentos sociais, ao invés de sua restrita abrangência as elites sócio-econômicas e políticas (como formulado no liberalismo originário). Nesta medida, não se trata apenas da liberdade formal, mas da liberdade substancial, que supõe a agregação e prática da idéia de *igualdade*. Por esta razão, o advento da noção de democracia, característica da segunda metade do século XIX, coincide com a prática da afirmação do trabalho e do emprego, por meio das organizações sindicais de trabalhadores e dos partidos de formação popular (grifo do autor)²⁰.

Uma mudança de rumo, como a vivenciada na transição entre o Estado Liberal e o Estado de Bem-Estar Social, pode ser analisada sob vários prismas. Alguns, como veremos a seguir, efetuam suas análises sobre o prisma político e outros sobre o prisma ideológico. Tendo como entendimento que essas duas questões estão interligadas, faremos a discussão em conjunto, procurando nos concentrar no entendimento mais genérico das causas ensejadoras do *Welfare State*.

²⁰ DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar social no capitalismo contemporâneo. In: _____ (Org.). **O Estado de Bem-Estar Social no século XXI**. São Paulo: LTr, 2007. 200 p.

Referenciando Marshall, Regonini²¹, afirma ser possível identificar três fases na história política das sociedades industriais, objetivando entender a ampliação e fortalecimento das políticas assistenciais do novo modelo:

A primeira (ao redor do século XVIII) domina-a a luta pela conquista dos direitos civis (liberdade de pensamento, de expressão...); a fase seguinte (ao redor do século XIX) tem como centro a reivindicação dos direitos políticos (de organização, de propaganda, de voto...) e culmina com o sufrágio universal. É precisamente o desenvolvimento da democracia e o aumento do poder político das organizações operárias que dão origem à terceira fase, caracterizada pelo problema dos direitos sociais, cujo acatamento é considerado como pré-requisito para a consecução da plena participação política. O direito à instrução desempenha historicamente a função de ponte entre os direitos políticos e os direitos sociais: o atingimento de um nível mínimo de escolarização torna-se um direito-dever intimamente ligado ao exercício da cidadania política.

A fim de responder a uma nova demanda por maiores níveis de igualdade e segurança, buscou-se limitar a ação desenfreada do capital, remanejando a tensão de forças entre capital e trabalho, de forma que os custos sociais do crescimento econômico não estivessem sempre pendentes sobre a classe que participava essencialmente na sua constituição.

O fiel da balança passa a ser o Estado que se coloca como o mediador dessas forças que viveram historicamente em choque e que, a partir de sua intervenção podem encontrar uma alternativa viável para que o crescimento econômico seja alçando com a participação democrática das classes anteriormente excluídas. Nos dizeres de Suely Maria Ribeiro Leal:²²

O compromisso da democracia capitalista só se viabiliza na medida em que o Estado passa a harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia, fornecendo as bases técnicas para a realização desse compromisso, e o suporte político, de modo a possibilitar que as instâncias político-partidárias exerçam a ação democrática.

²¹ REGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 5. ed. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 417.

²² LEAL, Suely Maria Ribeiro. **A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social: Neoliberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho**. São Paulo: UNICAMP/NEPP, 1990. 30 p. (Coleção Cadernos de Pesquisa n. 13). p. 5.

Podemos concluir que essa mudança de enfoque parte do entendimento de que o homem é mais do que a propriedade, necessitando da proteção de certos bens que, apesar de poderem e dever ser materializados, possuem dimensão essencialmente imaterial, como é o caso da igualdade, da saúde e da educação.

Tendo como um dos principais pensadores John Maynard Keynes, a base teórica do Estado de Bem-Estar Social consiste num crescimento do papel do Estado, o qual passa a atuar como gestor capaz de regulamentar a economia enquanto promove o bem-estar da sociedade.

Não há como omitir que a grande preocupação de Keynes sempre foi construir um capitalismo que fosse democrático. Gilberto Dupas²³ assim se refere ao movimento por ele idealizado:

De fato, o keynesianismo manteve, desde o pós-guerra, a expectativa de que o Estado poderia harmonizar a propriedade privada dos meios de produção com a gestão democrática da economia. Ele acabou fornecendo as bases para um compromisso de classe, ao oferecer aos partidos políticos representantes dos trabalhadores uma justificativa para exercer o governo em sociedades capitalistas, abraçando as metas de pleno emprego e da redistribuição de renda a favor do consumo popular. O Estado, provedor de serviços sociais e regulador de mercado, tornava-se mediador das relações – e dos conflitos – sociais.

Feitas essas incursões iniciais sobre o pensamento de Keynes e tomando como base as idéias, até então inseridas, podemos concluir que o Estado de Bem-Estar Social, também chamado de Estado Assistencial, reflete uma concepção de Estado que se preocupa com o cidadão, não como sujeito necessitado de sua intervenção caritativa, mas como sujeito de direito, alguém que deve ser atendido em suas necessidades básicas de saúde, educação, alimentação, habitação e outras.

Reforça nossa posição a definição apresentada por Regonine,²⁴ ao afirmar: “Na realidade, o que distingue o Estado assistencial de outros tipos de Estado não é

²³ DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 225.

²⁴ REGONINE, Gloria. Estado do Bem-Estar. *In*: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 5. ed. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. p. 416.

tanto a intervenção direta das estruturas públicas na melhoria do nível de vida da população quanto o fato de que tal ação é reivindicada como um direito”.

Conforme já dissemos, apesar de sempre ser referenciado como tendo seu início demarcado por fenômenos como a queda da bolsa de Nova Iorque, pelos reflexos da Primeira e da Segunda Guerra Mundial e por outros fatores, o Estado de Bem-Estar Social está intimamente vinculado à relação entre capitalismo e socialismo e à possibilidade concreta de ascensão de um Estado Socialista que se visualizava como possível a partir de 1917, com a Revolução Russa. É mais uma vez Eric Hobsbawm²⁵ quem nos lembra que:

Fomos todos marcados por ela, por exemplo, na medida em que nos habituamos a pensar na moderna economia industrial em termos de opostos binários, ‘capitalismo’ e ‘socialismo’ como alternativas mutuamente excludentes, uma identificada com economias organizadas com base no modelo da URSS, a outra com todo o restante. Agora já deve estar ficando evidente que essa oposição era uma construção arbitrária e em certa medida artificial, que só pode ser entendida como parte de determinado contexto histórico.

Foi certamente o medo do avanço comunista, com sua política socialista, que deu forças renovadas para que o capitalismo retomasse seu lugar como alternativa viável. Foi necessário, entretanto, que esse “novo” capitalismo se revestisse com uma roupagem mais social.

A maioria dos observadores concorda que seu efeito foi: a) um boom econômico amplo e sem precedentes, que favoreceu todas as economias capitalistas avançadas e b) a transformação do padrão de conflito industrial e de classe numa forma que se afasta cada vez mais do radicalismo político, e até mesmo revolucionário, e que conduz a um conflito de classe economicista, centrado na distribuição e crescentemente institucionalizado. Subjacente a esse desenvolvimento, que se constituiu numa mudança formidável quando comparado com a dinâmica do sistema capitalista mundial durante a década de vinte e de trinta, está um compromisso ou ‘acordo’ de classe politicamente instituído [...].²⁶

²⁵ HOBBSAWM, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 14.

²⁶ OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado capitalista**. Rio de Janeiro: Templo Brasileiro, 1984. p. 372.

2.4 ESTADO NEOLIBERAL

As metamorfoses pelas quais passa o Estado Capitalista, às quais já nos referimos ao falar do Estado Liberal e Social, têm no Estado Neoliberal sua face mais perversa, na medida em que se apresenta como uma contradição em termos.

Ao mesmo tempo em que deixa aflorar um sentimento coletivo de crescimento e desenvolvimento dando a todos uma falsa ilusão de melhoria da qualidade de vida do homem, deixa, à margem da sociedade, um número cada vez maior de indivíduos sem as condições mínimas necessárias à garantia de uma existência digna, a qual sempre se constituiu como preocupação do Estado Social.

Essa contradição do Estado Neoliberal que, ao mesmo tempo em que adota políticas de redução de Direitos Fundamentais, se afirma defensor de um Estado democrático, é em si mesma uma demonstração dos paradoxos de um capitalismo sem reciprocidade.

Em síntese, um Estado que se enuncia formalmente garantidor de direitos fundamentais, mas se mostra incapaz de efetivá-los no campo material, reduzindo cada vez mais sua responsabilidade na construção de uma sociedade mais inclusiva, solidária, justa e democrática.

Esta posição de redução do *quantum* democrático, como resultado da economia neoliberal, é uma realidade incontestável e que pode ser observada quando se analisam, por exemplo, as perdas vivenciadas na área da seguridade social no Brasil das últimas décadas.

Corroborando essa posição, Ana Paula de Barcellos²⁷ afirma:

²⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das Políticas Públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, p. 17-54, jul./set. 2006. p. 26.

Sem o respeito a um conjunto básico de direitos fundamentais, os indivíduos simplesmente não têm condições de exercer sua liberdade de participar conscientemente do processo político democrático e do diálogo no espaço público. Em outras palavras, o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna.

O afloramento do Estado Neoliberal, ou “construção econômica da hegemonia ultraliberal”²⁸ não pode ser estudado desatrelado do intenso processo de globalização que se colocou em andamento na segunda metade do século XX e que influenciou visceralmente a conformação desta nova/velha face do liberalismo econômico.

A Política de Saúde no Brasil, gestada em meio a esse processo, mas ainda sob as bases do antigo modelo, qual seja, dos ideais de um Estado voltado para a questão social, sofre com as contradições de ter sido forjada com bases sociais, tendo que ser executada sob a égide do novo modelo, essencialmente liberal ou liberal em sua expressão máxima, o neoliberalismo.

Antes de adentrarmos nos meandros do neoliberalismo e nas conseqüências dele para as políticas públicas, é necessário compreender que os fenômenos políticos, econômicos e sociais que desencadearam a chamada crise dos anos 70 serviram de base para sua configuração na formatação atual.

A crise do petróleo é, sem sombra de dúvidas, o fenômeno mais marcante desse processo. O aumento do preço do petróleo em níveis estratosféricos, fazendo uma curva ascendentemente verticalizada, associado a outros fenômenos, como o fim da guerra fria entre os EUA e a União Soviética, o recrudescimento dos sindicatos, a ascensão ao poder de políticos de formação ultraliberal, como Margaret Thatcher, Ronald Regam e Helmut Kohl, são marcos históricos conhecidos como determinantes na definição dos rumos da política econômica.

²⁸ Expressão utilizada por Delgado, no livro: DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2005. p. 111.

Referindo-se ao papel decisivo desses dirigentes na consolidação do novo modelo, Maurício Godinho Delgado ²⁹ afirma:

Neste processo de construção hegemônica tiveram papel fundamental as vitórias político-eleitorais de dois líderes radicais e agressivos do neoliberalismo, Margareth Thatcher (1979) e Ronald Reagan (1980), nos dois países-chave de sistema financeiro mundial e da cultura mais assumidamente capitalista do globo, a de língua inglesa. A estes dois eventos políticos decisivos para o novo projeto hegemônico, somou-se a ascensão imediatamente seguinte do líder conservador alemão Helmut Kohl (1982), no país que tinha, à época, a economia mais forte da Europa e o Banco Central mais ortodoxo.

Ao destacar o longo período de permanência desses líderes no comando das políticas de seus países,³⁰ esse autor destaca não apenas sua importância pessoal, com suas firmes posições ultraliberais, mas também a importância das nações por eles governadas, as quais despontavam como as economias mais importantes e proeminentes no mundo ocidental de então.

Não há como ignorar as influências políticas e culturais que os EUA, a Inglaterra e a Alemanha sempre tiveram como nações sobre todos os demais países do mundo.

Referindo-se à esta influência, Delgado ³¹ lembra:

Esse simultâneo controle político de Estados-chave do capitalismo ocidental, por um substantivo espaço de tempo, permitiu a sedimentação e generalização da influência de tal pensamento econômico, com seus reflexos políticos e culturais. A articulação concentrada desses Estados líderes do sistema capitalista mundial, viabilizando a atuação também concertada das mais importantes agências oficiais nacionais e internacionais de índole econômica, gerando um caldo cultural uniforme para os meios de comunicação de massa em todo o Ocidente, tudo conduziu à construção de sólida hegemonia da matriz teórica contraposta ao Welfare State.

Cabe considerar, entretanto, que apesar da uniformidade de posições neoliberalizantes desses países e de suas teses comuns que parecem compor uma doutrina no novo modelo de Estado, a vivência da crise desencadeada na década de

²⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005. p. 104.

³⁰ Margaret Thatcher governou a Inglaterra de 1979 a 1990; Ronald Reagan, os EUA de 1980 a 1988; e Helmut Kohl, a Alemanha de 1982 a 1998.

³¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005. p. 105.

70 se apresenta de maneira diferenciada em cada um deles e, sobretudo, nos países em desenvolvimento.

Com relação à essa diferenciação, Faleiros³² destaca:

A crise, no entanto, é diferente na Europa, nos Estados Unidos e nos países periféricos e, predomina a hegemonia mundial dos Estados Unidos onde há mais oferta de emprego, ainda que precários e mal pagos, e menos proteção social, enquanto na Europa há muito desemprego e mais proteção social. Nos países periféricos, com pouca oferta de emprego, e mínima proteção social, a crise se condensa num processo perverso de fabricação da miséria, tanto pela redução do Estado como pela recessão econômica imposta para pagamento de impostos da dívida e obtenção de superávits nas exportações. Na correlação de forças do final dos anos 90 há um claro predomínio da hegemonia norte-americana no mundo e uma legitimação de sua política de desproteção social.

Para facilitar a visualização das distinções entre os países como resultado desse processo de crise, utilizamos o seguinte esquema:

EUA – aumenta a oferta de emprego e reduz a proteção social

EUROPA – aumento do desemprego e aumento da proteção social

PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO – aumento do desemprego e redução da proteção social

Alguns propósitos estão, entretanto, na base do projeto neoliberal, quais sejam:

- reestruturação do sistema de Bem-Estar Social;
- redução do papel do Estado;
- redução dos direitos sociais com transferência de renda dos mais pobres para os mais ricos;
- privatização das empresas estatais.

O aumento dos índices de desemprego é consequência inevitável da política adotada e amplia ainda mais o fosso que afasta o indivíduo dos direitos sociais e, em especial, do direito à saúde.

³² FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social no Estado Capitalista**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 191.

“Não é mais o fantasma do comunismo que ronda o mundo, como bem lembrava Marx no século XIX, mas o fantasma do neoliberalismo”.³³

A partir do momento inicial de crise que revoluciona o planeta e provoca mudanças nunca dantes imaginadas e que se processam em uma velocidade inconcebível nos períodos históricos precedentes, o mundo passa a sofrer, como um todo, os reflexos não apenas do novo modelo econômico, mas, sobretudo, do processo de globalização e mundialização do capital financeiro, que se instala e muda a face das relações políticas.

Merece destaque, no entendimento desse processo liberalizante, a revolução tecnológica e, em especial, a expansão do uso da internet. A redução das distâncias, seja pela facilidade do transporte aéreo, seja pelo uso dos meios de comunicação, como a televisão, e a ampliação e barateamento das redes de telefonia, fez com que o mundo se tornasse aparentemente menor e a mobilização entre as pessoas, mais intensa, minimizando os impactos que as distâncias podem ter nas relações entre os povos, suas economias e suas políticas.

Essa imensa e imperceptível teia de relações que vão se formando, reduzindo não apenas as distâncias geográficas, mas, sobretudo, culturais, políticas e econômicas coloca, muitas vezes, em risco a idéia de soberania e culturas, chegando até a interferir no próprio *modus* de vida e nas necessidades das pessoas.

Essa compreensão é necessária para o entendimento dos reflexos que esse novo modelo de Estado trouxe à construção das políticas sociais nos países da América Latina, em especial ao Brasil.

A grande questão que se coloca e que deve ser objeto de aprofundamento que nos permita compreender como esse processo interfere na produção e mudanças nas políticas de saúde em nosso país é, sem sombra de dúvidas, a perda sistemática e progressiva da percepção crítica dos indivíduos, que os leva a valorizar as aparentes conquistas e avanços do processo de globalização, sem perceber as perdas que vão

³³ FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social no Estado capitalista**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 195.

sendo acumuladas dentre as conquistas históricas alcançadas no período do *Welfare State*.

O surpreendente em tudo isso, entretanto, não é a eficácia com que a propaganda vai construindo um novo senso-comum, mas a facilidade com que ele imobiliza intelectualmente uma esquerda política que vem demonstrando grande dificuldade para redefinir seu papel e seu projeto como oposição ao liberal-conservadorismo.³⁴

O enfraquecimento do poder dos sindicatos e dos trabalhadores com a conseqüente utilização dessa situação pelos capitalistas, para impor a privatização, deve ser compreendido.

Em crítica magistral ao capitalismo neoliberal e à globalização econômica Paulo Bonavides afirma:³⁵

Se o Capitalismo Industrial desencadeou no Ocidente com extrema agudeza a luta de classes e, ao mesmo tempo, se converteu em atroz inimigo dos direitos sociais, cuja inserção no texto das Constituições não afiançou a estes uma proteção jurisdicional do mesmo grau de eficácia daquela conferida aos direitos civis e políticos, os chamados direitos da primeira geração ou do *status negativus*, o Capitalismo Financeiro, que o sucedeu, tem outro semblante, outra ideologia de teor mais refinado nas formas de opressão, outro argumento de poder que se dissimula em teses do Neoliberalismo e da globalização.

A partir da década de 1970, um conjunto de fatores começa a surgir e ser articulado na destruição das políticas vigentes no mundo ocidental, desde o pós-guerra, as quais promoveram, durante décadas, um período de prosperidade e crescimento econômico que logrou ser alcançado com um concomitante florescimento da preocupação social.

Assim, ante a dificuldade encontrada pelas lideranças em encontrar alternativas rápidas à crise econômica sem precedentes vivenciada naqueles dias, retomou-se a teoria liberal, intensificada, contudo, a extremos que têm gerado, ainda hoje, conseqüências trágicas ao mundo, especialmente, aos países em desenvolvimento, que sequer haviam conquistado as bases mínimas de um Estado de Bem-Estar Social.

³⁴ FIORE, José Luís. **Os moedeiros falsos**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. p. 34.

³⁵ BONAVIDES, Paulo. Dos direitos fundamentais e a globalização. In: LEITE, George Salomão (Org). **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.177-178.

Conforme já referido, a compreensão das Políticas Públicas de Saúde passa, necessariamente, pela compreensão da relação que se estabelece entre o Estado e a sociedade.

Na realidade, a partir da criação do Estado moderno e do abandono das formas pré-capitalistas de produção, não há mais como ignorar o modo como essa relação passa a se estabelecer. A relação existente entre Público e Privado se modifica, intensificando a separação entre eles.

Bresser Pereira³⁶ lembra que:

Quando essa separação torna-se clara, o primeiro problema que surge é o da construção e consolidação do Estado nacional ante uma sociedade fragmentada e oligárquica. Esta foi uma luta que durou séculos na Europa, e nos países em desenvolvimento só terminou neste século.

³⁶ BRESSER PEREIRA, L. C. Sociedade Civil: sua democratização para a reforma do Estado. *In*: BRESSER PEREIRA, L. C.; WILHEIM, J.; SOLA, L. (Org). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999. p. 67.

3 AS POLÍTICAS DE SAÚDE NO BRASIL: CONHECENDO O PASSADO PARA COMPREENDER O PRESENTE

3.1 COMEÇANDO A ARTICULAR O MODELO DE ESTADO E POLÍTICAS DE SAÚDE

Como Política Pública, o SUS representa um avanço de dimensões estratosféricas, se comparado com tudo que já vivemos no Brasil e no mundo, relacionado com a saúde como direito.

A forma como os serviços de saúde, se organizam, reflete as concepções políticas que estão na base do pensamento do que é o Estado, sendo, portanto, em si mesmas reflexões de um modelo teórico que sustenta a práxis.

Não sendo possível discutir, sem um exaustivo delineamento, a situação de saúde no Brasil no século XIX e anteriores, o que tomaria um tempo superior aos limites impostos por esta pesquisa e considerando não serem essas informações indispensáveis ao processo de análise aqui proposto, decidimos tomar, como marco inicial para efeito expositivo e analítico, as Políticas de Saúde final do século XIX e início do século XX.

A atuação do Estado, no que respeita à saúde, nessa fase, esteve direcionada a sustentar uma economia fundada na produção agrícola que dava seus primeiros passos na busca de tornar-se um país exportador.

Não há que se falar aqui em modelo de saúde direcionado para a garantia de direitos sociais. Não há nem mesmo evidências de que houvesse, por parte do Estado, uma política de saúde claramente delineada. O que se coloca como prioridade, no setor saúde, nesta fase, é a garantia mínima das condições necessárias para a manutenção do projeto político-econômico voltado para as exportações.

Tudo que, de alguma forma, interferisse negativamente nas exportações brasileiras e na relação do país com as outras nações do mundo, deveria ser objeto de intervenção e controle do poder público. Neste sentido, as ações voltadas para o controle de doenças em geral e de epidemias em particular, era objeto de uma possível intervenção do poder público.

Madel Luz,³⁷ em um dos mais importantes e completos estudos sobre as instituições médicas no Brasil, afirma que

[...] até a década de 20 não se observa uma clara definição de política de Saúde por parte do Estado. Verifica-se a preocupação com uma ou outra enfermidade, principalmente, embora não exclusivamente, com aquelas que atingem a própria capital federal, do que são exemplos a febre amarela, a gripe espanhola no início do século e os surtos epidêmicos dos anos de 1928 e 1929, que mobilizaram os setores governamentais visando ao seu controle. Sintomática preocupação, esta que procura resguardar da doença a sede de poder de Estado.

Chama a atenção, nesse contexto, que, a despeito de haver uma condição sanitária bastante gravosa, caracterizada por epidemias diversas, tais como, tuberculose, malária, varíola, cólera, febre amarela, dentre outras, não havia uma política de saúde de abrangência nacional voltada para a melhoria das condições de saúde da população.

Como a preocupação do Estado estava direcionada para a manutenção e ampliação de sua política econômica de exportação da produção agrícola, em especial do café e da cana-de-açúcar, todas as ações sanitárias pareciam se concentrar na luta pelo controle das doenças que, de alguma forma, pudessem interferir negativamente em sua política de exportação.

Ainda que não seja possível falar em uma Política de Saúde, estruturalmente delineada no período da Primeira República (1889-1930), como já dissemos, há que se considerar a importância histórica desse período na gênese do movimento sanitário brasileiro.

³⁷ LUZ, Madel Therezinha. **As instituições médicas no Brasil**: instituição e estratégia de hegemonia. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 56.

As questões ligadas ao Direito à saúde/direito sanitário³⁸ estão aqui muito distantes daquelas com as quais nos deparamos na atualidade e que se dirigem para a busca de garantir que o Estado assuma ações voltadas para a manutenção da saúde individual.

Em razão da necessidade de intervenção do Estado na esfera privada, com o objetivo de evitar os riscos inerentes à disseminação de doenças epidêmicas, que pudessem comprometer sua política de exportação, o que está em discussão é o poder do Estado de imiscuir-se nas questões de higiene da população.

Não encontramos, nessa fase, portanto, discussões relacionadas com o dever do Estado de garantir saúde e com o direito do cidadão de exigir do Estado ações nesse sentido. O que se discute é o poder intervencionista do Estado, e em que medida esse poder pode ser exercido.

Sanitaristas de reconhecimento nacional, como Oswaldo Cruz e Carlos Chagas, protagonizaram esse modelo intervencionista do Estado na esfera privada, tendo levantado questionamentos jurídicos relevantes, especialmente vinculados ao poder que o Estado possui de promover vacinações obrigatórias da população e controle sanitário de alimentos, indústrias, comércio, portos e fronteiras.

Vecina Neto, Marques e Figueiredo,³⁹ destacando o caráter intervencionista do modelo hegemônico da saúde vigente nessa época, denominado de modelo sanitário campanhista, afirmam:

Os Arquivos de Higiene e Saúde Pública, na sua seção 'Jurisprudência, Doutrina e Legislação Sanitária' publicou em número de 1939, entre outros assuntos relativos ao tema, algumas questões que caracterizam as ações relacionadas ao controle sanitário levado a cabo pelo Estado neste período e no anterior. Estas ações de intervenção através de um aparato jurídico sanitário que conferia poder de polícia às autoridades sanitárias, têm sido referido como um dos responsáveis pelo imaginário coletivo de 'autoritarismo e coerção' que por décadas a vigilância sanitária carregou.

³⁸ A distinção conceitual entre as expressões "direito à saúde" e "direito sanitário" não será objeto de aprofundamento neste trabalho.

³⁹ VECINA NETO, Gonzalo; MARQUES, Maria Cristina da Costa; FIGUEIREDO, Ana Maria. *In*: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa, *et al.* **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 694-695.

Iniciam-se aqui as discussões sobre o conflito entre Direito individual e Direito coletivo.

3.2 O MOVIMENTO DA REFORMA SANITÁRIA

Nenhum outro momento histórico é tão representativo da luta por uma política de saúde capaz de representar os ideais de democracia e inclusão social do que aquele, vivenciado, no Brasil, em meados dos anos 80, denominado Movimento da Reforma Sanitária, cujos ideais tivemos a oportunidade de ver consolidados, já no final da década, com a promulgação da Constituição de 88, que incorporou as principais teses por ele defendidas.

Ainda que buscando o distanciamento necessário ao pesquisador que se coloca à frente de uma investigação, não há como negar que o fato de ter participado⁴⁰ do movimento da Reforma Sanitária influencia o processo de análise. Dentro da vertente metodológica à qual nos filiamos, na qual o pesquisador pode participar como observador privilegiado, e considerando que a neutralidade científica é, em si mesma, um mito a ser quebrado, entendemos não ser essa uma questão impeditiva ao processo analítico.

Apesar de não haver um momento histórico que possa ser apontado como sendo o desencadeador do movimento, há que se considerar que a luta pelo fim da ditadura militar, expressa no processo político de busca democrática representado pelo movimento das “Diretas Já”, é elemento definidor de novos rumos para o País.

A intensa mobilização da sociedade civil em 1984,⁴¹ capitaneada por organizações de todas matizes ideológicas que questionavam a necessidade de romper com os abusos do regime militar e promover o resgate de uma condição econômica, social,

⁴⁰ Necessário destacar que, como professora universitária, com atuação acadêmica na área da saúde e preocupada com as questões políticas e sociais, participamos ativamente desse período de luta pela Reforma Sanitária.

⁴¹ É de conhecimento público o movimento de luta pelas eleições diretas no Brasil, conhecido como movimento das “Diretas já”, que aglutinou em torno de um projeto político representantes dos mais diversos partidos políticos, representantes da sociedade civil organizada, instituições religiosas, os trabalhadores e toda a sociedade, chegando a mobilizar milhares de pessoas em movimentos pacíficos que buscavam o encerramento do período militar e a instituição das “Eleições Diretas Já”.

e política, que pudesse ser considerada minimamente democrática, deu as bases para que a Reforma Sanitária pudesse ser gestada.

A reunião de milhares de pessoas em comícios por todo o Brasil e, em especial, no Estado do Rio de Janeiro e São Paulo, foi emblemática para que toda a população brasileira pudesse acompanhar o que estava acontecendo pelo país.

A força e intensidade desse movimento parece ter sido diretamente proporcional à situação em que o País se encontrava, no que respeita à concentração de renda nas mãos de uma minoria, historicamente privilegiada, e no empobrecimento da grande maioria. A desigualdade social estava de tal modo evidente que não havia como resistir, ainda que abafado o sentimento de medo em razão dos longos anos de ditadura militar.

Estavam assim postas as condições para que a luta pela reforma no setor saúde ocorresse. Os vinte anos de ditadura militar e o adiamento prolongado de um projeto político que contemplasse maior justiça social serviram de fermento para que os movimentos, nas diversas áreas, se aglutinassem preparando o terreno para que a mudança pudesse acontecer.

A grande massa de pessoas que se encontrava em condições de risco social, sem acesso aos direitos mínimos necessários à garantia de uma condição de cidadania básica, como educação, saúde, trabalho, foi objeto de preocupação dos setores mais progressistas da sociedade, que perceberam que o momento era de enfraquecimento dos militares e que havia, assim, condições favoráveis à mudança.

Como destacamos no início, não podemos considerar o movimento ocorrido em 1984 como o ponto de partida da Reforma Sanitária a nos viabilizar as conquistas alcançadas na Constituição de 1988, mas podemos considerá-lo um significativo e representativo momento da caminhada.

A partir do clareamento dessa conjuntura podemos entender os próximos passos que tem, em 1986, outro momento histórico que merece ser destacado pelas influências que provocou na caminhada.

Jairnilson Silva Paim,⁴² em uma tentativa de situar historicamente este movimento afirma:

É preciso assinalar que Reforma Sanitária é apenas o nome dado ao processo de democratização da saúde nos limites da conjuntura posterior à VIII CNS. Não é o início nem o fim-da-linha. Faz parte de uma longa luta pela democratização da sociedade, do Estado, das instituições [...]. O processo de democratização da saúde, que tem no CEBES o seu intelectual coletivo, passou pela denúncia e resistência contra a ditadura e suas políticas anti-sociais e privatizantes (1968-1975), pela participação nos movimentos sociais, pelo apoio críticos às políticas racionalizadoras do Estado autoritário (1976-1982) e pela formulação de propostas alternativas parcialmente absorvidas pelos governos estaduais e municipais a partir das eleições diretas de 1982 e pelo Governo da Transição, depois de 1985.

A VIII Conferência Nacional de Saúde é, assim, um marco histórico indispensável ao entendimento da Reforma. Em seu Relatório Final, se encontram as matrizes doutrinárias que deram origem ao texto constitucional de 1988.

Este mesmo autor, ao discutir os antecedentes da política de saúde alerta:

A Reforma Sanitária não se define, no caso brasileiro, como programa de governo ou como política-social do Estado. É um projeto político-cultural, nascido da sociedade civil, no interior dos movimentos sociais pela democratização da saúde, cujo corpo doutrinário sedimentou-se na 8ª Conferência Nacional de Saúde. Em 1986, o movimento sanitário pressionou o governo Sarney, particularmente os Ministérios da Saúde e Previdência e Assistência Social, para a implementação da Reforma, resultando na formação da Comissão Nacional da Reforma Sanitária.⁴³

Essa Comissão não ficou no plano meramente constitutivo. Teve papel de destaque na elaboração de documentos que seriam utilizados no texto constitucional.

Pain, vai mais longe, nos créditos que destina a essa Comissão. Ele lembra que os documentos produzidos por ela serviram de base para que o texto constitucional fosse elaborado pela Assembléia Nacional Constituinte e também subsidiaram a etapa de elaboração da Lei Orgânica da Saúde que tinha como propósito promover a reorganização do Sistema de saúde.⁴⁴

⁴² PAIM, Jairnilson Silva. **Saúde, política e reforma sanitária**. Salvador: CEPS-ISC, 2002. p. 70.

⁴³ PAIM, Jairnilson Silva. **Saúde, política e reforma sanitária**. Salvador: CEPS-ISC, 2002. p. 91-92.

⁴⁴ PAIM, Jairnilson Silva. **Saúde, política e reforma sanitária**. Salvador: CEPS-ISC, 2002. p. 92.

A importância e as influências dessa Comissão podem ainda ser confirmadas no fato de o material produzido por ela ter servido de base para a elaboração dos programas de saúde de praticamente todos os partidos e candidatos que concorreram às eleições em 1986, lembrando, serem eles, nessa etapa, também candidatos à condição de constituintes.⁴⁵

Para uma melhor visualização do processo, talvez seja necessário retroceder um pouco mais na História apenas para situar uma questão: muitas idéias norteadoras da Reforma Sanitária e que se consolidaram no texto constitucional já eram preocupação e estiveram presentes, como tentativa de implementação, em Políticas de Saúde anteriores, o que demonstra um processo evolutivo ocorrido no País até a implantação do Sistema Único de Saúde, hoje vigente.

Diversos planos (CONASP E AIS),⁴⁶ que não serão aqui objeto de análise, mas que poderão orientar a compreensão daqueles que optarem por um aprofundamento na temática servem, como indicativos desse processo evolutivo e ainda podemos considerar que suas distorções internas podem ajudar à compreensão do processo.

É a partir desses planos que os recursos para a saúde começam a ser distribuídos entre os Estados e Municípios, ainda que fossem exclusivamente destinados para a compra de serviços. Podemos dizer que esse é um primeiro movimento rumo ao processo de municipalização da saúde e também os primeiros passos que levaram à progressiva perda do poder decisório até então centralizado no INAMPS.

A já referenciada VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986, convocada com a finalidade precípua de pensar as bases doutrinárias que dariam

⁴⁵ PAIM, Jairnilson Silva. **Saúde, política e reforma sanitária**. Salvador: CEPS-ISC, 2002. p. 92.

⁴⁶ As Ações Integradas de Saúde – AIS tinham como objetivo implementar uma política de racionalização dos recursos e das ações de saúde, evitando a sobreposição de ações entre os entes federativos e as diferentes instituições de saúde. Tinha como princípios: universalização do atendimento, integralidade, equidade, regionalização, hierarquização dos serviços. O Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde – SUDS foi instituído em 1987 após as AIS para lhe dar sustentação. Para maior aprofundamento no tema consultar: ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de; CHIORO, Arthur; ZIONI, Fabíola. Políticas Públicas e organização do Sistema de Saúde: antecedentes, Reforma Sanitária e o SUS. *In*: WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA, Eurivaldo Sampaio de (Org.). **Gestão de serviços de saúde: descentralização, municipalização do SUS**. São Paulo: Edusp, 2001. 274 p.

sustentação à Política Nacional de Saúde, foi um sucesso em todos os sentidos que se queira analisar.

O número significativo de participantes e a representatividade das instituições presentes deram-lhe a força necessária para ditar os rumos do novo modelo de saúde.

Nela foi discutida a situação de saúde no País e aprovado o Projeto de Reforma Sanitária Brasileira, já então plenamente legitimado pelos segmentos sociais identificados com os interesses populares, e que foi levado à Assembléia Nacional Constituinte em 1987, onde o embate ideológico foi intenso, dividido entre 'progressistas' e 'conservadores'.⁴⁷

Essa condição, na qual foi gestada a Política de Saúde brasileira, pode nos servir de parâmetro para perceber a forma como a saúde é tratada, concebida e se encontra sedimentada no imaginário social. O sentimento de direito à saúde, como um direito universal, nasce do debate travado no interior do próprio Movimento da Reforma Sanitária que, durante a realização do VIII Conferência, saiu do âmbito interno da conferência para se tornar de domínio público, já que a participação da sociedade se deu de maneira ampla e tendo como foco o debate de ampliação da participação popular nos rumos da política brasileira, e todo o debate, estava direcionado para a elaboração de uma Constituição fundada em pressupostos da cidadania inclusiva e participativa, seja na definição/elaboração das políticas, seja no controle social das políticas públicas.

Quando nos deparamos, hoje, com o entendimento de alguns e a defesa, por parte de importantes setores do Judiciário, de que o Estado deve dar conta de toda e qualquer demanda relacionada com a saúde humana, independente de haver ou não recursos destinados à sua realização ou de estarem elas previstas nos planos de saúde, seja do município, seja do Estado, percebemos estar aí, no sentimento alimentado pelo Movimento da Reforma Sanitária, alguns dos fundamentos que sustentam essa compreensão.

⁴⁷ CARVALHO, Brígida Gimenez; MARTIN, Gilberto Berguio. A organização do Sistema de Saúde no Brasil. In: ANDRADE, Selma Maffei de; SOARES, Darli Antônio; CORDONI JUNIOR, Luiz (Org.). **Bases da Saúde Coletiva**. Londrina: UEL/NESCO, 2001. p. 38.

A força com que as diretrizes emanadas do processo político que resultou da VIII CNS chegaram ao cenário da Constituinte já trazia uma sinalização dos resultados que teríamos dos debates que ali foram travados.

No entanto, o processo constituinte reforçou e deu objetivos bem concretos para a mobilização do Movimento Sanitário Nacional, no sentido de sensibilizar os constituintes a aprovarem os princípios da Reforma Sanitária no novo texto Constitucional. Fato é que boa parte das teses e conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde fazem parte do texto final aprovado na Constituição Federal Brasileira. Ali está desde o mais elementar, porém emblemático, estabelecimento de que 'a saúde é direito de todos e dever do Estado', passando pela definição de que 'as ações e serviços de saúde são de relevância pública', e indo até o mais importante, que foi a criação do Sistema Único de Saúde (SUS).⁴⁸

3.3 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE: CONTORNOS CONSTITUCIONAIS

Estabelecido pela Constituição Brasileira de 1988, como resultado de um movimento de luta pela redemocratização do País, em geral, e da saúde, em particular, o SUS foi regulamentado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8142/90, denominadas Leis Orgânicas da Saúde.

Fica claro, desde já, nosso entendimento quanto à impossibilidade de discutir ou analisar o direito à saúde, de forma desvinculada do que seja nosso entendimento sobre a Constituição do País.

O fato é que a Constituição de 1988 resultou de um intenso debate político travado no interior da Assembléia Nacional Constituinte que, a partir de sua instalação, em 1987, tinha a responsabilidade de conciliar os anseios da sociedade civil por redemocratização e ampliação dos chamados Direitos de Cidadania, em especial os Direitos Sociais, alimentados pela pressão dos sindicatos, das diversas organizações sociais e ainda pelos partidos de esquerda, com a tendência mundial de redução do tamanho do Estado e diminuição dos Direitos Sociais, alimentada

⁴⁸ CARVALHO, Brígida Gimenez; MARTIN, Gilberto Berguio. A Organização do Sistema de Saúde no Brasil. In: ANDRADE, Selma Maffei de; SOARES, Darli Antônio; CORDONI JUNIOR, Luiz (Org.). **Bases da Saúde Coletiva**. Londrina: UEL/NESCO, 2001. p. 39.

pela implantação do Neoliberalismo nas principais nações do mundo que, com indescritível vigor, vinha espalhando suas teias e teses por todo o mundo.

Cabe, aqui, portanto, o registro do antagonismo existente entre o que acontecia no Brasil, com a busca pelo resgate de uma imensa dívida social contraída ao longo de sua história e de modo mais voraz durante os anos de ditadura militar, com o processo histórico que se desenrolava no mundo e que direcionava os Estados para uma convergência ideológica pautada nas concepções econômicas capitalistas, ultraliberalizantes.

Nascia, portanto, em 1988, uma Constituição de gênese social democrática em contraposição a uma tendência econômica de Estado mínimo. Essa contradição acentua-se com o passar dos anos, nos embates que se dão no processo de sua concretização.

Como afirma Canotilho⁴⁹ “a compreensão de uma lei constitucional só ganha sentido útil, teórico, e prático, quando referida a uma situação constitucional concreta, historicamente existente num determinado país”.

Era essa a condição histórica do Brasil em 1988 e a Constituição Federal refletiu, como não poderia deixar de ser, tudo aquilo que estava ocorrendo naquele momento. As contradições e os conflitos do embate entre posições tão divergentes, foi alimentando o debate e se tornando cada vez mais acentuada.

Analisando as influências das constituições de Weimar e Bonn na construção do Constitucionalismo do Estado social brasileiro, Paulo Bonavides⁵⁰ destaca que a Constituição de 1934 inicia uma nova fase do Constitucionalismo brasileiro com a inclusão do aspecto social no texto constitucional, o que até então era ignorado.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 74.

⁵⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 809 p. p. 366.

Todavia, apesar de inovadora, a referida Constituição teve pequena duração, sendo interrompida pela declaração do estado de sítio em 1935, que culminaria no golpe de 1937, encerrando esse importante período.

Lembra Bonavides que, além da Constituição de 1934, merecem destaque, para análise, as Constituições de 1946 e de 1988, por seu grau de legitimidade.

Em 1934, 1946 e 1988, em todas estas três Constituições domina o ânimo do constituinte uma vocação política, típica de todo esse período constitucional, de disciplinar no texto fundamental aquela categoria de direitos que assinalam o primado da Sociedade sobre o Estado e o indivíduo ou que fazem do homem o destinatário da norma constitucional. Mas o homem – pessoa, com a plenitude de suas expectativas de proteção social e jurídica, isto é, o homem reconciliado com o Estado, cujo modelo básico deixava de ser a instituição abstencionista do século XIX, refratária a toda intervenção e militância na esfera dos interesses básicos, pertinentes às relações do capital com o trabalho.⁵¹

Feitos esses registros acerca da gênese social da Constituição de 1988, e que iremos analisar com mais vagar no detalhamento dos contornos constitucionais do direito à saúde, necessário destacar que essa Constituição, desde sua primeira infância, sofre as conseqüências devastadoras do confronto com as diretrizes econômicas emanadas da política econômica do Governo Federal.

A pressão exercida pela política neoliberal, implantada no País – e da qual nem mesmo um governo com as características do atual, de origem eminentemente trabalhista e comprometido, historicamente, como as lutas sociais, consegue se afastar –, é inegável e, de certa forma, superior à capacidade de articulação dos movimentos organizados da sociedade.

Esse estado de tensão vivenciado durante os trabalhos da Assembléia Constituinte continuou até os dias atuais. Setores econômicos, preocupados com o mercado e com a necessidade de adaptar o tamanho do Estado às exigências do capital e das políticas internacionais definidas pelo processo de globalização econômica, pressionam o governo de todas as formas, com as armas e estratégias as mais diversificadas. Na saúde, não é diferente. Sua política está no meio de todo esse

⁵¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 809 p. p. 368.

processo, sofrendo embates de natureza não apenas política, mas, também, de natureza técnica.

Esse é um dos problemas que nos propomos analisar. A saúde, como direito social prioritariamente estabelecido na Constituição, em um quadro normativo que parece, *a priori*, defini-la como um Direito de natureza absoluta, “tensiona”, permanentemente, com os setores econômicos que direcionam suas forças no sentido de traçar o caminho inverso, com legislações infraconstitucionais voltadas para limitar a possibilidade de alcance do direito à saúde em sua plenitude constitucional.

Referindo-se aos riscos inerentes a esse confronto e aos caminhos possíveis para minorá-los, bem como à sua própria crença de que a destruição do Estado social brasileiro não ocorrerá, Bonavides⁵² afirma:

Se isto acontecer será a perda de mais de cinquenta anos de esforços constitucionais para mitigar o quadro de injustiça provocado por uma desigualdade social que assombra o mundo e humilha a consciência desta nação. Mas não acontecerá, se o Estado social for a própria Sociedade brasileira concentrada num pensamento de união e apoio a valores igualitários e humanistas que legitimam a presente Constituição do Brasil.

É esse, como já dissemos, o ponto central da questão que se coloca para análise. Temos uma Constituição forjada com matrizes de Estado social e as soluções para os seus problemas devem ser buscadas tendo como pano de fundo essas matrizes e não as matrizes de Estados liberais.

“Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição, anti-governo e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e absolutismo no Poder”.⁵³

Outro aspecto a ser considerado na caracterização da Constituição de 1988 e que tem relação direta com o problema objeto desta dissertação é seu caráter de Constituição dirigente.

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 809 p. p. 371.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 809 p. p. 371.

Feitos os destaques iniciais relacionados com a caracterização da Constituição de 1988 que podem influenciar na avaliação dos contornos constitucionais associados à saúde, é importante lembrar que as tensões às quais nos referimos como tendo ocorrido no período da constituinte permaneceram na fase pós-promulgação da Constituição, tendo se estendido para além do período constituinte e alcançado a fase de aprovação da legislação infraconstitucional, notadamente as Leis Orgânicas da Saúde, revelando que as posições antagônicas dos diferentes atores sociais e grupos de interesse permaneceram, havendo disputas ideológicas e intenso jogo de forças, no sentido de neutralizar os avanços que haviam sido alcançados na definição do texto constitucional em que se encontram as bases políticas e doutrinárias da Política de Saúde.

A modificação mais significativa a expressar a natureza da Política de Saúde que acabava de nascer, traçada pela Constituição de 1988, foi, sem qualquer questionamento possível, a universalização do direito à saúde por ter incluído todos aqueles que até então ocupavam, nas estatísticas, a posição de indigentes e estavam excluídos de todo e qualquer direito de receber atendimento às suas necessidades de saúde se não fosse pela benevolência ou caridade.

Ao garantir o acesso aos serviços de saúde de maneira plena, independente de qualquer forma de discriminação ou da contribuição que prestassem, a Constituição define sua linha de atuação e os rumos que passariam a vigorar na Política de Saúde.

Estava, então, demarcada a natureza da constituição e sua matriz ideológica apontava para a formação de um Estado social, nos moldes do Welfare State, e fincado na contramão da história que parecia apontar tendências liberalizantes que estavam ocorrendo em todo o mundo.

Antes mesmo de definir, em seu art. 196, que a saúde é direito de todos, a Constituição define, no art. 194, o que considera seguridade social: “A seguridade social é um conjunto 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, a proteção social passa a ser entendida, como a lógica da universalização e como um direito de cidadania”.⁵⁴

Feitas essas considerações, de caráter mais genérico e às quais retornaremos sempre, durante todo o texto, optamos por uma apresentação mais ordenada dos contornos constitucionais, dando destaque aos artigos da Constituição que têm, de alguma forma, relação direta com o tema objeto da investigação e que possam nos levar às respostas que buscamos com as questões que nortearam a pesquisa.

Nesse sentido, cumpre esclarecer que nem todos os artigos que tratam da saúde na Constituição serão analisados, mas apenas aqueles que tiverem relação mais direta com as dúvidas que nos propomos a dirimir.

Merece também esclarecer que alguns artigos que não estão diretamente ligados à concepções que nos remetam à saúde poderão ser analisados quando seu entendimento ajudar no deslinde dos problemas formulados.

Para alcance de maior clareza analítica, destacamos os artigos, ou parte deles, que serão analisadas, procedendo, então, à apresentação do entendimento que temos, ou ao qual nos filiamos, acerca de cada um deles. Em razão da não pretensão de análise exaustiva, optamos por destacar os arts. 196, 197 e 198 da Constituição Federal de 1988, os quais passamos a analisar. A decomposição efetuada teve por objetivo facilitar a compreensão e evitar que, em razão da complexidade e amplitude de conceitos e concepções neles embutidos, algumas questões relevantes pudessem ser omitidas.

Para efeito de simplificação do referenciamento dos artigos da Constituição Federal e em razão da freqüência com que eles serão utilizados, definimos pela não repetição, em nota de rodapé, da obra utilizada. Nesse sentido, consideramos que

⁵⁴ WILKEN, Paulo Roberto Coelho. **Políticas de Saúde no Brasil**: o Sistema Único de Saúde: uma realidade em construção. Rio de Janeiro: H.P. Comunicação, 2005. 206 p. p. 40.

todas as citações referentes à Constituição Federal de 88 foram originadas da mesma obra⁵⁵ que ora referenciamos.

Necessário reforçar, ainda uma vez que, a decomposição a que nos propusemos e que passamos a efetuar a partir deste momento, não tem caráter de exaustão de todo o conteúdo dos artigos relacionados à saúde, o que se tornaria cansativo e desnecessário para a compreensão e alcance dos objetivos do trabalho. Destacamos dos preceitos normativos, as partes que poderiam nos auxiliar na análise dos dados.

ARTIGO 196

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”⁵⁶

Mas, que definição a Constituição de 88 dá para a saúde? O art. 196, na realidade, não nos apresenta um conceito de saúde que deixe claro o que é efetivamente a saúde sobre a qual se fala juridicamente. Destacá-la como direito de cidadania permite delimitar o âmbito da responsabilidade estatal, mas não possibilita compreendê-la em toda a sua dimensão objetiva, prática e operacional.

Ora, em uma perspectiva jurídica, é necessário que o entendimento do que seja efetivamente esse Direito Fundamental esteja mais bem delineado. Essa necessidade se mostra na medida em que a análise jurídica pode requerer compreensões de natureza técnica faltando, então, os elementos necessários para a tomada de decisão na análise dos casos concretos.

Ao estabelecer, em 1946, logo após o término da Segunda Guerra Mundial, que “Saúde é um completo estado de bem-estar físico, mental e social e não a ausência

⁵⁵ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁵⁶ No processo de decomposição dos artigos, efetuado neste capítulo, optamos por não fazer recuo dos artigos, conforme estabelecido pela ABNT para citações com mais de três linhas, a fim de dar maior destaque permitindo sua visualização e atendendo ao objetivo da análise proposta.

de doenças” a Organização Mundial de Saúde (OMS) rompe com o paradigma até então vigente que estabelecia a contraposição entre saúde e doença, considerando saúde como a ausência de doença.

A questão do caráter genérico do conceito de saúde, estabelecido pela OMS, sempre esteve presente nas discussões acerca das dificuldades inerentes ao seu grau de abrangência e à sua inespecificidade. Durante a 8ª Conferência Nacional de Saúde, esta dificuldade foi amplamente debatida indicando-se na ocasião, a necessidade de que houvesse um aprofundamento e busca de melhor compreensão do conceito.

Ao optar por conceituar saúde dessa forma, o constituinte se posiciona estabelecendo rupturas de natureza jurídica, política e também de natureza técnica.

Sueli Dallari⁵⁷ em um dos mais importantes e pioneiros trabalhos sobre o Direito à saúde no Brasil discute o conceito jurídico de saúde lembrando que “[...] não é possível prescindir da adaptação dos conceitos jurídicos à realidade onde estão inseridos, para que se possa determinar a correta incidência da regra de direito.”

Ora, o que a professora Sueli Dallari está a indicar é que, o intérprete, nestes casos, precisa estar atento àquilo que, o constituinte, considerou como sendo a alma da constituição, qual seja, os seus valores sociais e os princípios que a norteiam.

a doutrina é pródiga em classificar, hierarquizando, os princípios que se encontram positivados no texto constitucional. Cumpre, todavia, dando conseqüência ao caráter político das Constituições, reconhecer a primordial importância dos princípios que, ainda que não explicitados, conformam o documento, porque refletem os valores que caracterizam uma dada sociedade, derivados de seu contexto político e social.⁵⁸

Buscar o sentido que o constituinte deu ao conceito, é tarefa que qualifica o interprete. Ainda que diante de um conceito, aparentemente indeterminado, pode-se, encontrar, nos princípios, por exemplo, a intencionalidade do constituinte.

⁵⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e a direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p.26

⁵⁸ DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e a direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p.26

- **Saúde como direito de todos**

Nesta diretriz constitucional, o constituinte aponta para o caráter universal do direito à saúde e elimina definitivamente a idéia de exclusão de alguns em razão de sua não inclusão no mercado de trabalho. Demarca a posição de independência em relação ao mercado, já que não faz a vinculação da inclusão por essa ou por qualquer outra regra. Não há mais que se falar em cidadão de primeira ou de segunda categoria.

A amplitude que esse direito retrata, no artigo em tela, não encontra similar em qualquer outra Constituição. Na forma e na extensão com que foi inserido na Constituição brasileira de 1988, não há que se falar em qualquer outra nação que concorra com o Brasil neste quesito. Nogueira referindo-se a esta condição do direito à saúde no país, afirma que “O direito à saúde, colocado na Constituição brasileira, ultrapassa a concepção liberal e, e até mesmo, a social-democrata”.⁵⁹

Neste trecho do art.196 encontra-se a essência do princípio da universalidade que será, durante todo o trabalho objeto de interpretação e análise.

- **Saúde como dever do Estado**

Define o *status* da saúde em sua relação com o Estado. Não estando mais dependente de vinculação com o mercado, a saúde vincula-se, agora, em grau de dependência com o Estado.

Ao posicionar-se dessa forma, indicando o Estado como o responsável pela garantia do direito à saúde, o constituinte deixou claro que não é o mercado o responsável por ela; é o Estado o seu devedor. É ele que deve responsabilizar-se por sua prestação.

⁵⁹ NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **O direito à saúde na reforma do Estado Brasileiro**: construindo uma nova agenda. 2002. 347 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 152.

Em comentário ao pensamento de Menezes, referenciado em seu trabalho, Nogueira⁶⁰ assim se expressa acerca do direito à saúde:

Enquanto direito, a pretensão do dever de cumpri-lo é do Estado, sendo reconhecido que a saúde não pode ser um bem ou serviço factível de troca no mercado. Como um bem não mercantil, supõe a sua desmercadorização para sua garantia, com as conseqüentes implicações na esfera política e da economia.

Interessante como essa visão acerca do dever do Estado de cumprir a garantia do direito à saúde e do papel do mercado nesse processo, são objeto de preocupação de todos que se colocam a analisar o texto constitucional em uma condição de relação entre Estado e Sociedade e na perspectiva do mercado.

Ao definir a nova ordem econômica do Estado brasileiro, o constituinte evidencia a relação entre Estado, sociedade e mercado. Sebastião Botto de Barros Tojal⁶¹, assim se posiciona sobre essa questão:

A ordem econômica da Constituição de 1988, mundo do dever ser, exige, para a sua realização, um processo dialético de implicação-conformação entre mercado e Estado, no sentido da preservação daquele, proporcionada pela sua permanente transformação. Essa transformação não corresponde, sob hipótese alguma, a um processo autárquico do próprio mercado, até porque a sua história depõe em contrário. Ao revés, a contínua transformação do mercado, vetorialmente guiada para a realização da *nova ordem econômica e social* exige a atuação do Estado como agente integrador desse processo, conferidor da necessária medida de racionalidade, que não é apenas instrumental, mas essencialmente substantiva, porque comprometida com a justa distribuição da riqueza social. (grifo do autor).

⁶⁰ NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **O Direito à saúde na reforma do Estado Brasileiro**: construindo uma nova agenda. 2002. 347 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002. p. 154.

⁶¹ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o direito sanitário. *In*: BRASIL, Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1.. p. 24.

- **Saúde como direito garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos**

O texto constitucional é claro ao afirmar que o dever do Estado, como garantidor do direito à saúde, deve ser efetivado por meio de políticas sociais e econômicas. Nessa perspectiva o Estado assume o papel de provedor, devendo intervir de modo a garantir o direito à saúde a todos, sejam eles brasileiros, sejam estrangeiros residentes no País.

Fica evidente, no art. 196, bem como no 6º da CF de 88, a condição de direito de natureza social, como *status* atribuído ao direito à saúde. Não há, entretanto, que considerá-lo como uma garantia meramente corretiva de possíveis injustiças sociais, conforme pode ser inferido, quando se fala em direitos sociais. Nesse caso, atribui-se a esse direito, uma condição de Direito Fundamental do homem que deve ser garantido por meio de ações positivas e negativas do Estado. Destaque-se que, a expressão, “garantido”, expressa no presente artigo, não pode ser entendida em sentido genérico e usual, mas sim jurídico, já que impõe ao Estado a obrigação tanto de agir no sentido de prevenir e tratar doenças, quanto no sentido de evitar quaisquer medidas que coloquem em risco a saúde humana. Bulos⁶² chama a atenção para a obrigação do Estado no cumprimento de prestações positivas e negativas afirmando:

Da mesma forma que os direitos sociais em geral (art. 6º), o direito à saúde reclama, para sua efetivação, o cumprimento de prestações positivas e prestações negativas. Pela primeira, os Poderes Públicos devem tomar medidas preventivas ou paliativas ao combate e ao tratamento de doenças. Já pela segunda, incumbe a eles abster-se, deixando de praticar atos obstaculizadores do cabal exercício desse direito fundamental.

Essa referência a uma responsabilidade do Estado em prover condições sanitárias adequadas à garantia de uma qualidade de vida compatível com o conceito de saúde expresso pela OMS, e não apenas responsabilizando-se pelo tratamento das doenças, aponta uma diretriz que já delinea o conceito de saúde aceito pelo Estado.

⁶² BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.1291-1292.

O cumprimento desse dever constitucional é de responsabilidade do Estado em todos os níveis, União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O texto constitucional aponta, inclusive, no sentido de indicar que o cumprimento das ações voltadas à garantia desse direito pode ser efetivado, diretamente ou por meio de “terceiros”, estejam eles na condição de “pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado” conforme expresso no art. 197.

Ao indicar que o direito à saúde deve ser garantido “mediante políticas econômicas e sociais”, o constituinte está, na realidade, reafirmando que a Constituição busca a implementação de uma nova ordem econômica e social. Aponta no sentido de não dependência de um ou de outro setor, mas de interdependência entre política social e política econômica. A aproximação entre esses dois setores, antes distantes e independentes, reflete a diretriz constitucional de busca de construção desse novo modelo. Referindo-se à ordem social como item da Constituição Econômica, Tojal⁶³ afirma:

O regime econômico contemplado pela Constituição Econômica de 1988, que faz do Estado o agente por excelência de integração do modelo econômico no sentido de realização dos imperativos constitucionais da existência digna de todos os que nos limites do território nacional vivem, conforme os ditames da justiça social, encontra na seguridade social, destarte, o seu mais fundamental complemento, tudo na busca da realização da *nova ordem econômica e social* (com grifo do autor).

Ao articular os setores, social e econômico, definindo que a garantia do direito à saúde deve ser efetivada “mediante políticas sociais e econômicas”, o constituinte reflete uma matriz constitucional, na qual não é o mercado quem define as regras a partir de seus pressupostos e lógica própria, e nem tampouco o Estado, isoladamente, deve buscar sobrepor-se ao mercado. Eles se articulam e interagem na formulação de políticas que, dentre outros objetivos, devem buscar garantir o direito à saúde.

A garantia desse direito encontra-se, assim, vinculada, estreitamente, à política social e econômica vigente no País, o que requer, de todos, acompanhamento e

⁶³ TOJAL, S. B.de B. A Constituição Dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário. In: BRASIL. Ministério Da Saúde (Org). **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v.1. p. 25.

vigilância permanente sobre a atuação tanto daqueles que a formulam, quanto daqueles que a executam ou que atuam como guardiães de seu cumprimento, como é o caso do Judiciário.

- **Saúde garantida por meio de políticas que visem ao acesso universal a ações e serviços de saúde**

A universalização do acesso é, inegavelmente, o maior diferencial trazido pela Constituição de 1988, no que respeita à saúde e, sem sombra de dúvidas, uma das maiores conquistas alcançadas no campo dos direitos sociais. Ao romper com a lógica anterior de garantia de acesso apenas aos trabalhadores, ou seja, aqueles que se encontravam inseridos no mercado de trabalho, o constituinte quebra um paradigma excludente e assume a saúde como um Direito Fundamental ao qual todos, têm direito, independente de sua condição ou da contribuição que, porventura, possam dar ao sistema.

O princípio da universalidade do Direito Fundamental à saúde, impresso na Constituição Brasileira, é o mesmo que sustenta o princípio da universalidade de todos os Direitos Fundamentais. Como Direito Fundamental da pessoa humana, não pode a saúde estar submetida aos critérios e lógicas que regem o mercado.

Na medida em que consagra a dignidade da pessoa humana e a cidadania como fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Constituição traz como consequência, a necessidade de adequar os demais preceitos constitucionais e infraconstitucionais a essa condição. Apesar de não terem sido poucas as divergências e confrontos travados entre os diferentes grupos no jogo de forças e poder em que se transformou a Constituinte, os avanços alcançados foram, em muitos aspectos, superiores às expectativas mais otimistas. Nogueira⁶⁴ lembra que “O direito à saúde, colocado na Constituição brasileira, ultrapassa a concepção liberal e até mesmo, a social-democrata”.

⁶⁴ NOGUEIRA, V.M.R. **O direito à saúde na reforma do Estado Brasileiro**. 2002. 347 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

A crítica ao caráter universal, imposto pelo art. 196 ao Direito à saúde, feita por Ives Granda Martins,⁶⁵ atesta a não aceitação incondicional ao estabelecimento desse princípio, como sendo norteador para o Sistema Único de Saúde e diretriz constitucional. Ainda que baseada em análise bastante fiel da conjuntura brasileira, a apreciação desfavorável do autor, em seus comentários da Constituição Brasileira, é bastante forte, abrindo mão, inclusive, de uma análise jurídica mais apurada. Afirma ele:

A primeira parte do discurso é comovente. 'A saúde é direito de todos e dever do Estado'. Sem chegar à ironia de Roberto Campos, que espera não morrer depois de 1988, porque sua saúde está garantida, ou de Roberto Vidal da Silva Martins, que considera suas dores de cabeça incondicionais, porque a saúde é direito de todos, o certo é que o acesso à assistência médica e hospitalar no País é um direito de poucos brasileiros, estando alijada grande parte da população do exercício de tal direito.

Em que pese a difícil tarefa de efetivação desse direito, como um direito de caráter universal, não nos parece que a análise de Ives Granda Martins mereça prosperar, como a melhor doutrina.

Não há divergências quanto ao fato de que os recursos são escassos e que as condições de saúde da população brasileira são desfavoráveis exigindo esforços e recursos de grande monta, não compatíveis com o orçamento destinado à saúde. A informação de que cerca de 30% da população brasileira é portadora de doenças crônicas e que aproximadamente 6% apresenta, concomitantemente, três ou mais dessas doenças são conhecidas desde 2003, com a Pesquisa Nacional de Amostras de Domicílios-Saúde, realizada pelo IBGE. A idéia de que os bens disponíveis são insuficientes para o atendimento a todas as necessidades humanas hoje identificadas e que o avanço tecnológico cria e alimenta demandas em velocidade vertiginosa, não pode servir como elemento condicionador de declaração de direitos, especialmente os direitos fundamentais. Negar a sua existência ou excluir alguns de sua titularidade não pode ser aceito.

⁶⁵ MARTINS, I. G. Da Saúde. *In*: BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.137.

Ainda se manifestando nesse sentido, Ives Granda Martins toca em uma questão relevante que é a amplitude do preceito constitucional, já que o próprio titular possui responsabilidades que lhe são inerentes na garantia desse direito, qual seja, há uma esfera de decisão pessoal para que a manutenção da saúde seja alcançada, que está fora da esfera de decisão do Estado.

O que precisamos compreender é que o caráter universal do direito à saúde, princípio basilar que sustenta a idéia de que seja este, um Direito Fundamental do homem, conforme reconhece a Constituição Federal, não pressupõe, necessariamente, que o Estado deva assumir aquilo que faz parte da esfera de responsabilidade do detentor deste direito ou dos aspectos inerentes à condição humana com seus limites físicos, emocionais ou psíquicos.

O princípio da universalidade pressupõe compromissos, do Estado, em oferecer à todos, indistintamente, o acesso às ações e serviços de saúde, dentro dos limites fáticos e possíveis no campo do real, buscando, sempre o alcance da maior densidade possível.

- **Saúde garantida por meio de políticas que visem ao acesso igualitário a ações e serviços de saúde**

A proposta de um sistema de saúde que possibilitasse o acesso universal e igualitário surge como um rompimento com a histórica condição de desigualdade a que estavam submetidos os cidadãos brasileiros, até 1988, no que respeita à saúde, em que o mercado definia aqueles que eram titulares desse direito. A idéia da saúde, como direito humano fundamental e que, portanto, deve ser garantido a todos, somente se coloca no Direito Brasileiro a partir deste momento.

Importante salientar que, muitas vezes, observam-se referências, superficiais e equivocadas, aos princípios da universalidade e da igualdade como se fossem princípios de mesma natureza, direcionados ao atendimento de todos, em tudo que individualmente entendam como sendo o seu direito a saúde. Esta visão não corresponde ao espírito da lei, até porque não seria razoável.

Na realidade, enquanto o princípio da universalidade se direciona para a garantia de que todos terão acesso aos serviços de saúde, independente de sua vinculação ao mercado de trabalho, saindo da condição de exclusão à que estavam condicionados anteriormente a Constituição de 88, o princípio da igualdade, também considerado como referindo-se ao princípio da eqüidade, se direciona para a idéia de busca de equilíbrio na oferta de serviços e de atendimento, ou seja, a igualdade quer indicar, dentre outras condições, que os recursos existentes sejam distribuídos de maneira a que todos tenham garantido o direito à saúde, sem privilégios de qualquer natureza.

Trata aqui o constituinte de uma questão para o futuro muito mais complexa do que a garantia de acesso que, pelo menos na perspectiva conceitual, não traz qualquer dúvida ou contradição. Não suscita a controvérsia, o entendimento do que seja acesso universal. Todos, indistintamente, terão acesso a ações e serviços de saúde. O problema está na definição do que seja acesso igualitário. Neste quesito, diga-se de passagem, não há acordo. A questão não é pacífica.

Condição inafastável da democracia, a igualdade guarda íntima relação com a idéia de que seu alcance está relacionado com o tratamento similar, simétrico e uniforme entre todos os homens. Não podemos, entretanto, ignorar que os homens não são iguais em oportunidades, condições financeiras e em tantos outros aspectos. Ao aplicar o princípio da igualdade deve, o intérprete, considerar também sua decisão na perspectiva de reduzir as desigualdades existentes e que colocam os homens em condições de desiguais.

Acesso igualitário não pode ser entendido a partir de um conceito absoluto, tomado de um realismo rigoroso, em que coisas e pessoas fossem consideradas como materialmente iguais no sentido da igualdade jurídica. Acesso igualitário pode significar igual proteção a todos, ainda que, na prática, tal igualdade possa assumir sentido de tratamento desigual. Por exemplo, no processo de definição política de alocação de recursos públicos para a saúde, buscar acesso igualitário pode significar investir em uma dada comunidade e não em outra, construindo serviços de saúde em bairros mais carentes. O objetivo seria igualar a todos no quesito acesso, ainda que a distribuição de recursos não atingisse a todos na mesma medida.

Manter distribuição equivalente significaria a manutenção dos privilégios e regalias entre as classes sociais que almejamos atingidas pelo princípio da igualdade.

Referindo-se às espécies de desigualdades, Pontes de Miranda⁶⁶ utiliza-se da desigualdade econômica para justificar seu ponto de vista com relação aos mecanismos de atenuação das desigualdades. Afirma ele que:

A desigualdade econômica não é, de modo nenhum, desigualdade de fato, e sim a resultante de simples desigualdades artificiais, ou de desigualdades de fato mais desigualdades econômicas mantidas por leis. O direito, que em parte as fez, pode aparar e extinguir as desigualdades econômicas que produziu. Exatamente aí é que se passa a grande transformação da época industrial, com a tendência à maior igualdade econômica, que há de começar, como já começou em alguns países, pela atenuação das desigualdades.

- **Saúde implementada por meio de ações e serviços de saúde**

Encontram-se aqui dois problemas que precisam ser entendidos na garantia do direito à saúde. O primeiro é o que, de fato, pode ser considerado como “ações e serviços públicos de saúde” e as despesas que, assim, podem ser cobertas pelos recursos a ela destinados. Na realidade, essa é uma questão conceitual que deve ser objeto de atenção já que enseja confrontos na destinação e contabilização dos recursos destinados a essa área.

[...] são elegíveis para efeito de aplicação da EC 29, as despesas, tanto de custeio como de capital, realizadas no âmbito dos órgãos gestores do SUS (MS, SES e SMS), com projetos e atividades finalísticas e de apoio referentes a ações e serviços de saúde: a) de acesso universal, igualitário (CF, Art.196) e gratuito (Lei 8080/90, art. 43); b) providos de forma direta ou indireta pelo SUS e explicitados no respectivo Plano de Saúde de cada ente federativo; c) que não se confundem com fatores determinantes, sociais e econômicos da situação de saúde (renda, educação, saneamento, alimentação, lazer, habitação, proteção ao meio-ambiente).⁶⁷

Esta distinção entre o que são ações de saúde e o que não se enquadra nesse critério pode ser o diferencial entre a capacidade do Estado em prover a saúde da

⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002. p. 595.

⁶⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **A operacionalização da Emenda Constitucional nº 29**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 9.

população ou não. O grande embate está, justamente, na tentativa que se repete com frequência, por parte do Poder Público, de incluir despesas com saneamento, alimentação e outros, nas chamadas despesas da saúde. Não se pode questionar que esses fatores sejam determinantes para o alcance da saúde, mas não são, eles próprios, ações de saúde.

Esse mesmo relatório do Ministério da Saúde indica os itens que podem ser considerados como despesas com ações e serviços públicos de saúde:

- a) ações de promoção, proteção e recuperação da saúde (inclusive assistência farmacêutica) e reabilitação em todos os níveis de complexidade;
- b) ações de alcance coletivo, tais como as de educação para a saúde, vigilância epidemiológica; saúde do trabalhador e vigilância nutricional e orientação alimentar;
- c) pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde;
- d) produção, aquisição e distribuição de insumos setoriais específicos (medicamentos, imunobiológicos, reagentes, hemoderivados, equipamentos);
- e) capacitação de recursos humanos para a saúde;
- f) ações de combate a carências nutricionais específicas;
- g) planos e projetos de investimento, particularmente os destinados à redução das desigualdades na distribuição espacial da oferta de serviços assistenciais.⁶⁸

O registro pormenorizado dos itens citados que, em uma visão preliminar, pode parecer excessivo ou desnecessário, tendo em vista parecer claro ao leitor o que são ações e serviços de saúde, pode ajudar na compreensão e crítica das “manipulações” feitas pelos órgãos do governo quando querem justificar orçamentos ou despesa que não obedecem ao estabelecido pela Constituição.

Deixando clara a preocupação com a indefinição ou utilização indevida de justificativas para o custeio da saúde, os 120 técnicos que representaram o Ministério da Saúde, os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, agentes públicos e especialistas em financiamento da saúde, no Seminário *A Operacionalização da Emenda Constitucional nº 29*, fizeram questão de deixar registradas no relatório final do evento, não apenas as despesas que integram as ações e serviços da saúde, mas também as que não integram. Ainda

⁶⁸ BRASIL. Ministério da Saúde. **A operacionalização da Emenda Constitucional nº 29**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 9.

que não justifique elencá-las, nesta dissertação, destacamos, à guisa de exemplificação, um dos itens referenciados como não integrantes:

[...] ações e serviços de saúde destinados ao atendimento de clientela fechadas, por não serem de acesso universal; é o caso das despesas com Planos de Saúde e outras modalidades de assistência médico-hospitalar destinadas a servidores públicos, civis e militares, e respectivos dependentes.

Esse exemplo nos permite compreender as dificuldades encontradas pelo setor saúde em garantir que seu financiamento seja definido, em obediência às diretrizes constitucionalmente estabelecidas.

ARTIGO 197

“São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

- **As ações e serviços de saúde são de relevância pública**

Ao incluir os serviços de saúde como de relevância pública, a Constituição deixa nas mãos do Ministério Público a função de zelar para que eles efetivamente garantam os direitos expressos no texto constitucional (art. 129, II CF). Além disso, compete ao Ministério Público prover as medidas necessárias para que essas garantias sejam efetivadas.

- **Cabe, ao poder público a regulamentação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde.**

O grande número de resoluções, portarias e instrumentos normativos, existentes nos três níveis de governo e que regulam os serviços de saúde, é prova inconteste da eficácia do texto constitucional ao determinar, explicitamente, a responsabilidade do poder público em prover o sistema de norma capazes de fazer a regulação, fiscalização e controle das ações e serviços de saúde.

Estes instrumentos normativos que servem como garantia de que os serviços serão prestados dentro dos limites técnicos, administrativos, éticos, legais e orçamentários, necessários para a gestão qualificada do sistema, são os mesmos que impõe ao judiciários limites à sua atuação.

Servem eles, como normas de prevalência estabelecidas, seja pelo legislador, seja, pelo gestor, que, ao mesmo tempo em que sevem para limitar o poder absoluto do gestor impedindo-o de fazer aquilo que julga mais conveniente, também se constituem em ordens de prevalência que deverão ser consideradas como limites à atuação judicial em casos envolvendo o direito à saúde.

- **A execução das ações e serviços de saúde pode ser feita diretamente ou por terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”**

Ao indicar que as ações e serviços de saúde poderão ser feitas também por terceiros, o constituinte certamente pensou na necessidade de que não ficasse descoberto, o cidadão, em casos em que o poder público fosse incapaz de prestar o serviço ou quando impedido, por qualquer motivo, de garantir o acesso.

O que está por trás da intenção do constituinte, não nos parece ser, a possibilidade de garantir que o setor privado assuma responsabilidades que são do público e muitos menos dar, ao privado, campo de atuação financiado com recursos públicos. Ao deixar margem para este tipo situação, o constituinte buscou proteger o cidadão,

garantindo-se o acesso aos serviços de saúde, ainda quando o serviço público não lhe esteja disponível.

A aparente abertura do texto constitucional encontra limitações bastante vigorosas e eficazes na própria intencionalidade, impressa na constituição, bem como em diversos preceitos infraconstitucionais.

ARTIGO 198

“As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízos dos serviços assistenciais;

III- participação da comunidade

§ 1º.O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 150, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes”

Artigo de caráter genérico que traça diretrizes de funcionamento do sistema, o artigo 198 reforça a concepção de que o sistema é único e, como tal, deve estar organizado.

Sua análise requer a vinculação analítica com a Emenda Constitucional 29 que trouxe definições acerca do financiamento da saúde e a conseqüente efetividade do sistema, estabelecendo a obrigatoriedade de aplicação de recursos nas ações e serviços de saúde.

Objeto de análise em tópico específico deste trabalho, a Emenda Constitucional nº 29 surge como uma possibilidade de dar maior efetividade à esse direito, desde quando estabelece as regras para o financiamento da saúde. Ainda que permaneça como ideal constitucional que, em função do atraso na regulamentação, ainda não

alcançou sua condição de efetivação a EC 29 representou uma expectativa de concretização de direitos em função de aumento dos percentuais de recursos aplicados e de distribuição equilibrada de responsabilidades entre os três níveis de governo.

Insta salientar que a definição de percentuais mínimos de aplicação de recursos para o financiamento da saúde é questão de importância maior, já que deixa aberta a possibilidade da intervenção,⁶⁹ por parte do governo, em Estados e Municípios que descumprirem essa determinação constitucional.

Decompondo o art. 198, ainda que de forma sucinta e entendendo a organização das ações e serviços de saúde que compõem o sistema, temos:

- **O SUS se organiza como rede regionalizada, hierarquizada e descentralizada**

Estas três condições falam acerca da organização do sistema de saúde, deixando antever a necessidade de que o SUS funcione, na prática, como um sistema integrado que busca a otimização e racionalização de seus recursos. Não há, como já dissemos, recursos fartamente disponibilizados para o funcionamento do sistema. Ao contrário, os recursos são poucos e finitos. Neste sentido, o único caminho possível, pareceu, acertadamente, ao constituinte estabelecer mecanismos que permitissem, obrigatoriamente, que o diálogo fosse, minimamente, garantido, tanto vertical quanto horizontalmente considerando, sob pena de inviabilizar o sistema.

Os mecanismos de efetivação se mostram bastante complexos em sua operacionalização, exigindo dos diversos atores envolvidos no processo, a formação de uma rede que funcione em sintonia e de forma bastante integrada.

As antigas decisões isoladas de gestores não mais encontram espaço no modelo pós-constitucional. Ao estabelecer que a rede deve ser regionalizada, hierarquizada e descentralizada, o constituinte definiu que a cada ente federativo, fica a

⁶⁹ Para melhor entendimento ver: Constituição Federal, art. 34, VII, (intervenção federal nos Estados) e art. 35, III, (intervenção estadual no município). Ver também art. 160 (possibilidade de suspensão de repasses).

responsabilidade de assumir aquilo que lhe está destinado. A organização do sistema deve prever as diferentes especificidades regionais. Não há mais modelos prontos e acabados, ideais de saúde gestados em gabinetes fechados, com o apoio de consultores que muitas vezes não conhecem a realidade local. Os gestores municipais e estadual, devem, por exemplo, criar espaços para a deliberação compartilhada de problemas que lhe são comuns. A construção de um hospital ou de um centro regional de especialidades, deve, dentro desta diretriz, ser discutida e decidida considerando as necessidades regionais e não mais interesses de natureza política.

As Comissões intergestoras bipartite e tripartite, assumem, lugar de relevância e devem ser espaços decisórios fundamentais ao sistema .

- **O atendimento do sistema deve ser integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais**

Ponto nevrálgico do confronto com o setor privado de saúde, a definição de que o atendimento deve ser integral, mas com prioridade para as atividades preventivas, pode ser considerado um dos maiores, se não o maior, problema a ser destacado no jogo de forças entre o mercado e os setores responsáveis pela implementação da Política de Saúde.

O conceito de integralidade, assim como o conceito de saúde, se caracterizam, por uma relativa imprecisão lingüística. O próprio preceito normativo, deixa, evidente, a impossibilidade de considerar integralidade como sendo “tudo” que, somado ao princípio da universalidade, ficaria assim caracterizado “tudo para todos”.

Ora, o tema integralidade vem sendo o ponto de conflito na questão das decisões judiciais bem como nas discussões, em geral, sobre o direito a saúde. Se a CF ao estabelecer em seu art. 196 que saúde é direito de todos, devendo ser oferecida de maneira integral pelo Estado, então é necessário que se defina claramente o que é saúde e o que é integralidade, já que os dois conceitos são determinantes na definição da alocação de recursos e na própria compreensão do que seja, efetivamente este Direito Fundamental.

Ainda quando não deixa explicitado o conceito, seja de saúde, seja de integralidade, a Constituição indica os caminhos para a compreensão dos conceitos e neste caso, em particular, ela aponta, já, uma diretriz, qual seja, deve haver prioridade na alocação de recursos. Ao se manifestar desta maneira, o constituinte, já estabeleceu alguns limites para a integralidade, limites esses que estão definidos em princípios relacionados e norteadores da dignidade da pessoa humana, e, em normas infraconstitucionais.

- **A comunidade deve participar do processo decisório**

Nesta definição o constituinte rompeu com um dos paradigmas mais fortemente alimentados pelo poder público brasileiro e que se constituía num dos alicerces a impedir que a democracia de fato se instalasse no país. Considerada a Constituição cidadã, a carta de 88 representou uma mudança de rota, nos encaminhamentos da política de saúde.

Abrir as portas para que a comunidade participasse do processo decisório em vários níveis, representou não apenas ouvir àqueles que são os destinatários das ações e dos serviços de saúde, mas também colocar-lhes, nas mãos, o poder de dizer aquilo que entendem ser suas reais necessidades de saúde.

Por este preceito constitucional, fica limitado o poder do gestor, devendo ele submeter-se à uma outra lógica decisória. Exercitar o compartilhamento do poder nunca foi um desejo dos gestores, ainda quando assim o defendiam, no campo do exercício teórico.

Dentro desta nova perspectiva, foram criados espaços de decisão compartilhada, como por exemplo, os conselhos de saúde que somente foram de fato instalados diante da ameaça de não recebimento de recursos por parte do governo federal, para aqueles que não os tivessem instalado em prazos previamente definidos.

- **O sistema deve ser financiado com recursos da seguridade social, da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, além de outras fontes.**

Inegável a vinculação, de parcela significativa dos problemas do setor, com a questão do financiamento. Ainda que não seja esta a causa exclusiva dos problemas de saúde vivenciados pelo setor, representa uma razão significativamente forte para causar o seu desequilíbrio.

O preceito constitucional é claro quanto à origem dos recursos que devem financiar a saúde pública. A Emenda Constitucional nº 29 de 2000, promessa de estabilidade e garantia de financiamento para o setor, continua sem ser implementada em razão dos atrasos decorrentes de sua não regulamentação.

- **Rateio dos recursos compatíveis com a busca pela progressiva redução das disparidades regionais.**

Mais uma vez o texto constitucional aponta para uma diretriz que demonstra o entendimento do constituinte acerca do conceito de igualdade. É um equívoco pensar nesse princípio como sendo aquele que sustenta a idéia de que todos devem ser tratados de forma exatamente igual no sentido material. Em mais de uma ocasião, a Constituição Federal aponta para a necessidade de que as desigualdades sejam objeto de atenção, inclusive no que respeita à equitativa distribuição dos recursos públicos destinados à saúde.

A luta pela igualdade passa, sobretudo, pela redução das desigualdades. Para que todos sejam tratados igualmente, é preciso, antes, que eles sejam iguais, o que de fato não pode ser considerado como uma verdade, notadamente no Brasil, reconhecido por suas históricas desigualdades

Demais preceitos constitucionais, relativos à saúde não foram abordados em razão da não necessidade de sua utilização para o enfrentamento dos problemas da investigação.

3.4 O FUTURO DA SAÚDE: PARA ONDE ESTAMOS INDO?

A tentativa de responder ao questionamento acerca do futuro da saúde no Brasil não se constitui um mero exercício de previsão ou uma percepção ingênua de que tal seja possível, ainda que temerário.

O que, na realidade, nos propomos é uma tentativa de compreensão do presente com as implicações e repercussões que, necessariamente, o modelo atual deixa como possibilidade para o futuro.

Em primeiro lugar, cabe considerar que duas questões devem ser centrais e, portanto, determinantes, ainda que não exclusivas, na construção do modelo futuro da política de saúde no Brasil:

1. os desdobramentos que a posição política do atual governo virá a ter, no que concerne ao modelo de Estado que deseja ou que conseguirá sustentar a partir jogo político interno e das determinações e condicionantes externos;
2. os desdobramentos que o debate sobre o direito à saúde alcançará nos meios acadêmicos e a forma como o Judiciário se posicionará, sobre os Direitos sociais especialmente considerando o direito à saúde.

Nesse sentido, a compreensão da relação Estado, sociedade e políticas públicas e as teses que têm prevalecido nos Tribunais Superiores, no que respeita a esse direito, é essencial, como fundamento para a construção de uma imagem objetiva do futuro das Políticas de Saúde no País.

Se tomarmos como base o primeiro mandato do atual governo, constataremos que, a despeito dos avanços e melhorias alcançadas,⁷⁰ ele representou, nos demais

⁷⁰ Houve, durante o atual governo, importante investimento na Estratégia de Saúde da Família, com ampliação significativa da cobertura do Programa de Saúde da Família, em todo o território nacional. A Estratégia da Saúde

questos, uma frustração para todos aqueles que acreditaram que o governo se manteria fiel aos compromissos assumidos durante a campanha eleitoral, relativos à saúde, o que de fato não ocorreu.

Se considerarmos o avanço célere do neoliberalismo e a consolidação do processo de globalização econômico que torna cada vez mais o Estado mínimo, com conseqüente redução das Políticas Sociais, poderemos constatar as dificuldades externas para que um governo se mantenha fiel a qualquer projeto de manutenção ou ampliação de Políticas Públicas garantidoras de direitos sociais.

As tensões entre os setores econômicos do governo atual e os setores responsáveis pela gestão da saúde sempre estiveram presentes. O confronto ultrapassou, muitas vezes, os limites dos gabinetes e do bom senso político.

O financiamento da Seguridade Social, em suas duas principais vertentes, a saúde e a previdência social,⁷¹ sofreu cortes importantes que resultaram em impactos negativos que precisam ser analisados.

O mais importante nesta análise não é o que perdemos, mas a intenção expressa nos documentos e diretrizes emanadas do governo desde o seu início, as quebras com os compromissos assumidos durante a campanha eleitoral e, principalmente, as expectativas que estavam impressas de maneira bastante forte no imaginário social de que um governo do PT certamente colocaria em prática tudo aquilo pelo qual sempre lutou enquanto se encontrava na condição de oposição.

Mesmo os setores mais críticos e analíticos da sociedade civil, e aqui nos referimos aos setores envolvidos historicamente na luta da reforma sanitária, como a Associação Brasileira de Saúde Coletiva – Abrasco; o Centro Brasileiro de Estudos da Saúde – Cebes; e os diversos Núcleos de Estudos em Saúde Coletiva – NESCAs espalhados pelas universidades brasileiras, que conhecem a realidade do jogo político e as limitações a que ficam impostos os governantes, e que, portanto,

da Família é uma unanimidade entre todos os que militam na área da saúde coletiva que a consideram prioridade na Política de Saúde brasileira.

⁷¹ Apesar de considerados, para efeito de análise, de forma conjunta, nos deteremos de maneira mais específica, na análise da saúde.

imaginavam as dificuldades que o governo teria para implementar uma política de saúde em moldes compatíveis com o projeto do partido que lhe dava sustentação, sentiram-se frustrados e, por que não dizer, traídos, quando passaram a observar que as principais resistências vinham do próprio núcleo duro do governo e não do parlamento, como se esperava.

4 SAÚDE: CONTORNOS E CONCEITOS

4.1 O CONCEITO DE SAÚDE E A IMPOSSIBILIDADE DE SEU ATINGIMENTO PLENO: DA IMPRECISÃO CONCEITUAL À INDETERMINAÇÃO OPERACIONAL

Discussões relativas à efetivação do direito à saúde ou de conveniência ou não da intervenção judicial devem ser precedidas, a nosso ver, de uma clarificação conceitual do que seja “saúde” e do que sejam “ações e serviços de saúde”. Reside aqui a maior dificuldade a envolver o tema.

Não há, na Constituição Federal e nem na Lei Orgânica da Saúde – Lei nº 8080/90, qualquer definição que permita afirmar o que se deve considerar como “saúde” ou “ações e serviços de saúde”. Por mais que esses conceitos nos pareçam, *a priori*, claros, não há consenso nesse sentido. Utiliza-se, no mais das vezes, o conceito de saúde da Organização Mundial de Saúde (OMS)⁷² que, apesar de representar, de maneira completa, o que efetivamente devemos considerar como sendo saúde, abarca um entendimento de caráter extensivo e absoluto, impossível de ser alcançado pelos serviços de saúde, sejam eles públicos, sejam privados. Muitas questões estão na esfera de decisões e responsabilidades de caráter individual.

Ao assumir, no art. 196 da CF, que é dever do Estado garantir a promoção, proteção e recuperação da saúde de modo igualitário e universal, o constituinte adotou uma posição de que deve o Estado agir tanto em nível individual, buscando a recuperação da saúde da pessoa que adoece, quanto em nível coletivo, atuando de maneira a garantir condições sanitárias que possam prevenir o adoecimento. A partir desse preceito constitucional, o direito não mais se restringe ao direito individual à saúde, mas assume um caráter de direito social de natureza coletiva. Destaque-se aqui, ainda, que o constituinte não se restringiu a estes dois níveis de atuação, quais sejam, o curativo e o preventivo. Ele inova e avança, ao inserir que a

⁷² Saúde é um completo estado de bem estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença

responsabilidade da promoção de saúde é do Estado, quebrando o paradigma até então vigente de que a saúde está ligada à ausência de doença.

Essa visão ampliada do conceito de saúde, que insere aspectos que transcendem à relação com a doença, é bastante anterior à Constituição de 88. Quando, cerca de 40 anos antes, a OMS preconizou que “[...] saúde é um completo estado de bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”, o conceito refletia, como ainda reflete, um ideal sonhado e alimentado por todos indistintamente, o que não evitou, entretanto, as críticas ao seu caráter utópico e irreal. Segre e Ferraz⁷³ afirmam que se trata “[...] de definição irreal por que, aludindo ao ‘perfeito bem-estar’, coloca uma utopia. O que é ‘perfeito bem-estar’? É por acaso possível caracterizar a ‘perfeição’?”

O que se pretende levantar como reflexão é o caráter subjetivo do conceito de saúde. Ressaltamos que a imprecisão conceitual acaba por comprometer sua efetividade, colocando o sistema de saúde em risco. O estabelecimento e utilização de indicadores de saúde, na definição das prioridades e na alocação de recursos é condição indispensável ao alcance do equilíbrio e da equidade em saúde e minimiza as conseqüências da vagueza conceitual.

Ainda que não haja nenhuma discordância quanto ao conceito da OMS, em si mesmo considerado, bem como, o que está expresso, no capítulo da saúde na Constituição Federal, não há como assumi-lo, na totalidade, na perspectiva do mundo real onde as ações e decisões devem ser tomadas pelo gestor, considerando a garantia efetiva desse direito humano fundamental.

Schwartz,⁷⁴ analisando o conceito de direito à saúde, afirma, com muita propriedade, que ele recebe muitas críticas:

Em verdade, o conceito não é operacional, pois depende de várias escalas decisórias que podem não implementar suas diretrizes. Vários são os fatores que atuam negativamente nesse sentido, sendo que o principal,

⁷³ SEGRES, M; FERRAZ, F. C. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 31, p. 538-542, out./1997. p. 540.

⁷⁴ SCHUWARTZ. Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 36.

pode-se dizer, é que, a partir do momento em que o Estado assume papel de destaque no cenário da saúde, a vontade política é instrumento de inaplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que as verbas públicas correm o risco de não serem suficientes para a consecução do pretendido completo bem-estar físico, social e mental.

Devem as políticas públicas, trabalhar no sentido de prever e implementar ações garantidoras desse direito, tendo como base seu conceito mais amplo e que envolve, no caso, não apenas as ações diretamente ligadas à saúde e de responsabilidade do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, mas de todos os demais Ministérios e Secretarias de outras áreas que possam ter vinculação com a garantia desse direito, tais como: Ministério do Meio Ambiente; Ministério das Cidades; Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Ministério da Cultura; Ministério do Desenvolvimento social, etc.

O que, a princípio, pode parecer uma questão de ordem meramente conceitual e, portanto, irrelevante, acaba tendo implicações importantes na execução das políticas e na destinação dos recursos.

Quando o governo justifica o que sejam os gastos com saúde, ele deve referir-se, exclusivamente, a despesas feitas pelo Ministério da Saúde e não a despesas efetuadas por outros Ministérios que efetivem ações que, indiretamente, irão contribuir para melhoria de condições de vida da população, dado que não estão relacionadas dentro do que denominamos Planejamento do SUS.

Quando fazemos essa afirmativa, estamos, na realidade, assumindo uma abordagem previamente aceita por nós, mas que não é a única existente. Dois enfoques podem ser considerados nessa definição, especialmente considerando o financiamento: o enfoque institucional, por nós adotado e o enfoque funcional.

O gasto social em geral e as despesas públicas com saúde em particular são mensuradas segundo diferentes óticas ou metodologias. A mais comum, possivelmente por ser a mais simples, adota o enfoque institucional. Neste caso, as despesas com saúde coincidem com o gasto da agência central encarregada dessa função de governo – Ministério, Secretaria de Estado ou Municipal de Saúde, consideradas em duas vertentes: o gasto bruto, vale dizer, sem exclusões; e o gasto líquido, que retira as despesas com inativos e pensionistas e com o serviço da dívida. O Conselho Nacional de Saúde (CNS), por exemplo, monitora mensalmente o

desempenho financeiro do SUS na área federal em 74 itens de despesa do Ministério da Saúde (grifo do autor).⁷⁵

Em contrapartida, o enfoque funcional considera como despesas de saúde todas aquelas que o governo faz no sentido de alcance da função global de garantir condições de saúde, ainda quando de maneira indireta.

Mesmo não nos propondo a um enfrentamento conceitual detalhado quanto a esse ponto, importa, para a facilitação do entendimento da problemática, lembrar que a existência de múltiplos conceitos sobre “saúde” e “ações e serviços de saúde” representa elemento dificultador da implementação de ações e da definição relativa ao financiamento da saúde, com destaque especial para a questão da responsabilidade de cada ente federativo e o nível de abrangência das responsabilidades institucionais.

Não pode o gestor público responsabilizar-se por saúde em um nível tão abrangente e absoluto como está estabelecido no conceito da Organização Mundial de Saúde. Há, no conceito em tela, um quê de idealismo impossível de ser concretizado no mundo da vida. Ainda que houvesse recursos ilimitados para tal efetivação, o que, na prática, não existe, ainda assim não seria possível o alcance de tal condição. A saúde, no conceito da OMS, dependente de um conjunto de fatores idealizados, incontroláveis, que não estão, exclusivamente, ao alcance do gestor.

Ainda que tivéssemos garantidas e controladas todas as demais condições necessárias à tal efetivação, ainda assim isso não seria possível. Os recursos são limitados e as necessidades humanas, especialmente as de saúde, ilimitadas. Conflitam aqui duas condições irreconciliáveis. Amenizar sua distância é tarefa do gestor e fiscalizar o cumprimento fiel do que está posto no campo do possível é responsabilidade do juiz. O que não pode e não é aceitável é que fique o gestor na qualidade daquele que limita o direito, em função dos recursos, e o Judiciário, na qualidade daquele que faz a justiça e garante um direito ainda quando este não se encontra no campo do possível, do justo ou do equilibrado no mundo fático.

⁷⁵ BRASIL. Ministério Da Saúde. **A operacionalização da Emenda constitucional n.29**. Brasília: Ministério da Saúde, 2002. p. 8-9.

Decidir o juiz com base no mundo ideal proposto pela OMS, para uns, deixando aos outros, que não tiveram seu acesso à justiça garantido, o mundo real, limitado às definições do gestor que estão, no mais das vezes, condicionadas ao orçamento público, não nos parece ser a posição mais desejada e justa.

Ao afirmar que o direito à saúde, como Direito Fundamental da maior relevância, pressupõe que o Poder Público assuma, em sua plenitude, providências capazes de garanti-lo, em sua dimensão constitucional, o Judiciário aponta no sentido das dificuldades que são inerentes a esta condição de vir a ser um direito plenamente satisfeito.

O que não se pode aceitar é que se tome como justificativa, para o descumprimento do dever prestacional, o caráter aberto do conceito de direito à saúde, expresso pela OMS e garantido a todos pelo art. 196 da CF/88.

Tampouco se pode exigir do Poder Público que o garanta, em sua plenitude, sem considerar as limitações impostas pela escassez de recursos, pela imposição de arcabouço legal e sem considerar as definições que a ciência estabelece para a assistência à saúde.

O relator do acórdão RE 241630/RS⁷⁶ considera que:

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao poder público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instancias governamentais quando estas adotarem providencias destinadas a promover, em **plenitude**, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. (grifo nosso).

O que observamos nas palavras desse relator é que o Judiciário afirma, coerentemente, a necessidade de que o Poder Público assuma suas responsabilidades, no sentido de garantir, de maneira plena, o cumprimento de seu

⁷⁶ Em razão do grande número de decisões judiciais utilizadas na análise da tendência do STF, bem como nos demais procedimentos analíticos de decisões de outras instancias do judiciário brasileiro, fizemos a opção de não fazer o referenciamento em nota de rodapé, tendo em vista que muitas decisões serão utilizadas por diversas vezes em capítulos diferentes o que tornaria sua apresentação em nota de rodapé repetitiva. Como forma de organização de referencias, optamos por apresentá-las em bloco em lista de referências específica, separada da lista de referencias.

dever prestacional do direito à saúde. O que não fica claramente evidenciado nas decisões judiciais e tampouco está expresso na Constituição e na Lei Orgânica da Saúde é, a qual conceito de saúde se refere o texto constitucional, quando afirma que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”.

Se o conceito adotado for o da OMS fica, desde já, constatada a impossibilidade do cumprimento do dever constitucional, tendo em vista que possui caráter absoluto, extensivo e por que não dizer, utópico.

4.2 SAÚDE COMO DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

Compreender a saúde como um direito público subjetivo é indispensável ao entendimento adotado por nós neste estudo. Deixamos, desde já, definida nossa posição de que a saúde não pode ser compreendida como norma programática dependente de regulamentação posterior. Ela é um direito que dá ao seu titular a faculdade de, dele dispor, podendo, requerê-lo do Poder Público.

A idéia de que o direito subjetivo é a vontade juridicamente protegida, conforme defendido por Windscheid,⁷⁷ não encontra sustentação possível em nossos dias. Na realidade, o direito subjetivo independe da vontade do sujeito. O direito à saúde é uma situação subjetiva que confirma essa afirmativa. Independentemente de, o seu titular, dela querer fazer uso, ela lhe está por direito.

Ainda que não haja, no titular, a vontade de fazer uso desse direito, ele lhe está disponível. A fim de demonstrar a inconsistência da posição de que o direito subjetivo é a vontade juridicamente protegida, Reale⁷⁸ lembra:

O próprio Windscheid reconheceu a procedência dessas críticas quando deu à sua doutrina uma segunda feição, esclarecendo que ele não entendia a palavra ‘vontade’ no seu sentido estritamente psíquico, mas só em sentido lógico, como vontade normativa, isto é, como *poder jurídico de querer* (grifo do autor).

⁷⁷ REALI, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 253.

⁷⁸ REALI, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 255.

Referindo-se à evolução do conceito de direito subjetivo, Nino⁷⁹ lembra a posição de Ihering, quando este afirma que os direitos subjetivos são interesses juridicamente protegidos que contêm dois elementos: o valor e a proteção jurídica por meio de uma ação.

Ao substituir a “vontade”, referida por Windscheid, pelo “interesse”, Ihering, na realidade, dá um salto no sentido de que não vê o direito subjetivo como fenômeno da vontade, mas como “interesse que por seu caráter social, o Direito protege”.⁸⁰

Não sendo interesse desta pesquisa o aprofundamento conceitual de direito subjetivo, mas apenas uma compreensão de como a saúde se coloca como um direito público subjetivo, não nos deteremos no entendimento desse conceito na visão de Kelsen, já que é, por demais conhecida sua posição de que o direito subjetivo corresponde à individualização do direito objetivo, qual seja, aquilo que é devido a uma pessoa determinada, em razão de uma norma jurídica.

Importa-nos, especialmente, a idéia de que direito subjetivo, conforme aceito em nossos dias e como tão bem explicita Reale,⁸¹ está vinculado à idéia de situação subjetiva:

[...] situação subjetiva é a possibilidade de ser, pretender ou fazer algo, de maneira garantida, nos limites atributivos das regras de direito. Notem bem que estamos nos referindo, genericamente, à situação subjetiva, que [...] abrange várias categorias, destacando-se, sobretudo, as seguintes: o direito subjetivo, o interesse legítimo e o poder [...]. Direito subjetivo, no sentido específico e próprio deste termo, só existe quanto a situação subjetiva implica a possibilidade de uma pretensão unida à exigibilidade de uma prestação ou de um ato de outrem.

A partir desse entendimento e considerando o que expressa a Constituição de 1988 sobre o direito à saúde, não há que se colocar em questionamento a posição desse direito, como um direito público subjetivo, que pode e deve ser exigido por todo aquele que lhe tiver a titularidade, devendo o Poder Público analisar o caso e

⁷⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 197.

⁸⁰ REALI, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24. ed São Paulo: Saraiva, 1998. p. 256.

⁸¹ REALI, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24. ed São Paulo: Saraiva, 1998. p. 261.

garantir a sua concretização. Sendo o sujeito, o titular, pessoa que detêm o direito e sendo o Estado o seu devedor, deve este lhe ser concedido.

Considerando o que expressa a Constituição, que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas [...]”, não fica espaço para questionamentos no sentido de negar a posição alcançada por esse direito na nova ordem constitucional.

Canotilho, referindo-se às possibilidades de “[...] conformação jurídica dos direitos sociais, econômicos e culturais”, aponta para quatro modelos de positivação referentes às normas sociais: 1) como normas programáticas; 2) como normas de organização; 3) como garantias institucionais; 4) como direitos subjetivos públicos.⁸²

O autor⁸³, referindo-se à dimensão subjetiva desses direitos, lembra que “Os direitos sociais são compreendidos como autênticos direitos subjectivos, inerentes ao espaço existencial do cidadão, independente da sua justicialidade e exequibilidade imediatas”.

O que está sendo aqui enfrentado é que o conceito de direito público subjetivo está intrinsecamente vinculado à concepção de liberdade, como Direito Humano Fundamental. Há uma esfera na qual o Poder Público não pode penetrar e é isso o que faz a diferença quando tratamos do direito à saúde.

Ainda que não haja qualquer intenção de classificação para os direitos subjetivos públicos, cumpre apontar serem eles constituídos pelos direitos civis, políticos e sociais.

A busca por uma conceituação precisa de direito subjetivo tem levado a muitos debates e enfrentamentos de natureza teórica que se mostram muitas vezes estéreis e de difícil solução. Essa situação é comum a todas as expressões que, como esta, possuem alta carga de ambigüidade e vaguidade.

⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 474-475.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 476.

Referindo-se a essa condição e às dificuldades terminológicas que a expressão carrega, Alexy⁸⁴ sugere que, longe de perder-se em discussões acerca da estrutura das diferentes posições relativas à expressão, deve-se utilizá-la seguindo o uso existente, ou seja, sendo um conceito geral, pode ser utilizado para posições as mais diversas, cada uma com suas especificidades e diferenciações.

Parece não haver questionamentos quanto à condição da saúde que, como direito social, inclui-se na categoria dos direitos públicos subjetivos. Nesse sentido, sempre que o Poder Público não garantir sua efetivação, pode seu titular exigir que ele lhe seja garantido, por meio dos instrumentos judiciais previstos no ordenamento jurídico.

As normas constitucionais e infraconstitucionais relativas à saúde, ao estabelecerem esse Direito, no art. 196 da Constituição Federal, bem como na Lei Orgânica da Saúde, trazem implícita a condição de Direito Fundamental, garantido juridicamente. Não pode o gestor público, responsável pela sua implementação, por seu próprio arbítrio, deixar de cumpri-lo. Sua omissão, ainda quando justificada, é passível de ação com vistas a assegurar o Direito Fundamental garantido constitucionalmente.

4.3 SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL

A partir de 1988, com a nova Constituição, diversos direitos sociais foram incluídos no rol dos Direitos Fundamentais, evidenciando uma preocupação do constituinte com aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, direito que se manifesta para além das proteções de liberdade.

A saúde revela-se também como um Direito Fundamental, os quais, dada a impossibilidade de efetivarem-se sem colidir, manifestam-se positivados essencialmente como normas-princípio.

⁸⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p.185.

Conforme o entendimento de Robert Alexy:⁸⁵

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teóricos-constitucionais que devem aqui ser considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio-termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não-validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios, que contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma 'reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade'. Como isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também do problema da vinculação.

Nesse viés, cumpre destacar as diferenças entre princípios e regras, para melhor compreendermos as formas e possibilidades de aplicação do direito à saúde.

4.3.1 Princípios e regras

Os principais autores que tratam do tema e que provocaram uma mudança de paradigma no entendimento dos princípios até então vigente foram Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A principal contribuição de Dworkin⁸⁶ foi perceber que os sistemas jurídicos positivistas, formados essencialmente por regras – conforme elaboração de Hart e Kelsen –, serão sempre sistemas abertos, quer seja pela vagueza da linguagem jurídica, quer seja pela existência de casos não regulados. Disso resulta que, na hipóteses de lacuna normativa, o juiz não estaria vinculado ao ordenamento e, portanto, as possibilidades de decisão seriam amplas, já que fundadas em bases

⁸⁵ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 217, n. 217, p. 67-79, jul./set.1999. p. 78-79.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**. Chicago, v. 35. p. 14-45. 1967. p. 34.

estranhas ao Direito. Nesse sentido, “[...] dois juízes igualmente inteligentes e bem treinados freqüentemente estarão em desacordo”.⁸⁷

No intuito de buscar um sistema sempre capaz de oferecer uma única resposta correta ao caso concreto, foi que Dworkin pensou no modelo de sistema jurídico composto não apenas por regras, mas também por princípios, os quais seriam capazes de oferecer a única resposta correta, quando as regras se mostrassem insuficientes para tanto.

Desse modo, conforme expressa Alexy:⁸⁸

[...] a única resposta correta ou verdadeira seria assim a que melhor possa justificar-se através de uma teoria substantiva que contenha aqueles princípios e ponderações de princípios que melhor se correspondam com a constituição, as regras de Direito e os precedentes.⁸⁹

Nota-se que Dworkin reconhece que apenas um juiz ideal, ao qual chama de Hércules, dotado de habilidade, sabedoria, paciência e agudeza sobre-humanas, seria capaz de sempre encontrar a única resposta correta. Ele entende que ao juiz real cabe a busca da resposta mais aproximada do que se entende por correto.

Nesse sentido, sua grande inovação foi sustentar a força normativa dos princípios, os quais, tanto quanto as regras, seriam capazes de vincular a decisão judicial. Assevera ainda que, a despeito de os positivistas sustentarem que os princípios não obrigam os julgadores porque não determinam um resultado particular, tal afirmativa apenas estatui que os “princípios não são regras”. Apenas as regras determinam um resultado específico. Os princípios, de modo diferente, orientam decisões, permanecendo plenamente válidos, ainda que não prevaleçam em um caso específico.⁹⁰

⁸⁷ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 35. p. 14-45. 1967. p. 35. Tradução nossa. No original: “Two equally trained and intelligent judges will often disagree”.

⁸⁸ ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 2002. p. 8.

⁸⁹ No original: “La única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría substantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes.”

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*. Chicago, v. 35. p. 14-45. 1967. p. 36.

Robert Alexy, por seu turno, desenvolveu a teoria, sendo possível afirmar que “[...] a conjugação da idéia desses dois autores dominou a teoria jurídica e passou a constituir o conhecimento convencional da matéria”.⁹¹

4.3.2 Princípios e regras: distinções

A distinção básica que se costuma fazer entre regras e princípios funda-se no critério da generalidade: “[...] normalmente as regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já os princípios têm maior teor de abstração e incidem sobre uma pluralidade de situações”.⁹²

Contudo, a diferença entre tais categorias não se resume ao grau de generalidade, o que poderia ser designado como uma tese débil da separação, sendo também qualitativa ou estrutural, chamada de tese forte da separação e adotada por Robert Alexy⁹³ como correta.

Utilizaremos, para guiar de forma didática o presente tópico, os critérios distintivos adotados por Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos⁹⁴, quais sejam: 1) conteúdo; 2) estrutura normativa; 3) particularidades da aplicação.

1) Conteúdo

A diferença aqui se estabelece com objetividade, tornando cristalina a distinção entre regras e princípios.

⁹¹ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *In*: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 109.

⁹² BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *In*: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108.

⁹³ ALEXY, Robert. **Derecho y Razón Práctica**. México: Fontamara, 2002. p. 10.

⁹⁴ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios *In*: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 111.

Enquanto as primeiras, quais sejam, as regras, se caracterizam por sua relação estrita com a conduta trazendo-as descritas em sua literalidade, os segundos, isto é, os princípios, possuem caráter eminentemente valorativo. Todo princípio direciona a um fim e aponta valores que devem ser observados e garantidos.

Em síntese, os princípios estão sempre em busca do alcance de uma finalidade e remetem a uma decisão política sustentada em valores com fins públicos.

Desse modo, o direito à saúde manifesta-se como um princípio, já que não especifica as condutas de sua implementação, deixando a cargo do legislador ordinário, ou, na sua ausência, a cargo do intérprete, as escolhas políticas.

2) Estrutura Normativa

O entendimento da estrutura normativa e do processo de sua elaboração deixa clara uma distinção importante entre regras e princípios, denunciando a diferença de complexidade que lhes está afeita como passamos a destacar.

Enquanto nas regras as condutas estão indicadas com precisão, deixando àquele que dela fará uso apenas a tarefa de aplicá-la ao caso concreto, havendo, portanto, uma baixa margem de criatividade e subjetividade, nos princípios a decisão se faz com alta carga de complexidade, demandando do aplicador um processo mental mais elaborado, com vistas ao alcance de uma condição idealmente implícita no valor envolvido. A busca do alcance de um fim público em sua aplicação exige do intérprete uma elaboração da própria ação a ser tomada.

Nisso consiste a grande dificuldade de aplicação do direito à saúde: a própria estrutura normativa da norma que o enuncia é vaga.

Não estamos aqui a reduzir o papel ou a responsabilidade do intérprete na aplicação das regras nem a sobrevalorizar o papel na aplicação dos princípios. Na realidade, tanto em um, quanto noutro, o papel do intérprete é de relevância máxima.

Destacando ainda mais essa diferença Barroso e Barcellos⁹⁵ afirmam:

Pode ocorrer ainda, em relação aos princípios, uma dificuldade adicional: o fim a ser atingido, ou o estado ideal a ser transformado em realidade, pode não ser objetivamente determinado, envolvendo uma integração subjetiva por parte do intérprete. Um princípio tem um sentido e alcance mínimos, um núcleo essencial, no qual se equipara às regras. A partir de determinado ponto, no entanto, ingressa-se em um espaço de indeterminação, no qual a demarcação de seu conteúdo estará sujeita à concepção ideológica ou filosófica do intérprete.

Nessa direção, os autores reforçam a idéia da distinção entre regras e princípios no que se refere à estrutura normativa e deixam antever as dificuldades que essa diferença passa a requerer do intérprete.

3) Particularidades de aplicação

As diferenças já explicitadas relativas a conteúdo e estrutura se desvelam de maneira mais nítida no momento mesmo em que regras e princípios são objeto de aplicação. Enquanto as regras são aplicadas por subsunção, os princípios o são por ponderação.

Ainda que em presença de correntes doutrinárias hodiernas que já admitem a possibilidade de aplicação da ponderação às regras e de subsunção aos princípios, conforme veremos mais adiante, não há aqui como deixar de destacar esse fato como um diferencial relevante.

No caso das regras, sua aplicação se dá de maneira objetiva e direta, sempre que os elementos presentes em uma dada norma ocorrerem no caso concreto. Não há, então, que se falar em ponderação. Aplica-se, neste caso, a norma que deve produzir os efeitos que nela se encontram previstos.

Conforme destacam Barroso e Barcellos⁹⁶ “[...] uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor”.

⁹⁵ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. *In*: LEITE: George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 112.

No caso dos princípios, como já explicitado, o processo de aplicação se mostra bem mais complexo em face das múltiplas variáveis envolvidas na aplicação. Em primeiro lugar, a aplicação não se dá de maneira direta e objetiva, como no caso das regras. Devem-se considerar algumas variáveis intervenientes que precisam ser objeto de análise.

Como não são de aplicação direta, os princípios demandam avaliação de valores, questões de natureza política, e fundamentos éticos que irão apontar, ao intérprete, o caminho mais adequado para que a justiça seja alcançada.

Outra questão que merece destaque na aplicação de princípios é a possibilidade concreta de ocorrência de colisão entre princípios. Muitas vezes resta ao intérprete escolher não o princípio correto, mas o que melhor se adequa ao caso concreto, seja em razão da importância, seja em razão da necessidade ali considerada.

A posição do intérprete é, aqui, sempre mais difícil do que na aplicação da regra quando só há um caminho possível. Na ponderação de princípios, decide ele não pelo princípio mais importante ou mais necessário em abstrato, mas por aquele que assume maior grau de importância, necessidade ou relevância naquele caso concreto, e isso, deve-se destacar, sempre tendo que decidir entre valores considerados muito próximos nos critérios que são objetos da ponderação.

Saindo dos critérios distintivos entre regras e princípios que utilizamos até este momento, cuja estrutura inicial (conteúdo, estrutura normativa e particularidade de aplicação) tomamos emprestado de Barroso e Barcellos e a partir dos quais desenvolvemos nossa análise, podemos nos aprofundar um pouco mais no entendimento das diferenças, utilizando o pensamento do próprio Alexy, já que todos os demais doutrinadores que buscam destacar essas distinções nele se fundamentam, utilizando os critérios distintivos que também foram estudados por

⁹⁶ BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 113.

Dworkin. Cabe considerar que, na realidade, neste quesito, Alexy e Dworkin praticamente não se diferenciam, como observaremos a seguir.

A análise do texto de Alexyk,⁹⁷ no qual apresenta o diferente caráter *prima facie* de regras e princípios, permite-nos uma compreensão mais clara sobre as diferenças entre esses dois tipos de normas. Afirma ele:

Os princípios ordenam que algo deve ser realizado na maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Portanto, não contêm *mandados definitivos senão somente prima facie*. Do fato de que um princípio valha para um caso, infere-se que o que ele exige para esse caso valha como resultado definitivo. Os princípios possuem razões que podem ser substituídas por outras razões opostas. O princípio não determina como se resolverá a relação entre uma razão e a sua oposta. Por isso, os princípios carecem de conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas. (Tradução nossa)⁹⁸

Interessante observar que o autor destaca, com muita ênfase e força lingüística, a falta de conteúdos que lhe imprimam caráter definitivo. Assim, as decisões tomadas a partir deles estão intrinsecamente ligadas à situação fática, jurídica e política específica. Ou seja, não é possível afirmar que um princípio possa dar direção única e definitiva a partir de si mesmo. A mesma razão que sustentou uma decisão pode não servir para outra situação na qual o mesmo princípio venha a ser utilizado.

Esta peculiaridade dos princípios, qual seja, a indeterminação de conteúdo, com caráter de aplicação abstrata, é que os tornam essencialmente diferentes das regras, as quais possuem, em sua própria natureza, caráter de aplicabilidade obrigatória, sempre que o fato ocorrido, nela encontrar-se descrito.

Não estão consideradas aqui as situações em que houver qualquer tipo de impossibilidade para a sua aplicação, seja ela de caráter jurídico, seja fático, como

⁹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 98-102.

⁹⁸No original: “Los principios ordenan que algo debe ser realizado em la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fáticas. Por lo tanto, no contienen *mandatos definitivos sino solo prima facie*. Del hecho de que un principio valga para um caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fáticas”.

por exemplo, o caso de regras inválidas, ou que não mais pertencem ao ordenamento jurídico.

É essa a posição explicitada por Alexy⁹⁹ quando dissecou a distinção entre regras e princípios:

Totalmente distinto é o caso das regras. Como as regras exigem que se faça exatamente o que nelas se ordena, contêm uma determinação no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode fracassar por impossibilidades jurídicas e fáticas, o que pode conduzir à sua invalidez; mas se esse não é o caso, vale então definitivamente o que a regra diz (Tradução nossa).¹⁰⁰

Ainda dentro dessa perspectiva de distinção entre regras e princípios, para fidelidade ao pensamento de Alexy, cabe destacar sua crítica ao modelo adotado por Dworkin, no qual regras possuem caráter de tudo ou nada e os princípios indicam apenas uma direção ao intérprete, que ele reputa como sendo um modelo muito simples.

Ao falar na necessidade de um modelo mais diferenciado, ele traz para o centro da discussão, a possibilidade de introdução das cláusulas de exceção¹⁰¹ nas regras, o que as fariam não mais manterem seu caráter definitivo.

Com o objetivo de permitir uma visão clara, objetiva e didática das diferenças entre regras e princípios, apresentamos o quadro esquemático organizado pelo ilustre professor Geovany Cardoso Jevaux,¹⁰² a partir do pensamento de Robert Alexy, que julgamos conveniente acrescentar como enriquecimento para melhor entendimento das diferenças até aqui analisadas.

⁹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 99.

¹⁰⁰ No original: “Totalmente distinto es el caso de las reglas. Como las reglas exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, contienen una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fáticas. Esta determinación puede fracasar por imposibilidad jurídica y fáctica, lo que puede conducir a su invalidez; pero, si tal no es el caso, vale entonces definitivamente lo que la regla dice”.

¹⁰¹ Não se constituindo uma necessidade para o esclarecimento do problema, objeto desta pesquisa, não estaremos aprofundando a discussão sobre as cláusulas de exceção.

¹⁰² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 352.

NORMAS

PRINCÍPIOS	REGRAS
mais genéricos	menos genéricos, mais específicos
mandados deônticos (proibição ou permissão) fracos	mandados deônticos fortes (maior carga autoritária)
estabelecem direitos <i>prima facie</i> ou relativos	estabelecem direitos definitivos, salvo quando a regra comporte exceção (nesse caso as regras estabelecem direitos <i>prima facie</i> mais fortes)
quando incompatíveis entre si, entram em colisão	quando incompatíveis entre si, entram em conflito
a colisão é resolvida por “ponderação”, sem eliminação do direito <i>prima facie</i> contido no princípio preterido	o conflito é resolvido por exceção ou invalidade, nesse último caso com eliminação da regra preterida
solução da colisão ocorre na dimensão do peso (por meio da ponderação)	solução do conflito ocorre na dimensão da validade / invalidade (por meio da subsunção)
não são hierarquizados, não admitem exceção entre si e tampouco há diferença temporal entre eles	admitem hierarquia e exclusão pelo critério de tempo, assim como exceção por especialidade
são mandados de otimização, porque dependem de possibilidades fáticas e jurídicas	não dependem de possibilidades fáticas ou jurídicas, bastando que sejam válidas, embora possam ser descumpridas

QUADRO 1 – ESQUEMA COMPARATIVO ENTRE NORMAS E REGRAS

Fonte: Geovany Cardoso Jevaux¹⁰³

¹⁰³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: Teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.352

5 AS COLISÕES DE PRINCÍPIOS E A REGRA DA PROPORCIONALIDADE: UMA SOLUÇÃO POSSÍVEL

Assim como o grupo social é multifacetário, a fim de que se assegure sua multifuncionalidade, a Constituição é formada por mais de uma teoria de base, trazendo em seu bojo princípios aparentemente contraditórios.

No intuito de conciliá-los, produzindo um resultado harmonicamente satisfatório, surge, como alternativa viável, o princípio da proporcionalidade, que, a despeito de criticado por alguns (como é o caso de Habermans), apresenta-se como uma evolução da hermenêutica jurídica capaz de concretizar maior grau de justiça.

5.1 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: SURGIMENTO, ESTRUTURA E SUBPRINCÍPIOS

Tratar de ponderação pressupõe um entendimento de valorização dos princípios e, ainda, a compreensão de que eles são normas e, como tais, auto-aplicáveis. A discussão acerca da utilização da ponderação como fundamento das decisões judiciais não faz qualquer sentido para aqueles que consideram os princípios mera orientação não vinculante, dado que a ponderação só se aplica quando há conflito, e o conflito só surge quando estamos diante de prescrições tidas socialmente como obrigatórias.

Nossa análise tem, portanto, como primeiro pressuposto, a conclusão trazida desde Bobbio,¹⁰⁴ e até hoje tratada pelos neoconstitucionalistas, de que os princípios possuem força normativa. Conforme o autor:

Para sustentar que os princípios são normas os argumentos são dois e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles [...]. Em

¹⁰⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 158 e 159.

segundo lugar, a função para a qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso.

Na mesma esteira Barroso,¹⁰⁵ assevera que “Os princípios, como se percebe, vêm de longe, e desempenham papéis variados. O que há de singular na dogmática jurídica da quadra histórica atual é o reconhecimento de sua normatividade”.

O segundo pressuposto de nosso trabalho consiste no reconhecimento de que a neutralidade do operador jurídico não existe, uma vez que um distanciamento absoluto da questão apreciada “[...] pressupõe um operador jurídico isento não somente das complexidades da subjetividade pessoal, mas também das influências sociais. Isto é: sem história, sem memória e sem desejos”.¹⁰⁶ O que é desejável e possível é que tenhamos um intérprete dotado de autocrítica e autoconhecimento, sendo capaz de perceber sua postura ideológica, suas neuroses e frustrações.

Nesse sentido, a objetividade do Direito consistiria nas possibilidades interpretativas decorrentes da norma, dentre as quais caberia ao intérprete, não por arbítrio, mas por exercício de seu senso de justiça e pela aplicação de princípios, como o da proporcionalidade, escolher ao caso concreto a solução mais adequada e justa.¹⁰⁷

O princípio da proporcionalidade surge com o escopo de limitar a discricionariedade legislativa e administrativa, consistindo num eficaz instrumento para a efetivação da vontade constitucional e dos Direitos Fundamentais assegurados.

Insta salientar a legitimidade do Judiciário para tanto, pois a democratização social e a positivação de Direitos Fundamentais e sociais pelas Constituições do pós-guerra trouxeram consigo uma redefinição entre os Poderes do Estado, inserindo o Judiciário na arena política. “[...] o que diferencia o projeto do Estado Democrático

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

¹⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

de Direito é exatamente a revalorização do jurídico, como contraponto à plenipotenciabilidade da razão política que tantas seqüelas deixou”.¹⁰⁸

Embora a noção de proporcionalidade tenha acompanhado a própria noção de Direito desde a Antiguidade Clássica¹⁰⁹ (é justo, equivale ao direito, aquilo que é proporcional, equilibrado), somente por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão é que tal idéia foi sistematizada, racionalmente como uma norma estruturada.

Nesse viés, entendemos, juntamente com Luiz Virgílio Afonso da Silva¹¹⁰ e Geovany Cardoso Jevaux,¹¹¹ que o princípio da proporcionalidade, o qual possui estrutura e subelementos próprios, aplicados em uma ordem determinada previamente, não se confunde com a mera exigência de razoabilidade das decisões imposta pelo princípio da razoabilidade.

É inegável que o princípio da razoabilidade, adotado no direito constitucional norte-americano, se assemelha ao primeiro subelemento da proporcionalidade, qual seja, a adequação. A máxima da adequação exige uma coerência na relação meio-fim, devendo ser a medida adotada, adequada à consecução do fim almejado, evitando a ocorrência de desvio da finalidade estabelecida por determinado princípio, pela utilização de meio impróprio à sua realização. No mesmo sentido, o princípio da razoabilidade prescreve:

Se o meio empregado não atingir o fim desejado pela norma constitucional, a autoridade que o editou terá exorbitado de sua competência, praticando um ato de abuso de poder, e, como todo o sistema constitucional se encontra construído com o objetivo de evitar tal abuso, segue-se que tal meio será inconstitucional. Logo, o propósito do princípio da razoabilidade e da racionalidade no direito americano é o de fornecer critério para o controle de constitucionalidade, diferentemente da máxima de

¹⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS, v. 35, n. 95, p. 49-86, set./dez. 2002. p. 52 e 58.

¹⁰⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 237-251. p. 239-240.

¹¹⁰ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 30-31.

¹¹¹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 358-359.

proporcionalidade para os europeus, que serve para solucionar colisões entre princípios.¹¹²

Insta, contudo, esclarecer que autores altamente respeitados no direito pátrio, como Luiz Roberto Barroso,¹¹³ defendem a fungibilidade dos referidos princípios, afirmando que a adoção de uma ou outra nomenclatura depende da influência germânica (proporcionalidade) ou norte-americana (razoabilidade), preferindo tratá-los como sinônimos.

Nos Estados Unidos, o princípio da razoabilidade foi desenvolvido a partir da derivação do princípio do devido processo legal em seu aspecto substantivo (*substantive due process*), o qual passou a fundamentar decisões judiciais que controlavam a discricionariedade dos atos legislativos e executivos, o que marcou uma valorização do Judiciário, possibilitando-lhe avaliar o mérito dos atos do Poder Público.¹¹⁴

O Tribunal Constitucional Alemão, por sua vez, esteia existência do princípio da proporcionalidade na afirmativa de que ele decorreria do princípio do Estado Democrático de Direito, encontrando tal teoria diversos seguidores no Brasil.¹¹⁵

Outros autores procuram fundamentar a utilização da proporcionalidade em diferentes dispositivos constitucionais como, por exemplo: art. 5º, II (legalidade); 5º, XXXV (inafastabilidade do controle jurisdicional); 1º, *caput* (princípio republicano); 1º, II (cidadania); 1º, III (dignidade); e ainda o art. 5º, § 2º (segundo o qual a Constituição não exclui outros princípios decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados).¹¹⁶

¹¹² JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 358-59.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Saraiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 224.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Saraiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 219-220.

¹¹⁵ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 42.

¹¹⁶ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 42.

Segundo o entendimento de Luiz Virgílio Afonso da Silva,¹¹⁷ verdadeiramente tais dispositivos visam a evitar abusos no exercício do Poder Legislativo e Executivo, por meio do controle judicial, todavia, não resta evidente, por tais preceitos normativos, que a proporcionalidade tenha sido escolhida como método para tanto em detrimento dos demais métodos que poderiam, da mesma forma, realizar o referido controle.

A utilização do princípio da proporcionalidade, como fundamento das decisões judiciais, coloca-se, portanto, como constitucionalmente legítima, não por estar positivado, ou por poder ser deduzido de determinados dispositivos constitucionais, mas, sim, porque decorre necessariamente da própria eleição de um sistema de proteção dos Direitos Fundamentais por meio de princípios, uma vez que princípios são propensos a colidir, e somente por ponderação – subprincípio do princípio da proporcionalidade – a colisão de princípios pode ser resolvida.¹¹⁸

Nesse sentido, a aplicação da proporcionalidade decorre:

[...] da própria estrutura dos direitos fundamentais. [...] Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, [...] admite-se que eles são *mandamentos de otimização*, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação.¹¹⁹

5.1.1 Proporcionalidade: princípio ou regra?

Merece análise a questão que se coloca: seria a proporcionalidade um princípio, ou uma regra?

¹¹⁷ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 43.

¹¹⁸ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 335-342, out./2005. p. 337.

¹¹⁹ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 43.

Certamente o deslinde da questão dependerá do conceito adotado de princípio, dado que esse termo possui variados significados, até mesmo se nos restringirmos à seara jurídica.

A grande maioria da doutrina e jurisprudência brasileira refere-se à proporcionalidade como um princípio, contudo, se adotarmos o conceito de princípio trazido por Alexy,¹²⁰ esposado neste trabalho no tópico precedente, poderemos perceber claramente o problema terminológico.

O chamado princípio da proporcionalidade não colide com outros princípios, sendo aplicado de forma constante, independentemente das circunstâncias. Ele não será aplicado em graus, conforme ganhe ou não prevalência em determinado caso concreto. Nesse sentido, não possui as características marcantes dessa espécie normativa, devendo, portando, ser enquadrado como verdadeira regra, aplicada por meio de subsunção.¹²¹

Verificada a colisão entre princípios numa situação fática, deve-se aplicar a regra da proporcionalidade, por meio de suas sub-regras: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Alexy,¹²² considerando a proporcionalidade e suas sub-regras como verdadeiras normas-regra, denomina-as de máximas de proporcionalidade, afirmando que, caso as máximas parciais da proporcionalidade não sejam atendidas, afigura-se como consequência a sua ilegalidade.

Deve, entretanto, ser destacada a prática jurídica brasileira, segundo a qual “quando se fala em *princípio da proporcionalidade*, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência da proporcionalidade”.¹²³

¹²⁰ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 82-90.

¹²¹ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 25-26.

¹²² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 112.

¹²³ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 26.

5.1.2 Subelementos da Proporcionalidade

Antes de partirmos para uma definição de cada um dos subelementos da proporcionalidade, impende salientar uma regra para sua aplicação.

As máximas parciais da proporcionalidade não podem ser empregadas aleatoriamente, havendo uma ordem predefinida de análise que deve ser seguida. Assim, temos que existe uma relação de subsidiariedade: somente quando se verificar a adequação do meio, é que se passará à análise da necessidade, e somente se for constatada a necessidade de aplicar o referido meio é que se passará à análise da proporcionalidade em sentido estrito.¹²⁴

Nota-se que, caso se verifique a inadequação do meio, não será necessário prosseguir na análise dos demais subelementos, sendo suficiente para considerá-lo ilícito. O mesmo ocorre na hipótese de se constatar que o meio não é necessário, sendo utilizada a proporcionalidade em sentido estrito apenas nos casos mais complexos.

5.1.2.1 Máxima da adequação, idoneidade ou conformidade

Como mandados de otimização, os princípios buscam a maior e melhor aplicação conforme as situações fáticas e jurídicas do caso concreto. As duas primeiras sub-regras da proporcionalidade (adequação e necessidade) referem-se à otimização das possibilidades fáticas, enquanto a última (proporcionalidade em sentido estrito) refere-se à otimização das possibilidades jurídicas.¹²⁵

¹²⁴ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 34.

¹²⁵ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 335-342, out./2005. p. 339.

O presente subelemento da ponderação prescreve que o meio adotado para que se atinja determinado fim ou princípio deve ser adequado a fomentá-lo. É preciso que exista uma adequação de sentido entre os motivos, os fins e os meios do ato que se avalia.

Importante observar que, a despeito de muitos autores descreverem a máxima da adequação, utilizando-se do termo alcançar,¹²⁶ Luiz Virgílio Afonso da Silva¹²⁷ assevera que tal posicionamento funda-se numa tradução inapropriada do verbo alemão *fördern*, o qual seria melhor traduzido pelos verbos *promover*, *fomentar*.

A mudança na tradução não representa mero preciosismo, mas transforma a própria idéia trazida pela máxima da adequação. Para que o requisito por ela imposto seja satisfeito, não é necessário que o meio empregado alcance totalmente o objetivo pretendido, bastando que fomente, contribua para sua realização.

Luiz Roberto Barroso,¹²⁸ ao tratar da adequação – apesar de utilizar o termo razoabilidade, para o qual já fizemos as devidas ressalvas nos tópicos precedentes, e no entendimento de que suas palavras se referem à adequação – traz interessantes afirmações que merecem nossa atenção. Entende que devemos, inicialmente, analisar a razoabilidade interna, que sendo aferida dentro da própria lei, refere-se à “[...] existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins.” Uma vez constatada a razoabilidade interna da norma, “[...] é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional”.

5.1.2.2 Máxima da Necessidade

¹²⁶ Considera-se adequado o meio capaz de alcançar o resultado esperado.

¹²⁷ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 36.

¹²⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Saraiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 226.

A máxima da necessidade determina que, havendo mais de um meio adequado para fomentar um princípio P_1 , com a mesma eficácia, deve-se escolher aquele que intervém de forma menos intensa no princípio P_2 .

Segundo a explanação de Luiz Virgílio Afonso da Silva,¹²⁹ temos:

Suponha-se que, para promover o objetivo O , o Estado adote a medida M_1 , que limita o direito fundamental D . Se houver uma medida M_2 que, tanto quanto M_1 , seja adequada para promover, com igual eficiência o objetivo O , mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M_1 , utilizada pelo Estado não é necessária.

Isso significa que, diante de mais de uma alternativa para a busca dos objetivos visados, deve-se eleger aquela que tenha menor ingerência possível, de forma que seja menos onerosa ao cidadão.¹³⁰

Alguns autores ligam a idéia de proporcionalidade com a proibição do excesso, contudo, embora tais conceitos estivessem ligados no início da construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, atualmente já se discute também a proibição de insuficiência, mediante a qual se pretende aplicar a proporcionalidade para as hipóteses de omissão ou ação estatal insuficiente. Conquanto essa nova proposição não seja majoritariamente adotada, ela merece destaque para a diferenciação e para uma melhor compreensão dos termos.¹³¹

Cumpre, ainda, marcar a clara diferença entre o exame da necessidade e o da adequação. Enquanto este consiste num exame absoluto, aquele é um exame essencialmente comparativo.¹³²

Interessante considerar que, em alguns casos de resolução difícil, determinada restrição poderá ser considerada necessária, tendo em vista a inexistência de outras medidas capazes de realizar o fim almejado, todavia sua aplicação não deverá ser

¹²⁹ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 38.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. Saraiva. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 228.

¹³¹ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 26-27.

¹³² SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 38.

permitida ante o alto ônus que sua adoção ensejará. Na hipótese, será necessário passar à análise da última sub-regra da proporcionalidade, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito.

5.1.2.3 Máxima da ponderação, ou proporcionalidade em sentido estrito

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou da ponderação, é bem definida por um de seus próprios enunciados: a ponderação.

Essa terceira sub-regra da proporcionalidade determina que se considere a intensidade da ingerência e limitação ao princípio atingido e, a importância da realização do princípio que a ele se contrapõe, fazendo um sopesamento entre as referidas premissas.

É necessário, portanto, realizar uma avaliação das vantagens e desvantagens trazidas pela medida adotada em relação ao fim desejado. Conforme a síntese de Luiz Roberto Barroso,¹³³ “[...] cuida-se, aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”.

Com sua acurada precisão, Robert Alexy¹³⁴ especifica o modo de aplicação da ponderação, enunciando o que chama de “lei de ponderação”, segundo a qual “[...] quanto maior é o grau da não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”.¹³⁵

¹³³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 228.

¹³⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 161.

¹³⁵ Tradução nossa. No original: “[...] cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de um princípio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

A referida lei evidencia que jamais será possível determinar o peso de um princípio ao analisá-lo isoladamente, pois o peso dos princípios é medida relativa, e não absoluta, encontrada somente mediante a comparação dos princípios contrários.¹³⁶

No intuito de demonstrar a lei de ponderação objetivamente, Alexy elaborou a fórmula de peso: $GP_{ij}C = \frac{IP_iC}{W_{pj}C}$

Na referida fórmula, as variáveis têm os seguintes significados:

P_i e P_j → princípios em colisão

G → peso concreto dado aos princípios, ou seja, naquela hipótese específica

C → circunstâncias fáticas e jurídicas a serem analisadas no caso concreto

I → intensidade de intervenção de um princípio no outro

W → importância do princípio oposto

A presente fórmula pode ser descrita em três etapas, conforme a exposição de Robert Alexy:¹³⁷

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo, deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.

Assim, podemos perceber que a fórmula de peso trazida por Alexy consiste em modo de racionalizar a lei de ponderação, tornando-a mais objetiva, já sendo o resultado alcançado desde a atribuição de pesos e a avaliação das vantagens e desvantagens da medida.¹³⁸

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 161.

¹³⁷ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 335-342, out./2005. p. 339-340.

¹³⁸ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional: teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 362.

Seguindo o raciocínio da atribuição de pesos, importa esclarecer que, a fim de que uma medida seja considerada desproporcional, não é necessário que ela impeça totalmente a realização de um princípio, nem que atinja seu núcleo essencial. Basta que o peso atribuído aos fundamentos justificadores da restrição seja menor do que a importância de realização do princípio contraposto.¹³⁹

Portanto, para que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito não seja atendida, basta que o grau de importância de realização de um princípio P_1 seja menor do que o grau de importância de não intervenção em seu princípio oposto, P_2 , situação que não justificaria suficientemente a restrição em P_2 .

A questão pode ser mais bem aclarada pela explicação trazida por Luiz Virgílio Afonso da Silva¹⁴⁰ em comentário analítico acerca do pensamento de Robert Alexy:

Alexy costuma dividir o grau de restrição de um direito fundamental e o grau de importância de realização do direito que justifica a medida restritiva em *alto*, *médio* e *pequeno*. Assim, se o grau de restrição de um direito é médio – portanto longe de implicar a sua não realização –, mas o grau de importância da realização do direito colidente é pequeno, então a medida é desproporcional. Como se vê, o conceito de não realização de um direito não é fundamental na análise da proporcionalidade em sentido estrito.

5.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A utilização do silogismo e, portanto, da subsunção nas decisões judiciais teve papel fundamental para a construção da lógica jurídica especialmente num momento histórico específico de valorização dos códigos e da norma posta.

Vivenciava-se a difusão da doutrina da Escola da Exegese do início do século XIX, também chamada de Escola dos Glosadores ou Escola Filológica, a qual serviu para justificar o poder da burguesia ascendente após a Revolução Francesa.

¹³⁹ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. p. 41.

¹⁴⁰ SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002. 41.

Certamente, seu poder não poderia ser justificado numa ordem divina, como anteriormente era entendido o poder dos reis absolutistas e, assim, a supremacia da lei, fundada numa legitimação formal, servia perfeitamente aos anseios políticos dessa classe emergente.

No intuito de manter estática aquela nova situação política conquistada, criou-se um sistema jurídico extremamente rígido, fundado sob o “[...] dogma da completude do ordenamento jurídico”.¹⁴¹

Conforme o entendimento de Norberto Bobbio,¹⁴² as principais características da Escola de Exegese são:

a) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo: há uma sobrevalorização do direito positivo, e uma desvalorização do direito natural que passa a ser considerado válido somente na medida em que é positivado;

b) concepção rigidamente estatal do direito: há uma desvalorização das demais fontes do direito, considerando o Estado como a única fonte legítima para a criação das normas. Como consequência, tem-se o surgimento do princípio da onipotência do legislador. As palavras de Bonnacase, citado por Bobbio¹⁴³ demonstram claramente esta característica:

Dura lex, sed lex; um bom magistrado humilha sua razão diante da lei: pois ele é instruído para julgar segundo ela e não para julgá-la. Nada está acima da lei, e eludir suas disposições, sob pretexto de que a equidade natural a contraria, nada mais é do que prevaricar. Em jurisprudência não há, não pode haver razão mais razoável, equidade mais equitativa do que a razão ou a equidade da lei.

c) interpretação da lei fundada na intenção do legislador: isso significa que nos casos em que não fosse possível deduzir diretamente do preceito legal o resultado desejado, ou seja, nos casos de obscuridade ou lacuna da lei, o magistrado deveria buscar a vontade do legislador para sanar a obscuridade ou preencher a lacuna;

¹⁴¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999. p. 121.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 84-89.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 86.

d) culto da lei: essa característica decorre das anteriores e evidencia a rigorosa subordinação do intérprete aos dispositivos legais;

e) respeito pelo princípio de autoridade: a utilização intensa deste princípio configura a demonstração de altíssimo respeito pela lei e também de certos comentadores do Código que alcançaram grande respeito na comunidade jurídica da época.

Destarte, em apertada síntese, podemos afirmar que a Escola da Exegese compreende o direito como uma rígida organização de normas positivadas, as quais, por sua clareza e precisão, não comportam interpretações diferenciadas conforme as diversas circunstâncias fáticas apresentadas. Todos os conflitos potenciais podem ser resolvidos pela direta aplicação da lei. Desse modo, o julgador queda engessado pelas formas previstas pela lei, sem qualquer liberdade de adequação da norma às peculiaridades do caso trazido à análise.

Indubitavelmente, um sistema composto nesses moldes tem, no silogismo, a perfeita solução para a aplicação do Direito ao caso concreto. Sendo formado essencialmente por regras, o papel do intérprete resume-se à sua aplicação conforme a verificação da ocorrência das hipóteses normativas previstas.

Desse modo, tal compreensão do Direito, apesar de fortemente influente até os dias de hoje, foi superada, e conforme Sérgio Nojiri:¹⁴⁴

[...] como era de se esperar, o exegetismo não conseguiu acompanhar a realidade dos tempos modernos. Transformações de diversas ordens (tecnológicas, políticas e culturais) impuseram novos desafios, relativos à convivência social, que as velhas soluções adotadas pela jurisprudência passada, não deveriam mais resolver.

Verdadeiramente, uma das debilidades do positivismo consiste na impossibilidade fática de que a norma anteveja todas as situações de potenciais conflitos, e sua

¹⁴⁴ NOJIRI, Sérgio. **O Dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 78.

principal inconsistência reside no fato de ter “fetiche da lei”¹⁴⁵ legitimado regimes autoritários e atos desumanos do Estado por meio da lei.

A tese de que o Direito é o Direito Positivo, e de que uma norma o integra se obedecer aos critérios formais de elaboração afastou o Direito, da noção de justiça, e permitiram que qualquer conteúdo se tornasse norma.

Assim, a busca atual pelo resgate dos valores e pela reaproximação do Direito da Ética tornou-se indispensável para a realização de uma sociedade fundada essencialmente na dignidade da pessoa humana, no Estado Democrático de Direito, e que, portanto, não pode aceitar normas que não se submetem a uma avaliação substancial de conteúdo, tendo como único legitimador a submissão a um processo legislativo válido perante a autoridade competente.

A forma encontrada para inserir, no ordenamento jurídico, conteúdos axiológicos foi conferir força normativa aos princípios, os quais, a despeito de já existentes, não contavam com tal aplicabilidade direta e vinculação de obrigatoriedade.

Ante uma nova configuração do ordenamento jurídico, o qual passa a ser composto por normas-regra e normas-princípio, a mera aplicação do silogismo por meio de subsunção não será mais suficiente e, tampouco, adequada para a resolução dos casos que se apresentam ao julgador.

Podendo utilizar princípios como fundamentos decisórios, necessariamente o julgador deverá utilizar-se da máxima da proporcionalidade, pois, como já explicado em nosso trabalho, princípios são propensos a colidir e, somente por meio da ponderação, é possível resolver o conflito entre eles.

Em muitas decisões, percebe-se a simples referência a um princípio como fundamento, todavia tal atitude se manifesta inadequada em dois aspectos. Primeiramente, porque, dada a sua generalidade, o mesmo princípio pode ensejar

¹⁴⁵ Expressão utilizada por Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos em: BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE: George Salomão. **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

deduções distintas dependendo das circunstâncias fáticas e jurídicas que se apresentam, fazendo-se, portanto, indispensável explicitar detalhadamente os motivos que ensejaram aquela escolha.

Em segundo lugar, porque a aplicação de um princípio ensejará peremptoriamente a limitação de outro em certa medida e, nesse sentido, deve-se manifestar expressamente na decisão as justificativas da prevalência de um sobre o outro.

É justamente a máxima da proporcionalidade, e suas máximas parciais que traça os caminhos que devem ser percorridos pelo juiz para justificar sua escolha, funcionando, inclusive, como parâmetro limitador da discricionariedade do magistrado, uma vez que, entendida como norma-regra, verificada a colisão de princípios, ela aplica-se inteiramente.

Nesse sentido, ao contrário de manifestar-se como instrumento de subjetivação das decisões judiciais, a proporcionalidade coloca-se como método de aplicação dos princípios, os quais foram eleitos por nossa Constituição como normas direcionadoras da busca pelo Direito.

Aplicá-la, portanto, coloca-se como atitude indispensável para aqueles que pretendem efetivar uma Constituição baseada em normas abertas, as quais deixaram propositadamente ao intérprete a responsabilidade de efetivar certas escolhas políticas. Tal diretriz constitucional evidencia uma valorização do Judiciário, e um novo pacto político que o coloca como participante na construção do Direito, e não como mero repetidor de um suposto direito perfeito, enunciado pela lei.

Pelas razões expostas, podemos afirmar, com segurança, que, longe de justificar arbítrios, a utilização da proporcionalidade coloca-se como importante diretriz ao magistrado na justificação de suas escolhas para determinar, num caso concreto, o motivo de prevalência de um dado princípio sobre seu princípio oposto.

6 A PROPORCIONALIDADE COMO MÉTODO DE DECISÃO JUDICIAL EM CASOS ENVOLVENDO O DIREITO À SAÚDE: RESTRIÇÕES E HIPÓTESES DE APLICAÇÃO

A defesa da utilização da proporcionalidade como método indispensável, coerente e mais adequado ao alcance da justiça, compatível com a complexidade à qual está submetido o juiz na sociedade pós-moderna, contrapõe-se, como já manifestamos, ao silogismo jurídico até então utilizado como método para a tomada de decisão judicial e que afastou, de certa maneira, a Justiça, em seu conceito mais amplo, daqueles cujos pleitos não se encontravam resguardados por regras definidas de maneira objetiva no ordenamento jurídico.

Ainda que essa posição seja, hoje, adotada e defendida de forma inconteste por grande parte da doutrina que a utiliza, sem, muitas vezes, conhecê-la em profundidade e sem demonstrar um possível domínio do método, dos conceitos e das concepções que o embasam, como poderemos observar, na análise da farta jurisprudência brasileira que trata dos Direitos Fundamentais submetidos ao Judiciário, é necessário que se apontem os limites que dificultam a sua aplicação e as hipóteses que a autorizam.

Necessário que se alerte que, ao mesmo tempo em que a proporcionalidade aumenta a possibilidade de ampliação do grau de justiça, quando adequadamente utilizada, ela pode servir como geradora de distorções e impropriedades, quando seu uso se dá em situações que extrapolam o seu âmbito de aplicabilidade.

No caso específico do direito à saúde, em que está em questão um Direito Fundamental da mais alta significação no imaginário social, e no qual se encontram os bens considerados, por muitos, como de relevância absoluta, o emprego inadequado do método da proporcionalidade pode comprometer a própria justiça que se busca alcançar.

Duas questões merecem destaque nessa linha de raciocínio: a primeira e, a nosso ver, mais grave, é a utilização do método sem o embasamento teórico necessário à sua correta fundamentação; a segunda, e não menos gravosa, consiste no uso inadequado da regra da proporcionalidade, na medida em que se lhe é dada uma proposição valorativa exclusiva *a priori*, sem que se submeta previamente à análise das máximas parciais da proporcionalidade, quais sejam, necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, dentro de uma sistematização correta, lógica e de precisão metodológica capaz de lhe garantir a conformação e as bases de sustentação para uma tomada de decisão que alcance a medida mais justa que o caso requer.

Não sendo observados os parâmetros metodológicos de aplicação correta da proporcionalidade, fica a decisão fragilizada pela possibilidade de inversão em razão do erro técnico. Cumpre frisar, ainda uma vez, que o risco de servir a proporcionalidade como instrumento de subjetivação, existe, e é concreto, manifestando-se sempre que não forem observados os critérios definidores de sua aplicação. Ou seja, a utilização dos princípios, como normas que buscam nortear a luta pelo Direito, pode levar a uma falsa decisão fundamentada no princípio da proporcionalidade.

Decide o juiz, muitas vezes, afirmando fundamentar suas decisões em princípios quando, na realidade, não faz mais do que exclusivamente citar o princípio que, em sua opinião, foi violado, ou que deve prevalecer, sem compreender que a concepção dos princípios como normas, pressupõe a existência de colisão, ensejando necessariamente uma análise comparativa dos princípios em questão.

Ao deixar ao intérprete a responsabilidade de fazer as escolhas políticas que não foram feitas pelo legislador ou pelo gestor, a Constituição define previamente o lugar do juiz na decisão que envolva Direito Fundamental, delimitando, dessa forma, o *locus* de aplicação da proporcionalidade.

É essa a questão que nos propomos a enfrentar no âmbito deste estudo. Ainda que tenha sua responsabilidade como garantidor dos Direitos Fundamentais, devendo manifestar-se sempre que forem violados, deve o juiz restringir-se ao espaço de

aplicação que lhe está destinado pela Constituição, não podendo, nem devendo se imiscuir no espaço de deliberação destinado aos outros poderes.

Sua atuação deve centrar-se, portanto, na responsabilidade que lhe está posta por uma Constituição baseada em normas abertas e a partir da qual pode fazer escolhas políticas que não tenham sido previamente feitas pelo legislador ou pelo gestor.

Assumir a possibilidade de aceitação dos princípios como normas, para a tomada de decisão judicial, em casos que envolvam Direitos Fundamentais, requer, do magistrado um conhecimento que vai além daqueles obtidos nos Cursos de Direito tradicionais, com forte orientação dogmática e silogística, como parece ser, ainda, a quase totalidade da formação jurídica brasileira. Assumir como verdade a existência de princípios aos quais se dá a qualificação de normas, é assumir a necessidade de revisão de conceitos e concepções fortemente arraigados e impressos no arcabouço jurídico brasileiro e na doutrina, ainda quando em ruptura paradigmática.

Deve ficar claro que a aceitação dos princípios, como normas de eficácia imediata, implica, invariavelmente, a adoção da proporcionalidade como método de análise para a decisão judicial. Nesse sentido, conhecer os limites e as hipóteses de sua aplicação, torna-se indispensável ao intérprete, evitando as distorções, os excessos e a possibilidade de, na busca de alcançar a justiça, cometer injustiças ainda maiores do que as que julga combater.

Na tentativa de melhor esclarecer esses limites e hipóteses, relacionamos, para efeito ilustrativo e, não exaustivo, algumas situações que, invariavelmente, têm ocorrido no cotidiano do Judiciário brasileiro.

6.1 ORDENS DE PREVALÊNCIA

O estabelecimento de ordens de prevalência é condição básica da adoção dos princípios que se encontram em colisão. Diante do surgimento de um conflito entre interesses opostos, deve o juiz decidir, com base na ponderação de interesses

opostos, onde não cabe falar em prioridade absoluta, de um sobre o outro e, nem mesmo considerar a possibilidade de supremacia de qualquer deles.

Quando decide, o juiz deverá estabelecer uma “[...] relação de precedência condicionada”,¹⁴⁶ já que está vinculado às circunstâncias que envolvem o caso concreto. Não decide ele em abstrato. Avalia as circunstâncias e os valores, sejam eles de natureza política, jurídica ou meramente valorativa e subjetiva. Decide, a partir da análise e ponderação das circunstâncias ensejadoras do conflito e das possibilidades de que o pedido seja atendido.

Não pode o juiz decidir quando já existirem ordens de prevalência estabelecidas pelo legislador ou pelo gestor. No caso da saúde, que estamos analisando, esta questão se reveste, quantitativa e qualitativamente falando, de ordens já estabelecidas em farta legislação, e em instrumentos normativos elaborados pelo gestor com base em análises de caráter técnico que não estão disponíveis à compreensão básica de um profissional de outras áreas, em razão dos limites impostos pela especificidade do conhecimento de áreas tão díspares, quanto a das ciências humanas/sociais e ciências da saúde/biológicas.

Faltam ao juiz, por exemplo, conhecimentos específicos da epidemiologia, que sustentam decisões na elaboração das políticas de saúde e na definição de estratégias e ações de saúde pública. Ao basear-se no perfil epidemiológico para a tomada de decisões em saúde, o gestor público se utiliza de complexos saberes que não fazem parte do cotidiano de um profissional de outras áreas.

Mesmo que ao juiz seja dada a condição de “*peritus peritorum*”, ou seja, de perito dos peritos, não domina ele conhecimentos elementares das ciências da saúde para avaliar o potencial de acerto ou de erro da decisão já tomada e, ainda, já validada, seja por resultados de pesquisas científicas, seja por conhecimentos já consolidados pela comunidade científica da área.

¹⁴⁶ Expressão utilizada por ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 92.

Decide, ele somente, na omissão ou na ação equivocada dos outros poderes que possam estar comprometendo a garantia de um direito fundamental. Não lhe está dado decidir acima de escolhas técnico-científicas e/ou políticas, tomadas pelo gestor e nem acima de escolhas que resultaram de intenso processo legislativo, as quais foram legitimadas pelo Poder Público e pela sociedade.

É interessante como as ações ligadas à saúde humana motivam o imaginário social, envolvendo as pessoas de maneira visceral. O juiz não está isento desse tipo de influência. Não há que se falar em neutralidade desse profissional. A neutralidade é, em si mesma, um mito ao qual devemos dedicar atenção redobrada. Ao decidir, precisa o intérprete se resguardar de sua alta carga de subjetividade, inerente à qualquer sujeito que se coloca com essa responsabilidade, submetendo-se a um método que lhe dê a garantia da cientificidade de sua decisão.

Não estando mais amparado pelo conforto de uma regra única, que imperou por séculos como critério exclusivo para as decisões judiciais, qual seja, o alcance da justiça por meio da aplicação do silogismo, baseado na visão positivista de que justiça é a aplicação da norma ao caso concreto, fica, o juiz, no desconforto de ter que encontrar um outro caminho metodológico, compatível com a complexidade de nosso tempo, mas que lhe dê um mínimo de resguardo à consciência e confira eticidade profissional.

Provocado pelo pretense titular de um direito, não pode o juiz quedar-se emocionalmente envolvido diante de um quadro que se lhe apresenta como trágico e emblemático do sofrimento e das mazelas humanas. Claro está que a doença e a falta de saúde, são situações que despertam, em todos, intensos sentimentos de solidariedade e compaixão. Não há, a nosso ver, diferença entre aquilo que sente o gestor e o magistrado quando se encontram diante de situações ensejadoras desse tipo de sofrimento.

É certo que o juiz não pode se omitir quando provocado, e nem pode, tampouco, deixar de analisar o caso que lhe é apresentado simplesmente por considerá-lo como já decidido pelo gestor ou pelo legislador. Deve, entretanto, pautar suas decisões pelo respeito às escolhas que já foram feitas pelos representantes dos

outros Poderes, desde que elas tenham sido feitas com fundamentação técnica, científica e política coerente, e que não firam Direito Fundamental.

A quebra de preceito constitucional, por parte do gestor ou do legislador, é condição indispensável para que o juiz se posicione em ações que pleiteiam a garantia de Direitos Fundamentais. A garantia, pretensamente violada, de direito constitucional, exige que o juiz se manifeste, muitas vezes, desconsiderando ordens de prevalência já definidas.

O que defendemos, neste quesito, é que a liberdade de decidir não é absoluta para o juiz. Ela está condicionada pelos próprios limites que a lei lhe impõe. Seu espaço de atuação restringe-se às situações de omissão, vagueza e termos abertos.

Decidir sem submeter-se a uma metodologia claramente explicitada e fundamentada, é decidir ao arrepio da lei. Não lhe cabe tomar decisões baseado em suas crenças, concepções, desejos ou sentimentos. Fosse esse o caminho desejado por aqueles que efetivamente detêm o poder, qual seja, o povo, que deu o mandato para os membros do Executivo e Legislativo, já teriam eles atendido, por seu próprio desígnio, as necessidades colocadas pelo cidadão e que tanto desconforto causam.

Não pode uma decisão ser tomada simplesmente com base na importância ou relevância que, porventura, o princípio destacado tenha para o intérprete. Um princípio, para fundamentar a decisão, deve estar em colisão com outro princípio.

De maneira bastante simples e direta Alexy,¹⁴⁷ lembra:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso, quando, segundo um princípio, algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos dois princípios tem que ceder ante o outro. Mas, isso não significa declarar inválido o princípio deslocado nem que, no princípio deslocado, haja que introduzir uma cláusula de exceção. Antes, o que sucede é que, sob certas circunstâncias, um dos princípios precede ao outro. Sob outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isso é o que se quer dizer, quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm diferente peso e que se prima pelo princípio com maior peso. Os conflitos de regras se levam a

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 89.

cabo na dimensão da validade; a colisão de princípios – como só podem entrar em colisão princípios válidos – tem lugar para além da dimensão da validade, na dimensão de peso.¹⁴⁸

Não há que se falar, portanto, em supremacia de um princípio sobre o outro em abstrato, mas em princípios que, analisados os elementos que envolvem o caso concreto, assumem precedência sobre o outro, naquele caso específico, e consideradas as circunstâncias, tanto fáticas quanto jurídicas relacionadas.

Diferentemente das regras, consideradas como “determinações”, que devem ser cumpridas sempre que se encontrarem válidas no sistema jurídico, os princípios são considerados como “mandatos de otimização” que se realizam na medida mesma de suas possibilidades fáticas e jurídicas.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que, diante de um pedido na área da saúde, deve o juiz não apenas decidir, considerando o direito à saúde que está sendo pleiteado, mas destacando os princípios que se encontram em colisão e as possibilidades fáticas e jurídicas para sua efetivação.

O que observamos, na análise da jurisprudência do STF e do STJ, em um levantamento exaustivo, realizado em casos envolvendo o direito à saúde julgados entre os anos de 2000 a 2007, nos quais buscamos identificar a tendência, no julgamento de casos envolvendo o direito à saúde, é que não existe uma posição claramente definida, nas cortes superiores, em julgamentos dessa natureza que permita concluir pela existência de uma possível inclinação teórica ou metodológica.

Parecem julgar, os senhores membros das cortes supremas, STF e do STJ, sem uma definição clara quanto à teoria de base sobre a qual descansam suas decisões. Buscamos, também, neste levantamento, identificar a existência de uma

¹⁴⁸ Tradução nossa. No original: “Cuando dos principios entran en colisión – tal como es el caso cuando según un principio algo está prohibido y, según otro principio, está permitido – uno de los principios tiene que ceder ante el otro. Pero, esto no significa declarar invalido al principio desplazado ni que el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que em los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio com mayor peso. Los conflictos de regaras se llevan a cabo em la dimensión de la validez; la colisión de principios – como sólo pueden entrar en colisión principios válidos – tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, em la dimensión de peso”.

metodologia decisória que pudesse classificá-los como mais inclinados à idéias liberalizantes da prática jurídica ou às mais conservadoras que dominaram o Judiciário brasileiro durante longo período da História do País.

Consideramos a possibilidade de encontrar avanços no que diz respeito à adoção da proporcionalidade como método para a tomada de decisões, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, quando ficou evidenciada a posição constitucional de abrigo dos princípios como normas de eficácia plena, tendo sido incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

Nossa expectativa inicial de identificar uma tendência claramente estabelecida não se confirmou. A realização de uma análise de conteúdo, nos textos dos acórdãos, em busca de unidades de significação capazes de nos permitir a construção de categorias de análise que possibilitassem a estruturação simbólica de uma tendência, não foi eficaz.

A hipótese inicial de existência de uma tendência foi formulada em razão de leituras iniciais e assistemáticas de julgados, nos quais encontramos referências à adoção deste ou daquele princípio como fundamento para a decisão. A análise mais aprofundada e submetida a critérios científicos da análise de conteúdo permitiu-nos concluir que as cortes superiores decidem ainda sem uma consistência teórica capaz de lhes garantir cientificidade.

Nas decisões analisadas, a utilização de princípios como fundamento não se faz por meio de uma metodologia estruturada em qualquer texto doutrinário. Assume-se a possibilidade da utilização dos princípios como fundamento de decisão, mas não se aplica a regra da proporcionalidade, indicada nos casos de adoção dos princípios. Na maior parte dos casos, não há sequer referência aos princípios.

Em estudo no qual analisa a proporcionalidade no Direito Brasileiro, Sarmiento ¹⁴⁹ baseando-se em comentário de Barroso, critica a forma tímida como esse princípio é tratado em nossa jurisprudência e, após comentar a negligência do Supremo

¹⁴⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 90-91.

Tribunal Federal em questões de peso que lhe estão afeitas, como guardião da Constituição, aprofunda sua análise desfavorável ao STF, afirmando que, “Diante deste quadro, não era de se esperar um grande ativismo judicial na concretização de princípio tão elástico como o da proporcionalidade”.

Ainda nessa linha de raciocínio, esse autor, em uma tentativa de situar historicamente a utilização desse princípio no Direito Brasileiro, afirma que:

Sem embargo, na jurisprudência anterior à Carta de 1988, embora não fosse freqüente a invocação explícita do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, a sua utilização podia ser inferida como critério para a valoração da constitucionalidade das leis em alguns casos.

No caso da saúde, em particular, no exame dos julgados que foram submetidos à análise de conteúdo, observamos que não há, ainda hoje, indicativos mais explícitos sobre a adoção do princípio da proporcionalidade como método para a tomada de decisão. Nossa observação é que, além de não se fazer referência ao método utilizado, também não é possível extrair do texto indicativo capaz de sustentar que o método foi efetivamente empregado.

A simples referência ao princípio como base para a decisão não pode ser considerada como aplicação metodológica. Não há, via de regra, identificação dos princípios que estão em colisão, o que evidencia a desconsideração de uma característica elementar das normas-princípio, qual seja, entrar em colisão.

6.1.1 O princípio da separação dos poderes e dos freios e contrapesos

Ao conceber a idéia da divisão das funções do Estado, de maneira a garantir que houvesse, ao mesmo tempo, independência e harmonia entre os poderes, Aristóteles¹⁵⁰ certamente não conseguiu imaginar a complexidade que, no futuro, viria a envolver aquilo que lhe parecia, na ocasião, já não tão simples de ser executado. Decorridos séculos e já tão mais elaborada, no sentido teórico, com as

¹⁵⁰ ARISTÓTELES. *Política*. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Educação. 1997. p. 23.

contribuições de Montesquieu,¹⁵¹ a teoria da separação dos poderes vem sendo, a cada dia, objeto de discussões em razão das necessidades inerentes às novas características de que se reveste o Estado na atualidade.

Na Constituição Brasileira de 1988, esse princípio se encontra muito bem estruturado, estando nela definidas regras capazes de manter um sistema de controle mútuo em que cada um dos poderes, ainda que respeitando a independência do outro, exerce sobre os demais algum nível de fiscalização, para que não se desviem de suas finalidades e das regras que lhe estão impostas, as quais objetivam garantir a manutenção das condições necessárias ao Estado Democrático de Direito, especialmente no que concerne à garantia dos Direitos Fundamentais do homem.

A manutenção de uma relação harmônica e que, ao mesmo tempo, respeite as regras de controle mútuo, torna a convivência entre os três Poderes um exercício difícil, complexo e que deve ser objeto de avaliação permanente, evitando os excessos e arbítrios, garantindo que não sejam desrespeitados direitos humanos.

Referindo-se ao princípio da separação dos poderes Canotilho,¹⁵² trabalha a idéia de que esse princípio carrega uma dimensão negativa e outra positiva, de caráter não excludente, já que se complementam. Lembra ele que a separação pode ter uma perspectiva de “limite de poder” ou de “responsabilidade pelo poder”. Dentro dessa lógica e considerando a dimensão negativa do princípio, estar-se-ia evitando que, em razão da concentração de poder, a esfera jurídica-subjetiva, do indivíduo, fosse comprometida. Já na dimensão positiva, que trabalha muito mais a idéia de separação dos poderes do que propriamente a divisão dos poderes estaria se assegurando “[...] uma justa e adequada ordenação das funções do estado”. Lembra ainda esse autor que o princípio “[...] intervém como esquema relacional de competências, tarefas, funções e responsabilidades dos órgãos constitucionais de soberania”.

¹⁵¹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 851 p.

¹⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 250.

Essa idéia, presente no pensamento de Canotilho¹⁵³ é reforçada quando, ao referir-se à fiscalização judicial da constituição, afirma:

A instituição da **fiscalização judicial da constitucionalidade das leis** e demais actos normativos do Estado constitui, nos modernos Estados constitucionais democráticos, um dos mais relevantes instrumentos de controle do cumprimento e observância das normas constitucionais. Ver-se-á mais adiante, que a fiscalização da constitucionalidade tanto é uma *garantia de observância* da constituição, ao assegurar, de forma positiva, a dinamização da sua força normativa, e, de forma negativa, ao reagir através de sanções contra a sua violação, como uma *garantia preventiva*, ao evitar a existência de actos normativos, formal e substancialmente violadores das normas e princípios constitucionais (grifo no original).

Os limites muito tênues dessa separação, os papéis que devem ser exercidos por cada um dos poderes e as possíveis interferências entre eles, constituem-se um desafio na busca da garantia dos Direitos Fundamentais.

Uma outra questão que deve ser inserida, para o reforço do debate que empreendemos nesta pesquisa, e que torna ainda mais complexa a questão, é que, no que toca às definições já assumidas pelo legislador e pelo gestor, ao contrapor-se à decisões anteriormente tomadas pelos representantes desses dois poderes – tais como lista de medicamentos, quebra do parâmetro epidemiológico – o juiz está, na realidade, contrapondo-se à vontade daquele que a eles delegou o poder de decidir em seu nome. Quando decidem, o legislador e o gestor, o fazem em nome daqueles que os elegeram, qual seja, o povo.

O acompanhamento e a obediência às regras de prevalência já estabelecidas pelos outros Poderes são indispensáveis neste processo de avaliação e controle. Garantir o Estado Democrático de Direito é garantir que a vontade do povo seja feita por meio de seus representantes, aos quais foi dado o direito de decidir em seu nome.

O ideal democrático pressupõe que se viva sob “leis de sua própria escolha”¹⁵⁴ ainda quando elas possam não atender aos interesses individuais em todos os momentos. Quando a maioria escolhe, por meio do voto, seus representantes no Legislativo e

¹⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 889.

¹⁵⁴ Expressão utilizada por Robert Dahl “Apenas um governo democrático pode proporcionar uma oportunidade máxima para as pessoas exercitarem a liberdade de autodeterminação – ou seja: viverem sob leis de sua própria escolha” In DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001. p. 66.

no Executivo, ela passa a exercer o poder por meio deles. Renovar ou revogar o mandato daqueles que a representam é prerrogativa que lhe dá a segurança de poder rever sua decisão e manter-se na qualidade de detentora do poder.

Não é assim com o Judiciário em nosso sistema político, já que não possui o povo, o poder de designar aqueles que, considera mais convenientes para o exercício do cargo. Isso não significa, entretanto, um papel menos relevante para o Judiciário. Pelo contrário, ele possui o poder e a independência de administrar a justiça. Administrá-la não por seu próprio desígnio, mas submetido aos princípios legais que lhe são impostos e que lhe servem de balizas na tomada de decisões.

Exerce ele, o controle dos demais poderes, naquilo que lhe compete:

[...] o controle jurisdicional do ato administrativo, para não violar a separação dos poderes, distancia-se do critério político (mérito), cingindo-se à verificação das prescrições legais determinadas (competência e manifestação da vontade do agente, objeto, conteúdo, finalidade e forma). O critério político e razões técnicas, desde que lícitos, são estranhos à prestação jurisdicional. MS 3.071-0 STJ

Em caso de decisões relacionadas com ato administrativo do gestor da saúde, por exemplo, cabe ao juiz analisar se o mesmo foi praticado em conformidade com a lei ou se houve omissão por parte do gestor. Não decide ele questões de conveniência ou oportunidade, já que elas não estão na esfera de competência do Judiciário.

A independência e autonomia dos poderes registram nítida distinção entre a instância judiciária e a administrativa. O mérito do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência, é próprio do administrador. Vedado ao Judiciário substituí-lo. Admissível, porém, analisar os fundamentos da decisão para concluir se a opção guarda respaldo jurídico. Dentre conclusões legalmente admissíveis, a Administração escolhe a que melhor atenda o interesse público. Resta ao Judiciário julgar a conformidade do ato com o Direito. RMS 129 STJ

6.2 AS ORDENS DE PREVALÊNCIA JÁ DEFINIDAS PREVIAMENTE PELO LEGISLADOR E PELO GESTOR

6.2.1 As escolhas do legislador

6.2.1.1 A saúde deve ser garantida por meio de políticas sociais e econômicas

Ao prescrever em, seu art. 196, que “[...] o direito à saúde deve ser garantido por meio de políticas sociais e econômicas”, a Constituição de 1988 deixa claro que esse direito precisa ser objeto de definição de política social e econômica, não sendo possível desvincular a idéia de que a política de saúde está inserida dentro de um contexto maior que lhe dá a diretriz e sustentação.

O constituinte de 88 deixa expresso no texto que não é a política de saúde, definida isoladamente, que deve ser a base da garantia desse direito. Considerada em sua perspectiva de direito de natureza social, a saúde deve estar contemplada nas definições das políticas de maneira global, especialmente na política social e econômica. Ao se posicionar dessa maneira o constituinte está assumindo um conceito ampliado de saúde que não se atém, exclusivamente, à idéia de que saúde se restringe à ausência de doença.

Ao mesmo tempo em que o preceito constitucional traz, em sua gênese, uma concepção avançada e ampliada do que seja saúde, ele a condiciona à política social e econômica traçada pelo governo. Nesse sentido, ainda quando parece existir, por exemplo, incompatibilidade entre a política econômica e a de saúde, é dever dos representantes das três esferas de governo buscar mecanismos para garantir essa coerência, intervindo, dentro da esfera de sua competência, para fazer as aproximações necessárias com vistas à sua compatibilização.

Ao avaliar o direito de um demandante que busca o que considera ser o seu direito à saúde, pretensamente violado, o magistrado não deve ignorar o que está definido

como política pública, traçada por meio de mecanismos democráticos, legal e legitimamente estabelecidos, tais como, conferências nacional, estaduais e municipais de saúde, Conselhos de Saúde e outros. Também não deve ignorar que a política de saúde se estrutura com base em pressupostos originados das ciências da saúde, entre elas, a epidemiologia, as ciências biológicas e todo o conhecimento produzido com base em pesquisas experimentais, aceitas e validadas pela comunidade científica.

De certa forma, está, aquele que julga, condicionado às políticas e ao conhecimento científico já incorporado à ciência em tela. A política de saúde e as condições sociais e econômicas do País não são ocultas ao magistrado. Ele conhece e não pode ignorá-las em suas decisões.

O conhecimento obriga. Obriga-nos a assumir uma atitude de permanente vigília contra a tentação da certeza, a reconhecer que nossas certezas não são prova da verdade, como se o mundo que cada um vê fosse o mundo e não o mundo que construímos conjuntamente com os outros. Ele nos obriga, porque ao saber que sabemos não podemos negar que sabemos.¹⁵⁵

Considerando-se que a política de saúde seja estabelecida dentro desta lógica, em que as prioridades são definidas com a participação social, pressupõe-se ser ela o reflexo daquilo que deseja o cidadão e deve, portanto, ser, minimamente, considerada. Isso não significa que, quando essa política for claramente violadora de direitos, não deva o Judiciário intervir no sentido de garantir que o Direito Fundamental seja preservado.

O gestor da saúde está condicionado, por exemplo, em sua atuação, àquilo que está previsto como diretriz da política econômica do governo, não podendo dela se afastar sob pena de ser responsabilizado legalmente por atos que contrariem o estatuído em preceitos normativos que condicionam e estabelecem seus limites como gestor público.

Ao definir os princípios gerais que regem a atividade econômica, o constituinte estabeleceu, no art. 170 da CF, que a ordem econômica, ao buscar “[...] assegurar a

¹⁵⁵ MATURANA, Humberto, R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. 4. ed. São Paulo: Palas Athena, 2004. p. 267.

todos existência digna conforme os ditames da justiça social [...]”, deve ter como princípio a “redução das desigualdades regionais e sociais”. A interdependência entre política de saúde e política social e econômica é tão estreita que, muitas vezes, elas se confundem, refletindo em decisões que deixam à mostra as fragilidades e incoerências existentes nos diversos níveis da política brasileira.

Neste sentido, consideramos que, o que está estabelecido nas Políticas nacional, estaduais e municipais de saúde, são ordens de prevalência que não devem ser ignoradas pelo gestor. Elas devem ser avaliadas no sentido de se verificar se estão em compatibilidade com a diretriz constitucional e dos demais preceitos normativos e nunca no sentido de que venham a ser objeto de questionamento quanto aos demais quesitos relacionados à gestão pública.

6.2.1.2 Controle social

Conquista maior da Constituição de 88, a participação e o controle social na saúde ainda não se encontram devidamente consolidados como prática exercida em sua plenitude. Passados 20 anos de sua promulgação, a Constituição cidadã ainda encontra entraves para a efetivação desse importante mecanismo de consolidação da democracia.

O controle social não apenas possibilita a efetivação como também confere legitimação à democracia exercida pelo povo diretamente. Ao quebrar a lógica da participação indireta e colocar o cidadão na linha de frente do processo decisório e do controle das políticas públicas e, em especial, da saúde, o controle social parece criar um sentimento de pertencimento e co-responsabilização por aquilo que foi decidido.

A aproximação entre representantes da sociedade e dos gestores nos Conselhos de Saúde oportuniza uma troca de experiências e de vivências enriquecedoras para o processo democrático, permitindo aos primeiros conhecer um pouco melhor os limites e as possibilidades do setor saúde, e aos segundos construir concepções

mais reais das necessidades de saúde da população e das dificuldades inerentes à gestão do sistema. A tendência natural do processo de ampliação dos níveis de participação social direciona-se no sentido de ampliação do *quantum* democrático e de solidariedade social.

Ora, a participação do Judiciário deve, portanto, contribuir no sentido de garantir as conquistas da Constituição no que respeita à participação social, e não ignorar que, as escolhas feitas pelo povo, por essa via, não podem ser eliminadas sob a justificativa de efetivação do direito à saúde. Quando os membros dos Conselhos de Saúde definem, as prioridades de alocação de recursos, por exemplo, eles estão decidindo onde desejam que o dinheiro seja gasto. Ainda quando isso pareça não ser a melhor opção ao magistrado, deve ele respeitar a decisão do povo.

Não cabe, no âmbito deste trabalho, discutir se os mecanismos de controle social estão, ou não, em absoluta consonância com as expectativas do constituinte manifestas no texto constitucional. Pode o juiz questionar a legitimidade de alguns conselhos e se indispor contra a forma como se organizam. Não pode, entretanto, fazê-lo de maneira genérica, ignorando a diretriz constitucional para o Sistema Único de Saúde, impressa no art. 198, III relativa à participação da comunidade, e nem mesmo o estabelecido na Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8080/90, quando afirma que os conselhos de saúde “[...] definem e controlam a execução das políticas de saúde”.

Referindo-se à participação popular e à democracia na saúde, Schwartz ¹⁵⁶ lembra:

A sociedade organizada também faz parte do equacionamento da questão da saúde, agindo e/ ou influenciando os órgãos competentes, no sentido de tutelar seus interesses, pois a saúde é um problema cuja solução não se restringe a um único agente.

A participação popular no controle social da saúde, é reconhecida como indispensável à consolidação do Estado Democrático de Direito, não podendo, portanto, ser minimizada ou desconsiderada por meio de decisões que venham reduzir, desvalorizar ou ignorar as escolhas feitas pelos representantes da

¹⁵⁶ SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde**: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 182.

sociedade quando se encontram na condição de membros das mais diversas instancias colegiadas de Saúde.

As dificuldades inerentes à mudança trazida pela Constituição de 88 e pelas Leis Orgânicas da Saúde, relativas à obrigatoriedade do controle social, ainda não foram totalmente superadas. Os diversos preceitos normativos nesse sentido serviram de base a uma mudança que demorou a ser incorporada à realidade da saúde. Em artigo publicado em 1994, Gilson Carvalho,¹⁵⁷ referindo-se à demora da instalação dos Conselhos de Saúde no Brasil, destaca que “[...] o preconceito ficou tão grande que foram necessários cinco anos e só com a perspectiva de perda financeira, que se instalaram Conselhos de Saúde na quase totalidade dos Estados”. Reforçando a idéia da importância dos conselhos, Carvalho¹⁵⁸ afirma ainda:

O Controle Social, se em todas as áreas é essencial, na área da saúde é primordial. Os cidadãos usuários dos serviços de saúde são o sujeito e objeto, ao mesmo tempo, de toda nossa ação de saúde. De uma concepção errônea de medicina que os levou à situação de apenas objeto da ação médica, precisamos transformar, ainda em tempo, sua participação na qualidade de sujeito que tem autonomia, poder de decisão. A transformação é a eliminação do jogo do poder médico e a elevação do usuário à condição de artífice conjunto de sua própria cura e felicidade.

Os conselhos representam, assim, a vontade do constituinte de que a sociedade defina e controle a política de saúde por meio de seus representantes. Questionar a legitimidade de aproximadamente 60.000¹⁵⁹ conselheiros de saúde espalhados pelo país, nos Conselhos Estaduais, Federal e Municipais de Saúde, ou ignorar as decisões por eles tomadas e as prioridades estabelecidas, na tentativa de dar destinação eqüitativa aos recursos, pode acarretar uma quebra da diretriz constitucional.

Referindo-se a esses novos atores que surgiram após a CF 88 e à relevância deles no processo de democratização da saúde no Brasil, Rodrigues afirma:

¹⁵⁷ CARVALHO, Gilson. A implantação do Sistema único de saúde: nós críticos a nível estadual. **Revista Saúde em Debate**, Paraná, n. 45, p. 4-8, dez. 1994. p. 6.

¹⁵⁸ CARVALHO, Gilson. A implantação do Sistema único de saúde: nós críticos a nível estadual. **Revista Saúde em Debate**, Paraná, n. 45, p. 4-8, dez. 1994. p. 6.

¹⁵⁹ Cálculo estimado considerando o número de Estados e de Municípios hoje existentes no Brasil.

Diante dos obstáculos, armadilhas e impasses, muitas vezes, muito maiores do que as forças para superá-los, os 'novos atores' vêm crescendo em número e em qualidade, através da experiência acumulada, de inovações e ousadias, derrotas e avanços e, seguramente, da geração de conhecimentos novos, mantendo no horizonte os princípios e diretrizes do SUS. Esse verdadeiro 'coletivo nacional' dos novos atores, ganha, aos poucos, matizes estrategistas, contribuindo para a irreversibilidade do processo.¹⁶⁰

Na medida em que os conselhos avançarem, avançará também a democracia no País. O controle exercido por eles sobre o Estado representa que a sociedade consegue realizar aquilo que deseja para o seu coletivo e, nesse sentido, vai se consolidando o que chamamos de Estado Democrático de Direito.

Parece evidente que o controle exercido pelos Conselhos de Saúde é “[...] a resultante da articulação e da negociação dos interesses fracionados e específicos de cada segmento a favor dos interesses e direitos de cidadania do conjunto da sociedade”.¹⁶¹

A possibilidade de que o controle social, assim exercido, amplie a participação da sociedade e a torne mais equânime trará, como reflexo, maior nível de justiça social com o controle sendo exercido para todos e não apenas para alguns ou para um individualmente. A busca pela legitimidade e pela efetividade do direito à saúde passa, indiscutivelmente, pela consolidação dos conselhos.

O grande diferencial que encontramos, nessa forma de controle social estabelecido no Brasil, é que os conselhos não foram criados para situar-se como apêndices do Poder Executivo. Eles compõem, na realidade, a própria estrutura do Estado, já que a ela se ligam, na mesma condição dos demais órgãos que a compõem.

Esse nível de inserção não permite que as decisões por eles tomadas sejam tratadas como mero indicativo de interesse ou assumam caráter consultivo. Os conselhos são órgãos de natureza deliberativa e de controle. Eles atuam tanto na formulação quanto no controle da execução das políticas de saúde

¹⁶⁰ RODRIGUES, N. dos Santos. A prática do controle social através dos conselhos de saúde. **Divulgação em Saúde para o Debate**, Rio de Janeiro, n. 22, p.71-91, dez. 2000. p. 73.

¹⁶¹ RODRIGUES, N. dos Santos. A prática do controle social através dos conselhos de saúde. *Divulgação em Saúde para o Debate*, Rio de Janeiro, n. 22, p.77, dezembro 2000.

6.2.1.3 A Emenda Constitucional 29

Ao definir a participação do Governo Federal, Estadual e Municipal no financiamento da saúde, por meio da Emenda Constitucional 29, o legislador deixou estabelecida uma ordem de prevalência, de caráter constitucional, que tem força de regra, não havendo qualquer justificativa para o seu descumprimento.

Claro está que, apesar de todos os esforços envidados, no sentido de torná-la conhecida e em condições de aplicabilidade, por todos os que deveriam implementá-la, nas três esferas de governo, não há que se falar ainda em respeito a essa norma constitucional. A tão esperada estabilidade e suficiência de recursos para a saúde, almejada pela Emenda Constitucional 29, continua sendo uma expectativa frustrada, que, em nosso entendimento, deveria ser objeto de intervenção do Judiciário.

Em seminário denominado **A Operacionalização da Emenda Constitucional n. 29**, realizado, em 2002, pelo Ministério da Saúde,¹⁶² 120 técnicos, com atuação direta na área de financiamento em saúde, discutiram os mecanismos de implementação da emenda. Esses técnicos, provenientes dos diversos Estados e Municípios, representando as três esferas de governo, bem como órgãos de naturezas diversas, como Conselhos de Saúde, Tribunais de Contas, Banco do Brasil, Ministério Público, Instituições de ensino e outros órgãos colegiados, apresentaram, como contribuição ao debate, subsídios com indicações de diretrizes voltadas à aplicação e à operacionalização da emenda.

Os problemas decorrentes da não regulamentação da EC 29, passados 8 anos de sua aprovação, são um demonstrativo inequívoco dos desafios que estão colocados na área do financiamento da saúde. Fosse uma questão meramente ligada à ineficiência da gestão e a regulamentação da emenda da saúde, certamente não mais seria objeto de discussões políticas e econômicas como ainda é.

¹⁶² BRASIL. Ministério da Saúde. **A operacionalização da Emenda Constitucional nº 29**: relatório do Seminário, como subsídios para o estabelecimento de diretrizes voltadas à aplicação e operacionalização da Emenda Constitucional nº 29. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

Ordem de prevalência estabelecida, com potencial para reduzir as desigualdades e as distorções históricas vigentes na saúde, a EC 29 continua sem ser devidamente concretizada, em razão dos problemas relativos à sua regulamentação. Em documento publicado em 2001 o Ministério da Saúde assim se manifestou sobre ela:

Com a aprovação da Emenda Constitucional – EC nº 29/2000, que determina a vinculação dos recursos destinados pelos diversos níveis de governo – União, estados e municípios – para a saúde, o Brasil deve começar a vencer um de seus principais desafios da atualidade, que é o de encontrar soluções adequadas – e consensuais – para garantir fontes estáveis de financiamento para atender às demandas da população pelo atendimento na área da saúde. A EC da Saúde tem como objetivo reverter um quadro de desequilíbrios, que se acentuaram na década de 90, entre os recursos disponibilizados para sua cobertura vis-à-vis o aumento da demanda da população, e a maior complexidade dos procedimentos adotados com as mudanças em curso na composição do contingente demográfico brasileiro e a conseqüente elevação de seus custos.¹⁶³

Não tendo sido ainda revertido o quadro do financiamento e estando mantidos e expandidos os problemas existentes naquela época, é possível dimensionar a situação atual da saúde, com os problemas se agravando sem que haja alteração para mais, no aporte de recursos, como se esperava com a emenda.

O judiciário acaba por sofrer, de certa forma, as conseqüências desta situação já que, sem condições de atender à todos, em suas necessidades, amplia-se o número daqueles que lhe batem às portas na expectativa de ver atendidos os seus pleitos. Ao estabelecer como ordem de prevalência a EC nº 29, com sua destinação de recursos realizada de maneira mais equilibrada entre União, Estados e Municípios, com conseqüente ampliação do aporte financeiro, o constituinte não tinha certamente, qualquer expectativa de solução definitiva do problema; até porque não há possibilidade fática para que isto ocorra, já que as necessidades humanas são ilimitadas. O que se esperava e ainda se espera é que, aumentando e distribuindo de maneira mais equilibrada os recursos disponíveis para a saúde, se possa continuar a investir na qualificação da gestão de maneira mais sistemática.

¹⁶³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. **Estimativas de impacto da vinculação constitucional de recursos para a saúde**: Emenda Constitucional nº 29/2000/Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde;elaboração de Ana Cecília de Sá Campello Favaret et.al. Brasília: Ministério da Saúde,2001.

Reconhecer os limites a que estão submetidos aqueles que fazem a gestão do sistema, pode facilitar o diálogo entre executivo e judiciário no que respeita ao direito à saúde e à forma como o judiciário pode ajudar a melhorar os mecanismos de efetivação do direito fundamental à saúde.

6.2.1.4 Lei de Responsabilidade Fiscal

A idéia de um mecanismo de controle que limitasse o gestor público, de forma mais concreta, com vistas a alcançar um maior equilíbrio entre as despesas efetuadas e a receita existente, somente tomou forma com a publicação, em 2000, da Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar nº 101.

Inquestionável a vontade do legislador no que respeita à necessidade de impor limites e critérios éticos aos gestores no controle dos gastos públicos. O setor saúde não ficou de fora das imposições estabelecidas neste instrumento legal. Poderia o legislador, entendendo a especificidade e relevância da saúde humana, se assim o quisesse, excluí-la dos preceitos dessa norma, mas tal não ocorreu. À lei, estão submetidos, todos os gestores públicos, não havendo qualquer tipo de isenção ou privilégio para gestores de quaisquer áreas, independente das dificuldades ou complexidades que a gestão em determinados setores impõe ao administrador.

A ordem de prevalência estabelecida com a Lei de Responsabilidade Fiscal não pode ser ignorada nem pelo gestor nem pelo judiciário. Quando toma decisões relacionadas ao direito à saúde, não pode o juiz deixar de garantir um direito, utilizando como justificativa, para o não atendimento ao pleito, o fato de que o gestor se encontra submetido às normas e aos limites impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Da mesma forma não pode, simplesmente, ignorar aquilo que a lei determina e sob à qual se encontra submetido o gestor. A regra da proporcionalidade pode, nestes casos, ajudar na tomada de uma decisão que, considerando o caso concreto com as circunstâncias nas quais ele se insere e os princípios que se encontram em colisão, encontrar a melhor decisão possível para aquele caso.

6.2.2 As escolhas do gestor: a falácia da inércia do gestor público de saúde

Na busca de encontrar responsáveis pelas crises e dificuldades por que passa o setor saúde, é comum, no discurso leigo ou na própria declaração de membros do Judiciário, direcionar as críticas ao gestor referindo-se à sua inércia, infidelidade constitucional ou à incompetência na gestão pública. Referindo-se a esta condição do gestor de saúde o relator, do RE.198.265, assim se pronuncia sobre o não atendimento de medicamento por parte do executivo : “[...] gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Afirmativas nesse sentido, apesar de freqüentes, nem sempre correspondem à realidade, especialmente quando se está a considerar o fator inércia.

Deve-se, neste quesito, colocar como parâmetro para avaliação o significativo volume de instrumentos de gestão elaborados pelo gestor e que tanto lhe servem como diretriz no sentido de implementação de ações e como condição de limitação de seu poder discricionário.

Falar em inércia do gestor, de maneira genérica, é demonstrar desconhecimento sobre a forma como o setor público tem desempenhado suas ações e a amplitude e complexidade dos processos que envolvem a atuação pública na saúde humana.

As escolhas do gestor, apresentadas a seguir, são um pequeno e não exaustivo demonstrativo dessa condição.

6.2.2.1 A política nacional, estadual e municipal de saúde

A partir da implantação do Sistema Único de Saúde no Brasil e da edição da Lei 8080, ficou o Estado obrigado a elaborar planos de saúde que são submetidos à

aprovação dos Conselhos de Saúde e que devem ser seguidos pelo gestor na condução da política de saúde.

A Lei 8080 prescreve em seu art. 36 que:

O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde(SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios , dos Estados , do Distrito Federal e da União

O legislador é muito claro ao definir a necessidade de que seja realizado um planejamento para o setor, em todos os três níveis de governo. Estabelece, ele, que sejam elaborados Planos de saúde que compatibilizem as necessidades da política com a disponibilidade do orçamento. O legislador não autoriza que o executivo planeje livremente tendo como base exclusiva as necessidades de saúde indicadas na política. Ele afirma, explicitamente, que o Plano de Saúde deve guardar sintonia e compatibilidade com a disponibilidade orçamentária.

Diferentemente do judiciário que afirma que o orçamento não pode ser impedimento para que direito à saúde, por ele considerado absoluto, seja garantido, o legislador, eleito pelo povo e que em nome dele se pronuncia, afirma que o planejamento deve respeitar os limites orçamentários.

A lei é, conforme já dissemos, uma ordem de prevalência estabelecida pelo gestor, que não deve ser quebrada, a não ser em casos de afronta às normas constitucionais. Some-se a isso, que, conforme manifesto na Lei 8080 no artigo supra, os planejamentos devem ser submetidos à vontade daqueles fazem parte dos órgãos deliberativos, nos quais a sociedade manifesta a sua vontade por meio de seus representantes nos Conselhos de saúde, por exemplo.

Ora, se o legislador, eleito pelo povo, define a obrigatoriedade de que haja um plano de saúde, que contemple as necessidades de saúde da população e que este plano deve se compatível com o orçamento, devendo estar, por isso mesmo, nele, definidas as prioridades para a alocação de recursos, fica difícil justificar que um representante de outro poder, no caso o judiciário, possa quebrar esta ordem de prevalência e desejo do detentor do mandato, desconsiderando todas as demais

decisões impressas no Plano de saúde e determinando que o gestor faça aquilo que ele, individualmente julga como sendo o mais acertado.

O próprio legislador definiu, no parágrafo primeiro do artigo em tela, com muita propriedade, que os planos são a base das atividades e da programação, e neste sentido os colocaram como sendo a diretriz a ser seguida naquilo que deverá ser realizado. O art. 36 § 1º assim define “Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

O que o legislador faz é transferir para o gestor e para os órgãos deliberativos, como os conselhos de saúde, com suas representações, a definição das ordens de prevalência relacionadas à saúde que serão estabelecidas nos Planos de saúde.

Define, inclusive, na própria lei, no parágrafo segundo do mesmo artigo que: art.36 § 2º “É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.”

Apesar das escolhas, de caráter geral, feitas pelo legislador, quem define as ordens de prevalência que irão constar nos Planos de saúde, é o gestor, em planejamentos compartilhados com os órgãos deliberativos, especialmente, os Conselhos e as Conferências de saúde

O grau de liberdade do gestor encontra-se, assim, definido no Plano de Saúde, estando ele, portanto, condicionado às escolhas feitas pelos membros dos respectivos Conselhos de Saúde.

Os planos municipais e estaduais, por exemplo, devem apresentar os espaços nos quais os recursos serão alocados e as prioridades que aquele grupo entende que deve ser objeto da atuação do gestor. É evidente que a política de alocação de recursos, definida nos planos de saúde, deve contemplar também mecanismos de controle dos gastos de forma a evitar que os já escassos recursos venham a ser desviados não se alcançando o objetivo dos representantes dos conselhos, qual

seja, o alcance de condições de oferta de serviços de saúde de qualidade, universal e igualitário entre todos.

6.2.2.2 O perfil epidemiológico como base para a tomada de decisões em saúde

A Lei nº 8080/90, denominada Lei Orgânica da Saúde, confirmou, em seu art. 7º, os princípios constitucionais da universalidade e equidade, garantidos na Constituição Federal de 88, como sustentáculo para a construção do SUS e elaboração da Política de Saúde no Brasil.

Além desses dois princípios, que possuem caráter mais amplo e definidor da política de saúde, o artigo em tela, apresenta mais onze incisos, de caráter mais específico, que sustentam o *modus operandi* para o desenvolvimento das ações e serviços de saúde. Apesar da importância do conjunto de princípios ali estabelecidos, destacamos, para efeito desta análise, o inciso VII, sobre o qual nos debruçaremos com vistas à compreensão dos possíveis equívocos impressos em decisões judiciais que contrariam definições prévias do legislador e do gestor:

art. 7. As ações e serviços de saúde públicos e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:
[...]
VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, alocação de recursos e a orientação programática;
[...].

A força da epidemiologia, como ciência determinante na definição de políticas públicas, apesar de só ter sido incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Lei nº 8080/90, é reconhecida e respeitada mundialmente, há muitos anos, sendo o principal instrumento para a elaboração das diretrizes das políticas de saúde.

Sua utilização, que em países como a Inglaterra, remonta ao final do século XIX,¹⁶⁴ mais especificamente em 1850, com a criação da Sociedade Londrina de

¹⁶⁴ ROUQUAYROL, Maria Zélia. Contribuição da epidemiologia. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa, *et al.* **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 319-373. p.319.

Epidemiologia, somente se consolidou internacionalmente, um século depois, em 1954, com a criação da Associação Internacional de Epidemiologia.

No Brasil, esse lugar de destaque somente acontece, oficialmente, em 1990 quando

[...] a epidemiologia passa a ser o principal instrumento de apoio ao Sistema Único de Saúde (SUS), quer seja para o estabelecimento de prioridades, quer para a alocação de recursos ou orientação programática, mas, sobretudo, por proporcionar as bases para avaliação de medidas que promovam a qualidade de vida. Hoje, é consenso que o uso da epidemiologia fomenta práticas garantidoras do aprimoramento das políticas públicas, tendo como fator primordial a intersetorialidade de ações no modo de construir a saúde.¹⁶⁵

Na realidade, a epidemiologia, como ciência, traz uma contribuição que vai além da possibilidade de fazer as melhores escolhas quanto às ações de saúde a serem implementadas ou à diretriz política, necessária, para aquela dada sociedade, naquele dado contexto histórico e econômico. Ao definir o perfil epidemiológico, por exemplo, ela permite ao gestor uma otimização no uso dos recursos públicos, com destinação coerente e justa dos recursos existentes.

Vivenciamos, no Brasil, durante décadas, a distribuição de recursos para a saúde sendo feita por critérios meramente políticos. Isso acarretou distorções significativas, que podem ser atestadas, nos inúmeros processos já concluídos pelo setor de auditoria do MS e que se encontram disponibilizados no site desse órgão.

A alocação de recursos sustentada com bases epidemiológicas trouxe equilíbrio na oferta de serviços de saúde, evitando concentração de ofertas em regiões com melhor poder aquisitivo e concentração de poder político e levando à ampliação de oferta com destinação direcionada para populações com necessidades definidas por critérios epidemiológicos.

Ao prescrever que a epidemiologia estabelece prioridades para a alocação de recursos, definição de prioridades e orientação programática, a Lei Orgânica da Saúde já definiu previamente um critério para a tomada de decisão. Quando o

¹⁶⁵ ROUQUAYROL, Maria Zélia. Contribuição da epidemiologia. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa, *et al.* **Tratado de Saúde Coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006. p. 319-373. p.321.

Judiciário decide favoravelmente a uma solicitação que não se enquadra no que está previamente definido pelo gestor com bases epidemiológicas, está o juiz quebrando uma ordem de prevalência e descumprindo um preceito normativo.

A atuação judicial deve acontecer não por vontade exclusiva daquele que se encontra com o poder de julgar, tendo como base seus valores e concepções acerca do assunto. Toda decisão judicial deve ser fundamentada em norma constitucional. Ainda quando sustentar-se em instrumentos infraconstitucionais de menor hierarquia, como é o caso das portarias, não deve o juiz decidir considerando somente sua própria percepção do problema a partir de uma prescrição médica isolada e da situação fática relatada nos autos. Avaliar o que já está definido no plano municipal, estadual ou até federal de saúde, pode ajudar a resolver os conflitos e tensões que se colocam. Além disso, a comunidade científica tem se colocado como parceira para socializar os conhecimentos existentes nas ciências da saúde e que podem ajudar a tomada de decisão.

Os Planos de saúde, ordens de prevalência já estabelecidas e que manifestam, não apenas, a vontade do gestor, mas, sobretudo dos representantes da sociedade que participam dos Conselhos, podem ajudar, por exemplo, trazendo novas definições a serem consideradas na hora de tomar uma decisão.

6.2.2.3 A lista de medicamentos

A lista de medicamentos representa, talvez, uma das principais escolhas do gestor da área da saúde, envolvida em decisões judiciais no Brasil e uma das responsáveis pelos maiores questionamentos sobre os limites da garantia do direito à saúde pós-Constituição de 88.

Elaborada por representantes da comunidade científica a partir de consensos, nacionais e internacionais, estabelecidos pelas sociedades de especialistas que tomam por bases os mais recentes resultados de pesquisas clínicas, bem como no perfil epidemiológico do País a que se destinam, as listas servem de base para que o gestor possa tomar suas decisões com vistas ao atendimento às necessidades de saúde da maior parte da população.

A preocupação com a elaboração de listas de medicamentos somente tomou uma dimensão mais abrangente, tornando-se uma diretriz internacional, a partir de 1975, quando representantes da OMS, presentes na 28ª. Assembléia Mundial de Saúde, alertaram para a necessidade de que fosse instituída, em todas as nações do mundo, e especialmente nos países em desenvolvimento, uma política de medicamentos direcionada para a ampliação do acesso a todos os que se encontravam desassistidos pelos sistemas de saúde.¹⁶⁶

A partir desse momento, a idéia se disseminou começando um movimento no sentido de implementação de políticas de medicamentos em vários países do mundo. Muitos países que não possuem políticas de medicamentos formalmente estabelecidas possuem suas listas e delas se utilizam para elaborar seus planejamentos, objetivando a racionalização de custos, padronização de procedimentos sejam eles de tratamento, sejam de produção, fornecimento ou aquisição de produtos farmacêuticos.

O Brasil foi, certamente, pioneiro nesta questão e muito antes da própria recomendação da OMS ocorrida em 1975 já possuía sua lista de medicamentos estabelecida por meio de instrumento legal:

A primeira lista de medicamentos essenciais para o Brasil, estabelecida pelo Decreto nº 53.612, de 26 de fevereiro de 1964, denominada Relação Básica e Prioritária de Produtos Biológicos e Matérias para uso Farmacêutico Humano e Veterinário, recebeu um destaque histórico [...].Este decreto também estabeleceu a obrigatoriedade para órgãos governamentais de adquirirem exclusivamente os produtos da relação e, preferencialmente, em laboratórios governamentais e privados de capital nacional. Esta lista de medicamentos foi um avanço na política de medicamentos, pois a OMS só iria apresentar uma relação de medicamentos essenciais em 1977.¹⁶⁷

Após assumir diversos formatos, que não cabem no âmbito deste estudo, a Política Nacional de Medicamentos, no Brasil, encontra-se estruturada, no Ministério da

¹⁶⁶WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The selection and use of essential medicines**: report of the WHO Expert Committee, WHO, Geneva,2007.

¹⁶⁷ SILVA, R.C.dos .**Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública,Rio de Janeiro,2000.Disponível em: <http://portaldesec.cict.fiocruz.br>. Acesso em :18 maio 2008.

Saúde por meio da Portaria nº 3.916/98. Esta política não foi uma medida isolada do governo federal, mas resultado de discussões que se deram com a participação de representantes de diversas entidades ligadas à medicamentos e à sociedade civil, preocupadas com a ampliação do acesso, qualificação dos medicamentos e tratamentos e redução de custos, dentre outros. O Conselho Nacional de Saúde também emitiu resolução no sentido de estabelecer a Política Nacional de Assistência Farmacêutica.

Necessário destacar que a lista de medicamentos é apenas uma das pontas de uma complexa estrutura que envolve a Política de Medicamentos e a que parece ser, a mais simples e de maior impacto social. Na realidade a elaboração da lista não é uma tarefa fácil no sentido de simples inclusão e exclusão de medicamentos, ampliando ou reduzindo a relação de produtos.

A definição de listas de medicamentos implica em decisões que envolvem estudos científicos da maior seriedade, não podendo, portanto, ser alteradas na mesma velocidade e profusão, com que a indústria lança seus produtos no mercado. Ela deve ser trabalhada em outra lógica, já que não podem, aqueles que a administram, submeter-se aos mesmos pressupostos à que estão condicionadas as indústrias, que possuem como objetivo prioritário o lucro, ou seja, quanto maior o número de pessoas consumindo seus medicamentos, maior sua lucratividade.

Influenciados fortemente pela indústria de medicamentos, com suas poderosas estruturas de marketing, os médicos e a sociedade como um todo, foram criando, em seus imaginários, representações, muitas vezes, equivocadas, acerca dos medicamentos e da real importância que eles têm para a saúde humana.

Segundo a Organização Panamericana de Saúde, referenciada por Silva¹⁶⁸

O medicamento cada vez mais vem sendo tratado como bem de consumo no mercado e não como insumo básico para promoção da saúde. Portanto, o Estado tem como função, e deve, regular, vigiar e controlar, no setor

¹⁶⁸SILVA, R.C.dos .**Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://portaldeseres.cict.fiocruz.br>. Acesso em :18 maio 2008.

público e privado, o uso racional de medicamentos e promover a difusão de informações claras e independentes, tendo em vista seus riscos.

Ora, a questão da influência dos laboratórios na conformação da vontade médica e popular é um grave problema que cada vez mais compromete a saúde pública e que deve ser encarado, com maturidade e conhecimento de causa. Não há espaço, nestes enfrentamentos, para ingênuos ou desavisados.

Só muito recentemente, denúncias sobre o comprometimento das relações entre instituições antes consideradas independentes e a indústria de medicamentos e de equipamentos, vem sendo objeto de denúncias e de demonstração inequívoca da existência de conflitos de interesses.

Em abril de 2008, a Essential Action¹⁶⁹, importante e respeitada organização não – governamental americana, que estuda a saúde pública e luta por transparência, na relação entre os órgãos governamentais e a indústria farmacêutica e de equipamentos médicos, fez uma denuncia bastante grave, de repercussão internacional, causando preocupação e colocando em suspeição várias entidades que lutam pela ampliação do direito à saúde, inclusive no Brasil.

No relatório, a Essential Action, denuncia a organização chamada “Patients e Patents,” bem como o documento no qual essa instituição tenta incentivar os pacientes a se envolverem no “Intergovernment Working Group on Public Health, Innovation and Intellectual Property” e com a Organização Mundial de Saúde. Afirmam eles que, dos 07 (sete) membros da diretoria da organização “*Patients e Patents*,” 06 (seis) tem fortes vínculos com a industria e apenas 01(um), vínculos um pouco mais frágeis. Ou seja, todos os membros da diretoria possuem ligação com a indústria, o que tira deles e da instituição que dirigem, a credibilidade indispensável à coordenação de um processo dessa natureza.

A denúncia aponta ainda que, não é apenas a diretoria da organização que possui conflito de interesse neste tipo de relação e que, portanto, não poderia, do ponto de

¹⁶⁹ ESSENCIAL ACTION. **Patients, patents and the pharmaceutical industry**: the pharmaceutical industry of the organization “Patients and Patents,” and the signers of the “Patient declaration on medical innovation and access”. Washington: Essencial Action, 2008. Disponível em: < www.essencialaction.org/access> . Acesso em: 20 maio 2008.

vista ético, participar desse tipo de movimento. Segundo o relatório, entre os 110 signatários do documento, que defendem o acesso às inovações médicas, 61 possuem laços com a indústria farmacêutica, o que coloca em suspeição suas posições e a defesa que fazem delas.

Este relatório indica o próprio site da Organização “Patients e Patents” como uma das fontes para sua denúncia. Segundo o relatório, na website, da organização, está indicado que, 100 pacientes e advogados, de mais de 20 países, tinham assinado a Declaração. Confrontando a relação dos signatários com informações obtidas nos próprios sites das empresas, pertencentes à indústria de medicamentos foi, possível, identificar os laços existentes.

Na relação de signatários envolvidos com a indústria, denunciados por conflito de interesses, no relatório da Essencial Action, encontra-se o nome de vários representantes de organizações brasileiras.

O objetivo da inclusão destas informações, em uma pesquisa desta natureza, é demonstrar a possível fragilidade de uma decisão judicial que não considere conhecimentos técnicos específicos, bem como as possíveis interferências da indústria farmacêutica na conformação da vontade de formuladores de políticas, gestores, sociedade e também do judiciário.

Ao fomentar a instituição de Políticas de medicamentos, em todos os países do mundo, com a conseqüente elaboração de listas, a Organização Mundial de Saúde está preocupada, sobretudo, com a assistência às populações dos países em condições de maior risco de saúde e, em desenvolvimento. No Brasil, esta política vem contando com a adesão dos Estados e de muitos municípios, já que não basta a existência de uma lista nacional. As diferentes características regionais, com suas particularidades no perfil epidemiológico, torna necessária a existência de relação própria e específica, de medicamentos também nos Estados e em alguns municípios.

As listas podem ser consideradas, como estratégias políticas no sentido de racionalização de custos, com vistas a garantir que, o maior número de pessoas tenha acesso aos fármacos indispensáveis para o tratamento das doenças de maior

prevalência regional ou nacional, prioritárias para o atendimento da saúde pública. Como o critério essencial para a inclusão de produtos na lista, está relacionado às principais doenças e agravos que acometem a maior parte da população, faz-se necessária a utilização da epidemiologia como base para a tomada de decisão. A revisão deste instrumento tem contado com a participação bastante diversificada e ampla de profissionais, representando instituições de ensino, pesquisa, órgãos de classe e especialmente de sociedades científicas de credibilidade e independência.

Entram nos critérios de inclusão dos medicamentos na lista, não apenas aqueles relacionados com a prevalência de doenças, mas, sobretudo, as evidências científicas aceitas e validadas pela comunidade científica, seja em fóruns de comunicação de pesquisas clínicas, seja, nas revistas e periódicos de reconhecimento nacional e internacional.

A OMS encontra-se hoje em sua 15ª lista, atualizada em 2007 e, o Brasil aprovou, em outubro de 2006, a 4ª. edição da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais – RENAME, por meio da portaria nº 2.475 e a Relação Nacional de Medicamentos Excepcionais, por meio da portaria nº 2.577/2006, demonstrando haver uma preocupação e rigor com os critérios de inclusão que objetivem proteger e não colocar em risco a vida humana. A prudência na inclusão de medicamentos em lista deve nortear a conduta do gestor, já que as decisões desta natureza podem gerar conseqüências graves à saúde de grande número de pessoas.

Alguns estados brasileiros, como o do Espírito Santo¹⁷⁰, fizeram atualizações recentes, ampliando o número de medicamentos essenciais e excepcionais oferecidos à população. Explicando a metodologia de trabalho utilizada para a elaboração da lista afirmam eles que:

Os medicamentos foram selecionados segundo critérios epidemiológicos, de relevância em saúde pública, evidências científicas de eficácia e segurança- preferencialmente estudos de nível I – e estudos comparativos de custo-efetividade. Os critérios norteadores da REMEME são, hierarquicamente, os que se seguem:

- Eficácia comprovada, segundo o paradigma das condutas baseadas em evidências;

¹⁷⁰ ESPÍRITO SANTO (Estado). Secretaria de Estado da Saúde. Gerência de Assistência Farmacêutica. **Relação Estadual de Medicamentos Essenciais e Medicamentos Excepcionais- REMEME**. Vitória, 2007

- Segurança do medicamento, selecionando aqueles de mais baixa toxicidade;
- Características farmacocinéticas com maior comodidade de administração, favorecendo a adesão ao tratamento;
- Maior estabilidade nas condições de estocagem e uso;
- Menor custo de tratamento. Apesar de custo não ser fator limitante, procuram-se as alternativas que apresentem maior custo-efetividade comparativa e avalia-se o impacto da escolha sobre a saúde para justificar o custo;
- Maior disponibilidade comercial, maior número de formas farmacêuticas e qualidade comprovada;
- Possuir único princípio ativo, evitando, sempre que possível, as associações medicamentosas, exceto aquelas que evidenciam aumento de eficácia ou de diminuição de resistência microbiana;
- Apresentar indicação para mais de uma doença;
- Evitar a inclusão de representantes que encerrem a mesma eficácia e efetividade, pois a duplicação complica a prescrição e onera desnecessariamente a instituição.

A longa referência aos critérios definidores de inclusão na lista de medicamentos, foi uma opção no sentido de demonstrar que parece não haver omissão do gestor público quanto a esta questão e sim um rigoroso critério de inclusão que requer conhecimentos científicos específicos.

Tendo já o gestor definido suas ordens de prevalência, como o faz, por exemplo, no estabelecimento de listas de medicamentos, não parece que deva haver interferência do judiciário no sentido de quebrá-la, tendo como base a prescrição de um médico isoladamente. Ao determinar que o gestor compre medicamentos que não estão na lista e que muitas vezes nem foram autorizados pela ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária, o juiz traz para si uma responsabilidade técnica e científica que não está em sua esfera de conhecimento e que pode acarretar danos irreparáveis à saúde humana e à organização dos serviços de saúde.

Na busca de garantir um pretensão direito fundamental à saúde, pleiteado com base em prescrição médica isolada, fundamentada no poder discricionário do médico de decidir acerca do melhor tratamento para seu cliente, muitas vezes o juiz decide sem perceber que a própria Lei Orgânica da Saúde já se pronunciou sobre o assunto, deixando claro que os recursos devem ser alocados, e as prioridades devem ser estabelecidas com base na ciência epidemiológica, conforme prescreve o art. 7º, VII

da Lei nº. 8.080/90 e que a lista de medicamentos é um parâmetro abalizado pela ciência e pelas escolhas do gestor realizadas em subordinação às determinações do próprio legislador com suas diretrizes constitucionais e infraconstitucionais.

Ao determinar ao gestor que compre um medicamento de alto custo que não se encontra na lista definida por meio de portaria, seja do Ministério da Saúde seja de Secretaria estadual ou municipal de saúde, havendo outros com comprovada eficácia, que o substituam, está o profissional tendo como parâmetro de decisão exclusivamente a análise de um caso individual. Não considera ele o conjunto de outros indivíduos que se encontram na mesma condição e nem mesmo no quantitativo de recursos financeiros, destinados ao conjunto das ações de saúde que deverão ser oferecidas a todos, de forma a garantir que os princípios da universalidade e igualdade sejam respeitados.

Anexar aos processos, cópia de artigos científicos que comprovam a eficácia de medicamentos ou equipamentos não é garantia de que a melhor decisão estará sendo tomada, seja para o autor da ação, seja para o conjunto da sociedade.

Importante ressaltar ainda que a comprovação da eficácia de um novo medicamento de custo mais elevado, não significa a constatação da ineficácia do medicamento mais antigo, ou aquele de valor mais baixo, que muitas vezes consta da lista de medicamentos.

6.2.3.4 A lista de transplantes

O avanço da ciência médica que tem, nas últimas décadas, permitido a sobrevivência de milhares de pessoas que até então não possuíam qualquer expectativa de cura ou de ampliação do tempo de vida em razão de falência de algum de seus órgãos, tem, ao mesmo tempo, nos submetido a conflitos éticos de dimensões inimagináveis.

Ciência e ética sempre viveram relações tumultuadas e de difícil solução. O reconhecimento da Bioética como ciência, criada e consolidada a partir dos conflitos gerados, especialmente, pela exposição das atrocidades cometidas pelos médicos

nazistas com suas pesquisas em judeus, é uma demonstração inequívoca da dimensão que o problema assume na atualidade.

O desenvolvimento científico, acelerado, ocorrido na área da saúde, trouxe aumento na expectativa de vida das pessoas¹⁷¹ e esperança para muitos que até então tinham que conviver com a certeza da morte. Esses avanços, que permitiram o prolongamento da vida, trouxeram como consequência, a convivência, mais dilatada, com doenças crônico-degenerativas que passam a exigir novas tecnologias, sempre caras, recentes e que se tornam rapidamente obsoletas.

A possibilidade de substituição de órgãos humanos por meio dos transplantes, viabilizada com a descoberta de drogas imunossupressoras,¹⁷² que evitam a rejeição do órgão recebido em doação, foi, sem sombra de dúvidas, um dos avanços que mais impactou a vida humana abrindo o campo de aperfeiçoamento de tecnologias as mais diversas. Ao mesmo tempo, surgiram, para aqueles que administram os serviços de saúde, para os legisladores e Judiciário, problemas de natureza ética de difícil enfrentamento.

Com o domínio da tecnologia, surge o problema da cultura brasileira de não doação, alimentada em decorrência, dentro outras razões, do sentimento de mutilação e violação do corpo e pela falta de confiança nos profissionais de saúde, acreditando que a retirada do órgão possa ocorrer havendo ainda vida, para beneficiamento de pessoas com maior poder aquisitivo ou melhores condições de sobrevivência. Essa situação, apesar de não exclusiva como causadora do problema, amplia as dificuldades para aqueles que aguardam a doação.

A Constituição de 88, ao estabelecer, em seu art. 199, § 4º, que “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante [...]”, deu início ao processo de regulamentação relativa ao transplante de órgãos no País. A partir dessa diretriz constitucional, instrumentos normativos como a Lei nº. 9.434/97 (Lei de Transplantes)

¹⁷¹ Segundo o IBGE, em 2003, a expectativa de vida do brasileiro subiu para 71,3 anos, o que representa um aumento de 0,8 anos em relação a 2000 (70,5).

¹⁷² BERTOCCHI, A.P.F.; SILVA, A.P.; CAMARA, N.O.S. **Perspectivas em terapia renal**: novas terapias a caminho... SBN. São Paulo, Disponível em: <www.sbn.org.br>. Acesso em: 18 maio 2008.

regulamentada pelo Decreto nº. 2.268/97 e pela Portaria MS nº. 3.407/98 foram delineando o Sistema Nacional de Transplante e as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos.

O estabelecimento de uma lista única de espera, com pessoas de todas as partes do País, inscritas e submetidas ao critério cronológico de inscrição, como garantia do direito ao transplante, representou um avanço já que permitiu disciplinar e dar mais segurança, com critérios de justiça, objetivamente identificados, às milhares de pessoas que aguardavam por um transplante.

O que inicialmente parecia ter solucionado o problema fez surgir outros de igual magnitude, levantando questionamentos quanto à justiça de se adotar exclusivamente o critério cronológico, já que outras questões técnicas, capazes de viabilizar maior eficiência com a realização de transplantes, foram ignoradas pela lei.

Questionamentos de todas as ordens começaram a surgir tanto entre os profissionais da área quanto entre os participantes da lista e/ou seus representantes legais. Ao não incluir critérios técnicos, relacionados com a análise das condições de saúde dos candidatos ao transplante, a lista acabou por mostrar-se ineficaz. Foi nesse momento que começam a surgir, em todo o País, questionamentos por parte dos profissionais médicos quanto a decisões judiciais voltadas para a quebra da ordem cronológica estabelecida como critério único de decisão.

Critérios pautados na compatibilidade imunológica, nas condições de saúde, nos riscos e benefícios da realização do transplante, em um dado momento da doença, começaram a servir como definidores da ordem de prioridades. Como todo critério, cujo conhecimento não se encontra no domínio daqueles que lhe fazem o controle, por dela dependerem na condição de participantes da lista, causa insegurança e possibilita questionamentos que muitas vezes chegam ao Judiciário.

A legislação vem avançando no sentido de estabelecer, com maior grau de equilíbrio, critérios voltados a garantir a administração justa da lista de transplantes. A posição mais coerente é de que ela não pode ser quebrada por mero entendimento ou

sentimento do magistrado de que esta ou aquela pessoa se encontra em condição de maior risco do que outra, devendo, portanto, ser priorizada no procedimento.

Se considerarmos que existem hoje, no Brasil, 71.152 ¹⁷³ pessoas inscritas na lista de transplantes do Sistema Nacional de Transplantes (SNT) poderemos avaliar, a dimensão e gravidade da situação, o que coloca o magistrado em uma condição de absoluta falta de parâmetros na tomada de decisão.

Justificar a necessidade de que o juiz quebre a lista de espera, sempre que se encontrar com um caso concreto que pretensamente sustente sua condição de prioridade, é, no mínimo, desconhecer que a discricionariedade do juiz não pode se justificar com a aplicação de decisões injustas tomadas sem o conhecimento da ciência específica que lhe permitiria avaliar, comparativamente, o direito daquele que pleiteia a mudança de posição no *ranking* com o direito dos demais que ali aguardam e que não tiveram acesso ao Judiciário, seja por dificuldades inerentes à sua condição, seja por entender e aceitar a lista de espera como o critério mais justo nesses casos

A afirmativa de Calamandrei,¹⁷⁴ que transcrevemos a seguir, não se aplica nesses casos, já que não pode ficar à mercê do “coração mutável do juiz” decisão que envolve questões tão complexas quanto a estruturação de um lista de transplantes.

[...] as leis são fórmulas vazias que o juiz preenche não só com a sua lógica, mas também com seu sentimento. Antes de aplicar uma lei, o juiz, como homem, é levado a julgá-la; conforme a sua consciência moral e sua opinião política a aprove ou a reprove, ele a aplicará com maior ou menos convicção, isto é, com maior ou menor fidelidade. A interpretação das leis deixa ao juiz certa margem de opção; dentro dessa margem, quem comanda não é a lei inexorável, mas o coração mutável do juiz.

A adoção da proporcionalidade, como método de decisão judicial, deixa clara nossa posição de que deve o juiz avaliar considerando a análise do caso concreto, sempre

¹⁷³ BRASIL. Ministério da Saúde. Transplantes realizados em 2006 e no ... **Portal da saúde**. Brasília, Disponível em:<www.saude.gov.br>. Acesso em: 18 maio 2008.

¹⁷⁴ CALAMANDREI, Piero. **Eles os juizes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 221-222.

que princípios estiverem colidindo. Não há que se falar em decisões inquestionáveis, mas não deve o juiz decidir sobre questões que não estão em sua esfera de competência e aqui, referimo-nos, sobretudo, à competência técnica.

Dentro dessa perspectiva, a lista de transplantes, como ordem de prevalência estabelecida pelo gestor, com base nos critérios, técnico – científicos já mencionados, não pode ser ignorada. Entretanto, sempre que, na análise do caso concreto, ela servir como fonte de violação de Direito Fundamental, deve o juiz contra ela se indispor. O que não se justifica é que decida ele contra argumentos de natureza técnica que já estejam definidos e aceitos pela comunidade científica da área.

No caso específico da saúde, em que os consensos médicos e protocolos clínicos são comuns, necessário se torna ao juiz consultá-los antes de tomadas de decisão que possam se mostrar comprometedoras da saúde humana, quando, na realidade, o que se espera é estar garantindo o direito à vida daquele que demanda contra o Estado. Situações envolvendo transplantes podem ser emblemáticas dessa questão.

A Sociedade Brasileira de Nefrologia e a Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, por exemplo, estabeleceram Protocolo com as diretrizes para inclusão de pacientes na lista única de transplantes,¹⁷⁵ entendendo que nem todo renal crônico pode ser submetido ao transplante renal. Nesse protocolo, define as contra-indicações absolutas e relativas para a inclusão na lista e os critérios para a inativação temporária. Um paciente que não tenha sido incluído na lista ou que dela tenha sido excluído por critérios técnicos, pode entender-se privado de seu direito de tentar o transplante e entrar na justiça, pleiteando ver sua expectativa garantida. Em uma avaliação, menos acurada do caso e deixando-se influenciar pelo “coração mutável ” à que se refere Calamandrei, pode o juiz decidir pela inclusão na lista e pelo direito de ser transplantado. Neste caso, ao resolver quebrar uma lista estruturada em critérios técnicos, decidindo por seu próprio alvitre, pode, o juiz, estar colocando em risco a vida daquele a quem desejava garanti-la. Não tendo

¹⁷⁵ SOCIEDADE BRASILEIRA DE NEFROLOGIA ; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. **Diretrizes em transplante renal**. Disponível em: <<http://www.sbn.org.br>>. Acesso em: 18 maio 2008

condições de suportar as conseqüências de um transplante, poderá o pleiteante ver o seu tempo de vida abreviado, como conseqüência de uma cirurgia não indicada para aquele momento ou até mesmo para ele, em todos os momentos, em razão de suas próprias limitações.

Importante é ressaltar, ainda, à guisa de demonstrar a complexidade dos elementos envolvidos em decisões desse tipo, que, apesar da importante e indispensável obediência à lista como critério de justiça, há que se observar outros elementos nela envolvidos tanto em transplantes, considerados genericamente, quanto em elementos específicos, em cada tipo de transplante particularmente.

Resoluções e portarias dos setores envolvidos com transplante e do Ministério da Saúde definem que, para cada tipo de transplante, existem critérios a ser considerados. No caso dos transplantes de córneas, deve-se seguir exclusivamente o critério cronológico. Já nos transplantes de fígado, a decisão passa pelo instituído na Portaria nº.1.160/2006, que define o Model for End-Stage Liver Disease (MELD) que, utilizando-se de exames realizados em períodos previamente definidos, indica as condições clínicas do paciente para submeter-se a esse tipo de intervenção.

Os candidatos a transplantes de rins, por outro lado, devem se submeter às análises de histocompatibilidade leucócito x antígeno, para a definição da prioridade.¹⁷⁶ O critério cronológico se soma ao indispensável critério técnico de compatibilidade gênica. Deve o juiz ser sensível a ouvir os requisitos técnicos garantidos, não pela opinião isolada de um profissional de saúde amigo, a quem recorre em consultas eventuais e emergenciais para entender a situação e decidir de maneira mais acertada, mas munido de documentos e fontes que lhe permitam a consulta e o conhecimento abalizado, em casos que requeiram decisões baseadas em consensos das sociedades científicas ou em protocolos já consolidados

Não atender ao pleito pode significar preservar não apenas a saúde, mas a própria vida daquele que pleiteia. Ao respeitar a lista de transplante, como ordem de prevalência previamente estabelecida, o magistrado certamente evitará cometer

¹⁷⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Resolução SS- nº. 145/2001**. SBN, São Paulo. Disponível em: www.sbn.org.br. Acesso em :18 maio 2008.

equivocos que poderá não ter condições de reparar ao tomar decisões equivocadas sem o resguardo da ciência médica e colocando, em alguns casos, em risco a vida de muitos outros que se encontram na lista aguardando o transplante e que possuem, muitas vezes, maiores condições de obter resultados mais eficazes.

A questão não se configura como uma defesa da lista e nem que ela seja considerada como um critério absoluto e não passível de questionamentos. Garantida a igualdade de acesso a ela e que não se fira a dignidade da pessoa humana com os critérios estabelecidos, deve o juiz respeitá-la em suas decisões, sem abrir mão, em hipótese alguma, da indeclinabilidade da prestação jurisdicional e de seu dever de analisar o caso concreto que se lhe é apresentado.

Um caso emblemático, que pode clarear um pouco mais essa questão e demonstrar como a regra da proporcionalidade se adequa como critério norteador de decisões judiciais envolvendo o direito à saúde, encontra-se no processo referente à paciente L.B.L., em 214º lugar na lista de transplante de fígado do Estado de São Paulo e que conseguiu liminar, em mandado de segurança, garantindo-lhe o transplante. A Fazenda Pública¹⁷⁷ interpõe recurso para a obtenção de efeito suspensivo, justificando que “[...] nenhum direito – por mais extremamente relevante e fundamental que seja pode ser exercido de modo ilimitado e incondicionado, tampouco interpretado isoladamente”.

De maneira lúcida e tendo como base fundamentos legitimamente justificados a Fazenda Pública por meio de seus procuradores, sustenta sua posição baseada na idéia de que, com a

Lei Federal n. 9.434/97 e no Decreto n. 2.268/97 que estabeleceu o cadastro único de pacientes candidatos a transplantes, o direito do cidadão ficou plenamente resguardado, pois se estabelecem normas objetivas de determinação do par doador-receptor, eliminando-se a injustiça constituída pela destinação privilegiada de órgãos em função de critérios sócio – econômicos, como no presente caso.

¹⁷⁷ BRASIL. Fazenda Pública. **Recurso Especial**. Efeito suspensivo. São Paulo. Disponível em www.pge.sp.gov.br. Acesso em: 17 maio 2008

Ora, o que está a defender a Fazenda Pública, neste caso, é que os critérios de decisão devem obedecer a requisitos que garantam a impessoalidade, cientificidade e objetividade, demonstrando que, ao conceder a liminar, autorizando o deslocamento na lista de transplante, o magistrado, na realidade, colocou em risco todo o sistema que se organizou com base na legislação em vigor. Privilegiou, na opinião da Fazenda Pública, e também na nossa, “[...] um cidadão em detrimento dos outros candidatos que restarão preteridos na sua vez de receber o órgão.”

Em respeito às necessidades específicas de todos os cidadãos que aguardam a sua vez na lista única, não compete ao julgador atuar como administrador para o fim de, neste caso específico, atender aos reclamos de uma paciente em prejuízo de outras pessoas que também precisam, com urgência, do transplante para recuperar a sua saúde.¹⁷⁸

O STJ, em decisão bastante razoável e prudente, ao julgar o recurso da Fazenda Pública de São Paulo, nesse caso, concede o efeito suspensivo com base na seguinte argumentação:

[...] entendo estarem caracterizados os requisitos da aparência do bom direito e do perigo na demora. O primeiro porque está sendo desrespeitada a lista estadual de transplantes, na qual a requerida está colocada em 214.ª posição e não consta que o estado de saúde de L.B.L. seja mais grave do que todos aqueles melhor colocados do que ela. Para justificar o desrespeito à ordem cronológica dos pretendentes ao transplante de fígado, seria necessário a prova de que o estado de saúde da requerida é mais grave do que o de todos aqueles melhor posicionados. Como se vê, está presente o *‘fumus boni iuris’*. O *‘periculum in mora’* também existe; o desrespeito à ordem estabelecida na lista de transplantes poderia gerar desorganização de todo o sistema de transplantes do estado de São Paulo e causar graves danos àqueles melhor colocados na aludida lista. Assim sendo, defiro a liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso especial já interposto.¹⁷⁹

Comentando essa decisão do STJ e defendendo a idéia de que hoje é necessário ao magistrado conhecer e dominar os princípios da bioética, incorporando-os como princípios do Direito Sanitário, Mendes;Silva e Dallari¹⁸⁰ destacam que, aqui, ainda que de maneira intuitiva, já que não referenciados com esta terminologia, o julgador

¹⁷⁸ BRASIL. Fazenda Pública. **Recurso Especial**. Efeito suspensivo. São Paulo. Disponível em www.pge.sp.gov.br. Acesso em: 17 maio 2008

¹⁷⁹ MENDES, Antonio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Bioética e Direito**. Disponível em www.portalmédico.org.br. Acesso em: 17 maio 2008

¹⁸⁰ MENDES, Antonio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Bioética e Direito**. Disponível em www.portalmédico.org.br. Acesso em: 17 maio 2008

utilizou-se de dois princípios peculiares à bioética, quais sejam, o princípio da beneficência e o princípio da não-maleficência. Ao verificar a colisão entre os dois princípios e ponderar, no caso concreto, qual deles deveria ser aplicado, o julgador decidiu por aquele que lhe pareceu mais justo. Entre beneficiar uma paciente, em particular, possibilitando-lhe, um transplante mais ágil e com melhores resultados na cirurgia, mas fragilizando o sistema de transplante em vigor no Estado de São Paulo e o colocando em possível risco os demais pacientes que lhe precediam na lista, necessitando do mesmo tratamento, o julgador, contrapondo a aplicação do princípio da beneficência para a requerente, com o princípio da não- maleficência para os demais participantes da lista, optou pelo segundo, feitas as ponderações necessárias.

6.2.3.5 As portarias e protocolos do Ministério da Saúde

O significativo número de portarias e protocolos existentes no Ministério da Saúde que visam regulamentar situações as mais diversas, atestam a complexidade do gerenciamento do sistema, bem como, o ativismo do gestor no sentido de executar as ações, de modo a criar padronizações, diretrizes e regulamentando o funcionamento dos diversos órgãos que compõe o sistema, integrando e criando as articulações necessárias entre os atores em seus diversos níveis de atuação.

Diante deste quadro de diretrizes políticas, administrativas e técnicas, fica o gestor submetido a uma carga de condicionantes que restringe a sua liberdade de agir a partir de seu próprio entendimento. Não atender a uma demanda específica de alguém que manifesta uma dada necessidade de saúde, pode não representar, uma omissão por inoperância, mas uma conduta determinada por uma diretriz ou norma estabelecida em razão do próprio sistema.

7 AS ESCOLHAS DO JUDICIÁRIO E AS ORDENS DE PREVALÊNCIA FIXADAS PELO LEGISLADOR E PELO GESTOR PÚBLICO: CONFLUÊNCIA OU CONTRADIÇÃO? UMA ANÁLISE DA TENDÊNCIA DA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES (STF)

A busca pela identificação de uma tendência que pudesse emergir da análise dos acórdãos do Supremo Tribunal Federal e que possibilitasse visualizar os contornos do pensamento jurídico brasileiro em casos envolvendo o Direito Fundamental à Saúde, tinha como hipótese inicial a existência de uma direção objetiva e nitidamente demarcada que permitiria a construção de um quadro teórico-jurídico e metodológico, já consolidado. Imaginava-se, que a construção desse quadro poderia servir de base e referencial para aqueles que assumissem a mesma corrente doutrinária ou possibilitar contraposições a partir da estrutura até então existente.

Conforme já explicitamos a hipótese não se confirmou. Essa constatação, a princípio frustrante do ponto de vista da análise que se propunha realizar, mostrou-se de uma riqueza analítica sem precedentes, já que permitiu identificar a existência de uma tendência fática fortemente consolidada, no sentido de concessão de todos os requerimento referentes à medicamentos, sem que fossem considerados condicionantes de qualquer natureza.

Os dados que passamos a apresentar foram obtidos a partir de levantamentos realizados no site do Supremo Tribunal Federal, considerando decisões proferidas no período de janeiro de 2000 a novembro de 2007. O corte temporal realizado para a definição do *corpus* a ser submetido à análise foi decidido, especialmente, em razão da viabilidade de acesso. A proposta do projeto de realizar o levantamento desde 1988 não pôde ser efetivada, em razão de não se encontrarem disponíveis, na internet, dados sistematizados anteriormente a 2000.

A decisão inicial de coleta de dados estava definida para ser realizada a partir de duas expressões-chave que acreditávamos pudessem representar, de maneira mais completa, o que estávamos buscando. Começamos o levantamento pela busca de processos que tivessem como temática o “direito à vida” e “à saúde”. Observamos,

nos primeiros levantamentos, que a delimitação inicialmente proposta, por sua abrangência, poderia comprometer o resultado esperado. O problema não estava relacionado com os temas definidos, já que eles de fato traduzem o que efetivamente se está a buscar. Ocorre, entretanto que, no processo de busca *on line*, trabalha-se na perspectiva de encontrar a informação a partir dos temas que foram priorizados no momento do lançamento da informação no sistema. Observamos, nos primeiros levantamentos, que o cadastro dos processos por tema não priorizava as expressões “direito a vida” e “direito à saúde”, o que nos levou a buscar novas expressões capazes de representar essas temáticas.

Nesse sentido, para efeito de objetivação da análise, optamos pela utilização, como critério de busca, da expressão “fornecimento de medicamentos”, o que se mostrou produtivo e determinante na identificação de ações, nas quais pudessem ser encontradas as informações necessárias ao processo analítico.

Concluimos que essa definição, no momento da escolha de palavras a serem indexadas, que melhor representam a temática do processo, já demonstra certa dificuldade de entender o seu significado, já que trazem, em si mesmas, uma alta carga de subjetividade e inespecificidade.

A partir dessa constatação, passamos a um levantamento exaustivo, no período de oito anos, definido como corte temporal, para a busca de dados. O rastreamento das informações obedeceu a critérios técnicos e sistemáticos de levantamentos dessa natureza, o que permite utilizar a amostra levantada como completa. A preocupação com a fragilidade dos registros de informações *on line* e possíveis ocorrências de falhas no sistema de indexação de processos no STF nos levou a optar pela apresentação dos dados em forma de tabelas, sem, entretanto, utilizar as informações para efetuar generalizações que fossem tomadas como verdades inquestionáveis.

Dessa forma, a análise quantitativa dos dados foi exclusivamente utilizada para facilitar a compreensão e visualização da dimensão do problema, e a análise qualitativa, realizada por meio da análise de conteúdo das decisões, permitiu utilizar os dados levantados para destacar os casos emblemáticos capazes de delinear uma

possível posição ou tendência do Supremo Tribunal Federal e, por que não dizer, do Judiciário brasileiro.

O Gráfico a seguir apresentado permite observar um crescimento significativo de acórdãos e decisões do STF nos últimos três anos, o que demonstra que a busca por efetivação desse direito vem se consolidando no País e que a população tem tido, cada vez mais, acesso ao Judiciário em questões desta natureza. Não é possível afirmar, entretanto, que esse acesso tem se dado de maneira equilibrada nas diferentes classes sociais.

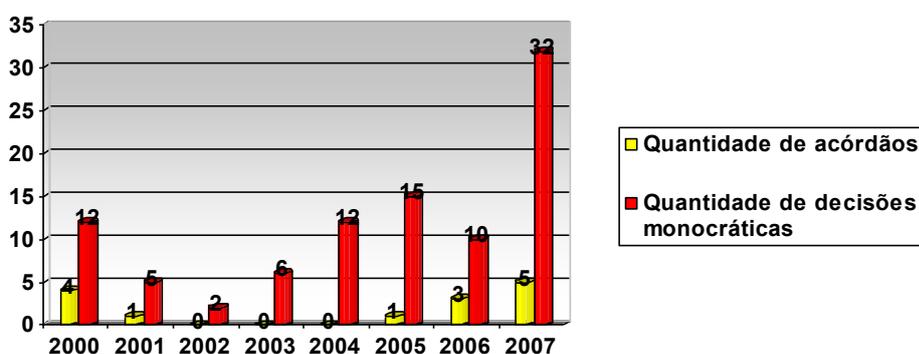


Gráfico 1 – Acórdãos e decisões monocráticas proferidos pelo STF sobre “fornecimento de medicamentos”, no período de 2000 a novembro de 2007

O Gráfico 1 demonstra que a tendência de crescimento, observada em 2004, 2005 e 2006, se consolida em 2007, quando o número de ações julgadas pelo STF triplicou em relação a 2004 e 2006 e duplicou em relação a 2005.

Em uma avaliação, *a priori*, poder-se-ia tentar justificá-la como tendo base na idéia de que vem ocorrendo um aumento significativo na consciência da população sobre seus direitos e, mais especificamente, sobre seu direito à saúde. Evidências bastante fortes indicam, entretanto, que essa não é a única e principal razão para o

aumento do quantitativo de processos. Essa questão será analisada com mais vagar ao longo do trabalho.

Apesar da proposta de análise de tendência ter se restringido ao STF, por decisão de limite metodológico, fizemos também um levantamento, nos mesmos moldes e período, no STJ. Esse levantamento nos permitiu visualizar o crescimento do número de ações da mesma forma que ocorreu no STF.

O gráfico que a seguir apresentamos permite verificar o quantitativo de ações julgadas no STJ, no período de janeiro de 2000 à novembro de 2007. Estas ações não serão analisadas neste capítulo e não compõe a análise de tendência. Sua inclusão, nesse momento, é meramente exemplificativa permitindo a comparação do quantitativo de ações entre os dois tribunais.

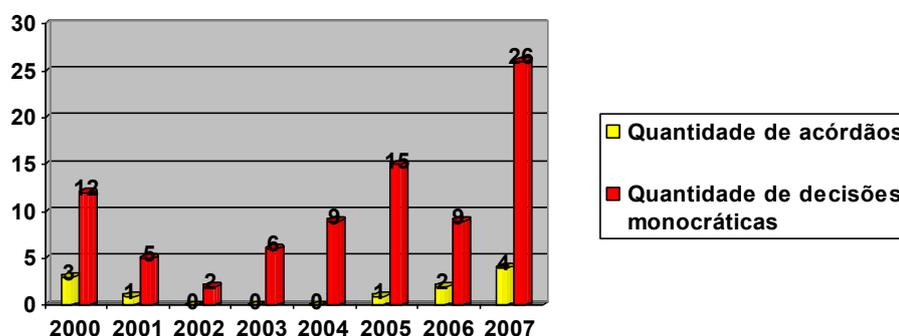


GRAFICO 2 - Acórdãos e Decisões Monocráticas proferidos pelo STJ, sobre “fornecimento de medicamentos”, no período de 2000 a novembro de 2007 analisadas em nossa pesquisa

O aumento observado no número de ações, nos últimos anos, não pode ser computado, como já referimos, exclusivamente, ao aumento da consciência da população com relação aos seus direitos. Essa é apenas uma das faces da questão.

A forte pressão sobre a classe médica, por parte dos laboratórios, para que prescrevam seus produtos, é reconhecida pelo Conselho Federal de Medicina que, na Resolução nº 1.595/2000,¹⁸¹ normatiza o tipo de relacionamento ético que deve pautar a relação médico x indústria farmacêutica.

Naturalmente que a pressão sofrida pelos médicos acaba por influenciar suas prescrições criando demandas e comprometendo sua isenção no momento de prescrever.

Campbell¹⁸², professor da Harvard Medical School, publicou em 2007, no mais respeitado e referenciado periódico médico do mundo, o *New England Journal of Medicine*, um importante estudo sobre a relação entre os médicos e indústria farmacêutica, onde afirma que 94% dos clínicos americanos possuem algum tipo de relação com a indústria de medicamentos, delas recebendo pagamentos ou benefícios.

Feitas essas considerações, de caráter mais genérico, sobre o aumento do número de ações, passamos à apresentação do resultado da análise de conteúdo efetuada sobre as decisões monocráticas e acórdãos do STF.

Após essa breve análise, de natureza quantitativa, realizada para permitir uma visualização do problema de maneira genérica, passamos ao exame das decisões efetuando uma primeira leitura de todos os documentos, na qual procuramos identificar unidades de significado nas falas dos relatores. O objetivo era encontrar, os núcleos de sentido do discurso, que nos permitisse construir um corpo de categorias indicativo da tendência. A primeira leitura dos documentos já deixou evidenciadas as dificuldades que tínhamos para a identificação e construção de categorias a partir dos textos.

¹⁸¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1595, de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p. 18, secção I, 22 de mai. 2000.

¹⁸² CAMPBELL, Eric G. Doctors and Drug Companies – scrutinizing influential relationships. **New England Journal of Medicine**, Massachusetts, 357:18 .p.1796-1797, 1 nov.2007. Disponível em: www.nejm.org. Acesso em: 28 maio 2008.

Após diversas leituras e tendo como base o referencial teórico adotado, foram identificadas 02 categorias de caráter geral e 06 categorias de caráter específico, que nos pareceram representativas do pensamento dos ministros sobre o tema direito à saúde.

A opção por agrupar as categorias em dois tipos, se justifica em razão da natureza diferente das duas primeiras que julgamos relevantes, mas que não se enquadravam nas características do modelo teórico que nos propúnhamos examinar.

7.1 CATEGORIAS DE ANÁLISE DE CARÁTER GERAL

- **Repetição das decisões**

Destaca-se, da análise, uma observação que se sobrepõe às demais e que deixou antever, ainda na fase preliminar de leitura, o que também se confirmaria na leitura detalhada dos textos nos quais buscávamos identificar as unidades de significação do discurso para a construção das categorias de análise, com vistas à identificação de tendência.

As decisões são, com poucas exceções, bastante similares, havendo, inclusive, decisões que se apresentam com o mesmo texto, levando o leitor a considerar a possibilidade de estar lendo a mesma decisão.

Temos exemplos de decisões quase idênticas do mesmo relator, como é o caso dos acórdãos AGRV. RE 271.286-8; RE 241.630; RE 232.335; RE 271.286; RE 267.612; RE 273.843; RE 198.265; RE 248.304; AI 396.973; AI 457.544; AI 468.916; AI 452.¹⁸³

A semelhança, contudo, está presente também entre acórdãos de relatores diferentes, como é o caso do RE 293.379; RE 259.415 AgR; AI 418.320, os quais possuem trechos iguais ao acórdão proferido no AGRV. RE 271.286-8, prolatado no

¹⁸³ A fim de simplificar o referenciamento das decisões utilizadas na análise dos dados, optamos por incluí-las em notas de rodapé, evitando, assim, repetições desnecessárias. O conjunto das decisões que compõem a amostra do STF, bem como as demais originadas dos levantamentos no STJ e da Secretaria de Estado do Espírito Santo, foram incluídas em lista de referência separada da lista dedicada às obras referenciadas no trabalho.

ano de 2000, que parece ser o grande paradigma das decisões no STF, e que, por esse motivo, será utilizado como principal parâmetro de análise neste trabalho.

A expectativa de encontrar decisões com fundamentações ricas que permitissem a organização de uma tendência jurídica a partir delas foi, nesse sentido, como já referido, frustrada.

Acreditamos que a grande sobrecarga de trabalho que recai sobre o STF, e que é de conhecimento geral possa contribuir para que essa conduta seja assumida pelos ministros. Entendendo eles, ser o direito à saúde absoluto, e não havendo, portanto, muito a discutir, talvez também considerem não haver que dedicar tempo e esforço intelectual em construções de fundamentações teóricas, políticas e fáticas, mais elaboradas, já que parece não haver controvérsias.

- **Falha no referenciamento das citações**

Além das decisões repetidas, deve-se destacar que a falta de rigor normativo no referenciamento correto das fontes, dificulta identificar o que é, de fato, pensamento do relator do processo e o que é pensamento do autor que está sendo referenciado.

Essa imprecisão relativa ao referenciamento pode acarretar dúvidas sobre a autoria real da fundamentação em casos de leituras pontuais e não sistemáticas, impossibilitando, nessas hipóteses, a identificação da decisão paradigma.

Esta percepção ficou bastante evidenciada no processo minucioso de leitura que fizemos de todas as decisões, que nos permitiu identificar as autorias, e a decisão paradigma somente em razão dessa condição de leitura atenta e sistemática.

Tomamos, para efeito de análise, a concordância com o texto indicado, ainda que não devidamente referenciado, como sendo tendência do relator e, portanto, representando sua posição quanto ao assunto analisado.

7.2 CATEGORIAS DE ANÁLISE DE CARÁTER ESPECÍFICO: OS FUNDAMENTOS DAS DECISÕES

- **Percepção do direito à saúde como direito de natureza absoluta**

O entendimento do direito à saúde como tendo caráter absoluto permeia o imaginário do juiz, sendo uma forte tendência que emerge da análise das decisões. Ainda quando não expressa de maneira objetiva e direta, essa concepção destaca-se como pano de fundo de muitas decisões.

Ao fazer a vinculação indissociável entre o direito à vida e o direito à saúde, os magistrados expressam uma condição inadequada, que acaba por vincular toda e qualquer decisão relacionada com o direito à saúde como devendo ser concedida, já que colocaria em risco potencial a vida daquele que pleiteia o direito. No AGRG.RE 271.286-8 o relator assim se manifesta: “O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito a vida.” Esta mesma afirmativa encontra-se, na íntegra, no RE 509.569.

Diversos outros ministros deixam, registrado em seus relatos a mesma percepção da relação de identidade, entre o direito à vida e à saúde, tratando, inclusive como sendo direitos de natureza semelhantes. O relator do RE 264.645, assim se manifesta. “Direito à saúde da autora que tem por base, o próprio direito fundamental à vida.” Idêntica afirmativa encontra-se em outras decisões do mesmo relator – RE 509.569; RE 271.286-AgR

Outro relator, no AI 622.703, acolhe a compreensão do relator anterior ao citar a afirmativa constante do RE 271.286-AgR mostrando a força da concepção de que direito à saúde está ligado indissociavelmente ao direito à vida, posição da qual discordamos.

O fato de não conceder uma solicitação aparentemente ensejadora de melhoria da condição de saúde em um caso concreto, não significa colocar em risco a vida daquele que pleiteia em seu favor. Deve a decisão considerar a análise do caso

concreto com suas especificidades e o contexto em que está inserido, e não ser o reflexo de uma decisão tomada em abstrato como se toda e qualquer necessidade humana devesse ser atendida como sendo indispensável à manutenção da vida.

Ao afirmar no RE nº 241.630 que “[...] razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito **indeclinável** à vida e à saúde humana [...]”(grifo nosso), o ministro relator deixa claramente expressa sua posição acerca da concepção que tem sobre o que seja saúde. Para ele, a saúde encontra-se em ligação estreita e absoluta com a vida humana e, portanto, não se pode declinar do atendimento a pleitos que venham a requerer a tutela do Estado, qualquer que seja o objeto do pedido. Ao fazer tal afirmativa, o julgador já definiu previamente sua condição diante de qualquer requerimento que envolva o direito à saúde, qual seja, não se pode declinar dele.

João Maurício Adeodato,¹⁸⁴ em crítica magistral à forma como o Judiciário tem construído suas estratégias discursivas, permite-nos entender a lógica adotada nas decisões ligadas ao direito à saúde que acabamos de comentar e que tão bem destacam, compõem e sustentam a tendência do Judiciário brasileiro. Afirma ele: “A estratégia discursiva jurídica tem sido a reificação, isto é, os textos parecem entendidos como meros descritores de ‘coisas’ (‘natureza jurídica disso’ ou daquilo) e não como parte de procedimentos jurídicos em construção”.

Ao assumir o direito à saúde como um direito incondicional, e simplesmente reafirmar que deve ser garantido, o Judiciário se omite de construir, por exemplo, um conceito de saúde capaz de sustentar suas decisões. Ao adotar como “estratégia discursiva jurídica” a posição de direito à saúde como direito que não comporta restrição, o Judiciário deixa de considerar seus valores e assume uma condição de direito pressuposto e, portanto, inquestionável.

Ricardo Guastini citado por Queiroz¹⁸⁵ afirma que

¹⁸⁴ ADEODATO, João Maurício. Jurisdição constitucional à brasileira: situação e limites. *In*: SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos**: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 96.

¹⁸⁵ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p. 192.

O direito criado pelos juízes não é apenas o conjunto de normas individuais expressas no dispositivo, mas especialmente o conjunto de direitos e princípios gerais elaborados na fundamentação na qual se justifica a norma individual expressa na parte dispositiva.

A prática de repetição de decisões conduz a um processo de manutenção dos conceitos já consolidados, não abrindo espaço para novas elaborações jurídicas. O conceito de saúde da OMS, já destacado anteriormente e aceito de maneira incondicional como aquele que retrata, com maior precisão, o entendimento do que seja saúde, é, um exemplo desta condição à qual nos referimos, já que permanece como elemento estimulador da concepção de saúde como direito absoluto, em nossa visão, equivocada. Na realidade, consideramos que a aplicação do conceito de maneira ampla e genérica, como vem sendo feita, é imprópria. Isso não significa que consideremos o conceito, em si mesmo, equivocado.

Expresso como um ideal, e com possibilidade remota de atingimento em razão de sua amplitude e alta carga de subjetividade, o conceito acaba por vincular as decisões, na medida em que, associado ao art. 196 da Constituição Federal, que prescreve: “A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”, parece trazer um condicionante que obriga o gestor ou o magistrado a acreditar que toda necessidade de saúde deva ser satisfeita, ainda quando seu não atendimento não acarrete conseqüências àquele que a pleiteia.

Ao definir que “Saúde é um completo estado de bem-estar [...]”, não se pensou, certamente, na operacionalização do Sistema de Saúde e nem se imaginou que o conceito devesse ser aplicado de maneira absoluta, até porque, em uma perspectiva da razoabilidade, tal condição é, em si mesma, inatingível, ainda que se decidisse investir em saúde todos os recursos disponíveis direcionando para este setor recursos de todas as demais áreas consideradas não essenciais para a preservação da saúde humana.

Nesse sentido, quando o julgador afirma no acórdão RE 241.630 que

[...] o sentido de fundamentalidade do Direito à saúde [...] impõe ao poder público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências

destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva de determinação ordenada pelo texto constitucional. (grifo nosso)

não fica claro o entendimento sobre qual seria a abrangência desse direito, ao qual ele se refere, como devendo ser atendido em sua plenitude pelo gestor público. O conhecimento de que os recursos existentes são infinitamente menores do que as necessidades humanas, deve, permear, também, as decisões judiciais. A compreensão de que o avanço tecnológico tornou as necessidades humanas ilimitadas, não pode ser ignorado, ainda, quando o assunto referir-se a saúde. Uma coisa é garantir o direito à saúde para todos e outra é garantir que aqueles que tenham condições econômicas ou que detenham informações atualizadas busquem, na Justiça, acesso ao que há de mais inovador na ciência da saúde, ainda quando esses avanços não foram devidamente validados pela comunidade científica e tenham custos infinitamente superiores a tratamentos com a mesma eficácia. Assim, quando busca a melhor decisão, no caso concreto, não pode o juiz ignorar as condições efetivas para a garantia do direito pleiteado, considerando que não existe, conforme já destacado, direito absoluto.

Interessante observar que, em decisões mais recentes, especialmente do ano de 2007, parece iniciar-se uma tendência, ainda que bastante incipiente, em sentido contrário. Algumas decisões apontam para o entendimento de que, no caso de medicamentos, não está, o Estado, obrigado a fornecê-los sempre. Em alguns casos, os relatores, referindo-se ao direito pleiteado indicam que não está comprovada a hipossuficiência. Ainda que não afirmem, expressamente, que a garantia do direito esteja condicionada à hipossuficiência, eles a apontam como justificativa para não dar prosseguimento ao recurso.

O relator do AGRV.REG. RE 490.661-9 em decisão, na qual nega seguimento do Recurso Extraordinário afirma que :

O dispositivo constitucional invocado não encerra disciplina que pudesse motivar a reforma do acórdão recorrido, uma vez que não foi negado ao recorrente o direito à saúde, mas lhe foi exigida a comprovação da **hipossuficiência econômica**, pressuposto necessário a que seu tratamento fosse custeado pelo poder público [...](grifo nosso).

Ainda que não tenha se pronunciado, como já dissemos, sobre os fatos e as provas relacionadas à lide, em razão de não caber reexame fático em Recurso Extraordinário, o relator deixa sua posição, de certa forma, condicionada à não comprovação da “hipossuficiência econômica, pressuposto necessário a que seu tratamento fosse custeado pelo Poder Público.” Em igual sentido decidem os relatores dos AI 663.377; AI 668.930; AI 669.001; AI 648.971.

Consideramos que estas decisões, ainda que em uma análise superficial, pareçam apontar para uma tendência, não se confirmam como concepção que se encontra em processo de mudança. Nossa posição, de que não há evidências de que esteja havendo uma mudança no paradigma até então vigente, sendo, estes, casos isolados, está baseada na observação de que as decisões, que tratam o direito à saúde como absoluto, continuam a ocorrer como podemos observar nos seguintes recursos: RE 549.122; AI 642.796; AI 676.926; RE 568.073; AI 647.296; AI 583.067; AI 667.205; AI 638.550; AI 676.004; AI 634.282; AI 659.610; AI 600.112; RE 560.369; RE 562.630; AI 622.703; AI 559.055; RE 562.383.

Encontramos apenas uma decisão com indicação de tendência divergente do STF e que poderia significar uma possível mudança no rumo, em decisões posteriores. Esta expectativa não se confirmou já que nelas observamos a continuidade da posição até então adotada. A decisão monocrática da ministra Ellen Gracie, que na ocasião se encontrava na presidência do Supremo, suspende a execução da Antecipação de Tutela no que se refere aos medicamentos não constantes da Portaria nº 1318 do Ministério da Saúde.

Na defesa de sua posição a ministra Ellen Gracie assim se pronuncia:

A Lei 8.437/92, em seu art. 4º, autoriza o deferimento do pedido de suspensão de execução de liminar para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afetam o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca um a maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir um maior número

possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados '(...)' e outros medicamentos necessários para o tratamento (...) (fl.26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem fornecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, a tutela concedida atinge, por sua amplitude, esferas de competência distintas, sem observar a repartição de atribuições decorrentes da descentralização do Sistema Único de Saúde, nos termos do art. 198 da Constituição Federal.

A decisão da ministra nos parece, entretanto, uma posição isolada não podendo ser considerada, ainda, uma mudança no pensamento do STF. Diversas outras decisões continuam a conceder medicamentos considerando os mesmos fundamentos até então apresentados. Neste sentido ver: AI 676.926; AI 634.282; RE 568.073; AI 647.296; AI 583.067; AI 667.205; AI 638.550; AI 676.044; AI 659.610; RE 560.369; AI 559.055; RE 562.383.

A questão aqui não é analisar se, nesse caso, especificamente, a decisão da relatora é ou não coerente com nossa posição acerca do assunto, mas levantar a ruptura que ela faz com uma questão tratada como decidida e sem qualquer possibilidade de ser questionada por ter caráter de direito absoluto

Dois pontos merecem destaque na decisão: o primeiro diz respeito à ponderação dos riscos advindos de uma medida judicial daquele porte, que poderia fragilizar, ainda mais, o já tão abalado sistema público de saúde. Ao demonstrar a preocupação em evitar, com sua decisão, “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” a ministra se coloca no mundo da vida como co-participante da responsabilidade de viabilizar a sobrevivência do sistema. Ela não se exime de julgar, e não se coloca fora do sistema como se com ele, não tivesse qualquer tipo de relação.

Refere-se ela à necessidade de que se busque uma maior “racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim

de atingir um maior número possível de beneficiários” indicando que direitos que custam dinheiro não podem ter caráter absoluto. Diante da escassez de recursos, e isso é inegável, não pode o intérprete analisar de maneira a ignorar os limites fáticos impostos pela falta de condições de atender à todos na plenitude de suas expectativas.

Ao afirmar que a norma do art. 196 “refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas” a ministra rompe com uma posição fortemente consolidada no STF abrindo espaço para novas construções e formulações conceituais e metodológicas.

Interessante ainda observar, nas decisões de 2007, que os ministros começam a se referir de maneira mais sistemática a obrigação de fornecimento de medicamentos, destacando que a obrigação do Estado é para os hipossuficientes. Não negam eles que os outros sujeitos também tenha direitos, mas, se referem a obrigação do Estado para com os que se encontram nessa condição.

No AI 663.337 o relator assim se pronuncia “[...] o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência deste Tribunal que, em caso similar, fixou entendimento de que, tratando-se de paciente hipossuficiente, o Estado tem obrigação de fornecer-lhe medicamentos indispensáveis de que necessita”.

- **Regra de prevalência estabelecida a *priori* e em abstrato**

Das categorias de análise construídas a partir das unidades de sentido presentes nas decisões dos ministros do STF, esta nos parece uma das mais preocupantes e representativas de uma tendência. Sua identificação não se fez de maneira simples, já que os autores da decisão não a assumem conscientemente. Para assumir essa posição expressamente eles teriam que se indispor contra uma das mais basilares regras do direito, qual seja, a de que ao juiz cabe decidir com base no caso concreto e na análise dos elementos nele envolvidos e tendo as normas como parâmetro decisório. Assim, esta categoria de análise, assume lugar de destaque já que,

influencia, de certa forma, todas as demais categorias que emergiram da análise dos textos.

Decidir à *priori* e, portanto, em abstrato é retirar, das partes que litigam, o direito de ver o seu pleito analisado. Estando já definidos, e com posições fechadas quanto a uma determinado tema, como nos parece estar acontecendo nos casos envolvendo o direito à saúde, acabam por não se submeter à um rigoroso e minucioso exame do caso concreto.

No mesmo sentido, José Luiz Quadros de Magalhães¹⁸⁶ afirma que: “O Direito principiológico, vinculado à história, vinculado ao caso concreto, se tornou uma exigência democrática.” Fazendo a devida correlação desse pensamento com o que podemos observar das decisões do STF, veremos que parece não haver qualquer vinculação das decisões ao caso concreto. Da leitura, é possível constatar que a quase totalidade delas repete, na íntegra, a decisão paradigmática, como se fossem todos, o mesmo caso. Não há, em nossa crítica, qualquer demérito ao estabelecimento de jurisprudências. Elas são necessárias e fundamentais para a justiça. O que questionamos é que a partir delas não se avaliem as especificidades dos casos submetidos à apreciação do judiciário e também que, diante da complexidade que certos temas ensejam e que não podem ser negados, o juiz continue a decidir da mesma forma há sete, oito anos, ignorando os elementos envolvidos na efetivação de certos direitos e a evolução ocorrida.

É ainda José Luiz Quadros de Magalhães¹⁸⁷ quem nos alerta que:

Diante deste mundo surpreendente, o desafio é perceber sua complexidade, sua diversidade e sua relatividade. Assim, uma nova consciência jurídica começa a se expandir. A superação de um legalismo pobre é a exigência do nosso tempo. O Direito não pode ser resumido à regra, pois não há possibilidade de previsão de regras para solucionar todos os conflitos de um mundo complexo.

¹⁸⁶ MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros. Constitucionalismo e interpretação. **Depoimentos**: Revista de Direito das Faculdades de Vitória, Vitória, n. 9, jan./dez., 2005. p. 33-48. p. 35.

¹⁸⁷ MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros. Constitucionalismo e interpretação. **Depoimentos**: Revista de Direito das Faculdades de Vitória, Vitória, n. 9, jan./dez., 2005. p. 33-48. p. 35.

A questão central onde concentramos a nossa crítica na postura do STF é que, ao assumir a decisão à *priori* e em abstrato, retornam eles a uma condição de há muito criticada e superada no direito, quando o único método aceito para a decisão era a subsunção.

Adotar esta condição de sujeição fechada ao preceito normativo, como se não permitisse ao interprete qualquer espectro de liberdade analítica, é perder a abertura, maleabilidade e qualidade que eles podem proporcionar a uma decisão, tornando-a mais justa e mais coerente com a realidade do mundo atual e da sociedade na qual o direito deve ser aplicado e com a qual deve guardar coerência.

Inegável que um Direito Fundamental, assim deve ser considerado, independente da sociedade na qual o sujeito vive. Entretanto, quando o juiz decide, ele o faz em um dado tempo histórico e em uma dada sociedade. Não pode o interprete olhar para a norma e aplicá-la como se o direito fosse um apêndice histórico, que não devesse guardar sintonia com o mundo e a sociedade à qual serve.

Como um sujeito historicamente situado, o juiz aplica um direito que não pode ignorar a concretude do mundo da vida e os problemas que afetam seus contemporâneos. Não é ele alguém acima do bem e do mal que decide sem se preocupar com as repercussões e implicações de suas decisões.

Alexandre de Castro Coura¹⁸⁸ enfrentando o problema da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais afirma que:

[...] é relevante compreender que toda interpretação ocorre num contexto histórico específico, pressupondo um pano de fundo compartilhável, que simplesmente não pode ser desconsiderado, seja pela tentativa de abstração, seja pela pretensão de distanciamento.

A posição de Coura reforça a necessidade de que o intérprete, ainda que resguardando o necessário distanciamento que a aplicação do direito lhe exige, seja

¹⁸⁸ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica do tratamento jurisdicional da vedação constitucional de provas ilícitas**: contribuições para a garantia dos Direitos Fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.2007.Tese(Doutorado em Direito Constitucional)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

capaz de perceber-se como sujeito histórico que compartilha o mundo da vida com outros sujeitos históricos submetidos à mesma realidade e condições. É ali, onde os problemas e as lides acontecem que as soluções deverão ser encontradas.

Sendo o direito a saúde, o mesmo direito fundamental, seja no Brasil, seja na Suécia, certamente que as soluções encontradas pelos magistrados não poderão ser as mesmas.

Quando os ministros do STF utilizam-se, em sua quase totalidade, da mesma decisão paradigmática para casos relacionados ao tema estudado, durante 07 anos, sem que se sintam compelidos a efetuar qualquer alteração na fundamentação de suas decisões ou analisar as especificidades do caso concreto, podem estar perdendo a oportunidade de construir novos paradigmas fazendo avançar a ciência do Direito e alcançando patamares mais elevados de justiça.

É, mais uma vez Coura¹⁸⁹, referindo-se à noção hedegeriana¹⁹⁰ de temporalidade, vinculada à de humanidade, quem nos convida a refletir sobre este tema: “E como o homem é tempo, sua verdade é também datada, precária e contextualizada, passível, portanto, de ser modificada.”

Ao afirmar no AI 492.437 que a “Necessidade de preservar o **bem jurídico maior** que está em jogo: a própria vida.” o relator nos oferece uma concepção prévia da saúde e da vida como bem jurídico maior, o que aponta, como conseqüência, uma pré-concepção valorativa incompatível com o entendimento trazido por Alexy,¹⁹¹ segundo o qual é impossível estabelecer ordens de prevalência *a priori*.

Mais importante do que a referência à diversidade é a constatação da indeterminação. No amplo mundo dos princípios, há lugar para muitas coisas. Pode ser chamado um mundo do dever ser ideal. Quando há que passar do amplo mundo do dever ser ideal ao estreito mundo do dever ser

¹⁸⁹ COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica do tratamento jurisdicional da vedação constitucional de provas ilícitas**: contribuições para a garantia dos Direitos Fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. 2007. Tese (Doutorado em Direito Constitucional)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

¹⁹⁰ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante, parte 1. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

¹⁹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002. p. 133.

definitivo ou real, se produzem colisões ou, para usar outras expressões frequentes, tensões, conflitos e antinomias. É então inevitável sopesar princípios contrapostos, ou seja, há que estabelecer relações de preferência.¹⁹²

Ao entender que o direito a saúde sempre deve prevalecer, e que este é bem jurídico maior, o juiz está decidindo no mundo do dever ser ideal, e não de maneira prática no mundo real, como se no mundo da vida, e nos enfrentamentos do cotidiano, não existissem conflitos e contradições a cada momento de aplicação de um princípio.

Seja como for, a intervenção do juiz possibilita introduzir no sistema jurídico considerações relativas à 'oportunidade', à 'justiça' e ao 'interesses geral', que parecem, numa perspectiva positivista alheias ao direito. Essas 'técnicas de flexibilização', de adaptação do sistema jurídico aos valores dominantes, compreendem o recurso à 'noções de conteúdo variável', isto é, 'conceitos' por contraposição, à 'concepções' específicas. Do ponto de vista metodológico, esta 'abertura' comporta uma 'delegação' em favor dos órgãos concretizadores. As 'cláusulas gerais' e os 'conceitos jurídicos indeterminados', para além de favorecerem uma certa aderência à realidade histórica, transferem parte da valoração jurídica do legislador para o intérprete.¹⁹³

Dentro desta lógica, cresce o papel do intérprete, não apenas no sentido ampliação de seu poder discricionário, mas no sentido de que, exige-se dele, uma posição que guarde maior coerência com os problemas que estão postos no mundo da vida dos sujeitos que pleiteiam o direito e no próprio contexto no qual exerce a sua prática profissional e onde é chamado a decidir buscando a melhor solução para o caso concreto.

- **Contradições relativas ao entendimento acerca da eficácia das normas constitucionais**

¹⁹² Tradução nossa. No original: “Más importante que la referencia a la diverdidad es la constatación de La indeterminación. En el amplio mundo de los principios, hay lugar para muchas cosas. Puede ser llamado un mundo del deber ser ideal. Cuando hay que pasar del amplio mundo del deber ser ideal al estrechomundo del deber ser definitivo o real, se producen colisioneso, para usar otras expresiones frecuentes, tensiones, conflictos y antinomias. Es entonces inevitable sopesar principios contrapuestos, es decir, hay que establecer relaciones de preferencia.

¹⁹³ QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. p.187.

Mais uma vez é o AGRV. RE. 271.286-8, de 2000, que nos dá a demonstração da contradição no entendimento acerca do direito à saúde. Refere-se o relator à regra do art. 196 como sendo de caráter programático e ao mesmo tempo, justifica, no mesmo parágrafo, como se a entendesse como sendo de eficácia imediata demonstrando uma contradição em termos:

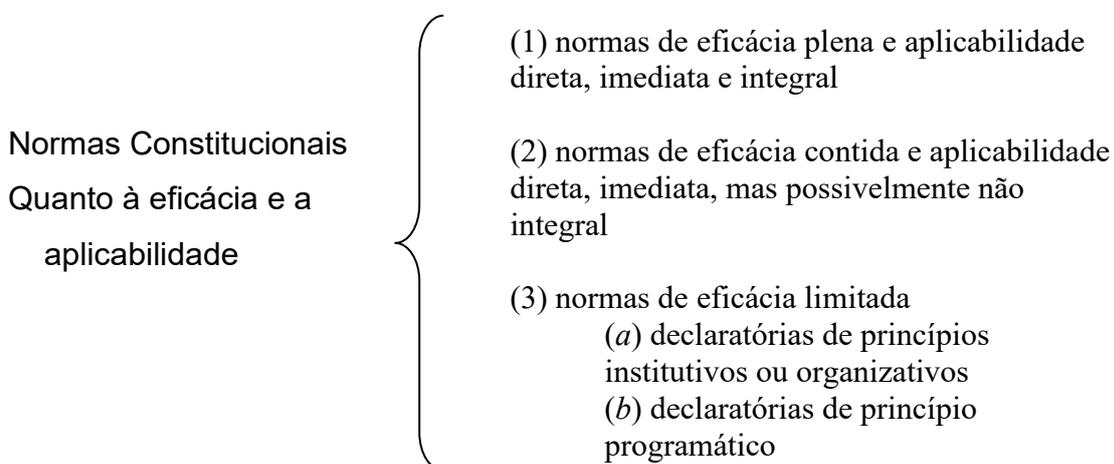
O **caráter programático** da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõe, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - **não pode converter-se** em promessa constitucional incoseqüente, **sob pena** de o Poder 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. (grifos no original)

Essa justificativa continua a fazer parte das decisões do relator em processos concluídos em 2007, demonstrando a continuidade do entendimento do direito à saúde como norma programática apesar de referir-se à ela como sendo de eficácia plena. Este texto está inserido na íntegra no AI 662.822 e RE 509.569.

Esse mesmo entendimento e manifesta contradição, encontra-se presente em decisões de outros ministros como pode ser atestado nos AI 642.796; AI 659.610; AI 600.112; RE 560.369; RE 562.630; AI 55.055; RE 547.808, que nos levam a questionar que razões justificam esta posição.

Considerando que as decisões citadas foram apenas em caráter exemplificativo e que não tivemos a pretensão de incluir todos os relatores que se utilizaram do conceito de norma programática para qualificar o direito à saúde, e que representam a quase totalidade das ações submetidas à análise, veremos que o problema conceitual carece de melhor entendimento, já que traduz contradições de importância significativa para o direito.

A questão da eficácia das normas e a forma como estão classificadas é clara e objetivamente apresentada por José Afonso da Silva¹⁹⁴



Ora, se o relator considera as normas do direito à saúde, impressas na Constituição, como normas programáticas e, portanto de eficácia limitada, como podem, ao mesmo tempo, afirmá-las de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, como deixam objetivamente expresso em suas decisões?

Denominá-las como normas programáticas, é, não apenas contraditório, mas, também, ignorar o que está prescrito no artigo 5º § 1º da Constituição Federal “As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

- **Saúde como Direito público subjetivo**

Esta categoria está destacada em praticamente todas as decisões do STF e parece não haver discordância neste sentido. A unanimidade é tão explícita que, em algumas decisões, a afirmativa de que a saúde é um direito público subjetivo encontra-se repetida por mais de uma vez, na mesma decisão, o que deixa comprovada a força deste pensamento. Neste sentido ver: AI 634.282; AI 642.796;

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.86.

AI 676.926; RE 568.073; AI 647.296; AI 583.067; AI 667.205; AI 638.550; AI 676.044; AI 659.610; AI 600.112 ED; RE 560.369; RE 562.630; AI 559.055; RE 562.383; AI 681.814; re 232.335; re 509.569; AI 662.822.

A posição do STF que trata a saúde como um direito público subjetivo, está em consonância com nosso entendimento esposado no item 4.2 desta dissertação: Saúde como Direito Público Subjetivo.

As citações neste sentido que se encontram na maioria dos casos analisados, podem ser sintetizadas nas decisões a seguir reproduzidas. Segundo o exposto no RE 509.569 “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.196)

Nesse mesmo sentido, outro relator assim se pronuncia, confirmando essa tendência: “O direito público subjetivo à saúde traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público (federal, estadual e municipal) [...]” AI 622.703

- **Não deixam claro o método de análise utilizado na tomada de decisão: não referência à utilização da proporcionalidade, ou de suas máximas parciais**

O Direito, enquanto uma ciência condiciona aqueles que o exercem a submeterem sua prática profissional à aplicação de um método. O que caracteriza, essencialmente, uma ciência é a submissão ao método científico. Ter um corpo de conhecimentos próprio e isso o Direito possui de maneira superlativa, não exige, o profissional da área jurídica, de utilizar um método próprio, que dê as bases científicas que o exercício profissional exige. No caso do juiz, a utilização de um método e clareza de que ele foi utilizado, garante às partes que a decisão foi tomada com base científica e não meramente de forma intuitiva, ainda quando se utiliza do grande arsenal teórico que o Direito possui.

Ao analisar as decisões, encontramos dificuldades em localizar referências específicas a comparações entre princípios, situação que constitui um paradoxo conceitual, tendo em vista que o próprio entendimento da saúde como princípio configura, necessariamente, caso de colisão potencial.

Nesse sentido, é impossível aplicar um princípio, sem que ele colida com outro, e, dessa forma, aplicá-lo significa sopesá-lo e compará-lo com outro que lhe seja contrário, por meio da regra da proporcionalidade.

Nossa surpresa se tornou ainda maior quando notamos que, nos poucos casos em que dois princípios são comparados, não há qualquer menção à regra da proporcionalidade, que dirá menção a suas máximas parciais.

Ainda quando o texto do recurso analisado contempla uma indicação clara sobre a proporcionalidade o relator não se posiciona no sentido de lhe dar prosseguimento.

O município alega que o acórdão recorrido teria contrariado os arts.2º,23, inc.II, 196, e 198, da Constituição da República. Afirma que 'os princípios fundamentais- nos quais se enquadra o direito à saúde- são mandados de otimização, isto é, podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo a intensidade de seu cumprimento adstrita às possibilidades fáticas ou jurídicas. Ordenam, portanto, a realização de algo (ou permitem ou proíbem) na maior medida do possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Trata-se de juízo de ponderação e não de validade e que surge diante de um caso concreto.'

Esta condição é preocupante e indica a necessidade de que o Supremo se volte para uma busca de fundamentar metodologicamente suas decisões. Não estamos aqui a nos referir à uma obrigação de indicação do método utilizado, até porque desnecessário, mas a que esteja explícito ou implícito, no texto, as indicações necessárias à sua compreensão e apreensão por parte daqueles que nele buscaram fundamentar-se.

- **Compreensão de que ao juiz cabe garantir o direito – sem vinculação com a análise política – adequação do meio empregado para atingir o fim almejado. Resolve o problema de sua consciência e não se manifesta sobre os dos problemas inerentes à sua decisão**

O acórdão do RE 431.150/ES, ao manifestar-se sobre o fornecimento de medicamento não constante da lista, prescreve:

É dever do Estado assegurar a todos os cidadãos o direito fundamental à saúde constitucionalmente previsto. 2. Eventual ausência de **formalidade burocrática** não pode obstaculizar o fornecimento de medicação indispensável à cura e/ou minorar o sofrimento de portadores de moléstia grave que, além disso, não dispõem dos meios necessários ao custeio do tratamento.[...] (grifo nosso)

É interessante notar que a decisão tomada pelo gestor, com base em critérios científicos para definir quais medicamentos devem fazer parte da lista, é considerada pelo julgador como mera formalidade burocrática, que pode ser desconsiderada em nome de garantir o direito à saúde de um indivíduo.

Indiscutível é o anseio social de que a saúde de cada cidadão em particular seja alcançada em sua plenitude, todavia precisamos considerar os custos coletivos de decisões que ignoram uma ordem de prevalência já estabelecida criteriosamente com base no perfil epidemiológico da população brasileira considerada como um todo.

Tal atitude coloca o Judiciário como árbitro que avalia os atos administrativos desconsiderando a própria capacidade do gestor em governar, demonstrando o entendimento de que é capaz de fazê-lo em melhor medida.

Não estamos a discutir a possibilidade de o Judiciário avaliar a conformidade dos atos administrativos com a legislação infraconstitucional e com a constituição, mas, sim, nos posicionamos contra a intervenção indevida e inadequada que desconsidera a ordem de prevalência fixada pelo gestor, invade sua esfera administrativa, desconsidera o princípio da separação dos poderes e sequer manifesta preocupação com a governabilidade e com a manutenção do sistema em funcionamento.

O acórdão proferido no AI 642.796 manifesta-se no mesmo sentido:

Comprovado ser o enfermo hipossuficiente e portador de doença grave, bem como da necessidade para sua sobrevivência de tratamento quimioterápico, a formal recusa em fornecê-los a pretexto de observância de **normas administrativas exageradas do Ministério da Saúde**, afronta o dever do Estado (espécie) e o direito à saúde, previstos no art. 196, da Constituição Federal.(grifo nosso).

A despeito de o referido trecho ser uma citação do acórdão recorrido, proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, ao mantê-lo e asseverar que ele se baseia em fundamentos constitucionais e infraconstitucionais, o relator do AI no Supremo se apropria dessas palavras, tornando-as também suas, demonstrando que compartilha, assim, do mesmo entendimento.

Mais um exemplo dessa percepção fica evidenciada, no acórdão proferido no RE 241.630,

[...] a ausência de previsão é evidência de que aos homens públicos falta capacidade de administrar a coisa pública e prover o bem comum. **A ausência de previsão orçamentária não deve preocupar ao juiz**, que lhe incumbe a administração da justiça, mas, apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e os doentes. (grifo nosso)

Esse trecho traz a lume, mais uma vez, a forma desconfiada e subalterna com que o Judiciário trata os gestores públicos, considerando-os incapazes de gerir a máquina pública.

Interessante notar que o Judiciário pretende tomar decisões típicas do gestor, como por exemplo, determinar que tipos de medicamentos devem ser comprados, que exames e cirurgias devem fazer parte do programa do SUS, mas procura esquivar-se de qualquer responsabilidade ou mesmo preocupação com a questão orçamentária.

É certo que a definição do planejamento orçamentário e dos gastos propriamente ditos consiste em responsabilidade do administrador público, mas o juiz, inserido no Estado Democrático de Direito, vivendo sob o império da lei, não pode olvidar-se de uma questão essencial, como a previsão orçamentária.

Julgar não consiste apenas em resolver problemas jurídicos, implicando também em entender que todo problema que se coloca é formado por uma faceta metajurídica, que depende de avaliação ponderada de problemas afetos às mais variadas esferas do poder.

- **Descompromisso com a possibilidade da exclusão de “muitos”, resultante da inclusão de “um”**

Não aparecem, nas decisões analisadas, unidades de significação indicativas de preocupação com a possibilidade de que a inclusão garantida pela decisão possa gerar exclusão.

A compreensão de que a decisão judicial que gerar mais exclusão do que inclusão não pode ser aplicada não aparece nos textos que foram objeto de análise. Ao ignorar a possibilidade de que uma decisão possa suscitar exclusões inaceitáveis, o juiz deixa de exercer a justiça que busca.

Negar algo que se encontra na esfera do desejo ou da necessidade de alguém é sempre assumir uma posição negativa no imaginário social. Quando essa negativa se relaciona com expectativas associadas à saúde do indivíduo, esse sentimento se reveste de alta carga emotiva capaz de provocar tensões indesejadas naquele que se encontra com a responsabilidade de decidir, concedendo ou negando o direito pleiteado.

Ao conceder algo que foi negado pelo gestor, o juiz posiciona-se, no imaginário social e em sua própria consciência, como o defensor e guardião dos direitos dos indefesos. Nessa condição, evita, muitas vezes, questionar-se acerca da propriedade e razoabilidade de sua decisão, desconsiderando os elementos envolvidos no caso concreto.

Não basta o discurso antropologicamente simpático ou amigável (amigo das classes populares, amigo dos pobres, amigo do humanismo, amigo das esquerdas etc.), como diz Canotilho. Mais do que isso, importa hoje, para o jurista participante, sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas

fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais. Este é o grande desafio contemporâneo¹⁹⁵.

O que emerge, da análise das decisões do STF, é que esta não parece se constituir uma preocupação de nossos ministros. A quase totalidade deles caminha no sentido de repetir a decisão paradigmática, AGRV.RE. 271.286-8, sem nenhuma preocupação com a construção de conceitos, interpretações ou soluções novas que possam ajudar a resolver um problema da magnitude, abrangência e complexidade da saúde.

Quando decidem sobre este tema, ainda que já exista uma jurisprudência consolidada a indicar no sentido de concessão de medicamentos em todos os casos, espera-se que os ministros não fechem os olhos aos problemas reais que se colocam ao gestor público. Ignorar que os recursos são finitos e que as necessidades humanas são maiores do que as possibilidades do Estado brasileiro é lavar as mãos e jogar o problema na responsabilidade exclusiva do executivo.

Decidir considerando apenas o direito de um indivíduo sem avaliar as conseqüências que esta decisão poderá acarretar, para milhares de pessoas, é no mínimo omitir-se diante do próprio texto constitucional, que, em seu art.198, II prescreve:

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:

II – atendimento integral, **com prioridade para as atividades preventivas**, sem prejuízo dos serviços assistenciais. (grifo nosso)

Ora, se o próprio texto constitucional aponta para a necessidade de que sejam estabelecidas prioridades para as atividades preventivas, isto significa assumir a impossibilidade de ter recursos e condições que dêem conta de todas as necessidades de saúde. Se assim não fosse, não haveria porque o constituinte falar em estabelecimento de prioridades. Quando o juiz determina ao Estado pagar tratamento no exterior com custos altíssimos aos cofres públicos e ainda critica o gestor de omissão, não nos parece haver aí qualquer preocupação com o direito de

¹⁹⁵ AMARAL, Gustavo. **Direito escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 12.

muitos que ficarão descobertos pela assistência básica de saúde em razão da destinação de recursos para outras prioridades que não aquelas estabelecidas nos Planos de saúde e nas diretrizes políticas definidas nos órgãos colegiados de saúde, especialmente os Conselhos.

Mais do que proferir decisões simpáticas à população, concedendo qualquer requerimento que diga respeito à saúde, espera-se que nossos magistrados e ministros em especial, construam uma sustentação jurídica sólida e compatível com a realidade, capaz de alcançar a justiça tendo como base o princípio da igualdade/eqüidade.

A tendência observada nas decisões judiciais do STF, onde, em todo e qualquer pleito, o direito à saúde é considerado absoluto, nos parece um tipo de construção que sob o ideário de beneficiar a todos, acaba por prejudicar a maioria, no sentido de que somente os casos individuais que tiveram acesso à justiça conseguirão usufruir de um direito que deveria beneficiar a todos de modo equânime.

Assegurar a plenitude da saúde para um indivíduo, isoladamente, pode significar o prejuízo da saúde básica dos cidadãos coletivamente considerados. Não vemos como possa o magistrado justificar-se afirmando que o judiciário deve ater-se à análise do caso concreto, sem imiscuir-se em questões outras da esfera da política, orçamentos, gestão e outros. É claro que, o que lhe está a decidir, são as lides envolvendo, no caso da saúde, o cidadão em confronto com o Estado.

Transcender ao caso concreto e analisar as condições que lhe estão postas no cenário no qual exerce o seu mister, é condição ética indispensável ao magistrado. Ignorar que a saúde é um direito que exige dinheiro e que os recursos disponíveis, são escassos, é correr o risco de, na busca pela justiça, realizar o seu extremo oposto.

Não se está a defender, em hipótese alguma, a idéia de que, para garantir o direito de todos, se deva, negar, o direito do indivíduo isoladamente considerado.

Ainda que não possamos concordar com a íntegra do argumento do Município de Porto Alegre citado no relatório do RE. 256.327-7, de que “[...] a Constituição Federal não assegura a destinação de recursos públicos a uma situação individualizada, eis que a assistência à saúde é voltada para a coletividade”, não podemos aceitar que o TJ do Rio Grande do Sul e o STF, simplesmente ignorem que decisões individualmente consideradas possam comprometer o direito de uma coletividade.

Nesse sentido, pensar nos impactos coletivos da decisão judicial individual que se coloca, longe de configurar uma extrapolação do caso concreto que está sendo analisado, configura-se condição indispensável para evitar que, escolhas em si mesmas, individualmente consideradas trágicas e limítrofes, como são os casos relativos à saúde, possam tornar-se decisões com repercussões ainda mais graves

Não se pode ignorar que a universalização, conquista maior da Constituição de 88 para a saúde, veio, de uma certa forma, em relação de interdependência com o princípio da igualdade, já que não é possível falar de um, sem considerar que o outro encontra-se como prumo para o equilíbrio dos direitos concedidos.

Se a todos, universalmente, é concedido o direito à saúde de forma integral, se as demandas tornam-se cada vez maiores e mais sofisticadas tecnologicamente, e os recursos são escassos, como poderá o gestor dar conta de atender à todas as necessidades de saúde da população tendo como parâmetro e o conceito de saúde definido pela Organização Mundial de Saúde, qual seja: “ Saúde é um estado de completo bem estar físico[...]?”

A proposta de universalização da saúde, que deve continuar a ser defendida por todos precisa ter seu conceito revisitado no sentido de sua finalidade. O que se buscou com a universalização da saúde, na Constituição de 88 foi, incluir aqueles que estavam totalmente desprotegidos.

É necessário enfrentar o problema da escassez de recursos e da impossibilidade de que o Estado dê conta de todas as necessidades/direitos de saúde de um imenso contingente de pessoas, como no Brasil, onde muitos se encontram em situação de

risco social ou de convivência com condições humanas bastante abaixo daquelas minimamente necessárias para a manutenção da dignidade humana. Fechar os olhos a esta realidade coloca o judiciário em condição de desigualdade com aqueles que executam as políticas públicas e que também desejariam atender à todos em todas as suas necessidades de saúde, desde que ela fossem efetivamente indispensáveis para a prevenção, manutenção ou recuperação, ou ainda para permitir o conforto e o bem estar de todos que possuem o direito.

Forçosos admitir que não tem sido esta a conduta adotada pelos membros do Supremo Tribunal e também por grande parte do judiciário brasileiro.

Peces- Barba Martinez expõe de maneira contundente esta problemática ao afirmar que:

O sério erro de conceito nesses direitos é que servem para manter a desigualdade, e atuam, para aqueles beneficiários que não necessitam realmente deles, como os privilégios medievais, potencializando a desigualdade. Tratam igualmente a desiguais, com conseqüências injustas.¹⁹⁶

Enfrentar esse problema é certamente tarefa difícil e que requer outros aprofundamentos que não foram objeto de análise no escopo desta pesquisa, entretanto, em razão das discussões relacionadas ao conceito de igualdade e aos riscos de quebra do princípio constitucional, cabe considerar a posição de Peces-Brava, como ponto central do debate: “É, por conseguinte, um excesso não justificado atribuir esses direitos a pessoas que têm possibilidade de satisfazer por si mesmas essas necessidades, por terem uma capacidade econômica suficiente”.¹⁹⁷

- **Desrespeito à repartição de competências e da separação de poderes**

¹⁹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 319.

¹⁹⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999. p. 319.

Dos acórdãos analisados, destaca-se como categoria relevante e no mínimo inusitada, a posição do STF relativa à repartição de competências entre os entes federativos. Ignora o Supremo, condição fundamental para o equilíbrio do Estado qual seja, que cada ente federativo assume as competências que lhe estão destinadas em razão de previsão legal.

Posiciona-se o Supremo, por exemplo, no sentido de não acolhimento do Agravo regimental (AGRV. RE 273.042-4) interposto pelo Município de Porto Alegre da decisão que negou seguimento ao Recurso Extraordinário alegando que o acórdão recorrido guarda perfeita afinidade com os art. 196, 197 e 198 da CF. O município de Porto Alegre agrava, alegando que a decisão afronta o princípio da separação dos poderes e o art. 198 da CF:

A decisão judicial não observa a repartição de competências para a operacionalização dos serviços de saúde, como forma de gestão financeira dos recursos [...] não está o Judiciário habilitado para inverter tais decisões, comprometendo toda a política de saúde desenvolvida a partir do pacto de municipalização, bem como inviabilizando financeiramente o Município.

Ao indicar, em suas alegações, o Estado do Rio Grande do Sul, para assumir como “verdadeiro e único responsável pelo fornecimento dos medicamentos, tendo em vista a previsão da Lei 9.908/93 e o acordo da Comissão Intergestores Bipartite, quando este ente federado reservou para si o fornecimento desses medicamentos”, o município está, na realidade, simplesmente, destacando aquilo que a lei lhe garante e que representa um dos pilares da municipalização da saúde no Brasil, engendrada como resultado da criação do SUS e que estabeleceu as diferentes competências dos três entes da federação designando à cada um sua esfera de responsabilidade.

Ou seja, o que o Município de Porto Alegre pleiteia é que o Supremo simplesmente garanta que, aquilo que já se encontra legitimamente aceito e pactuado, venha a ocorrer. Quando o relator do agravo, ao negar provimento, e ignorar as razões alegadas, afirmando que: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tomada em decisões de ambas as sua Turmas, é no sentido de que, tratando-se de paciente hipossuficiente, tem o Estado obrigação de fornecer-lhe medicamentos.” ele está, de

uma certa forma, posicionando-se no sentido de ignorar os preceitos normativos impressos na lei, bem como ignorando os pactos de gestão e as Políticas de Saúde.

Entendesse ele, que deveria o paciente receber o medicamento, não estaria, necessariamente, condicionando o município a pagá-lo. Acolhendo o agravo, que negou ao desrespeitar a lei, os pactos e a política de saúde vigente, assumiu o Supremo a posição de também afrontar, desnecessariamente, o princípio da Separação dos Poderes, com suas repartições de competências.

8 A INTERVENÇÃO JUDICIAL NA SAÚDE: EXCESSOS E RISCOS

8.1 O RISCO DO DESMONTE E DA FALÊNCIA DO SISTEMA

Passados exatos 20 anos da implantação do Sistema Único Saúde, quando a Constituição Federal estabeleceu os novos rumos da saúde no Brasil, inovando, ao romper com uma longa história de exclusão, injustiças e não garantia do Direito Fundamental à saúde, é possível afirmar que vivemos hoje uma condição ética, jurídica, moral, política e fática, significativamente diferente daquela que vivíamos até então.

O homem, entretanto, busca a perfeição e a condição ideal de vida. A não conformação é sua garantia de sobrevivência e desenvolvimento havendo, ainda, muito que se buscar na consolidação desse direito no Brasil. Certamente o grande desafio passa pela ampliação do acesso aos serviços de saúde de maneira igualitária, buscando condições para que o princípio da igualdade seja de fato garantia incorporada e valorizada como princípio norteador da gestão do sistema.

Se considerado comparativamente com outros sistemas de saúde em vigência no mundo, é possível constatar que o modelo adotado no Brasil, garantido constitucionalmente e efetivado por meio do SUS, se diferencia no sentido de que prescreve acesso universal e igualitário a todos os brasileiros, o que assume dimensões inimagináveis, quando se pensa na necessidade de operacionalização do sistema e dos recursos necessários para tal fim.

Enquanto as necessidades são infinitas e ilimitadas, especialmente se considerarmos o conceito de saúde estabelecido pela OMS, os recursos públicos são limitados e escassos. Compatibilizar essas duas condições contraditórias se constitui o grande desafio para a efetivação do Direito à Saúde no Brasil. Compreender e aceitar os limites que estão impostos ao gestor público, é, exercício moral de todos aqueles que vivenciam essa realidade.

Olhar para o art. 196 da Constituição e analisá-lo, exclusivamente, considerando a parte que afirma ser “ A saúde direito de todos e dever do Estado[...]” é comprometer

a análise e a verdade, que se completam na afirmativa de que este direito é garantido “[...] mediante políticas públicas sociais e econômicas [...]” e que, portanto, é limitado às condições impostas pelas possibilidades fáticas do sistema.

Ao criticar o gestor, em uma decisão, afirmando que “[...] o uso de tal argumento demonstra apenas a própria desídia do demandado, pela falta de inclusão destes gastos no orçamento” e também ao manifestar-se que “ a falta de dotação orçamentária não serve como justificativa para inviabilizar o direito do agravado[...]” ou ainda que “ Em matéria tão relevante como a saúde, descabem disputas menores sobre legislação , muito menos sobre verbas [...]” ,Al 529.573 e RE 198.263, o juiz, de uma certa forma, não apenas critica o gestor mas se minimiza as responsabilidades com a situação econômica. Ele se descompromete com os problemas vivenciados pela maioria das pessoas que tem que buscar uma melhor decisão, quando os recursos são escassos, estejam elas na condição de gestores do sistema ou de suas próprias vidas pessoais. Nessa afirmativa, parece estar inserida, uma auto-percepção de alguém que não se vê no mesmo lugar histórico que os demais com quem compartilha o mundo da vida, com seus problemas e dificuldades, e se coloca como estando acima dos problemas a que estão submetidos os demais cidadãos. Neste mesmo sentido Al 676 926; Al 642 796; Al 634 282; RE 195 192-3.

Em afirmativas dessa natureza, o descompromisso com os problemas do sistema está apresentado de maneira injustificada e que não favorece aquele que deveria buscar a aplicação da justiça. O juiz não é alguém acima do bem e do mal. Ele também deve buscar a decisão mais viável, possível de ser aplicada no caso concreto. Ao jogar o problema para o gestor, afirmando que “[...] é fato notório, que dispensa qualquer comentário a respeito, o descaso do Estado-Administração com a saúde pública” Apelação com Revisão nº 4158275/3 TJ/SP, e responsabilizando-o pelo não atendimento das demandas de saúde, como se não estivesse ele submetido aos limites impostos pela própria lei ou diretrizes políticas, como, por exemplo, a Lei de Responsabilidade Fiscal, a Lei de Licitações, os Orçamentos Públicos, os Conselhos de Saúde, bem como outros preceitos normativos, o juiz assume a posição de alguém que está fora do sistema e com ele não possui qualquer compromisso ético ou moral.

Não há como decidir em abstrato, ignorando que, ao caso concreto, deve se dar a melhor decisão possível dentro das condições fáticas que estão postas na realidade. É contraditório imaginar que o mesmo Judiciário que afirma que, diante de Direitos Fundamentais, não se pode discutir orçamento, é aquele que irá cobrar do gestor a não obediência à Lei de Responsabilidade Fiscal ou Lei de Licitações.

Em 2004, Luiz Odorico de Andrade,¹⁹⁸ então presidente do Conselho Nacional de Secretários de Municipais de Saúde (CONASEMS), comentando sobre a finitude e escassez dos recursos do sistema para fazer frente às necessidades de saúde da população, lembra que, fazer escolhas estabelecendo prioridades, é indispensável e que o perfil epidemiológico e as desigualdades sociais devem ser consideradas. Afirma ele ainda que “A garantia de acesso de uma pessoa não pode significar a interdição dos direitos de muitas. Trata-se de articular os princípios da equidade e da universalidade”.

Decidir considerando e destacando o princípio da universalidade e ignorando o princípio da equidade é decidir por ampliar as desigualdades sociais, já tão destacadas na sociedade brasileira.

Osmar Terra, defendendo a necessidade de busca de um consenso entre membros do Poder judiciário, Ministério Público, Ministério da Saúde, Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, já afirmava, em 2004: “Precisamos achar uma saída legal para que o gasto com esses medicamentos não seja tão absurdo quanto é hoje, porque isso pode acabar inviabilizando economicamente o Sistema de Saúde”.¹⁹⁹

Passados três anos e agravadas as condições relativas à questão, Osmar Terra, presidente do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) afirmou, em Audiência Pública relativa à necessidade de regulamentação do fornecimento de medicamentos para o SUS:

¹⁹⁸ O SUS, o judiciário e o acesso a medicamentos excepcionais . Consensus, Brasília, julho 2004

¹⁹⁹ O SUS, o judiciário e o acesso a medicamentos excepcionais . Consensus, Brasília, julho 2004

Não somos contra que se dê o melhor medicamento ao paciente que dele necessite. Para isso, defendemos os protocolos que são consensos entre os especialistas e que garantem segurança ao paciente. Em vários hospitais de excelência, os médicos prescrevem **obedecendo os protocolos, que refletem a melhor evidência científica**. Também não queremos jogar dinheiro público pela janela.(grifo nosso)²⁰⁰

A preocupação com a capacidade de sustentação financeira do Estado e sua possível falência vem sendo manifestada por todos aqueles que conhecem o sistema em profundidade e estão conscientes dos limites do financiamento público da saúde.

Corroborando esse pensamento e expressando sua preocupação com as conseqüências advindas dos altos custos da assistência farmacêutica, René Santos²⁰¹ afirma que “O crescimento dos gastos com a Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde é um dos desafios que precisa ser tratado com urgência para não afetar a sustentabilidade financeira do sistema público de saúde brasileiro”.

Durante o levantamento de dados realizado na Secretaria de Estado da Saúde do Espírito Santo, tivemos a oportunidade de observar o número expressivo de pessoas envolvidas no encaminhamento de processos judiciais relacionados com o fornecimento de medicamentos, buscando solucionar conflitos de interesses por meio de levantamento de informações, evidências científicas e andamentos administrativos. Segundo a Coordenadora do Núcleo de Medicamentos Excepcionais e Básicos da SESA-ES, cerca de 70 ações entram todos os meses para a concessão de medicamentos, mediante ações judiciais. Não estão incluídas nesse número as ações relativas a procedimentos de alto custo, como concessão de bombas de insulina, *stents* medicamentosos e outros que certamente devem contribuir para o agravamento da situação.

Nenhum sistema de saúde do mundo, ainda que em presença de condições de vida e padrões econômicos capazes de reduzir as necessidades humanas, mantendo qualidade de vida capaz de promover condições sanitárias adequadas, possui

²⁰⁰ O SUS, o judiciário e o acesso a medicamentos excepcionais . Consensus, Brasília, julho 2004

²⁰¹ O SUS, o judiciário e o acesso a medicamentos excepcionais . Consensus, Brasília, julho 2004

condições de atender plenamente todas as condições de saúde, conforme se encontram expressas no conceito de saúde da OMS.

No Brasil, onde as desigualdades sociais são imensas e onde a parcela mais desfavorecida da população não possui acesso à serviços públicos de qualidade, o que compromete a saúde e o bem estar, os recursos, necessários a fazer frente às essas necessidades são significativamente superiores ao de países onde a oferta de condições sanitárias é mais adequada

Os riscos a que o Sistema de Saúde está submetido, em razão da Judicialização excessiva, podem ser observados nas decisões que passamos a analisar e que se referem ao tratamento do paciente diabético que faz uso de insulina injetável. O diabetes é uma doença de alta incidência no Brasil e no mundo, sendo considerada hoje um grave problema de saúde pública em razão do aumento do número de pessoas acometidas, prevalência de 10 %.

Os avanços tecnológicos na área do diabetes são significativos e, a cada dia, surgem novas opções terapêuticas. Entretanto, o tratamento com injeções de insulina continua a ser utilizado com eficácia reconhecida, dependendo do estilo de vida adotado pelo portador da doença. A bomba de insulina, um desses avanços, apesar de dar conforto e comodidade ao paciente, não altera, necessariamente, a eficácia do tratamento com o medicamento. Ela é apenas uma alternativa para a infusão da medicação, certamente mais confortável, mas de custo extremamente alto se comparado com as demais formas infusão especialmente a realizada com a aplicação de injeções.

Cumprе destacar que o preço de uma bomba de infusão fica aproximadamente em R\$ 15.000,00 e o consumo médio mensal, com os insumos, em torno de R\$ 1.000,00. O mesmo tratamento com o uso de seringas não ultrapassa o custo mensal médio de R\$ 100,00, ou seja, 1.000% mais barato do que o custo com a bomba. Isso sem considerar o preço inicial da aquisição da bomba que não haveria no caso do tratamento com uso de seringas, que já foi incluído no custo mensal.

O Tribunal de Justiça de São Paulo vem, sistematicamente, decidindo favoravelmente à concessão da bomba, o que onera os cofres públicos e compromete o orçamento da saúde, sem que haja, em contrapartida, benefício compatível.

As justificativas para a concessão reforçam a idéia de que o direito à saúde é um direito absoluto e que não se exige do julgador que sua decisão guarde compatibilidade com o caso em si.

8.2 SUBMISSÃO À PRESSÃO DA INDÚSTRIA DE MEDICAMENTOS E EQUIPAMENTOS HOSPITALARES

A judicialização excessiva, especialmente nos casos envolvendo o direito à saúde, carece de uma análise mais aprofundada no que concerne às inter-relações que se estabelecem entre a ciência do direito, as ciências da saúde e as ciências econômicas e políticas.

A preocupação com o poder exercido sobre os profissionais médicos pela indústria de medicamentos e equipamentos, e as medidas que vêm sendo tomadas, em nível mundial, pela sociedade médica, no sentido de normatizar uma relação, via de regra, submetida a contornos éticos de fragilidade reconhecida, são demonstrativos inequívocos de que o problema existe, é de alta gravidade e, portanto, não deve ser ignorado.

Pautada em uma discussão sobre a existência de conflitos de interesses entre pesquisadores e indústria farmacêutica e de equipamentos, a Resolução nº 1595/2000,²⁰² do Conselho Federal de Medicina, teve como objetivo disciplinar essa questão junto a categoria médica. Com ela, o CFM buscou garantir a independência da decisão de seus profissionais e enfrentar um problema que assume dimensões significativas, colocando em risco a credibilidade do profissional em razão de sua necessária isenção decisória na prescrição de medicamentos.

²⁰² CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.595, de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, p.18, maio de 2000.

Em seu art. 1º, a resolução nº 1595/2000 prescreve que, o CFM deve :

Proibir a vinculação da prescrição médica ao recebimento de vantagens materiais oferecidas por agentes econômicos interessados na produção ou comercialização de produtos farmacêuticos ou equipamentos de uso na área médica.

A norma em tela não reflete, em sua totalidade, a grave situação que envolve o relacionamento entre os profissionais médicos e a indústria farmacêutica. Ela apenas levanta a ponta de um *iceberg* que tem, no recebimento direto de vantagens, por parte dos médicos, um emaranhado de rupturas éticas, morais e legais.

Ainda que não se possa, *a priori*, suspeitar do caráter ético das decisões médicas e isso não seria, em si mesmo, lógico e justo, não se pode negar que as evidências e as orientações da comunidade científica têm sido, no sentido de cautela, alertando os profissionais médicos e os demais membros da sociedade quanto aos problemas inerentes a essa situação.

A exigência de que pesquisadores financiados ou que recebam algum tipo de apoio por parte da indústria de medicamentos, insumos e equipamentos indiquem essa condição de dependência, em suas qualificações profissionais, seja na publicação de artigos, seja em apresentação em congressos científicos, é conhecida de todos. Fica evidente, nesses casos, a preocupação ética com os posicionamentos de profissionais que assumem a condição de formadores de opinião médica.

Defendendo a necessidade de estabelecimento de critérios para a regulação e alertando para importância do critério científico na tomada de decisão em saúde, Barreto²⁰³ enfatiza: “Interesses de grupos econômicos podem também se constituir em motivação para contraposições ao conhecimento científico”. O que preocupa o autor, na realidade, são as múltiplas estratégias utilizadas pela indústria, no sentido de divulgar seus produtos, “evitados de interesses particulares” buscando dar, a eles, o mesmo *status* que aqueles produtos produzidos por pesquisadores independentes.

²⁰³ BARRETO, M. L. O conhecimento científico e tecnológico como evidência para políticas e atividades regulatórias em saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro: ABRASCO, n. 9, p. 333, 2004.

Destacando sua preocupação com o poder exercido pela indústria, o autor faz um relato que, ainda que extenso, permite compreender a relevância e a atenção que o caso requer e os riscos inerentes a ele:

É também importante enfatizar a proteção aos próprios pesquisadores, os quais podem sofrer constrangimentos pessoais quando produzem resultados que afetam interesses de grupos econômicos. Nesta área, vale relatar uma experiência recentemente vivenciada pelo autor. Um grupo de investigadores estudou os efeitos adversos de uma vacina administrada em campanhas de massa no país e produziu relatório técnico que veio a subsidiar decisão do Programa Nacional de Imunização (PNI/FUNASA/MS) de não mais utilizar a referida vacina. Após terem tomado conhecimento da decisão, executivos da indústria produtora solicitaram cópia do relatório técnico, traduziram-no para o inglês e, com o apoio de um consultor por eles contratado, produziram uma análise crítica do relatório. Com o claro intuito de desacreditá-lo, teceram críticas contundentes aos métodos utilizados no estudo e até levantaram suspeitas de falsificação dos dados utilizados. Com base no parecer do consultor, o executivo – chefe da empresa escreveu carta aos autores do relatório, ameaçando-os em caso de virem a publicar os resultados em alguma revista científica. Após certificação da qualidade científica do relatório, feita por pesquisadores independentes que se prontificaram a revê-lo, o artigo foi submetido, aceito e publicado em uma revista de circulação internacional (Cunha *et al.*, 2002) passando a constituir-se naquilo que a empresa produtora a todo custo tentou evitar – a primeira evidência científica dos efeitos adversos dessa cepa de vacina.

Ainda que não totalmente ligado à questão que enfrentamos, qual seja, as decisões judiciais em assuntos ligados ao direito à saúde, o relato nos permite perceber a força econômica que está envolvida na questão de uma aparentemente simples decisão judicial que envolve a garantia de um direito constitucionalmente previsto.

8.3 CRIANDO E ALIMENTANDO DEMANDAS: O PODER E A PRESSÃO DA MÍDIA

Ignorar o papel exercido pela mídia no surgimento de necessidades humanas, mormente na área da saúde, é deixar de incluir elemento indispensável ao processo de análise da situação a partir de seus condicionantes e determinantes.

Ainda que não se possa negar sua importância e relevância na socialização da informação e formação de consciência crítica, a mídia funciona a partir de pressupostos condicionados pelo poder econômico, que lhe sustenta a máquina e a torna uma das mais poderosas indústrias hoje existentes em todo o planeta.

Sustentada economicamente por aqueles que possuem condições de comprar minutos de exposição na televisão ou espaços nas páginas de jornais e revistas, a preços inimagináveis para o homem comum, essa indústria não questiona àqueles que lhe pagam as concepções éticas e morais que sustentam sua publicidade e nem mesmo os impactos que ela, porventura, possa vir a provocar.

Em sua política informacional, as empresas que atuam no setor não estão preocupadas em avaliar se o produto, exposto como solução para os problemas referentes à saúde de uma população, é, de fato, eficaz ou capaz de ser incorporado pelos órgãos públicos de saúde, como tratamento, para a totalidade daqueles que dela poderiam se beneficiar.

Alimentar uma demanda/desejo/expectativa de direito que não poderá ser suprida pelo Poder Público, em suas deficiências e limitações, é, sem sombra de dúvidas, fator ético a ser investigado.²⁰⁴

Alimentada pelo poder econômico e sendo, ela, também, um poder dessa mesma natureza, a mídia funciona a partir de uma lógica que tem como ponto central impactar/influenciar o público e, nesse caso em particular, o consumidor. A parcela do orçamento, que as indústrias farmacêuticas e de equipamentos médicos/hospitalares tem destinado à publicidade, e as estratégias de marketing que buscam afetar o destinatário final daquilo que comercializa não se direcionam apenas a esse público. O grande destinatário de suas ações tem sido a comunidade científica, especialmente os médicos, que se vêem pressionados pelo usuário a prescrever aquilo que a imprensa divulga como a “última moda” para este ou aquele problema associado à saúde.

Analisando o papel da mídia e a força com que exerce o seu poder, Daury César Fabríz²⁰⁵ afirma que “Os simulacros criados pela mídia, em suas multi-faces, põem

²⁰⁴ Essa questão, apesar de sua relevância, não será analisada no âmbito de nossa pesquisa, tendo em vista não se constituir objeto de estudo desta investigação.

²⁰⁵ FABRIZ, Daury Cesar. **A estética do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 113.

em jogo toda e qualquer possibilidade de subjetivação de nossas ações cotidianas, instalando-se a partir de ambientes-meios a *ditadura da mídia*".

Da mesma forma que influenciam decisivamente no processo político-eleitoral, definindo, muitas vezes, aqueles em quem votaremos, exerce ela poder determinante na construção da vontade, constituindo-se veículo de influência e persuasão de parcela significativa da população.

A indústria de medicamentos e de equipamentos direcionados à solução de problemas referentes à saúde tem feito uso bastante eficaz dessa estratégia, como alimentadora de seu crescimento e desenvolvimento.

Não estão os juízes e nem os profissionais de saúde imunes a essa influência. O poder de penetrabilidade é inegável, causando impacto em processos decisórios não apenas daqueles com menor poder de análise, mas, também, daqueles que deveriam, por dever de ofício, submeter suas decisões a processos mais aprofundados de análise crítica, teórica e científica.

8.4 A DESVALORIZAÇÃO DA CIÊNCIA COMO INSTRUMENTO PARA A TOMADA DE DECISÃO EM SAÚDE

A análise dos casos destacados, na composição da amostra, deixa evidenciada a fragilidade das decisões tomadas sem a necessária fundamentação científica, no caso, das ciências da saúde, que deve sustentar toda a definição para a alocação de recursos e para o estabelecimento das prioridades em saúde.

Uma decisão judicial não pode, com a justificativa de preservar o direito à saúde que se encontra, pretensamente violado, decidir pela concessão a uma solicitação que fira princípios científicos elementares ligados às ciências da saúde. Como ciência de natureza essencialmente interdisciplinar, deve o direito dialogar com as outras ciências, mas não pode responder por elas à guisa de fazer justiça.

A ciência médica, construída e forjada pela ciência moderna, de caráter experimental, considerada como ciência natural positivista, vem lutando, ao longo dos tempos, e, em especial, nos dois últimos séculos, por sustentar-se como ciência que se realiza com fundamentos fortemente fincados na pesquisa científica, com seus métodos e técnicas específicas e de difícil assimilação pelas demais ciências, em razão de seu alto grau de especialização.

A decisão pela prescrição de um medicamento implica conhecimentos que vão muito além da possibilidade do domínio do saber que se encontra permeável à alguém sem a formação exigida para tal fim. Como elemento dificultador do processo e que leva, muitas vezes, o próprio juiz a ser induzido ao erro, merece destaque o problema da formação médica no Brasil que tem se tornado cada vez mais deficiente em razão da ampliação desordenada de escolas médicas que ocorreu nas últimas décadas, sem o devido controle e à revelia do Conselho Federal de Medicina que vem lutando no sentido de evitar a expansão desordenada tendo em vista que a baixa qualificação profissional já se faz sentir e acarreta riscos à saúde da população.

Alguns medicamentos, prescritos e pleiteados na Justiça, por exemplo, o **Bevacizumab (Avastin)**, Proc.nº 2007.50.54.000148-1 Poder Judiciário-Vara Federal, que recentemente levou o secretário de Estado da Saúde do Espírito Santo e o gerente estadual de Assistência Farmacêutica à prisão, encontrava-se ainda em fase de experimentação, não tendo sido, sequer, concluídas todas as fases exigidas para que o medicamento pudesse ser devidamente comercializado.

Influenciados pela indústria farmacêutica, que mantêm sobre eles uma forte pressão pela opção medicamentosa, com estratégias de *marketing* comprovadamente eficazes, e também pelos pacientes/clientes, muitas vezes hiperinformados, seja pela internet, seja pelos meios de comunicação de massa, os médicos se sentem constrangidos a atender às demandas que se colocam e prescrevem medicamentos sem questionar suas evidências clínicas ou publicações científicas sobre sua eficácia.

Quando o juiz decide sobre uma dessas demandas, deve avaliar previamente as ordens de prevalência já estabelecidas pelo gestor, como, as listas de medicamentos. Não possuindo o conhecimento técnico específico capaz de sustentar sua decisão sobre a relevância, eficácia e cientificidade, do medicamento/procedimento e não tendo o tempo necessário para a consulta à comunidade científica no momento da decisão, é dever do juiz preparar-se para estas decisões que se tornam mais freqüentes a cada dia.

O fato de um médico, individualmente, prescrever um medicamento ou indicar um procedimento não garante sua cientificidade. A comunidade médica possui canais respeitados de consultas relativas à eficácia de medicamentos e procedimentos ou à aceitação de trabalhos que envolvam a metanálise.

O XV Cochrane Colloquium, ocorrido em outubro de 2007, em São Paulo, no qual se reuniram profissionais médicos de vários países do mundo para discutir a Medicina Baseada em Evidências, teve, como uma das questões de enfrentamento temático, a necessidade de aproximação entre os profissionais da área jurídica e os da área médica, na busca de melhor posicionamento no que diz respeito ao Direito Sanitário no País e ao problema da judicialização da saúde, com enfoque na aproximação da linguagem, facilitação dos processos e diálogo entre as áreas, com vistas à troca de informações e conhecimentos já acumulados e que podem ser utilizados pelo Judiciário para a tomada de decisão.

O diretor-presidente do Brazilian Cochrane Centro, Dr. Álvaro Atallah,²⁰⁶ disse, na ocasião, que o instituto possui estudos que podem contribuir com o Judiciário evitando que decisões sejam tomadas sem a base científica necessária. Segundo o Dr. Atallah, diversas pesquisas de metanálise foram feitas no sentido de avaliar a eficácia de medicamentos/procedimentos e que podem servir para sustentar as decisões judiciais. Esses estudos também possibilitam avaliar a relação custo benefício de um medicamento que já tenha comprovada sua eficácia. O centro avalia, por exemplo, se, entre dois medicamentos de eficácia comprovada e custo

²⁰⁶ ATALLAH, Álvaro. XV Cocharane Colloquium. Outubro de 2007. São Paulo. Brasil

significativamente diferente, a relação custo/benefício justificaria a adoção de um ou do outro sem o comprometimento da saúde da pessoa que dele necessita.

A partir do nascimento da ciência moderna, quando o homem percebendo a fragilidade do conhecimento produzido com base, exclusivamente, na intuição e na reprodução do saber não sistematizado, assume a posição de construir um conhecimento que pudesse ser ao mesmo tempo útil e comprovado, a Medicina observou avanços nunca antes alcançados.

Nesse sentido, não se justifica, em nossos dias, que o Estado se veja obrigado a gastar somas altíssimas para atender a demandas individuais de medicamentos sem a devida e comprovada evidência científica ou que não estejam ainda com seus registros devidamente liberados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), órgão responsável pela autorização da comercialização de medicamentos no Brasil. Não deve o Judiciário autorizar ou desconsiderar o que se encontra em estudos ou o que já foi objeto de análise e reprovação por um órgão como a ANVISA.

Ao decidir pela autorização de um medicamento com comercialização ainda não liberada pelo Executivo, representado pela ANVISA, o Judiciário quebra uma ordem de prevalência e se imiscui na área de competência de outro poder.

Da mesma forma, qualquer decisão que envolva a liberação de produtos não aceitos pela comunidade científica, ou que não se submeteram aos procedimentos metodológicos considerados como de base técnica-científica, pode ser considerada absurda e passível de severas críticas.

Ao sobrepor-se o Judiciário, nessas decisões, aos critérios científicos aceitos e respeitados pela comunidade científica nacional e internacional, legitima ele práticas leigas de saúde, desautoriza o principal órgão fiscalizador (ANVISA) e promove o descrédito das ciências da saúde e dos profissionais que a exercem. O próprio Estado, na pessoa do juiz, desacredita os órgãos legitimados para tratar e definir parâmetros de saúde.

Em decisões dessa natureza, nas quais obriga o Estado a fornecer medicamentos não submetidos ao rigor que a ciência imprime às pesquisas, o juiz chama a si a responsabilidade de qualificar um medicamento, dando-lhe um *status* que ele não possui e submetendo o autor da ação aos riscos inerentes a práticas leigas de saúde, agora legitimadas pelo Judiciário.

Considerando oferecer justiça e garantir o direito à saúde, pode o juiz estar, na realidade, ao contrário, colocando em risco a vida e a saúde daquele que deseja proteger, já que, a despeito de sua intencionalidade positiva e intuitivamente justa, pode não ter feito a melhor opção em razão da falta do conhecimento minimamente necessário para decidir com precisão técnica.

Ao decidir, aplaca o juiz sua consciência e descansa no conforto da não omissão. Não possui ele, entretanto, garantias efetivas de que o direito que almeja garantir tenha se efetivado.

Em seu ideal de saúde e de justiça, assume posição isolada e corre o risco de entender a realidade como aquela em que acredita e a verdade como o resultado de sua própria lógica intelectual.

Essa condição pode ser atestada em um caso bastante conhecido da comunidade jurídica e de saúde, que passamos a analisar, qual seja, as liminares autorizativas de fornecimento de *stents*, revestidos farmacologicamente, para prevenção de cirurgias de revascularização cardíaca.

À guisa de esclarecimento quanto à problemática, é importante informar que os *stents* são pequenos aparelhos colocados no interior das artérias, em pacientes com problemas cardíacos, evitando, assim, cirurgias para fazer revascularização cardíaca. Esses equipamentos custam, em média, R\$ 2.000,00 e são pagos naturalmente pelo SUS. Posteriormente, foi lançado, com grande divulgação midiática, um *stent* com revestimento medicamentoso, ao qual a indústria atribuía eficácia bastante superior ao *stent* convencional. Em razão de sua alta eficácia, defendida pela indústria e imediatamente incorporada e assumida pela classe médica como sendo indispensável ao tratamento do paciente cardíaco, como

prevenção das cirurgias de revascularização, os *stents* medicamentosos, até então, não fornecidos pelo SUS, passaram a ser pleiteados na Justiça, que acolheu as causas e passou a obrigar o Executivo a fornecê-los por meio de ações judiciais.

Dois problemas se colocam nesses casos. O primeiro diz respeito ao alto custo do *stent* revestido, que fica em torno R\$ 16.000,00, em comparação com o preço do *stent* convencional, que, como já informado, tem custo aproximado de R\$ 2.000,00. O segundo problema, e muito mais grave, em nossa opinião, diz respeito à conclusão do estudo científico realizado por pesquisadores do Centro Cochrane, com metodologia respeitada e seguida internacionalmente pela comunidade científica.

Essa pesquisa²⁰⁷ concluiu que “Os 10 estudos incluídos nesta revisão sistemática não mostram diferença estatisticamente significativa entre os *stents* recobertos com drogas e os *stents* convencionais no desfecho principal, com intervalo de confiança de 0.31, 1.42”.

Em síntese, gastou o Estado brasileiro volumoso quantitativo de recursos financeiros, em razão das liminares, e fica provado, cientificamente, na conclusão do trabalho apresentado, que “A taxa de revascularização cardíaca não é reduzida pelo uso de *stents* recobertos com drogas”.

Comentando o resultado da pesquisa, no evento ocorrido em São Paulo, ao qual já referenciamos, o Dr. Álvaro Atallah pergunta: quem vai devolver o dinheiro? Quem vai reparar o dano?

A despeito desse e de outros estudos científicos da mesma natureza, continua o Judiciário a conceder liminares obrigando o Estado a fornecer esse tipo material. No Estado do Espírito Santo, por exemplo, segundo dados fornecidos pelo gerente de Procedimentos Especiais da SESA, cerca de 20 ações nesse sentido ocorreram só em 2007.

²⁰⁷ LEMOS JUNIOR, Hernani Pinto de; ATALLAH, Álvaro Nagib. O uso de *stents* recobertos com paclitaxel ou rapamicina diminui o número de cirurgias de revascularização cardíaca quando comparado aos *stents* convencionais?. **Medical Journal**, São Paulo, v.125, n.4, p.242-245. July 2007.

A justificativa de que a prescrição médica é soberana, inquestionável e, portanto, deve o magistrado aceitá-la como verdade inconteste não procede. A própria Justiça, ao adotar o duplo grau de jurisdição, assume a possibilidade de existência de erros em decisões monocráticas. Da mesma forma, nas outras ciências e, em especial, nas ciências médicas, essa condição se impõe. Decisões isoladas podem não significar a melhor escolha para o paciente. A sobrecarga de trabalho do médico no Brasil, que convive, em média, com três a quatro empregos, dificulta a atualização do conhecimento e pode gerar equívocos nas prescrições.

Outro fator que merece destaque é a possibilidade de pressão exercida pela indústria farmacêutica e de equipamentos, como motivadora da prescrição médica. O Ministério Público do Estado do Paraná admite essa possibilidade na Recomendação Administrativa nº 12/2006²⁰⁸ que transcrevemos em parte:

[...] CONSIDERANDO que a demanda por medicamentos, receitados por médicos do Sistema Único de Saúde vem aumentando cada vez mais, principalmente, pelas drogas de natureza excepcional, muitas vezes, de custo elevadíssimo e não constantes dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde; CONSIDERANDO também, que **pode haver influência da indústria farmacêutica, incentivando a receita de remédios**, muitas vezes, possuidores de caráter experimental e, nem sempre, de eficácia indiscutível; e que, **esta relação de indução à prescrição, em alguns casos reprovável**, já é objeto de discussão no Conselho Federal de Medicina [...]; CONSIDERANDO, por outro lado, que a Constituição Federal, no seu artigo 37, *caput*, obriga a Administração Pública à obediência, entre outros, aos princípios da moralidade e da eficiência; e que gastos divorciados da estrita necessidade técnica, **motivados exclusivamente pela propaganda dos laboratórios farmacêuticos, não são razoável, moral e eficazmente justificáveis**; [...] (grifos nossos).

Considerando essa possibilidade, que se mostra cada vez mais concreta, pode o juiz prevenir-se de possíveis erros nesse quesito, buscando fundamentar suas decisões tomando como base critérios cientificamente aceitos e validados pela comunidade científica da área.

²⁰⁸ BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO – PR. Recomendação Administrativa nº 12/2006. **Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná**. Curitiba. 2006.v. 24, n. 93

Aceito como novo paradigma para a tomada de decisão médica, em casos considerados difíceis, a Medicina Baseada em Evidências se mostra um apoio importante para o julgador que deve decidir em casos envolvendo o direito à saúde.

Segundo Medeiros e Stein,²⁰⁹ “Medicina baseada em evidências (MBE) é um novo paradigma da clínica médica em situações que geram incertezas quanto aos aspectos de diagnóstico, prognóstico e manejo terapêutico de doenças” e continua, nessa mesma linha, defendendo a MBE, afirmando que “Este novo paradigma determina ao médico que aceite a limitação do saber científico e da experiência pessoal e reconheça a necessidade de uma pesquisa sistemática em situações que suscitem incertezas”.

Interessante é que, como a própria ciência médica destaca a necessidade de fundamentos mais consistentes do que a simples opinião isolada do médico em casos considerados difíceis, o magistrado, ao negar provimento ao agravo de instrumento da Prefeitura de São Paulo em caso envolvendo concessão de bomba de insulina para diabéticos, considera que:

Estando provado nos autos que o agravado está necessitando de certa medicação e insumos, por expressa indicação do profissional competente, o Estado por qualquer de seus entes políticos, seja a União, o Estado-Membro ou Município está obrigado a fornecê-los, pena de vulneração do mais importante dos direitos garantidos constitucionalmente.²¹⁰

Bocchi e Marin Neto²¹¹ e Medeiros e Stein,²¹² referindo-se à necessidade e relevância de que sejam definidas a eficácia dos tratamentos para o estabelecimento de prioridades sociais em razão da limitação de recursos, apresentam um quadro onde demonstram o peso que cada critério tem para a determinação do nível de evidência de medicamentos e procedimentos. Diferentemente da citação anterior, em que o julgador afirma a “soberania” da decisão do médico que prescreveu o medicamento, considerando que ele deve ser garantido em qualquer circunstância,

²⁰⁹ MEDEIROS, L. R.; STEIN, A. Níveis de evidência e graus de recomendação da medicina baseada em evidências. **Revista AMRIGS**, Porto Alegre, n. 46, p. 43.

²¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SP. Agravo de Instrumento nº 739. 721.

²¹¹ BOCCHI, E.A.; MARIN NETO, J. A. Aplicação dos princípios da Medicina Baseada em Evidências em Programas de Avaliação de Procedimentos e Medicamentos de Alto Custo. **Arquivo Brasileiro de Cardiologia**, São Paulo, n. 4, v. 76, p.339-340

²¹² MEDEIROS, L.R.; STEIN, A. Níveis de evidência e graus de recomendação da medicina baseada em evidência. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, n. 46, p. 44

os autores aqui citados colocam a opinião do especialista em 5º e último lugar na hierarquia de importância para a decisão/evidência.

8.5 A QUEBRA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E A CONSEQUENTE AMPLIAÇÃO DO FOSSO ENTRE AS CLASSES SOCIAIS

A igualdade constitui-se, conforme já afirmado, princípio basilar do direito à saúde, sendo praticamente impossível efetivar qualquer discussão relativa à esse tema sem que esteja no centro do debate a concepção do que seja **igualdade** e de como ela deve ser buscada ou preservada na medida em que se aplica o direito na busca de garantir saúde.

Com a promessa constitucional de universalização da saúde, passando o Estado a obrigar-se pela inclusão de todos, indistintamente, no sistema público de saúde, buscou-se corrigir uma distorção histórica. Surgem, a partir daí, problemas relacionados à sua efetivação e garantia.

A grande questão posta ao debate, não é se o princípio é relevante ou se deve ser buscado. O grande problema é saber dimensionar o que é e como deve ser buscada a igualdade na saúde. Como garantir que uma determinada ação está promovendo a igualdade ou a desigualdade? Nem sempre estamos seguros disso. Muitas ações que pretensamente buscam garantir um direito, com vistas à igualdade, parecem ampliar as condições de desigualdades.

Em uma crítica irônica à utilização do termo igualdade Vieira²¹³ afirma:

Nos regimes democráticos nos acostumamos a ouvir que todos são iguais. Mas, quando nos deparamos com um enunciado peremptório, estampado em tantas Constituições e Declarações, de que 'todas as pessoas são iguais', a primeira sensação é de uma certa insinceridade. A Declaração de Independência Americana, em 1776, por exemplo, foi a primeira a estabelecer que 'todos os homens são criados livres e iguais(...)'. Desnecessário recordar que os Estados Unidos da América eram e continuaram a ser uma sociedade escravocrata até o fim da Guerra Civil. Logo, Thomas Jefferson(principal redator da Declaração) era ou um

²¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p.281-282

absoluto hipócrita, ou o conceito de igualdade por ele utilizado era mais escorregadio do que podemos imaginar. A história norte-americana não é a única a nos defrontar com o enorme hiato entre os enunciados sobre igualdade e a realidade da desigualdade.

Quando o quesito posto em análise é a saúde humana podemos afirmar que as desigualdades sociais, econômicas e culturais assumem sua face mais perversa, já que, todas estas desigualdades tornam a desigualdade na saúde ainda mais potencializada.

Outro ponto que merece destaque na análise dos possíveis riscos da decisão judicial, com potencial de gerar exclusões é que na garantia do direito à saúde esta questão ganha dimensão relevante, já que lidamos com um direito que, ainda que não seja absoluto, até porque, nenhum direito pode ser assim considerado, pressupõe sempre uma vigilância no sentido de que não gere mais desigualdades do que já existem.

O conceito de eqüidade, muito caro à saúde, e utilizado neste setor com maior freqüência do que o de igualdade, ainda que no mesmo sentido, pressupõe uma igualdade justa, onde a cada um seja concedido o direito conforme a sua necessidade e conforme as possibilidades existentes.

No dicionário Houaiss²¹⁴ encontramos que eqüidade diz “respeito à igualdade de direito de cada um, que independe da lei positiva, mas de um sentimento do que se considera justo, tendo em vista as causas e as intenções”. Ora, do ponto de vista abstrato parece simples, o problema é quando o princípio tem de ser aplicado no caso concreto e aí, ele se encontra com outros princípios, como o da integralidade e da universalidade.

Na saúde, por exemplo, defendido como um direito de natureza absoluta, esta situação se agrava, na medida em que a simples possibilidade de não conceder um direito a alguém, individualmente, em razão de custos exorbitantes e superiores às condições do Estado, justificando uma possível exclusão a que esta decisão pode

²¹⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

levar a muitos, é, no mais das vezes considerado como uma grave omissão, incoseqüência e quebra do preceito constitucional por parte do gestor.

Interessante observar que apesar da palavra eqüidade não constar na Constituição Federal e nem na Lei Orgânica da Saúde, passou a ser utilizada no discurso escrito e falando de técnicos, gestores e cientistas da área como se fosse um dos princípios do SUS. Para os profissionais da área a idéia da eqüidade, no sentido de igualdade justa onde se busca a correção das desigualdades é muito forte. A alocação de recursos tendo como fundamento a idéia de redução das desigualdades está impresso no texto constitucional, o que demonstra o sentido, ou seja, o espírito da lei.

Oscar Vilhena Vieira²¹⁵ facilita nossa compreensão do tema ajudando a resolver problemas que envolvam o direito à saúde, especialmente se considerarmos a realidade brasileira:

Se o princípio da igualdade nos impõe tratar as pessoas com igual respeito e consideração, não sendo as pessoas iguais, diferente deverá ser o tratamento a ser dado a cada uma delas [...] O princípio da igualdade passa a se apresentar, paradoxalmente, como o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que devo a cada pessoa, em face de diferenças específicas. O princípio da igualdade converte-se, assim, mais num regulador das diferenças que numa regra de imposição da igualdade absoluta e em todos os planos.

Os riscos de decisões judiciais que gerem mais exclusões do que inclusões são reais e podem ampliar as desigualdades já tão acentuadas.

Ao decidir, nestes casos, o juiz deve considerar as questões aqui apontadas como possíveis riscos e assumir uma posição metodológica para a tomada de decisão. Abrir mão de concepções à *priori* e abstratas é uma exigência mínima para evitar conseqüências deste tipo. Ponderar os princípios que se encontram em colisão no caso concreto, utilizando-se da regra da proporcionalidade poderá ajudá-lo a decidir de forma mais justa e com maiores garantias de ter realizado o direito à saúde em sua máxima efetividade.

²¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. 688 p.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O imperativo de concluir o trabalho e de aceitar a condição de que ele deva ser “encerrado” representa talvez a maior angústia do pesquisador. A certeza de que não há conclusão possível para a ciência, é a única verdade com a qual nos deparamos e à qual temos que aceitar incondicionalmente. Por esse motivo, a obrigatoriedade imposta pela finitude do tempo, é sempre a condição necessária a limitar a ansiedade de ter que dar um fim àquilo que entendemos ainda incompleto.

Neste sentido, não nos obrigamos a concluir, até porque, não há verdades absolutas a defender e nem caminhos únicos a propor. Nos, comprometemos, assim, a tecer algumas considerações a guisa de síntese e organização lógica, objetiva e indicativa das respostas encontradas às questões formuladas no início do trabalho.

Muitas foram às dúvidas que permaneceram e algumas, acreditamos, não serão respondidas nunca. Continuamos a perceber a questão do direito à saúde como um problema de solução difícil, para o qual não há proposições ideais. A luta cotidiana, de todos que militam na área da saúde e da justiça, deve ser no sentido de encontrar caminhos, práticos e jurídicos que tornem possível reduzir as desigualdades e ampliar o acesso e a garantia a este direito humano fundamental, ao maior número de pessoas.

Como bem jurídico a ser preservado/tutelado, à saúde ainda não foi, a nosso ver, enfrentada com a devida profundidade, por aqueles que possuem o dever de fazê-lo, qual seja, os estudiosos do direito em suas interfaces com os estudiosos das ciências da saúde e os juristas responsáveis pelos encaminhamentos práticos dos conflitos que surgem no dia a dia do judiciário e que colocam, em contraposição, o Estado e aqueles que se percebem como detentores de um direito, nem sempre compreendido, seja por um lado, seja pelo outro, na essência mesma de sua natureza.

Encontrar soluções que reduzam o déficit democrático na saúde exige um conhecimento maior do tema e não apenas em sua perspectiva jurídica, mas nas

interconexões que ele estabelece com as outras ciências. Não basta ao jurista conhecer profundamente os métodos possíveis de interpretação normativa que estão disponíveis nas ciências do direito e nem mesmo optar por um deles como base teórica e metodológica para o enfrentamento do problema.

É necessário que o diálogo interdisciplinar se dê, já, no processo de construção teórica. Não se justifica encontrar um método, perfeito, na perspectiva jurídica, que não faça sentido, no mundo da vida daqueles que se vem subtraídos de seus direitos mais elementares. Continuar a utilizar a mesma lógica que por séculos sustentou as decisões judiciais qual seja, a subsunção, tratando de direitos assumidos, hoje, constitucionalmente, como direitos humanos fundamentais nos parece inapropriado.

Foi este o desafio que procuramos enfrentar neste trabalho. Ao analisar os contornos constitucionais e as tendências jurisprudenciais do direito à saúde, à luz da regra da proporcionalidade, buscamos conhecer um pouco da teoria e prática brasileira, entendendo ser este o passo inicial para qualquer proposição que busque um melhor encaminhamento do problema.

A análise dos dados permite verificar um aumento significativo no número de ações, julgadas pelo Supremo Tribunal Federal no período de 2000 a 2007. Este mesmo aumento pode ser observado no Superior Tribunal de Justiça conforme tabela apresentada. Ainda que, não comprovado, estatisticamente, o aumento do número de ações, parece não originar-se, exclusivamente, da ampliação do nível da conscientização da população sobre seus direitos, mas, também, de um movimento da indústria de medicamentos e equipamentos, que por meio de suas estratégias de marketing, tem conseguido influenciar o aumento da demanda por esses produtos.

A pesquisa confirma nossa posição inicial de que a proporcionalidade é um método adequado e compatível para a tomada de decisões em casos envolvendo o direito à saúde, já que aumenta a possibilidade de ampliação do grau de justiça, desde que se faça a utilização correta e coerente do método e resguardados os limites e espaços destinados pela Constituição.

Fala a favor da adequabilidade do método, a própria Constituição Federal que, ao incluir o direito à saúde no rol dos Direitos Fundamentais, deixa evidente sua condição de princípio. Ora, Direitos Fundamentais manifestam-se positivados como normas-princípio e neste sentido, dependem, para se efetivarem, de estar em colisão.

Importante destacar que, ao admitir que princípios sejam normas de eficácia imediata, o interprete deve fazer uso da proporcionalidade, não lhe sendo dada a possibilidade de decidir por subsunção. Fazê-lo seria, necessariamente, inverter a lógica constitucional.

Assim, a teoria dos princípios permite a solução de colisões de direitos fundamentais, caso em que se encontra o direito à saúde. Além disso, como afirma Alexy²¹⁶

Em uma constituição como a brasileira que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não-vinculativas, portanto como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível.

Neste sentido, entendemos que a proporcionalidade é o método mais adequado a complexidade que envolve o direito à saúde no Brasil, devendo ser melhor conhecido e analisado como alternativa metodológica possível ao judiciário.

No que respeita ao objetivo de organizar um quadro demonstrativo da tendência teórico-metológica, encontrada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, concluímos pela impossibilidade de sua efetivação. A análise das decisões, deixou, demonstrado, não haver uma tendência claramente explicitada e nem mesmo que pudesse ser inferida a partir da análise dos dados levantados.

É possível, entretanto, observar a existência de uma tendência fática muito bem delimitada. Parece não haver discordância, dos ministros, quanto a posição relativa a decisões que envolvam o direito à saúde.

²¹⁶ ALEXY, Robert. Colisão de Direitos Fundamentais e realização de Direitos Fundamentais no Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. 1999

Decidem eles, em sua quase totalidade, tendo como base os mesmos fundamentos, já que se utilizam, no mais das vezes, em suas decisões, do texto da decisão que consideramos como sendo paradigmática.

A decisão do RGRG. RE. 271.286, de 2000, foi, por nós, considerada, paradigmática, em razão de ter tido seu texto repetido e, ou, referenciado em grande parte das decisões posteriores. Fica evidente esta condição de decisão paradigma na medida em que, tendo sido proferida em 2000, ano em que se inicia a amostra, continua a ser utilizada até novembro de 2007, período final do levantamento amostral.

A análise indica ainda que os ministros não inovam em suas decisões, mantendo a mesma posição durante os 8 (oito) anos investigados. As fundamentações são repetidas e em algumas trechos não é possível identificar a autoria.

As decisões submetidas a análise de conteúdo para efeito de identificação das unidades de significação, com vistas ao levantamento de categorias indicativas de tendências do STF, permitiram concluir que não há sinais sugestivos de possível mudança no paradigma até então vigente. A existência, de uma única decisão, em 2007, em sentido contrário, STA 91, da ministra Ellen Gracie, não nos parece permitir qualquer inferência neste sentido, ainda que possa representar uma ruptura parcial com o que até então foi tratado como unanimidade.

Com vistas a tornar a apresentação da tendência do STF, que passamos a fazer, mais compreensível, optamos por destacar em negrito, nesse texto, as expressões representativas das categorias de análise utilizadas.

Com base na análise do material coletado, podemos afirmar que o STF trata o direito à saúde como um **direito de natureza absoluta**, já que esta condição, mesmo quando não está explicitada de forma direta em suas fundamentações, emerge e se destaca como pano de fundo da maioria delas. Esta percepção, a nosso ver equivocada, compromete a aplicação do direito já que imobiliza o intérprete no sentido de pensar novos conceitos, concepções e caminhos jurídicos mais razoáveis e compatíveis com a realidade, seja elaborando novas teses, seja questionando as até então aceitas e adotadas como verdade.

A segunda categoria identificada aponta no sentido do entendimento da existência de uma **regra de prevalência estabelecida a priori e em abstrato**, ou seja, para os ministros há uma concepção de saúde e de vida tão fortemente consolidada, como algo absoluto e inquestionável, que não admite qualquer tipo de avaliação que possa colocar em dúvida a decisão que já está tomada, qual seja, atender sempre à qualquer pedido que se relacione à saúde. Como a decisão parece já estar tomada previamente, não há, em tese, necessidade de avaliação das particularidades do caso e nesse sentido, as decisões e suas fundamentações se enquadram em toda e qualquer ação que seja analisada. Isto explica a utilização da decisão paradigmática em quase todas as ações analisadas.

A categoria **Contradições relativas ao entendimento acerca da eficácia das normas constitucionais**, representa uma preocupação e falta de entendimento, de nossa parte, quanto às razões pelas quais se manifesta, de maneira inequívoca, nas decisões do STF. Não conseguimos encontrar qualquer explicação para a ocorrência, repetidas vezes, desta contradição manifesta no discurso dos ministros.

Interessante observar que, ao referirem-se ao art. 196 da CF, afirmam eles, ter o mesmo, caráter programático. Apesar desta manifestação clara, objetiva, categórica e sistemática quando ao caráter programático e, portanto, de eficácia limitada, justificam, muitas vezes, no mesmo parágrafo, referindo-se à eficácia imediata do artigo em tela. Não fosse o caráter repetitivo, por diversos ministros, da afirmativa referente ao caráter programático do art. 196 e entenderíamos ser ter ocorrido uma falha na elaboração do texto, especialmente considerando que esta afirmativa afronta o art. 5º § 1º da CF quando prescreve que “As normas definidoras de Direitos Fundamentais tem aplicação imediata.”

Entendem, o ministros, em sua totalidade, que o direito à saúde é um **direito público subjetivo**, o que está, em nosso entendimento em consonância com a condição de Direito Fundamental .

Uma categoria bastante indicativa de tendência do STF é a falta de uma definição metodológica para a tomada de decisão. A identificação desta categoria é feita não

com base naquilo que é explicitado, mas naquilo que não é dito. **Não deixam claro o método de análise utilizado na tomada de decisão—não referência à utilização da proporcionalidade, ou de suas máximas parciais.** Não encontramos nas decisões qualquer indicativo de um método de análise compatível com a aplicação do direito às normas de Direitos Fundamentais. Parece aplicar-se, exclusivamente, a subsunção, não havendo referências à princípios em colisão ou à utilização da máxima da proporcionalidade.

Preocupante, ainda, na tendência que emerge da leitura das decisões, é o fato de não aparecer nos textos analisados, referências relativas à preocupação do juiz quanto às conseqüências de sua decisão. O que se destaca é a compreensão existente de que, **ao juiz cabe garantir o direito – sem vinculação com a análise política— adequação do meio empregado para atingir o fim almejado. Resolve o problema de sua consciência e não quer saber, ou melhor, não expressa preocupação com os problemas inerentes à sua decisão.** Essa categoria indica uma forte tendência do judiciário no sentido de colocar-se fora do problema enfrentado pelo gestor público de saúde. Há referências negativas ao gestor como sendo o responsável pela situação de não atendimento ao direito que consideram absoluto. Uma única decisão encontrada demonstra posição contrária e bastante significativa do papel e da responsabilidade do intérprete na efetivação do direito à saúde. A decisão em questão, prolatada pela ministra Ellen Grace, em 2007, constitui-se uma posição isolada, se considerarmos, exclusivamente o que se encontra expresso nos textos e, portanto passível de análise.

Dentre as categorias encontradas e destacadas, por nós, como representativas de uma tendência fática do Supremo, está a posição que denominamos de, **descompromisso com a possibilidade da exclusão de “muitos”, resultante da inclusão de “um”.** Esta categoria, que se apresenta com bastante evidência nas omissões discursivas, parece representar uma concepção de que ao juiz cabe resolver o pleito que lhe é apresentado, sem considerar o conjunto daqueles que por não terem acesso ao judiciário, poderão se colocar em uma condição de maior exclusão do que já se encontrava. Inclusões com potencial para gerar exclusões que comprometam o direito à saúde de outros devem ser consideradas pelo aplicador do

direito. Não há, neste sentido, como assumir o juiz um lugar de não compreensão dos problemas envolvidos em sua decisão.

Quando, em seus fundamentos, na decisão divergente, a ministra Ellem Gracie pondera os problemas relacionados aos limites orçamentários, por exemplo, ela avalia as conseqüências da decisão, co-responsabilizando-se pelas conseqüências dela. Não nega o direito à saúde, mas decide buscando o equilíbrio e o resguardo do princípio da igualdade. Não é esta, entretanto, a tendência do Supremo.

Necessário que se dê o devido destaque, por sua complexidade, à categoria **desrespeito à repartição de competências e da separação de poderes**, evidenciada fortemente nos textos analisados. Os ministros explicitam, em diversas decisões, o que demonstra seguramente que não consideram invasão da esfera de competência dos outros poderes, quando decidem ignorando, ordens de prevalência previamente definidas pelo legislador ou pelo gestor. Um exemplo bastante significativo desta categoria, pode ser percebido nas decisões nas quais as listas de medicamentos estabelecidas pelo Ministério da Saúde, Estados e Municípios, tomando-se por base critérios científicos, são ignoradas, decidindo-se com base, exclusivamente em uma prescrição médica isolada, sem os qualificadores necessários para contrapor-se à decisões tomadas com base em critérios de maior densidade científica.

Consideramos ainda como relevante destacar que, a intervenção judicial na saúde impõe a possibilidade, concreta, de ocorrência de excessos e riscos, que devem ser observados por aquele que julga, buscando resguardar-se de cometê-los. O maior risco que pudemos observar é o de que o interprete decida a partir de concepções pré-definidas que lhe impeçam de analisar o caso concreto a partir de suas especificidades e interfaces, efetuando a devida ponderação de valores e sopesando os princípios que se encontram em colisão.

Certamente que a compreensão da condição real do sistema, com seus limites e entraves, poderá evitar que o juiz julgue de modo a colocá-lo em risco, acarretando seu desmonte e falência. Assumir a condição de finitude e escassez dos recursos e da impossibilidade de que se garanta, em absoluto, todos os direitos deduzidos, a

partir do entendimento de saúde, conforme expresso pela Organização Mundial de Saúde, com sua indeterminação conceitual, é condição obrigatória para evitar este risco.

Entendemos que cabe, também, ao judiciário, a busca por uma conceituação coerente e pela construção de interpretações e soluções novas capazes dar conta da grandeza do problema que se apresenta na saúde, considerando o *locus* de sua atuação, qual seja o Brasil em sua condição de país em desenvolvimento e com graves desigualdades sociais.

Consideramos ainda como um risco à intervenção judicial, a possibilidade de submissão, ainda que inconsciente, à pressão exercida pela poderosa indústria de medicamentos e equipamentos hospitalares. A preocupação, dos órgãos ligados à saúde, com a pressão exercida sobre os médicos em suas prescrições, é uma verdade comprovada no trabalho e inegável do ponto de vista da análise da realidade. Aqueles que julgam, precisam estar atentos à sua condição de fragilidade no momento decisório, já que suas decisões, nesta área, os fazem dependentes de conhecimentos outros que não estão na esfera de sua competência técnica e que, ao julgar, desconsiderando ordens de prevalência já estabelecidas pelo gestor, como por exemplo, ignorando a lista de medicamentos, poderão, na realidade, estar se submetendo, ainda que imaginando aplicar a justiça, ao poder da indústria de medicamentos e equipamentos hospitalares.

Da mesma forma e na mesma condição deve, aquele que julga, estar consciente dos riscos impostos pela pressão da mídia, com suas estratégias indutoras de demandas e de desejos, nem sempre coerentes e cientificamente comprovados.

A aproximação com os gestores e com aqueles que conhecem em profundidade as ciências da saúde, com suas especificidades, bem como o respeito às pesquisas científicas, e aos órgãos responsáveis pela liberação de medicamentos, longe de fragilizar o juiz e de torná-lo dependente de outros poderes ou setores, pode qualificar suas decisões tornando-as mais coerentes e em condições de efetivamente alcançar a justiça que almeja.

Outros riscos e excessos da intervenção judicial na saúde e que devem ser enfrentados pelo juiz, são a desconsideração para com o orçamento estabelecido, que, ainda que não possa condicioná-lo como critério para a garantia de um direito, deve nortear as decisões com vistas ao equilíbrio do sistema.

Consideramos que a desvalorização das políticas de saúde, estabelecidas por meio de legislações infraconstitucionais e instrumentos normativos existentes em profusão na saúde, bem como a quebra dos princípios do SUS, em algumas medidas judiciais, pode implicar em riscos consideráveis para a saúde, desestimulando os profissionais e desacreditando o Sistema Único de Saúde, que ao contrário deve ser valorizado e consolidado.

Finalmente consideramos que o maior risco esteja concentrado na possibilidade de que, decisões que buscam garantir o direito de uns, possibilitem a quebra do princípio da igualdade, acarretando a iniquidade oficializada por meio da decisão judicial. Garantir tudo para todos, em saúde, não significa dar tudo àqueles que, por alcançarem o acesso à justiça de maneira mais fácil, coloquem-se em condição privilegiada em relação aos demais que ainda não alcançaram esta condição em razão das próprias desigualdades que lhe estão impostas.

A adoção da proporcionalidade como método para a tomada de decisão judicial, em casos envolvendo o direito à saúde, nos parece, assim, condição necessária para que se encontre o devido equilíbrio alcançando condições de obtermos decisões mais justas e garantidoras da almejada igualdade, integralidade e universalidade em saúde conforme expresso nas normas constitucionais.

O controle judicial das políticas públicas e a da política de saúde em particular, é condição indispensável à garantia do Estado Democrático de Direito. Encontrar o devido equilíbrio entre uma atuação excessiva e aquela que de fato ocupe o espaço que lhe está destinado por direito, é o grande desafio do judiciário.

Novos tempos exigem novas posturas do judiciário. Olhar a Constituição Federal com os olhos do nosso tempo, com suas complexas teias globalizantes, onde a dignidade da pessoa humana não recebe a consideração devida, torna o juiz uma

esperança que não pode falhar, mas que deve resguardar-se, ao mesmo tempo, em que resguarda os outros poderes da república, cada um fazendo aquilo que lhe está destinado moral, ética e constitucionalmente.

Quebrar paradigmas faz parte do jogo democrático. Romper com verdades estabelecidas e estar aberto às novas possibilidades para o direito, tornam o juiz o grande mentor de um Estado em construção e de um direito que se renova, sem abrir mão dos pressupostos éticos e morais que sustentam o Estado Democrático de Direito. Revisitar conceitos, re-estabelecer regras, rever métodos e técnicas jurídicas podem ajudar na efetividade e concretização do direito à saúde e de todos os outros Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 217, n. 217, p. 67-79, jul./set.1999.

ALEXY, Robert. **Derecho y razón práctica**. México: Fontamara, 2002.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 335-342, out./2005.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ARISTÓTELES. **Política**. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Educação. 1997. 317 p.

ATALLAH, Álvaro. **XV Cocharane Colloquium**. Outubro de 2007. São Paulo. Brasil

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, p. 151-179, jan./mar. 1999.

_____. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 1, n. 3, p. 17-54, jul./set. 2006.

BARRETO, M. L. O conhecimento científico e tecnológico como evidência para políticas e atividades regulatórias em saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro: ABRASCO, n. 9.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 46, p. 31-46, nov./dez. 2007. p. 46.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v. 3, n. 11, p. 42-73, jul./set. 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luiz Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 6, n. 23, p. 65-78, abr./jun. 1998.

BARROSO, Luiz Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. A nova interpretação constitucional: ponderação, argumentação e papel dos princípios. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**. Malheiros.2003.

BASTOS, C. R.; MARTINS, I. G. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTOCCHI, A.P.F.; SILVA, A.P.; CAMARA, N.O.S. **Perspectivas em terapia renal: novas terapias a caminho...** SBN. São Paulo, Disponível em: <www.sbn.org.br>. Acesso em: 18 maio 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Editora UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. 5. ed. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BOCCHI, E.A.; MARIN NETO, J. A. Aplicação dos princípios da Medicina Baseada em Evidências em Programas de Avaliação de Procedimentos e Medicamentos de Alto Custo. **Arquivo Brasileiro de Cardiologia**, São Paulo, n. 4,v. 76, p.339-340

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Fazenda Pública. **Recurso Especial**. Efeito suspensivo. São Paulo. Disponível em www.pge.sp.gov.br. Acesso em: 17 maio 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. **A Operacionalização da Emenda Constitucional nº 29**: relatório do Seminário, como subsídios para o estabelecimento de diretrizes voltadas à aplicação e operacionalização da Emenda Constitucional nº 29. Brasília: Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Resolução SS- nº. 145/2001**. SBN, São Paulo. Disponível em: www.sbn.org.br. Acesso em :18 maio 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde. **Estimativas de impacto da vinculação constitucional de recursos para a saúde**: Emenda Constitucional nº 29/2000/Ministério da Saúde, Secretaria de Gestão de Investimentos em Saúde; elaboração de Ana Cecília de Sá Campello Faveret et.al. Brasília: Ministério da Saúde, 2001.

BRASIL. Ministério da Saúde. Transplantes realizados em 2006 e no ... **Portal da saúde**. Brasília, Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 18 maio 2008.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO – PR. Recomendação Administrativa nº 12/2006. **Arquivos do Conselho Federal de Medicina do Paraná**. Curitiba. 2006.v. 24, n. 93

BRESSER PEREIRA, L. C.; WILHEIM, J.; SOLA, L. (Org). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CALAMANDREI, Piero. **Eles os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAMPBELL, Eric G. Doctors and Drug Companies – scrutinizing influential relationships. **New England Journal of Medicine**, Massachusetts, 357:18 .p.1796-1797, 1 nov.2007. Disponível em: < www.nejm.org >. Acesso em: 28 maio 2008.

CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa *et al.* **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo: Hucitec; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Brígida Gimenez; MARTIN, Gilberto Berguio. A organização do sistema de saúde no Brasil. In: ANDRADE, Selma Maffei de; SOARES, Darli Antônio; CORDONI JUNIOR, Luiz (Org.). **Bases da saúde coletiva**. Londrina: UEL/NESCO, 2001.

CARVALHO, Gilson. A implantação do Sistema único de saúde: nós críticos a nível estadual. **Revista Saúde em Debate**, Paraná, n. 45, p. 4-8, dez. 1994.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 1999.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1595, de 2000. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, maio. 2000. Seção I, p.18.

COURA, Alexandre de Castro. **Para uma análise crítica do tratamento jurisdicional da vedação constitucional de provas ilícitas**: contribuições para a garantia dos Direitos Fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito.2007.Tese(Doutorado em Direito Constitucional)-Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e a direito à saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no capitalismo contemporâneo. In: _____ (Org.). **O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI**. São Paulo: LTr, 2007.

DUPAS, Gilberto. A lógica econômica global e revisão do Welfare State: a urgência de um novo pacto. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (Org). **Sociedade e Estado em transformação**. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

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

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 35. p. 14-45, 1967.

ESSENCIAL ACTION. **Patients, patents and the pharmaceutical industry**: the pharmaceutical industry of the organization "Patients and Patents," and the signers of the "Patient declaration on medical innovation and access". Washington: Essencial Action, 2008. Disponível em: < www.essencialaction.org/access > . Acesso em: 20 maio 2008.

FABRIZ, Dauri Cesar. **A estética do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

FALEIROS, Vicente de Paula. **A política social no Estado Capitalista**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

FIORE, José Luís. **Os moedeiros falsos**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante, parte 1. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

HOBBSBAWM, Eric. **A era dos extremos**: o breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Direito Constitucional**: teoria da constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LEAL, Suely Maria Ribeiro. **A outra face da crise do Estado de Bem-Estar Social**: Neo-liberalismo e os novos movimentos da sociedade do trabalho. São Paulo: UNICAMP/NEPP, 1990. (Coleção Cadernos de Pesquisa n. 13).

LEITE, George Salomão (Org.). **Dos Princípios Constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003. 429 p.

LEMONS JUNIOR, Hernani Pinto de; ATALLAH, Álvaro Nagib. O uso de *stents* recobertos com paclitaxel ou rapamicina diminui o número de cirurgias de revascularização cardíaca quando comparado aos *stents* convencionais?. **Medical Journal**, São Paulo, v.125, n.4. July 2007.

LUZ, Madel Therezinha. **As instituições médicas no Brasil**: instituição e estratégia de hegemonia. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Constitucionalismo e interpretação. **Depoimentos**: Revista de Direito das Faculdades de Vitória, Vitória, n. 9, jan./dez., 2005. p. 33-48.

MATURANA, Humberto, R.; VARELA, Francisco J. **A árvore do conhecimento**: as bases biológicas da compreensão humana. 4. ed. São Paulo: Palas Athena, 2004.

MEDEIROS, L.R.;STEIN, A. Níveis de evidência e graus de recomendação da Medicina Baseada em Evidência. **Revista da AMRIGS**, Porto Alegre, n. 46.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco C. **Os clássicos da política**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1991.

MENDES, Antonio Carlos; SILVA, Jefferson de Vasconcelos; DALLARI, Sueli Gandolfi. **Bioética e Direito**. Disponível em www.portalmédico.org.br. Acesso em: 17 maio 2008

MIRANDA, Pontes de Miranda. **Democracia, liberdade, igualdade**: os três caminhos. Campinas: Bookseller, 2002.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1991.

NOGUEIRA, Vera Maria Ribeiro. **O direito à saúde na reforma do Estado Brasileiro**: construindo uma nova agenda. 2002. 347 f. Tese (Doutorado em Enfermagem) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2002.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OFFE, Claus; RONGE, Volker. Teses sobre a fundamentação do conceito de Estado Capitalista e sobre a pesquisa política de orientação materialista. In: OFFE, Claus. **Problemas Estruturais do Estado Capitalista**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

PAIM, Jairnilson Silva. **Saúde, política e Reforma Sanitária**. Salvador: CEPS-ISC, 2002.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos Fundamentales**: teoría general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

QUEIROZ, Cristina M. M. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 349 p.

REALI, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. 3

RODRIGUES, N. dos Santos. A prática do controle social através dos conselhos de saúde. **Divulgação em Saúde para o Debate**. Rio de Janeiro, n. 22, p.71-91, dez. 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

SCHUWARTZ. Germano. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.

SEGRES, M; FERRAZ, F. C. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, n. 31, p. 538-542, out.1997.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE NEFROLOGIA ; ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. **Diretrizes em transplante renal**. Disponível em: <<http://www.sbn.org.br>>. Acesso em: 18 maio 2008

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Luiz Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, R.C.dos . **Medicamentos excepcionais no âmbito da assistência farmacêutica no Brasil**. [Mestrado] Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2000. Disponível em: <http://portalteses.cict.fiocruz.br>. Acesso em: 18 maio 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. **Estudos jurídicos**, São Leopoldo, RS, v. 35, n. 95, p. 49-86, set./dez. 2002.

TOJAL. Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: o direito sanitário. In: BRASIL. Ministério da Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. Brasília: Ministério da Saúde, 2003. v. 1.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WESTPHAL, Márcia Faria; ALMEIDA; Eurivaldo Sampaio de (Org.). **Gestão de serviços de saúde**: descentralização, municipalização do SUS. São Paulo: Edusp, 2001. 274 p.

WILKEN, Paulo Roberto Coelho. **Políticas de saúde no Brasil**: o Sistema Único de Saúde: uma realidade em construção. Rio de Janeiro: H.P. Comunicação, 2005.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **The selection and use of essential medicines**: report of the WHO Expert Committee, WHO, Geneva, 2007.

REFERÊNCIAS DA DECISÕES JUDICIAIS

STF - 2000

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.192-3, da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de fevereiro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 25.627-1, da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271.286-8, da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 232335, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 264645, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de junho de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 267612, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 23 ago. 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 270890, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 29 de junho de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 271286, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 23 de agosto de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273042, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 6 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273834, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de setembro 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 276640, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de setembro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 277573, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 26 out. 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 278402 , do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de outubro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº, 278402 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de outubro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 279509, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 outubro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 280642 , do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 novembro de 2000. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF – 2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 273.042.4, da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de setembro de 2001. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198265 , do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de novembro de 2001. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198263 , do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 30 de março de 2001. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 198265, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de novembro de 2001. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 241630, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 3 de abril de 2001. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 248304 , do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2001. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF - 2002

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 244571, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de agosto de 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 293379, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 8 de agosto de 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF – 2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 396973, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 30 de abril de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 418320, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 11 de junho de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 474623, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de dezembro de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 259.415-6, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 10 de março de 2002. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 370.959-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de outubro de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 2.207-5, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de agosto de 2003. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF – 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 452.312-5, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 23 de junho de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 455.986-5, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 457.544-2, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 457.544-2, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 462.563-9, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 8 de dezembro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 468.961-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 30 de março de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 297.276-2, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de outubro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 353.336-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de dezembro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 411.557-3, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de setembro de 2004. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF – 2005

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 486.816-1, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 12 de abril de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 417792, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 492437, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de maio de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº527135, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF, 8 de abril de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 529573, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de março de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 537237, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Brasília, DF, 12 de abril de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 53636, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 31 de março de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 547.758-8, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de junho de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 564.356-5, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Brasília, DF, 27 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 564978, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 565098, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 269272, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 8 de abril de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 400.040-7, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Brasília, DF, 6 de junho de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 431.150-0, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, 16 de maio de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 439.175-8, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Brasília, DF, 26 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF – 2006

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 604.949-4, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 393.175-0, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 12 de dezembro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 507072, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF, 30 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 570455, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 1 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 574618, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 588257, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 25 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 589255, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 5 de abril de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 599675, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 605529, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 25 de maio de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 626570, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 30 de novembro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 393175, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 1 de fevereiro de 2006. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STF – 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 648.971-8, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 663.377-3, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 668.930-2, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 669.011-2, da Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar nº 1827, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 19 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 559055, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 575832, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 3 de maio de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 583067, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 1 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 597141, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 11 de junho de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 600112, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 6 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 622703, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 1º de março de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 634282, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 30 de abril de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 638550, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 642796, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 19 de março de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 647296, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 3 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 659610, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 662822, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 667205, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Brasília, DF, 1º de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 676044, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Brasília, DF, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 676926, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 5 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 681814, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 399664, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 3 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 509569, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 1º de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 523726, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 547808, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 549122, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Brasília, DF, 13 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 560369, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, 27 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 562383, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 11 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 562630, do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Brasília, DF, 26 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 568073, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Brasília, DF, 26 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stf.gov.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STJ - 2002

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 13.452, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF, 13 de agosto de 2002. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 235.381, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de fevereiro de 2002. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STJ – 2003

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 509.753, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 5 de agosto de 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 507.205, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Brasília, DF, 7 de outubro de 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STJ – 2004

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 7.240, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 5 de outubro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança, nº 17.425, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Brasília, DF, 5 de outubro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 627551, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de junho de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 625.329, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 3 de agosto de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 656.296, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de outubro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 662.033, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de setembro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 59, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 25 de outubro de 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STJ - 2005

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 65.746, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 653.366, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 666.962, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 683.357, do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Brasília, DF, 6 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 10.646, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 24 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 527.356, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 642.444, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 654.580, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 16 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 656.838, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de maio de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 658.323, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 684.646, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 5 de maio de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 697.857, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 6 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 690.843, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 19 de abril de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 699.495, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 699.550, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 702.786, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 704.067, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 19 de abril de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 704.830, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 715.974, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 718.011, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 19 de abril de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 727.983, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 7 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 735.378, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 736.952, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 14 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.382, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 6 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 747.646, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 757.012, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 11 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 759.684, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 9 de agosto de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.475, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 766.480, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 770.295, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 770.429, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 6 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 771.537, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 15 de setembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 773.657, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 8 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 782.242, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 782.242, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 784.188, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 25 de outubro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 796.215, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de dezembro de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 68.587, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STJ - 2006

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 672.413, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 25 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 749.477, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência nº 796.509, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 11 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar nº 11.120, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 705.580, do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Brasília, DF, 5 de setembro 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 727.303, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 738.560, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 11 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 746.781, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 750.738, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 14 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 769.630, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 770.969, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 771.616, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 772.264, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 16 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 773.573, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 773.671, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 775.233, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 787.101, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 795.667, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de novembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 795.921, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 14 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 796.255, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 10 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 800.878, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 804.405, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 806.765, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 806.822, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 806.804, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 16 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 811.552, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 814.076, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 20 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 814.739, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 815.277, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 850.813, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 818.920, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 819.010, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 28 de março de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 819.049, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de abril de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 819.399, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820.674, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 824.164, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 824.381, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 824.406, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 828.202, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 9 de maio de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 829.705, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 831.784, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 832.317, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 832.935, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 20 de junho de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 837.591, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 845.076, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 847.975, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 850.230, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 10 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 850.813, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 851.174, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 851.760, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 852.084, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de agosto de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 853.880, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 19 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 854.283, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 5 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 854.383, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 855.414, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 26 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 855.787, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 14 de novembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 857.358, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 10 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 857.502, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 857.562, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 861.262, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 5 de setembro 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 861.682, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 3 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 863.240, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 28 de novembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 865.089, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 866.863, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 19 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 867.507, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 874.630, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 878.705, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 5 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 880.099, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 5 de dezembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 887.844, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de outubro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.160, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 7 de novembro de 2006. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

STJ – 2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 842.866, do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Brasília, DF, 12 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 865.880, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Brasília, DF, 12 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 858.899, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 26 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 881.151, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de outubro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 23.184, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 700.873, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 836.913, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 7 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 840.912, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 851.797, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 22 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 869.843, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 18 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 870.140, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 870.889, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 6 de março de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 878.441, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 10 de abril de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 888.325, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de março de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 890.441, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de março de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 895.447, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 900.458, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 26 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 900.487, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 902.473, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 16 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 903.113, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 3 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 903.632, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 27 de março de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904.204, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 15 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904.443, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 13 de fevereiro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 909.752, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 28 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 910.604, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 24 de abril de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 912.042, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 4 de setembro de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 913.953, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 21 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 917.692, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 26 de junho de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 920.468, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 17 de maio de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 935.083, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasília, DF, 2 de agosto de 2007. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 21 nov. 2007.

SECRETARIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

DIVERSOS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança nº 129, da 2ª Turma do Tribunal de Justiça do Estado Paraná, Brasília, DF, 14 de março de 1990. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 3.071-0, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Brasília, DF, 14 de março de 1994. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 31 maio 2007.

ANEXO A

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – ARTIGOS REFERENTES À SAÚDE



Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

CAPÍTULO II
 DOS DIREITOS SOCIAIS

~~Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.~~

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000\)](#)

TÍTULO VIII
 Da Ordem Social
 CAPÍTULO II
 DA SEGURIDADE SOCIAL
 Seção II
 DA SAÚDE

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes. [\(Parágrafo único renumerado para § 1º pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

§ 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá: [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

I - os percentuais de que trata o § 2º; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal; [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000\)](#)

§ 4º Os gestores locais do sistema único de saúde poderão admitir agentes comunitários de saúde e agentes de combate às endemias por meio de processo seletivo público, de acordo com a natureza e complexidade de suas atribuições e requisitos específicos para sua atuação. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006\)](#)

§ 5º Lei federal disporá sobre o regime jurídico e a regulamentação das atividades de agente comunitário de saúde e agente de combate às endemias. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006\)](#) [\(Vide Medida provisória nº 297, de 2006\)](#) [Regulamento](#)

§ 6º Além das hipóteses previstas no § 1º do art. 41 e no § 4º do art. 169 da Constituição Federal, 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. [\(Incluído pela Emenda Constitucional nº 51, de 2006\)](#)

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º - É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º - É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º - A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, 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;

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

ANEXO B**LEI 8080/90****Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos****LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990.**[Mensagem de veto](#)

Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

DISPOSIÇÃO PRELIMINAR

Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

**TÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.

Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

**TÍTULO II
DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE****DISPOSIÇÃO PRELIMINAR**

Art. 4º O 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, constitui o Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 1º Estão incluídas no disposto neste artigo as instituições públicas federais, estaduais e municipais de controle de qualidade, pesquisa e produção de insumos, medicamentos, inclusive de sangue e hemoderivados, e de equipamentos para saúde.

§ 2º A iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar.

CAPÍTULO I Dos Objetivos e Atribuições

Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I - a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II - a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III - 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. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I - a execução de ações:

a) de vigilância sanitária;

b) de vigilância epidemiológica;

c) de saúde do trabalhador; e

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

II - a participação na formulação da política e na execução de ações de saneamento básico;

III - a ordenação da formação de recursos humanos na área de saúde;

IV - a vigilância nutricional e a orientação alimentar;

V - a colaboração na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho;

VI - a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção;

VII - o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

VIII - a fiscalização e a inspeção de alimentos, água e bebidas para consumo humano;

IX - a participação no controle e na fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;

X - o incremento, em sua área de atuação, do desenvolvimento científico e tecnológico;

XI - a formulação e execução da política de sangue e seus derivados.

§ 1º Entende-se por vigilância sanitária um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde, abrangendo:

I - o controle de bens de consumo que, direta ou indiretamente, se relacionem com a saúde, compreendidas todas as etapas e processos, da produção ao consumo; e

II - o controle da prestação de serviços que se relacionam direta ou indiretamente com a saúde.

§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos.

§ 3º Entende-se por saúde do trabalhador, para fins desta lei, um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho, abrangendo:

I - assistência ao trabalhador vítima de acidentes de trabalho ou portador de doença profissional e do trabalho;

II - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), em estudos, pesquisas, avaliação e controle dos riscos e agravos potenciais à saúde existentes no processo de trabalho;

III - participação, no âmbito de competência do Sistema Único de Saúde (SUS), da normatização, fiscalização e controle das condições de produção, extração, armazenamento, transporte, distribuição e manuseio de substâncias, de produtos, de máquinas e de equipamentos que apresentam riscos à saúde do trabalhador;

IV - avaliação do impacto que as tecnologias provocam à saúde;

V - informação ao trabalhador e à sua respectiva entidade sindical e às empresas sobre os riscos de acidentes de trabalho, doença profissional e do trabalho, bem como os resultados de fiscalizações, avaliações ambientais e exames de saúde, de admissão, periódicos e de demissão, respeitadas os preceitos da ética profissional;

VI - participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas;

VII - revisão periódica da listagem oficial de doenças originadas no processo de trabalho, tendo na sua elaboração a colaboração das entidades sindicais; e

VIII - a garantia ao sindicato dos trabalhadores de requerer ao órgão competente a interdição de máquina, de setor de serviço ou de todo ambiente de trabalho, quando houver exposição a risco iminente para a vida ou saúde dos trabalhadores.

CAPÍTULO II Dos Princípios e Diretrizes

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no [art. 198 da Constituição Federal](#), obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II - 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;

III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V - direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI - divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII - utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII - participação da comunidade;

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

X - integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência; e

XIII - organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

CAPÍTULO III

Da Organização, da Direção e da Gestão

Art. 8º As ações e serviços de saúde, executados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), seja diretamente ou mediante participação complementar da iniciativa privada, serão organizados de forma regionalizada e hierarquizada em níveis de complexidade crescente.

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o [inciso I do art. 198 da Constituição Federal](#), sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Art. 10. Os municípios poderão constituir consórcios para desenvolver em conjunto as ações e os serviços de saúde que lhes correspondam.

§ 1º Aplica-se aos consórcios administrativos intermunicipais o princípio da direção única, e os respectivos atos constitutivos disporão sobre sua observância.

§ 2º No nível municipal, o Sistema Único de Saúde (SUS), poderá organizar-se em distritos de forma a integrar e articular recursos, técnicas e práticas voltadas para a cobertura total das ações de saúde.

Art. 11. (Vetado).

Art. 12. Serão criadas comissões intersetoriais de âmbito nacional, subordinadas ao Conselho Nacional de Saúde, integradas pelos Ministérios e órgãos competentes e por entidades representativas da sociedade civil.

Parágrafo único. As comissões intersetoriais terão a finalidade de articular políticas e programas de interesse para a saúde, cuja execução envolva áreas não compreendidas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 13. A articulação das políticas e programas, a cargo das comissões intersetoriais, abrangerá, em especial, as seguintes atividades:

- I - alimentação e nutrição;
- II - saneamento e meio ambiente;
- III - vigilância sanitária e farmacoepidemiologia;
- IV - recursos humanos;
- V - ciência e tecnologia; e
- VI - saúde do trabalhador.

Art. 14. Deverão ser criadas Comissões Permanentes de integração entre os serviços de saúde e as instituições de ensino profissional e superior.

Parágrafo único. Cada uma dessas comissões terá por finalidade propor prioridades, métodos e estratégias para a formação e educação continuada dos recursos humanos do Sistema Único de Saúde (SUS), na esfera correspondente, assim como em relação à pesquisa e à cooperação técnica entre essas instituições.

CAPÍTULO IV Da Competência e das Atribuições

Seção I Das Atribuições Comuns

Art. 15. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

- I - definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde;
- II - administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde;
- III - acompanhamento, avaliação e divulgação do nível de saúde da população e das condições ambientais;

- IV - organização e coordenação do sistema de informação de saúde;
- V - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;
- VI - elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador;
- VII - participação de formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e colaboração na proteção e recuperação do meio ambiente;
- VIII - elaboração e atualização periódica do plano de saúde;
- IX - participação na formulação e na execução da política de formação e desenvolvimento de recursos humanos para a saúde;
- X - elaboração da proposta orçamentária do Sistema Único de Saúde (SUS), de conformidade com o plano de saúde;
- XI - elaboração de normas para regular as atividades de serviços privados de saúde, tendo em vista a sua relevância pública;
- XII - realização de operações externas de natureza financeira de interesse da saúde, autorizadas pelo Senado Federal;
- XIII - para atendimento de necessidades coletivas, urgentes e transitórias, decorrentes de situações de perigo iminente, de calamidade pública ou de irrupção de epidemias, a autoridade competente da esfera administrativa correspondente poderá requisitar bens e serviços, tanto de pessoas naturais como de jurídicas, sendo-lhes assegurada justa indenização;
- XIV - implementar o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;
- XV - propor a celebração de convênios, acordos e protocolos internacionais relativos à saúde, saneamento e meio ambiente;
- XVI - elaborar normas técnico-científicas de promoção, proteção e recuperação da saúde;
- XVII - promover articulação com os órgãos de fiscalização do exercício profissional e outras entidades representativas da sociedade civil para a definição e controle dos padrões éticos para pesquisa, ações e serviços de saúde;
- XVIII - promover a articulação da política e dos planos de saúde;
- XIX - realizar pesquisas e estudos na área de saúde;
- XX - definir as instâncias e mecanismos de controle e fiscalização inerentes ao poder de polícia sanitária;
- XXI - fomentar, coordenar e executar programas e projetos estratégicos e de atendimento emergencial.

Seção II Da Competência

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete:

I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição;

II - participar na formulação e na implementação das políticas:

a) de controle das agressões ao meio ambiente;

b) de saneamento básico; e

c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho;

III - definir e coordenar os sistemas:

a) de redes integradas de assistência de alta complexidade;

b) de rede de laboratórios de saúde pública;

c) de vigilância epidemiológica; e

d) vigilância sanitária;

IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana;

V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador;

VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica;

VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano;

IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde;

X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais;

XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde;

XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde;

XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional;

XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde;

XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal;

XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados;

XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais;

XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal;

XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. ([Vide Decreto nº 1.651, de 1995](#))

Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional.

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS);

III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde;

IV - coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) de vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição; e

d) de saúde do trabalhador;

V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana;

VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico;

VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho;

VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde;

IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional;

X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa;

XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde;

XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano;

XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada.

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho;

IV - executar serviços:

a) de vigilância epidemiológica;

b) vigilância sanitária;

c) de alimentação e nutrição;

d) de saneamento básico; e

e) de saúde do trabalhador;

V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde;

VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las;

VII - formar consórcios administrativos intermunicipais;

VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros;

IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras;

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde;

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.

Art. 19-A. As ações e serviços de saúde voltados para o atendimento das populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, obedecerão ao disposto nesta Lei. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-B. É instituído um Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde – SUS, criado e definido por esta Lei, e pela [Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990](#), com o qual funcionará em perfeita integração. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-C. Caberá à União, com seus recursos próprios, financiar o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-D. O SUS promoverá a articulação do Subsistema instituído por esta Lei com os órgãos responsáveis pela Política Indígena do País. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-E. Os Estados, Municípios, outras instituições governamentais e não-governamentais poderão atuar complementarmente no custeio e execução das ações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-G. O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena deverá ser, como o SUS, descentralizado, hierarquizado e regionalizado. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 1º O Subsistema de que trata o *caput* deste artigo terá como base os Distritos Sanitários Especiais Indígenas. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 2º O SUS servirá de retaguarda e referência ao Subsistema de Atenção à Saúde Indígena, devendo, para isso, ocorrer adaptações na estrutura e organização do SUS nas regiões onde residem as populações indígenas, para propiciar essa integração e o atendimento necessário em todos os níveis, sem discriminações. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

§ 3º As populações indígenas devem ter acesso garantido ao SUS, em âmbito local, regional e de centros especializados, de acordo com suas necessidades, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária à saúde. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

Art. 19-H. As populações indígenas terão direito a participar dos organismos colegiados de formulação, acompanhamento e avaliação das políticas de saúde, tais como o Conselho Nacional de Saúde e os Conselhos Estaduais e Municipais de Saúde, quando for o caso. [\(Incluído pela Lei nº 9.836, de 1999\)](#)

CAPÍTULO VI DO SUBSISTEMA DE ATENDIMENTO E INTERNAÇÃO DOMICILIAR [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

Art. 19-I. São estabelecidos, no âmbito do Sistema Único de Saúde, o atendimento domiciliar e a internação domiciliar. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 1º Na modalidade de assistência de atendimento e internação domiciliares incluem-se, principalmente, os procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral dos pacientes em seu domicílio. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 2º O atendimento e a internação domiciliares serão realizados por equipes multidisciplinares que atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

§ 3º O atendimento e a internação domiciliares só poderão ser realizados por indicação médica, com expressa concordância do paciente e de sua família. [\(Incluído pela Lei nº 10.424, de 2002\)](#)

CAPÍTULO VII
DO SUBSISTEMA DE ACOMPANHAMENTO DURANTE O
TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO
[\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde - SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

§ 2º As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo. [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

Art. 19-L. [\(VETADO\)](#) [\(Incluído pela Lei nº 11.108, de 2005\)](#)

TÍTULO III
DOS SERVIÇOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

CAPÍTULO I
Do Funcionamento

Art. 20. Os serviços privados de assistência à saúde caracterizam-se pela atuação, por iniciativa própria, de profissionais liberais, legalmente habilitados, e de pessoas jurídicas de direito privado na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Art. 21. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 22. Na prestação de serviços privados de assistência à saúde, serão observados os princípios éticos e as normas expedidas pelo órgão de direção do Sistema Único de Saúde (SUS) quanto às condições para seu funcionamento.

Art. 23. É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou de capitais estrangeiros na assistência à saúde, salvo através de doações de organismos internacionais vinculados à Organização das Nações Unidas, de entidades de cooperação técnica e de financiamento e empréstimos.

§ 1º Em qualquer caso é obrigatória a autorização do órgão de direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), submetendo-se a seu controle as atividades que forem desenvolvidas e os instrumentos que forem firmados.

§ 2º Excetuam-se do disposto neste artigo os serviços de saúde mantidos, em finalidade lucrativa, por empresas, para atendimento de seus empregados e dependentes, sem qualquer ônus para a seguridade social.

CAPÍTULO II
Da Participação Complementar

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.

Art. 25. Na hipótese do artigo anterior, as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos terão preferência para participar do Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 26. Os critérios e valores para a remuneração de serviços e os parâmetros de cobertura assistencial serão estabelecidos pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), aprovados no Conselho Nacional de Saúde.

§ 1º Na fixação dos critérios, valores, formas de reajuste e de pagamento da remuneração aludida neste artigo, a direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS) deverá fundamentar seu ato em demonstrativo econômico-financeiro que garanta a efetiva qualidade de execução dos serviços contratados.

§ 2º Os serviços contratados submeter-se-ão às normas técnicas e administrativas e aos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), mantido o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º Aos proprietários, administradores e dirigentes de entidades ou serviços contratados é vedado exercer cargo de chefia ou função de confiança no Sistema Único de Saúde (SUS).

TÍTULO IV DOS RECURSOS HUMANOS

Art. 27. A política de recursos humanos na área da saúde será formalizada e executada, articuladamente, pelas diferentes esferas de governo, em cumprimento dos seguintes objetivos:

I - organização de um sistema de formação de recursos humanos em todos os níveis de ensino, inclusive de pós-graduação, além da elaboração de programas de permanente aperfeiçoamento de pessoal;

II - [\(Vetado\)](#)

III - [\(Vetado\)](#)

IV - valorização da dedicação exclusiva aos serviços do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Os serviços públicos que integram o Sistema Único de Saúde (SUS) constituem campo de prática para ensino e pesquisa, mediante normas específicas, elaboradas conjuntamente com o sistema educacional.

Art. 28. Os cargos e funções de chefia, direção e assessoramento, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), só poderão ser exercidas em regime de tempo integral.

§ 1º Os servidores que legalmente acumulam dois cargos ou empregos poderão exercer suas atividades em mais de um estabelecimento do Sistema Único de Saúde (SUS).

§ 2º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também aos servidores em regime de tempo integral, com exceção dos ocupantes de cargos ou função de chefia, direção ou assessoramento.

Art. 29. [\(Vetado\)](#).

Art. 30. As especializações na forma de treinamento em serviço sob supervisão serão regulamentadas por Comissão Nacional, instituída de acordo com o art. 12 desta Lei, garantida a participação das entidades profissionais correspondentes.

TÍTULO V DO FINANCIAMENTO

CAPÍTULO I Dos Recursos

Art. 31. O orçamento da seguridade social destinará ao Sistema Único de Saúde (SUS) de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, previstos em proposta elaborada pela sua direção nacional, com a participação dos órgãos da Previdência Social e da Assistência Social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Art. 32. São considerados de outras fontes os recursos provenientes de:

I - [\(Vetado\)](#)

II - Serviços que possam ser prestados sem prejuízo da assistência à saúde;

III - ajuda, contribuições, doações e donativos;

IV - alienações patrimoniais e rendimentos de capital;

V - taxas, multas, emolumentos e preços públicos arrecadados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS); e

VI - rendas eventuais, inclusive comerciais e industriais.

§ 1º Ao Sistema Único de Saúde (SUS) caberá metade da receita de que trata o inciso I deste artigo, apurada mensalmente, a qual será destinada à recuperação de viciados.

§ 2º As receitas geradas no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) serão creditadas diretamente em contas especiais, movimentadas pela sua direção, na esfera de poder onde forem arrecadadas.

§ 3º As ações de saneamento que venham a ser executadas supletivamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), serão financiadas por recursos tarifários específicos e outros da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e, em particular, do Sistema Financeiro da Habitação (SFH).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º As atividades de pesquisa e desenvolvimento científico e tecnológico em saúde serão co-financiadas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), pelas universidades e pelo orçamento fiscal, além de recursos de instituições de fomento e financiamento ou de origem externa e receita própria das instituições executoras.

§ 6º [\(Vetado\)](#).

CAPÍTULO II Da Gestão Financeira

Art. 33. Os recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) serão depositados em conta especial, em cada esfera de sua atuação, e movimentados sob fiscalização dos respectivos Conselhos de Saúde.

§ 1º Na esfera federal, os recursos financeiros, originários do Orçamento da Seguridade Social, de outros Orçamentos da União, além de outras fontes, serão administrados pelo Ministério da Saúde, através do Fundo Nacional de Saúde.

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º O Ministério da Saúde acompanhará, através de seu sistema de auditoria, a conformidade à programação aprovada da aplicação dos recursos repassados a Estados e Municípios. Constatada a malversação, desvio ou não aplicação dos recursos, caberá ao Ministério da Saúde aplicar as medidas previstas em lei.

Art. 34. As autoridades responsáveis pela distribuição da receita efetivamente arrecadada transferirão automaticamente ao Fundo Nacional de Saúde (FNS), observado o critério do parágrafo único deste artigo, os recursos financeiros correspondentes às dotações consignadas no Orçamento da Seguridade Social, a projetos e atividades a serem executados no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Parágrafo único. Na distribuição dos recursos financeiros da Seguridade Social será observada a mesma proporção da despesa prevista de cada área, no Orçamento da Seguridade Social.

Art. 35. Para o estabelecimento de valores a serem transferidos a Estados, Distrito Federal e Municípios, será utilizada a combinação dos seguintes critérios, segundo análise técnica de programas e projetos:

I - perfil demográfico da região;

II - perfil epidemiológico da população a ser coberta;

III - características quantitativas e qualitativas da rede de saúde na área;

IV - desempenho técnico, econômico e financeiro no período anterior;

V - níveis de participação do setor saúde nos orçamentos estaduais e municipais;

VI - previsão do plano quinquenal de investimentos da rede;

VII - ressarcimento do atendimento a serviços prestados para outras esferas de governo.

§ 1º Metade dos recursos destinados a Estados e Municípios será distribuída segundo o quociente de sua divisão pelo número de habitantes, independentemente de qualquer procedimento prévio.

§ 2º Nos casos de Estados e Municípios sujeitos a notório processo de migração, os critérios demográficos mencionados nesta lei serão ponderados por outros indicadores de crescimento populacional, em especial o número de eleitores registrados.

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º [\(Vetado\)](#).

§ 6º O disposto no parágrafo anterior não prejudica a atuação dos órgãos de controle interno e externo e nem a aplicação de penalidades previstas em lei, em caso de irregularidades verificadas na gestão dos recursos transferidos.

CAPÍTULO III Do Planejamento e do Orçamento

Art. 36. O processo de planejamento e orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) será ascendente, do nível local até o federal, ouvidos seus órgãos deliberativos, compatibilizando-se as necessidades da política de saúde com a disponibilidade de recursos em planos de saúde dos Municípios, dos Estados, do Distrito Federal e da União.

§ 1º Os planos de saúde serão a base das atividades e programações de cada nível de direção do Sistema Único de Saúde (SUS), e seu financiamento será previsto na respectiva proposta orçamentária.

§ 2º É vedada a transferência de recursos para o financiamento de ações não previstas nos planos de saúde, exceto em situações emergenciais ou de calamidade pública, na área de saúde.

Art. 37. O Conselho Nacional de Saúde estabelecerá as diretrizes a serem observadas na elaboração dos planos de saúde, em função das características epidemiológicas e da organização dos serviços em cada jurisdição administrativa.

Art. 38. Não será permitida a destinação de subvenções e auxílios a instituições prestadoras de serviços de saúde com finalidade lucrativa.

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 39. [\(Vetado\)](#).

§ 1º [\(Vetado\)](#).

§ 2º [\(Vetado\)](#).

§ 3º [\(Vetado\)](#).

§ 4º [\(Vetado\)](#).

§ 5º A cessão de uso dos imóveis de propriedade do Inamps para órgãos integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) será feita de modo a preservá-los como patrimônio da Seguridade Social.

§ 6º Os imóveis de que trata o parágrafo anterior serão inventariados com todos os seus acessórios, equipamentos e outros

§ 7º [\(Vetado\)](#).

§ 8º O acesso aos serviços de informática e bases de dados, mantidos pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, será assegurado às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde ou órgãos congêneres, como suporte ao processo de gestão, de forma a permitir a gerencia informatizada das contas e a disseminação de estatísticas sanitárias e epidemiológicas médico-hospitalares.

Art. 40. [\(Vetado\)](#)

Art. 41. As ações desenvolvidas pela Fundação das Pioneiras Sociais e pelo Instituto Nacional do Câncer, supervisionadas pela direção nacional do Sistema Único de Saúde (SUS), permanecerão como referencial de prestação de serviços, formação de recursos humanos e para transferência de tecnologia.

Art. 42. [\(Vetado\)](#).

Art. 43. A gratuidade das ações e serviços de saúde fica preservada nos serviços públicos contratados, ressalvando-se as cláusulas dos contratos ou convênios estabelecidos com as entidades privadas.

Art. 44. [\(Vetado\)](#).

Art. 45. Os serviços de saúde dos hospitais universitários e de ensino integram-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), mediante convênio, preservada a sua autonomia administrativa, em relação ao patrimônio, aos recursos humanos e financeiros, ensino, pesquisa e extensão nos limites conferidos pelas instituições a que estejam vinculados.

§ 1º Os serviços de saúde de sistemas estaduais e municipais de previdência social deverão integrar-se à direção correspondente do Sistema Único de Saúde (SUS), conforme seu âmbito de atuação, bem como quaisquer outros órgãos e serviços de saúde.

§ 2º Em tempo de paz e havendo interesse recíproco, os serviços de saúde das Forças Armadas poderão integrar-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), conforme se dispuser em convênio que, para esse fim, for firmado.

Art. 46. o Sistema Único de Saúde (SUS), estabelecerá mecanismos de incentivos à participação do setor privado no investimento em ciência e tecnologia e estimulará a transferência de tecnologia das universidades e institutos de pesquisa aos serviços de saúde nos Estados, Distrito Federal e Municípios, e às empresas nacionais.

Art. 47. O Ministério da Saúde, em articulação com os níveis estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS), organizará, no prazo de dois anos, um sistema nacional de informações em saúde, integrado em todo o território nacional, abrangendo questões epidemiológicas e de prestação de serviços.

Art. 48. [\(Vetado\)](#).

Art. 49. [\(Vetado\)](#).

Art. 50. Os convênios entre a União, os Estados e os Municípios, celebrados para implantação dos Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde, ficarão rescindidos à proporção que seu objeto for sendo absorvido pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Art. 51. [\(Vetado\)](#).

Art. 52. Sem prejuízo de outras sanções cabíveis, constitui crime de emprego irregular de verbas ou rendas públicas (Código Penal, art. 315) a utilização de recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) em finalidades diversas das previstas nesta lei.

Art. 53. [\(Vetado\)](#).

Art. 54. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 55. São revogadas a [Lei nº. 2.312, de 3 de setembro de 1954](#), a [Lei nº. 6.229, de 17 de julho de 1975](#), e demais disposições em contrário.

Brasília, 19 de setembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Alceni Guerra

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 20.9.1990

ANEXO C**LEI 8142/90****Presidência da República**
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos**LEI Nº 8.142, DE 28 DE DEZEMBRO DE 1990.**

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.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas:

I - a Conferência de Saúde; e

II - o Conselho de Saúde.

§ 1º A Conferência de Saúde reunir-se-á a cada quatro anos com a representação dos vários segmentos sociais, para avaliar a situação de saúde e propor as diretrizes para a formulação da política de saúde nos níveis correspondentes, convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, por esta ou pelo Conselho de Saúde.

§ 2º O Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo.

§ 3º O Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) e o Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (Conasems) terão representação no Conselho Nacional de Saúde.

§ 4º A representação dos usuários nos Conselhos de Saúde e Conferências será paritária em relação ao conjunto dos demais segmentos.

§ 5º As Conferências de Saúde e os Conselhos de Saúde terão sua organização e normas de funcionamento definidas em regimento próprio, aprovadas pelo respectivo conselho.

Art. 2º Os recursos do Fundo Nacional de Saúde (FNS) serão alocados como:

I - despesas de custeio e de capital do Ministério da Saúde, seus órgãos e entidades, da administração direta e indireta;

II - investimentos previstos em lei orçamentária, de iniciativa do Poder Legislativo e aprovados pelo Congresso Nacional;

III - investimentos previstos no Plano Qüinqüenal do Ministério da Saúde;

IV - cobertura das ações e serviços de saúde a serem implementados pelos Municípios, Estados e Distrito Federal.

Parágrafo único. Os recursos referidos no inciso IV deste artigo destinar-se-ão a investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.

Art. 3º Os recursos referidos no inciso IV do art. 2º desta lei serão repassados de forma regular e automática para os Municípios, Estados e Distrito Federal, de acordo com os critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.

§ 1º Enquanto não for regulamentada a aplicação dos critérios previstos no art. 35 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, será utilizado, para o repasse de recursos, exclusivamente o critério estabelecido no § 1º do mesmo artigo.

§ 2º Os recursos referidos neste artigo serão destinados, pelo menos setenta por cento, aos Municípios, afetando-se o restante aos Estados.

§ 3º Os Municípios poderão estabelecer consórcio para execução de ações e serviços de saúde, remanejando, entre si, parcelas de recursos previstos no inciso IV do art. 2º desta lei.

Art. 4º Para receberem os recursos, de que trata o art. 3º desta lei, os Municípios, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com:

I - Fundo de Saúde;

II - Conselho de Saúde, com composição paritária de acordo com o Decreto nº 99.438, de 7 de agosto de 1990;

III - plano de saúde;

IV - relatórios de gestão que permitam o controle de que trata o § 4º do art. 33 da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990;

V - contrapartida de recursos para a saúde no respectivo orçamento;

VI - Comissão de elaboração do Plano de Carreira, Cargos e Salários (PCCS), previsto o prazo de dois anos para sua implantação.

Parágrafo único. O não atendimento pelos Municípios, ou pelos Estados, ou pelo Distrito Federal, dos requisitos estabelecidos neste artigo, implicará em que os recursos concernentes sejam administrados, respectivamente, pelos Estados ou pela União.

Art. 5º É o Ministério da Saúde, mediante portaria do Ministro de Estado, autorizado a estabelecer condições para aplicação desta lei.

Art. 6º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 28 de dezembro de 1990; 169º da Independência e 102º da República.

FERNANDO COLLOR

Alceni Guerra Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 31.12.1990

