

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

HUGO CREMONEZ SIRENA

**“O CUSTO DOS DIREITOS”: O DIREITO À SAÚDE E A CLÁUSULA DA
*RESERVA DO POSSÍVEL***

**CURITIBA
2010**

HUGO CREMONEZ SIRENA

**“O CUSTO DOS DIREITOS”: O DIREITO À SAÚDE E A CLÁUSULA DA
*RESERVA DO POSSÍVEL***

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Profº Orientador:
Drº Egon Bockmann Moreira

**CURITIBA
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

**“O CUSTO DOS DIREITOS”: O DIREITO À SAÚDE E A CLÁUSULA DA
*RESERVA DO POSSÍVEL***

HUGO CREMONEZ SIRENA

Monografia apresentada no Curso de Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel.

Profº Orientador: _____
Profº Drº Egon Bockmann Moreira

Prof.

Prof.

**CURITIBA
2010**

À minha família, pelo que fui e pelo que sou.

“Não ouse prometer mundos e fundos se sequer podes fornecer os fundos. Promessas só são saudáveis se forem reais.”

(Autor desconhecido)

AGRADECIMENTOS

É chegada a parte do trabalho monográfico em que, como adiantava José Saramago, escrevem-se “coisas que nunca se poderão explicar por palavras.” Palavras estas que não traduzem mais que a tentativa (frustrada) de um mortal em não conseguir expressar todo o imortal agradecimento que merecem aquelas pessoas que, por um motivo ou por todos eles, são lembradas aqui.

Esse mesmo José de Sousa Saramago disse que “sempre chega a hora em que descobrimos que sabíamos muito mais do que antes julgávamos.” E a indispensável ajuda desses que aqui estão demonstra o quanto ainda estou longe de ouvir o badalar dessa tão esperada hora.

Agradeço ao papai, fonte inesgotável de paciência e sapiência, a quem devo a existência e a quem sou grato pelo aprendizado da vida. Foi em seu olhar desprovido de palavras, mas não de ensinamentos mil, que aprendi o que Mia Couto quer dizer quando afirma que “entre os mil bichos, só o homem é um escutador de silêncios.”

À mamãe, nascente fértil de ternura e preocupação, incansável no seu papel que a natureza lhe deu. Por tudo que fez, por tudo que foi, ela é, hoje, a grande responsável por eu ter em mim, junto com Fernando Pessoa, “todos os sonhos do mundo.”

Ao Netão, irmão no sangue e na alma, com quem parecia me ter desviado do caminho “sério” da produção monográfica, quando, na verdade, estava apenas tomando o fôlego necessário para seguir adiante. Ao seu lado e no meio da farra, assim como Mia Couto, “nem queria saber de futuros; me interessava apenas o instantâneo momento. O voar não vem da asa. O beija-flor, tão abreviadinho de asa, não é o que voa mais perfeito?”

Aos meus grandes e verdadeiros amigos, incansáveis e fundamentais atores no espetáculo da minha vida. Nomeá-los seria impossível, defini-los seria dispensável. Sabem quem são e sabem, mais ainda, que o papel de cada um justifica o fato, observado pelo mestre Mia Couto, de que, sempre, “a gente morre cheio de saudades da vida.” Em especial, ao grande amigo Rogério, parceiro dos cafés da madrugada, das noites mal (ou não) dormidas, para que pudéssemos concluir nossos trabalhos.

A Mayara, intrusa da minha história, condutora do meu novo rumo. Ela que entrou na minha vida com a mesma naturalidade com que se respira. Grande responsável pelo que digo e pelo que não digo; responsável por mim. Porque, Gullar, pensando nisso, adiantou que “metade de mim é o que ouço, mas a outra metade é o que calo...”.

Ao imprescindível mestre Prof^o Dr^o Egon, que, na figura burocrática de um orientador, tomou a forma de um amigo condutor, principal responsável pelo sucesso (ou fracasso, sabe-se lá o que será) dessas pretensiosas linhas.

À caríssima Dr^a Ing, a quem culpo pela escolha desse intrigante tema, a quem acuso como peça chave no desenvolvimento intelectual desse trabalho e a quem condeno com o cumprimento de uma amizade construída nos tempos de AGU, que, mesmo tímida, já se mostra pujante.

Ao inabalável Partido Democrático Universitário, com quem aprendi a conjugar o doce *bê-a-bá* da palavra vitória.

A todos eles, agradeço por não conhecer outra forma mais digna de expressar uma dívida. Por todos eles, compreendo que, da mesma forma como os rios nunca enchem o mar de Mia Couto, “a vida de cada um também é assim: está sempre toda por viver.”

RESUMO

O presente trabalho se lança por um ponto central de estudos, que se divide por dois caminhos. De um lado, a cláusula da *reserva do possível* como postulado inaplicável à demanda judicial de efetivação do direito à saúde; de outro, a aplicabilidade desmedida de tal cláusula, como proteção ao orçamento e à viabilidade do planejamento econômico do Estado. Para cada posicionamento, argumentos e fundamentações ponderadas, direcionadas conforme as pretensões do cidadão e do Estado, em lados opostos. A questão central desse estudo está na tentativa de desconstrução desses dois extremos, buscando-se desvendar as possibilidades/necessidades de adequação da judicialização dos direitos sociais (especificamente, do direito à saúde) às questões fáticas de infinitudes de necessidades e escassez de recursos. À primeira vista, a limitação financeira a que o Poder Público está submetido, que se traduz em impossibilidade de atuação, parece ser um elemento plausível para que determinadas omissões sejam justificadas. Entretanto, à contrapartida, parece ser ainda mais razoável o argumento que inautoriza a sobreposição de carência orçamentária em relação à necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da vida. Trata-se de um impasse extremamente truncado, cuja resolução parece passar necessariamente por aquele que se mostra como um dos melhores instrumentos de busca de resultados apropriados: a ponderação casuística, com olhos voltados ao todo afetado pelas conseqüências da decisão tomada.

Palavras-chave: efetividade; direitos sociais; ponderação; *reserva do possível*; saúde.

SUMÁRIO

RESUMO	8
1. INTRODUÇÃO	11
2. CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR	15
2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	15
2.1.1 Princípios e regras	15
2.1.2 Direitos fundamentais sociais como princípios e como regras	17
2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL.....	19
2.2.1 A origem da cláusula no direito estrangeiro: sua natureza e suas características	19
2.2.2 A chegada da <i>reserva do possível</i> ao direito brasileiro	21
3. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL	23
3.1 AS “ESCOLHAS TRÁGICAS” NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	25
3.2 O DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: GARANTIA DE APLICABILIDADE IMEDIATA?	28
4. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICABILIDADE: O MEIO TERMO	32
4.1 EMBATE: O DIREITO À SAÚDE E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL	33
4.1.1 A inaplicação da <i>reserva do possível</i> : o olhar do cidadão.....	35
4.1.2 A aplicação genérica da <i>reserva do possível</i> : o olhar do Estado	39
4.2 O MEIO TERMO: A PONDERAÇÃO CASUÍSTICA DA APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL	42
4.2.1 Os riscos da incidência tópica da cláusula.....	46
4.2.2 A mitigação das injustiças pela aplicação conforme as vicissitudes do caso concreto	48
5. O CASO CONCRETO: DIREITO À SAÚDE X RESERVA DO POSSÍVEL	51
5.1 OS CUSTOS DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE: OS NÚMEROS DE UMA REALIDADE FATÍDICA.....	51

5.2 ANÁLISE DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO À APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL	54
6. CONCLUSÃO	61
BIBLIOGRAFIA	64
ANEXO	69

1. INTRODUÇÃO

O Estado mudou.

Até a primeira metade do século XX, vigorou ao redor do mundo a figura pujante de um “Estado negativo”, ou seja, uma atuação estatal liberal, que se pautava em uma ausência, em uma não-intervenção na esfera privada dos indivíduos. Porém, a partir desse período, as mudanças sociais em todo o globo trouxeram consigo uma nova realidade: um Estado-garantidor¹, *Estado de Bem Estar Social*, cuja atuação comissiva se tornava imprescindível à superação das desigualdades sociais, que se agigantavam cada vez mais. É um dos principais marcos dessa nova realidade estatal, no Brasil, encontra-se, sem sombra de dúvidas, no advento da Constituição Federal de 1988; Constituição esta que “determinou ao Estado que ‘descruzasse os braços’ e atuasse concretamente na realidade social, fomentando, provendo, garantindo.”²

A Magna Carta de 88 expressou o fim de um regime político ditatorial em nosso país, e, ao mesmo tempo, constituiu-se como uma engrenagem fundamentalmente necessária à restauração de uma democracia plural no Brasil, longe de ser, evidentemente, peça auto-suficiente nesse processo. Sem dúvidas, “o novo estatuto constitucional é reflexo dos anseios heterogêneos do povo brasileiro, [e] marca a ascensão dos direitos fundamentais como objetos de discussão assaz freqüente na dogmática jurídica (...).”³

A ascensão dos direitos fundamentais ao patamar dessa “discussão dogmática” fomentou o alargamento do rol desses direitos, de modo que passassem a figurar, também, como tais os assim chamados *direitos sociais*. Em outras palavras, esses direitos sociais estariam realocados na categoria de direitos fundamentais, definidos como garantias basilares, constitucionalmente asseguradas, que afirmam, essencialmente, as prerrogativas dos cidadãos e a dignidade da pessoa humana.

¹ Marçal JUSTEN FILHO denomina essa realidade de “*Estado-Providência*”. Segundo o autor, essa nova concepção estatal “gerou novas atribuições para o Estado (e para a comunidade) e propiciou inovações quanto ao modo de sua satisfação.” Vide: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 2.

² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 17.

³ OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. *Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário*. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 96, nov. 07, v. 865, p. 55.

A Constituição Federal consagra como cláusula pétrea, segundo o artigo 60, §4º, os “direitos e garantias individuais”. Assim, “considerando a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos, a cláusula de proibição do retrocesso social, o valor da dignidade da pessoa humana e outros princípios constitucionais, essa cláusula alcança os direitos sociais,”⁴ dentre os quais se inserem, aqui especialmente, o direito à saúde.

O direito à saúde, ou melhor, o *direito de proteção à saúde*⁵, é um direito de aplicação imediata, sendo, portanto, intangível e irredutível. Essa concepção, confirmada pela Constituição da República Brasileira, de 1988, segue a clara tendência dos mais diversos diplomas normativos internacionais, que consagram a fundamentabilidade da saúde humana.⁶

Apesar dessa interessante opção feita pelo constituinte, a *intangibilidade* dos direitos fundamentais sociais vem sendo constantemente afetada e mitigada, a partir da argumentação de que o Estado, no fomento realizador dos direitos dos cidadãos, está circunscrito em limites de ordem financeiro-orçamentária, podendo agir, apenas, nos alcances de uma *reserva do possível*.

Devido à escassez de recursos e às infinitas necessidades humanas, o Poder Estatal seria obrigado a “realizar opções de alocação de verbas, sopesadas todas as coordenadas do sistema econômico do País.”⁷ Mais ainda,

na medida em que a Constituição não oferece comando indeclinável para as opções de alocação de recursos, essas decisões devem ficar a cargo de órgão político, legitimado pela representação popular, competente para fixar as linhas mestras da política financeira e social.⁸

⁴ PIOVESAN Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil*. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS, v. 98, jan. 09, n. 879, p. 12.

⁵ A saúde é compreendida como “graça, dom, ou, em senso mais contemporâneo, como somatório de condições genéticas, ambientais e cuidados pessoais”. Portanto, ela “foge à tutela jurisdicional”; o Poder Judiciário não pode garantir “aquilo que não pode ser assegurado”. Daí receber melhor agasalho, no presente estudo, o conceito de “direito de proteção à saúde”. Nesse sentido, vide OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. *Direito de Proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do poder judiciário*. In: REVISTA DOS TRIBUNAIS, ano 96, nov. 07, v. 865, p. 58.

⁶ É o caso, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948 (art. XXV); do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; da Constituição da Bélgica, de 1994 (art. 23); da Constituição italiana, de 1947 (art. 32); da Constituição francesa, de 1946 (alíneas 10 e 11 do Preâmbulo); da Constituição da Espanha, de 1978 (arts. 43 e 50); da Constituição portuguesa, de 1976 (art. 64º), entre outros.

⁷ PEGORARO, Luiz Nunes. *O controle da Administração Pública e a Cláusula da Reserva do Possível*. In.: REVISTA IOB DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: IOB Thomson, v. 1, n. 1, jan. 06, p. 96.

⁸ PEGORARO, L. N. *Op. Cit.* p. 96.

A principal questão de toda essa conjuntura é que, cada vez mais, a cláusula da *reserva do possível* passou a ser encarada pelo Estado como o remédio para todos os males, como o escudo contra qualquer clamor que reivindique atuações efetivadoras de direitos para além daquelas já exercidas pelo Poder Público.

Esculpe-se, diante desse cenário, uma irresoluta “*queda de braços*” entre o Estado, de um lado, e o cidadão, de outro. Aquele alegando não poder conceder além daquilo que já concede, por limitações financeiras; já este, por sua vez, reclamando por condições mínimas que lhe assegurem uma (sobre)vivência digna.

O estudo que agora se inicia, então, será dividido em quatro momentos distintos: o primeiro capítulo fará a abertura da proposta pretendida. Nele, estabelecer-se-ão conceituações prévias dos direitos sociais e da *reserva do possível*, definindo-se as dimensões principiológicas e normativas de cada um, bem como traçando algumas considerações acerca do surgimento desses dois elementos.

O capítulo seguinte abordará a possibilidade de efetivação do direito à saúde. A partir da concepção de escassez de recursos de que dispõe o Poder Público para o atendimento das necessidades dos cidadãos, aliada ao grau político das escolhas para alocação de recursos disponíveis, procurar-se-á demonstrar a necessidade/razoabilidade de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais.

O terceiro capítulo formará, ainda que não isoladamente, o cerne do presente trabalho. Em um primeiro momento, buscar-se-á contemplar o olhar do Estado acerca da *reserva do possível*, ou seja, a defesa de uma aplicação genérica e desmedida dessa cláusula. Em seguida, far-se-á o contraponto desse posicionamento, e, portanto, apresentar-se-á a visão do cidadão sobre a mitigação dos direitos sociais: a não-aplicação, sob qualquer hipótese, da *reserva do possível*.

Ainda nesse ponto, após todas essas considerações, atender-se-á para a manutenção, razoável, de um “meio termo”. Ou seja, dar-se-á ênfase ao equilíbrio entre a aplicação genérica da *reserva do possível*, de um lado, e a sua incidência absoluta, de outro, considerando-se a hipótese de aplicabilidade casuística, dada as vicissitudes de cada caso específico, desde que sem cegar os olhos ao entorno da questão analisada, de *macrojustiça*, sob pena de afronta ao (quase que) “*sacrossanto*” princípio da isonomia.

Finalmente, o último capítulo voltará olhos ao aspecto prático desse tema, apresentando e analisando julgados que tratam da (in)aplicação da cláusula da *reserva do possível*. Essa análise dos casos concretos será imprescindível para se observar como está se posicionando a jurisprudência nacional acerca do tema, e como vêm decidindo os tribunais de todo o país sobre essa matéria.

Pela sua contemporaneidade⁹ e relevância, o tema escolhido se apresenta com elevada importância, devendo ser aprofundado com afincamento e cautela, ainda que se tendo ciência dos limites que um trabalho dessa natureza impõe. Mesmo assim, é certo que se procurará menos desconstruir dúvidas acerca do tema e mais fomentar o embate entre a questão orçamentária e a efetivação do acesso à saúde, a partir de uma leitura factível do Direito Constitucional brasileiro.

⁹ Ao contrário desse posicionamento, José Casalta NABAIS afirma, categoricamente, que este tema “não está na moda nos tempos que correm”, tendo em vista que, hoje, “a linguagem politicamente correcta deste tempo (...) não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam.”. In.: NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA, ano 5, n. 20, out/dez 2007, p.153.

2. CONCEITUAÇÃO PRELIMINAR

2.1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A avaliação acerca do conteúdo dos, assim chamados, direitos fundamentais sociais passa, fundamentalmente, pela diferenciação entre os conceitos de princípios e de regras, haja vista que tal categoria de direitos fundamentais (constitucionalmente previstos e garantidos) pode funcionar ora como estas – regras –, ora como aqueles – princípios.

2.1.1 Princípios e regras

Evolutivamente, a caracterização dos princípios sempre se mostrou de forma muito vacilante e circumspecta. Carentes de uma conceituação precisa, os princípios foram e são definidos a partir de concepções, ironicamente, principiológicas. Isso quer dizer que, em regra, utiliza-se de uma espécie de *metaprincípios* para se poder delimitar um conceito capaz de definir esses próprios princípios.

Para a doutrina mais apurada, os princípios são fontes imeditas de Direito (esta ideia foi declaradamente positivada – no sentido mais *juspurificado* que o termo possa assumir – pela Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º), que regem, ou, melhor dizendo, norteiam a regência de todo o ordenamento jurídico; mais ainda, seriam *balisas* demarcadoras dos fundamentos normativos do direito posto. As regras, por sua vez, também como espécie do gênero norma (jurídica), são corolários que definem conceitos, estabelecem condutas e dirigem relações sociais entre indivíduos.

Pelo que se observa, em certa medida, então, o alcance das regras é diminuto em relação ao dos princípios. Mais pontuais, as regras são “imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e

abrangência”, cuja avaliação se pauta, sempre, “nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes.”¹⁰ Portanto, em metáfora, poder-se-ia afirmar que os princípios seriam as lentes por meio das quais se pode observar a interpretação das regras.

A estrita conceituação apresentada já estabelece direcionamentos genéricos acerca da distinção entre regras e princípios. Entretanto, dois fatores podem resumir, de forma mais precisa, essa diferenciação:

diferença quanto à colisão, na medida em que os princípios colidentes apenas têm sua realização normativa limitada reciprocamente, ao contrário das regras, cuja colisão é solucionada com a declaração de invalidade de uma delas ou com a abertura de uma exceção que exclua a antinomia; *diferença quanto à obrigação que instituem*, já que as regras instituem obrigações absolutas, não superadas por normas contrapostas, enquanto os princípios instituem obrigações *prima facie*, na medida em que podem ser superadas ou derogadas em função dos outros princípios colidentes.¹¹

Isso significaria afirmar que os planos de aplicação das regras são excludentes, ou seja, se a regra A é aplicável ao caso concreto, a regra B não o será. Em compensação, a incidência principiológica pressupõe a imbricação de diferentes planos: se um princípio A é (relativamente) aplicável à situação fática, nada impede que o princípio B também seja (relativamente) concretizado nessa mesma situação.

Metaforicamente, os princípios seriam retratados por um plano cinematográfico, ou seja, de movimentação – *ponderação* – e adequação à realidade. Enquanto isso, as regras mostram-se sob a forma fotográfica, que, *mutatis mutandis*, é estanque, estatática e absoluta – de (não) aplicação *radical*.

Esta distinção entre as regras e os princípios é passo necessário e fundamental para a delimitação de um conceito próprio para os direitos fundamentais sociais, bem como para a compreensão de sua aplicabilidade e incidência ao caso concreto. Isso porque, segundo se conclui, “as normas de direitos fundamentais sociais podem assumir tanto a estrutura de regras, quanto a estrutura de princípios, e com isso apresentar diferente caráter *prima facie*.”¹²

¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 78.

¹¹ ALEXY, Robert. *Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, Archives Rechts und Sozialphilosophie*, Separata 25/20. *Apud*: ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.*, pp. 38-39.

¹² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. Cit.*, p. 68.

2.1.2 Direitos fundamentais sociais como princípios e como regras

A indeterminação da natureza dos direitos fundamentais sociais é decorrente da preeminência hermenêutica das regras e dos princípios em relação à sua definição conceitual. A natureza de uma norma depende, antes, da sua interpretação e aplicação à realidade: se se aplica mediante *otimização* e relativização, será princípio; se se consagra o plano de exclusão entre uma norma aplicável e as não-aplicáveis, regra.

De qualquer sorte, independentemente da sua natureza, é certo que os direitos sociais são fruto de uma longa batalha da sociedade pela efetivação das garantias fundamentais, que, até 1988, eram consideradas apenas uma parte da *Ordem Econômica e Social*. Isso porque no antevir da Carta Constitucional atualmente vigente ainda não havia uma delimitação específica (como traz a Constituição Federal atual) de um capítulo voltado exclusivamente à disciplina desses direitos.

Atualmente, podem ser definidos os direitos sociais como verdadeiras garantias fundamentais, asseguradas constitucionalmente, cujo escopo fundante repousa na manutenção íntegra da vida e, conseqüentemente, da dignidade do cidadão. E tal não pode ser diferente, na medida em que, quando se fala em direitos sociais, inevitavelmente se fala em liberdade e dignidade; mais ainda, enfim, fatalmente “nós falamos de constituição, falamos de democracia, de igualdade, de separação de poderes, em síntese, falamos do Estado de Direito.”¹³

A Constituição Federal de 1967, concebida em pleno regime ditatorial, deixava em segundo plano a concepção de direitos fundamentais e sociais. Previa dois modestos títulos (*Título III – Da Ordem Econômica e Social; Título IV – Da Família, da Educação e da Cultura*, os quais, à exceção do título que tratava das disposições gerais e transitórias, eram, *curiosamente*, dispostos como os últimos títulos na organização material do texto constitucional), que, mais do que verdadeiramente garantir, dissolviam os direitos individuais em meio a questões relativas à exploração de jazidas minerais, à criação de regiões metropolitanas, ao regime das empresas concessionárias de serviços públicos, à propriedade e à

¹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais*, p. 1.

administração de empresas jornalísticas, à navegação de cabotagem e à lavra do petróleo, entre inúmeras outras, nessa mistura constitucional absolutamente heterogênea.¹⁴

O que hoje se conhece por *direitos fundamentais sociais*, parece forçoso dizer, só ganhou destaque com o advento da Constituição Cidadã de 1988. Se eles já haviam sido concebidos anteriormente, foi somente a partir da Lei Magna atualmente vigente que sua certidão de nascimento foi realmente assinada.

Para se ter uma melhor ideia desse descaso, atente-se para o fato de que o direito à saúde (objeto principal deste estudo) sequer era previsto no corpo do texto constitucional da Ditadura Militar. As únicas duas referências¹⁵ que se faziam ao termo “saúde” na Constituição de 1967 estavam na definição da competência da União em *estabelecer planos nacionais de educação e de saúde*¹⁶ e legislar sobre *normas gerais de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário*.¹⁷

Vê-se, portanto, que foi apenas com a Constituição de 1988, enfim, que se elevaram os direitos sociais ao seu patamar de importância.

Não obstante isso, vencida a etapa de conceituação, a segunda fase da instituição dos direitos fundamentais sociais se escancara: a sua efetivação. De nada adiantaria resumir-se a definir os aspectos principiológicos e/ou *regramentais* desses direitos, se não se buscar abandonar a utopia da constituição, em busca de uma “pedagogia constitucional”¹⁸ concreta.

Especificamente, aqui, o direito à saúde sofre demasiadamente com essa falta de aplicabilidade. O impasse existente entre as necessidades humanas, de um lado, e as escassezes de recursos financeiros, de outro, desestabiliza, em certa medida, a segurança constitucional que o Estado de Direito procura manter. A concretização real dos direitos, portanto, se volta ao debate e se dilacera em uma “*queda de braços*” entre o cidadão e o Poder Público.

¹⁴ Vide do art. 157 ao art. 172, CF/67.

¹⁵ A “emenda constitucional”, de 1969, acrescentou uma terceira previsão: Art. 25, §4º, que estabelecia a porcentagem (de 6% sobre o Fundo de Participação dos Municípios) que cada Município deveria aplicar em programas de saúde.

¹⁶ Art. 8º, XIV, CF/67.

¹⁷ Art. 8º, XVII, c, CF/67.

¹⁸ CLÉVE, Clémerson Merlin. *Op. Cit*, p. 4.

2.2 A RESERVA DO POSSÍVEL

Se se considerar, metaforicamente, que os indivíduos e o Estado ocupam, cada qual de um lado, os pratos de uma mesma balança, procurando fazer pesar, cada um para si, a medida dos direitos fundamentais sociais, é certo que a cláusula da *reserva do possível* interpretaria, exatamente, o papel dessa balança. Ela é a responsável por restringir, de um lado, a atuação estatal na efetivação dos direitos fundamentais, nos limites da prestação já consolidada – para as hipóteses de aplicação integral da *reserva do possível* –; e, por outro lado, é a responsável pelo elastecimento desmedido das reivindicações particulares em terem o seu direito fundamental plenamente garantido – para as hipóteses de inaplicabilidade absoluta da *reserva do possível*.

Entre o *peso* do Poder Público e o *pesar* de cidadão, a cláusula da *reserva do possível*, então, intermedeia as relações indivíduo-Estado.

2.2.1 A origem da cláusula no direito estrangeiro: sua natureza e suas características

O direito alemão foi o responsável pela primeira alcunha ao termo “*reserva do possível*” (*Der Vorbehalt des Möglichen*).

Em 1972, a Corte Constitucional alemã decidiu um caso paradigmático¹⁹ acerca de suposta violação ao art. 12, I, da Lei Fundamental de Bonn, em que dois estudantes pleiteavam o acesso a vagas no curso de Medicina, em duas universidades da Alemanha. Para a Corte, dado o aumento alarmante da procura por vagas em universidades após a II Guerra Mundial, conjugado com a falta de recursos públicos incapazes de manter a suficiente oferta de vagas em cursos

¹⁹ Caso *numerus clausus*, BVerfGE 33, 330, disponível em: www.servat.unibe.ch/dfr/bv033303.html. ACESSO EM 13/05/10.

superiores, os estudantes não teriam direito às vagas, pois o Poder Público já o fazia “dentro daquilo que era razoavelmente possível.”²⁰

Por sua *gênesis*, nota-se que a cláusula da *reserva do possível*, mesmo com significativas alterações de ordem aplicativa (de que se tratará adiante – *vide* Capítulo 3), mantém, ainda hoje, muito de sua configuração inicial. Ou seja, desde a sua primeira incidência, a *reserva do possível*, guardadas as devidas proporções de cada época, traduz-se na “existência de limites presentes na realidade dos fatos que condicionam a aplicação do direito.”²¹ Em outras palavras, a cláusula funciona como relativizador do fomento do Estado na efetivação dos direitos positivos, a partir da alocação político-racional dos recursos escassos.

Assim, o caráter relativizador parece ser pacífico na doutrina. O que é alvo de debates, por sua vez, e que Ana Carolina Lopes OLSEN bem ressalta, é a natureza da *reserva do possível*: seria um princípio, uma cláusula ou uma *condição de realidade*?

Quando se fala em princípio, claramente se está fazendo menção a uma ponderação da *reserva do possível*, que, para determinado segmento da doutrina, não se efetiva²². Na hipótese de haver a aplicabilidade da condição da *reserva do possível*, essa aplicação parece se dar *prima facie*; assim, o que se ponderaria e, portanto, se relativizaria é a dimensão da prestação da política pública, capaz de efetivar o direito (fundamental) social reclamado e não a (in)aplicabilidade da *reserva do possível*.

Ao se afirmar o caráter *clausídico*, dá-se à *reserva do possível* um aspecto menos preciso ainda. Analogicamente, cláusula é um dispositivo de contrato, que traz, por si só, uma regra a ser cumprida pelas partes contratantes. Ora, a *reserva do possível* não se resume suficientemente à sua denominação; pelo contrário, funciona como uma espécie de *instrumento* de concretização de direito prestacional, para além daquilo que, institucional e *essencialmente*²³, o Estado proporciona.

²⁰ Tradução do original alemão, disponível em: PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*, p. 17.

²¹ OLSEN, A. P. L. *Op. Cit.* p. 199.

²² Segundo OLSEN, “o que se pondera é a escassez de recursos apresentada pela reserva do possível, com o comando normativo do direito fundamental social.” *In*: OLSEN, A. P. L. *Op. Cit.*, p. 211.

²³ Entenda-se o termo “essencialmente”, aqui, não no sentido de *plenitude* e *perfeição*, mas na definição de *originariedade*, de prestação desvinculada de possível reclamação judicial de algum cidadão que, teoricamente, não seja contemplado pela política pública efetiva.

Diante disso, para OLSEN, a melhor teoria sobre a *reserva do possível* é aquela que a define como *condição de realidade*²⁴. Isso porque, se a ponderação da infinitude das necessidades humanas e a conscientização acerca da aplicação dos recursos insuficientes parecem ser extremos cardinais opostos, a *reserva do possível*, por tentar conflui-los a um denominador comum, é condição *sine qua non* para a concretização dos direitos sociais, que garantem vida digna aos cidadãos. Evidentemente, a legitimidade dessa concretização pode ser questionada, mas essa é uma discussão para momento oportuno, adiante (*vide* pontos 3.1 e 3.2).

2.2.2 A chegada da *reserva do possível* ao direito brasileiro

No Brasil, a *reserva do possível* foi inicialmente concebida com traços de nítida tentativa de “isenção de responsabilidade”²⁵ por parte do Estado. Por meio dela, o Poder Público pretendia (e, de certa forma, ainda pretende) ver-se exonerado da obrigação de satisfazer as necessidades vitais dos indivíduos no âmbito da judicialização dos direitos (seja em relação ao direito à saúde, à educação, à moradia, etc.), na medida em que, supostamente, já o faz dentro de suas reais possibilidades fático-financeiras, pela via regular administrativa.

De lado com essa definição polarizada da *reserva do possível*, que não a apresenta como uma real condição de possibilidade dos direitos fundamentais sociais, talvez o que melhor demarque os limites dessa cláusula²⁶ seja o conceito apresentado pelo e. Min. Celso de Mello, no julgamento da ADPF nº 45, em 2004.²⁷

Segundo o ministro do Supremo Tribunal Federal, a cláusula da *reserva do possível* estaria intimamente ligada ao binômio que conjuga, de um lado, “i) a *razoabilidade* da pretensão individual/social deduzida em face do Poder público” e,

²⁴ OLSEN, A. C. L. *Op. Cit.*, p. 212.

²⁵ Expressão de PEREIRA, A. L. P. *Op. Cit.*, p. 14.

²⁶ Apesar da diferenciação apresentada no ponto anterior (*vide* 2.2.1), usar-se-á cláusula, princípio e postulado da *reserva do possível*, como sinônimos, deixando-se claro, como já mencionado, que se considera mais acertada a posição que considera a *reserva do possível* como condição de realidade dos direitos fundamentais sociais, atuando, dessa forma, como limite externo desses.

²⁷ STF – ADPF 45; Rel. Min. Celso de Mello; DJ: 29/04/2004.

de outro, “ii) a existência de *disponibilidade financeira* do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”.²⁸

Fala-se em *razoabilidade da pretensão* quando se está diante de uma necessidade latente e plausível, seja de um indivíduo ou da comunidade, que não é atendida pelas prestações regulares do Estado. Ou seja, liga-se a relativa urgência do pedido com a possibilidade de dano na manutenção do *status quo*.

Em relação à *disponibilidade financeira*, por mais cruel e *economicista* que se apresente esse segundo postulado binomial, deve-se ter consciência de que o Estado se submete a um rígido controle orçamentário (tanto no aspecto normativo quanto no sentido da escassez de recursos) que o impossibilita de assumir todas as demandas dos sujeitos que, em não tendo, supostamente, seus *direitos* atendidos, recorrem ao Poder Judiciário para vê-los satisfeitos.

Essa situação se agrava quando se está diante do *direito de proteção à saúde*. A disputa entre a aplicabilidade imediata do direito dos cidadãos a ter acesso a remédios caros, tratamentos contra doenças raras, etc., e a limitação institucional-financeira do Estado, quase insolúvel, deixa o campo da administração para bater à porta do Poder Judiciário: a prestação jurisdicional toma o lugar das escolhas estritamente políticas dos administradores, para fazer valer, pela voz do magistrado²⁹, a razoabilidade na adequação concreta entre necessidade e possibilidade.

Enfim, seja como princípio, seja como regra, a efetivação dos direitos (fundamentais) sociais está intimamente ligada à sua condição de realidade (a *reserva do possível*) nas “*escolhas trágicas*”³⁰ da aplicabilidade e no comprometimento do erário público na proteção dos indivíduos.

²⁸ Trecho extraído do voto do e. Min. Relator da ADPF 45.

²⁹ Apesar dessa substituição, não se nega que as escolhas estabelecidas pelos representantes do Poder Judiciário, embora pretensas à imparcialidade, também estão impregnadas por características políticas, que desmistificam uma suposta neutralidade nas decisões jurisdicionais.

³⁰ Expressão cunhada por Gustavo AMARAL. *Direito, escassez e escolha. passim*.

3. O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Ao longo do tempo, desde a promulgação da Carta Constitucional de 1988, o artigo 6º, em que está inserida (e garantida), como direito social, a proteção à saúde, já teve o seu *caput* alterado por duas vezes. Em sua redação original não constavam os “atuais” direitos fundamentais sociais de moradia³¹ e de alimentação³². Vê-se, portanto, que o rol dos direitos sociais está cada vez mais sendo elástico³³, sem um horizonte próximo à vista³⁴.

Apesar disso, mesmo diante das oscilações e incertezas no rol dos direitos sociais, é certo que o direito (de proteção) à saúde consolidou-se como um dos mais importantes direitos trazidos pela Constituição Federal, resistindo bravamente às alterações do Poder Constituinte. E não à toa.

O direito à saúde se mostra, talvez, como o direito fundamental mais importante para a vida do indivíduo. Inegavelmente, as garantias de moradia, educação, trabalho, lazer, segurança, etc., são imprescindíveis para a manutenção de uma vida digna. Todavia, se não se considerar o acesso à saúde como uma *antesala* dos demais direitos, pode-se decretar a inviabilidade de efetivação desses, dado o manifesto atentado à vida do cidadão.

Proporcional às dimensões de sua relevância, a complexidade do direito à saúde também demonstra considerável robustez. Por isso, para que sejam mais bem compreendidos, a proteção e o acesso à saúde devem ser analisados sob três pilares principiológicos: a equidade, a integralidade e a universalidade (ou universalidade)³⁵.

³¹ Inserido pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000.

³² Inserido pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010.

³³ Evidentemente, o elenco de direitos previstos expressamente pelo art. 6º, da CF/88, não forma um rol exaustivo de direitos sociais. Trata-se, em verdade, de *numerus apertus*, que admitem a inserção de outros, ainda que não positivados.

³⁴ Já existe uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC), de autoria do Senador Cristovam Buarque (PDT-DF), para acrescentar, também, a “busca da felicidade” como direito fundamental social, constitucionalmente avalizado. Pela proposta, a redação do art. 6º passaria a ser: “Art. 6º. São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, 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.” (grifou-se).

³⁵ Ao lado desses princípios, outros ainda podem ser elencados, particularmente no que tange à constituição do Sistema Único de Saúde (SUS), tais como: resolutividade, gratuidade, descentralização e eficiência, cuja análise não convém, por ora. Vide ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. *SUS – O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. p. 163.

Quando se fala em equidade, faz-se referência à prestação de serviços, relacionados à saúde, de forma igualitária a todos os cidadãos. Se se assume a existência de disparidades no préstimo dos benefícios dessa natureza, a saúde estará, fatalmente, mutilada, se se considerar tal direito como um direito social, fundamental e de aplicabilidade imediata³⁶.

Paralelamente, a integralidade é outro princípio cuja observância é pressuposto intrínseco à concretização do direito à saúde. E essa integralidade deve ser vista em duas dimensões: integralidade do indivíduo, de modo a atender a todas as necessidades do ser humano como *ente vivo*; e integralidade dos serviços, promovendo todos os meios possíveis para garantir qualidade e prontidão no acesso à saúde. Ou seja,

o princípio da integralidade significa considerar a pessoa como um todo, atendendo a todas as suas necessidades. Para isso, é importante a integração de ações, incluindo a promoção da saúde, a prevenção de doenças, o tratamento e a reabilitação. Ao mesmo tempo, o princípio de integralidade pressupõe a articulação da saúde com outras políticas públicas, como forma de assegurar uma atuação intersetorial entre as diferentes áreas que tenham repercussão na saúde e qualidade de vida dos indivíduos.³⁷

Ainda com esses dois sustentáculos, de nada adianta o acesso à saúde de forma igualitária, contemplando, integralmente, as ações e os tratamentos possíveis, se tal acesso não é garantido a *todos* os cidadãos. Assim, deve-se assinalar a universalidade do atendimento e a totalidade da abrangência do acesso à saúde.

Resumidamente, portanto, “o direito à saúde pessoal pode ser considerado como um conjunto de intervenções que uma pessoa só necessitará às vezes, nem sempre vai querer, que não é imposto a ele, mas que deve estar sempre disponível”³⁸. Uma análise pormenorizada desse conceito faz nascer dele algumas conclusões importante, das quais se fara menção a pelo menos duas.

Em princípio, quando se fala em *intervenções que a pessoa necessitará às vezes, mas que, apesar disso, deve estar sempre à disposição*, destaca-se a ideia de disponibilidade e constância. Ou seja, para que o direito à saúde (assim como os demais direitos de segunda geração, que exigem, como tais, prestação positiva do

³⁶ Vide ponto. 3.2, abaixo

³⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE – MS, 2001, p. 342. In.: PINHEIRO, Paulo Sérgio; PINTO, Regina Pahim (org.). *Acesso aos direitos sociais: infância, saúde, educação, trabalho*, p. 100.

³⁸ Tradução livre: “The right to personal health care can be considered as a group of interventions that an individual will only sometimes need, may not always want, which are not be imposed on him, but which must be available.” In.: KING, Maurice. *Personal health care: the quest for a human right*. In.: Human Rights in Health – A Ciba Foundation Symposium. pp. 227-228.

Estado) seja efetivamente garantido, ao Poder Público cabe realizá-lo sempre que o cidadão dele o necessitar. Metaforicamente, aos adeptos da teoria do contratualismo³⁹, *mutatis mutantis*, seria como se os indivíduos e o Estado celebrassem, entre si, uma espécie de *contrato sinalagmático de trato sucessivo*, por meio do qual ao cidadão caberia cumprir, constantemente, com suas obrigações tributárias, e ao *Leviatã*, por outro lado, incidiria a incumbência de disponibilizar, ininterruptamente, os serviços de acesso à saúde.

Uma segunda conclusão a que se chega pela análise da conceituação apresentada é, exatamente, a questão do *conjunto (limitado) de intervenções*, fazendo-se clara referência à finitude dos recursos existentes. Vê-se, portanto, que o direito à saúde, por reclamar uma efetivação ampla e igualitária, mostra-se extremamente oneroso aos cofres públicos. E, exatamente nesse ponto, deve-se considerar o impasse entre a necessária universalização do acesso, de um lado, e as imprescindíveis *escolhas* para a garantia desse direito, de outro, da melhor forma possível, a partir da realidade limitatória dos recursos financeiros do Estado para tanto.

3.1 AS “ESCOLHAS TRÁGICAS” NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Toda prestação satisfativa de direitos, ditos, de segunda geração⁴⁰, ou seja, de garantias individuais que demandam uma atuação positiva do Estado, requer o dispêndio de recursos financeiros^{41 42}. E quando se fala em recursos financeiros, necessariamente está se fazendo referência à noção de escassez, inerente à

³⁹ Teoria social preconizada por Jean-Jacques Rousseau, pela qual buscava explicar a criação do Estado moderno e a manutenção da ordem social entre os indivíduos.

⁴⁰ Classificação elaborada por Paulo BONAVIDES. *In.*: BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*.

⁴¹ Como destacam Cass SUNSTEIN e Stephen HOLMES, não são apenas os direitos positivos que demandam dotação orçamentária do Estado. Evidentemente, os direitos de primeira geração, que reclamam uma posição *inerte* do poder estatal, em certa medida, também implicam na realização de despesas públicas. *Vide: The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes. Apud.* OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. Cit.*, pp. 185-186.

⁴² Em verdade, destaca-se, aqui, que a efetivação desses direitos não compromete apenas recursos de natureza financeira. No ramo da saúde, por exemplo, a demanda por recursos humanos, matéria-prima, entre outros, é particularmente grande.

conjugação que a ciência econômica tenta realizar entre bens disponíveis (limitados) e necessidades humanas (infinitas). Em outras palavras, como bem assinala Gustavo AMARAL,

a escassez é inerente aos recursos necessários à satisfação das necessidades públicas, em especial quanto à saúde, onde além da escassez de recursos financeiros, há carência de recursos não monetários, como órgãos, pessoal especializado e equipamentos, que são escassos em comparação com as necessidades.⁴³

Diante dessas linhas, como em um encarrilhamento de premissas e arremates, se a satisfação de direitos demanda recursos e se os recursos diante das necessidades dos seres humanos são escassos, conclui-se que será necessária a adoção de escolhas para a melhor alocação desses recursos, para que, conseqüentemente, haja uma atuação prestacional mais satisfatória do Estado. E é exatamente nesse contexto em que se inserem as, assim chamadas, “escolhas trágicas”.

A oferta de todos os recursos existentes e inexistentes, possíveis e impossíveis, pode levar a prestação estatal a custos ineficazes. A escassez é, portanto, *essencial*⁴⁴, e a alocação dos recursos, imprescindível. E, particularmente, quando essa limitação imposta ao Estado adentra à esfera do direito à saúde, a situação ganha outros ares, ainda mais nebulosos.

À primeira vista, falar em restrições à disponibilização de acesso à saúde pode soar imoral e completamente inadmissível. Todavia, não sustentar o contrário é dar as costas à realidade implacável que nos assola.

A verdade é que não há possibilidade de atendimento de todos os reclames advindos da sociedade. Por isso, devem-se efetivar *escolhas trágicas*, as quais, “em última análise, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.”⁴⁵

O grau de *tragibilidade* dessas escolhas repousa, tratando-se de direito de acesso à saúde, nas ordens de *quanto disponibilizar* e a *quem atender*⁴⁶. Quais os critérios que melhor posicionam a destinação dos recursos? Quais os responsáveis

⁴³ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, p. 172.

⁴⁴ “Essencial”, nesse caso, deve ser interpretado em seu sentido mais literal. Ou seja, a escassez está na essência dos bens; é inerente e intrínseca à atividade positiva de satisfação das necessidades humanas.

⁴⁵ AMARAL, G. *Op. Cit.*, p. 147.

⁴⁶ Esse tema em específico será tratado, de forma mais aprofundada, no Capítulo 4, abaixo. Nesse sentido, *vide* AMARAL, G. *Op. Cit.*, p. 148.

pela divisão dos serviços a serem prestados à população? Qual a melhor forma de se otimizar o acesso à saúde? Quais os limites do “mínimo existencial” que devem ser garantidos no momento da destinação dos recursos (in)disponíveis? Há, realmente, limites que podem ser impostos a esse chamado “mínimo existencial”? Enfim, como se vê, há uma gama de ponderações necessárias para a definição da inexorável alocação de recursos.

Pelo grau de imperatividade dado à alocação de recursos, o Administrador (ou, em algumas vezes, o julgador, suprindo lacuna deixada por aquele) tem de ser guiado pelo princípio da *justiça distributiva*, que nada mais é do que a conjugação de três fatores: *livre troca, merecimento e necessidade*⁴⁷.

O princípio da *livre troca* está ligado à concepção mercadológica da concorrência livre e igualitária. No momento do dispêndio dos recursos, o Estado deve combater a promoção particular de uns em detrimento de outros.

Quando se fala em *merecimento*, faz-se referência íntima à *necessidade*, que, diante de critérios médicos, estabelece qual a forma de alocação de recursos mais plausível e adequada para o caso de que se está diante.

Evidentemente, há inúmeros outros critérios de ponderação para a justeza nas escolhas de distribuição de recursos, tais como os métodos (simples) de sorteio, filas, urgência, hierarquias sociais, critérios pessoais, sem contar em tantos outros desrazoados. Contudo, é certo que, sejam os critérios razoáveis/justos ou irrazoáveis/injustos, para cada ato de escolher, precisamente por se tratarem de *escolhas trágicas*, corresponderá sempre um “não escolher”; o préstimo de um será o automático desprestígio de outro⁴⁸. Por isso é que, na resolução dos casos que tratam das incertezas do acesso à saúde, deve-se agir/julgar a partir de dois nortes: a garantia de um *mínimo existencial* e a consolidação da justiça, ainda que esse conceito de *justiça* seja uma compreensão humana, e, como tal, imperfeita.

Essa justiça, como se verá, oscila entre os conceitos de *microjustiça* e *macrojustiça*⁴⁹. Enquanto naquele habita a decisão do caso concreto, pontual, quase que insular, a macrojustiça, por outro lado, alberga a questão da isonomia na resolução de conflitos, ou seja, o julgamento de uma lide (ação por meio da qual o autor pede a concessão gratuita de medicamentos, por exemplo, para tratamento de

⁴⁷ AMARAL, G. *Op. Cit.*, p. 170.

⁴⁸ *Idem. Ibidem.*

⁴⁹ Termos cunhados por Gustavo AMARAL. *Op. Cit.*, *passim*.

doença rara) deve ser promovido de forma consciente e condizente, com olhos voltados a outras (possíveis) demandas que possam vir a ser analisadas futuramente, para que não haja desproporcionalidade nas ponderações.⁵⁰

Vê-se, portanto, a consolidação de uma espécie de tensão entre o olhar exato e restrito da justiça *micro*, voltado a uma direção, e os olhos isonômicos e abrangentes da justiça *macro*, a outra.⁵¹

3.2 O DIREITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL: GARANTIA DE APLICABILIDADE IMEDIATA?

Quando se fala em direitos fundamentais, considerados todos os componentes do conjunto de garantias⁵² imprescindíveis à manutenção da vida digna dos indivíduos, deve-se trazer à memória, automaticamente, a questão do conflito existente entre regras e princípios.⁵³ E isso se faz, exatamente, para que se conceba a possibilidade de aplicação imediata (ou não) desses direitos.

Como já mencionado anteriormente,

as regras são aplicadas de modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*) no sentido de que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida. Os princípios, ao contrário, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, que devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios.⁵⁴

Considerando essa distinção, poder-se-ia lançar mão das teorias interna e externa de restrições aos direitos fundamentais, para que se pondere acerca da aplicabilidade *prima facie* desses direitos.⁵⁵

A teoria interna concebe os direitos fundamentais (e, por consequência, o direito à saúde) como regras, uma vez que neles já estariam inseridos os seus

⁵⁰ Para mais, *vide* ponto 3.3, abaixo.

⁵¹ Nesse sentido, ver: AMARAL, G. *Op. Cit.* p. 39.

⁵² Ao longo desse trabalho, mesmo se tendo consciência das distinções trazidas pela literatura mais especializada, usar-se-ão os conceitos de garantia e direito como sinônimos.

⁵³ *Vide* ponto 2.1.1, acima.

⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, 6ª tir., p. 26, e *Is law a system of rules?*, In.: *The Philosophy of Law*, p. 45. *Apud.* ÁVILA, Humberto. *Op. Cit.* p. 37.

⁵⁵ Nesse sentido, *vide* SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Capítulo 4.

limites, como parte integrante da sua própria essência. Desse modo, independentemente do *suporte fático*⁵⁶ concreto sob análise, os direitos fundamentais não comportariam sopesamento e ponderações, haja vista estarem imanentes, em seu cerne, suas próprias limitações, constitucionalmente previstas *a priori*. Assim, “os direitos fundamentais, nessa perspectiva, não são absolutos, pois têm seus limites definidos, implícita ou explicitamente, pela própria Constituição.”⁵⁷

Em contra partida, a teoria externa divide o objeto, considerado uno pela teoria interna, em dois: “há, em primeiro lugar, o *direito em si*, e, destacadas dele, as suas *restrições*.”⁵⁸ Dessa forma, a ponderação e o conflito são mecanismos extremamente possíveis (e, mais do que isso, necessários) de adaptação das normas ao caso concreto.

Para essa segunda teoria, os direitos fundamentais, porque passíveis de ponderação, parecem ser vistos como princípios, restringíveis apenas no momento da constituição do suporte fático, a partir da incidência da norma jurídica. Considera-se nessa visão, portanto, o direito fundamental como absoluto, irrestrito, cujas limitações repousariam apenas nas peculiaridades do caso concreto. De tal medida, conclui-se que a teoria externa⁵⁹ submeteria a aplicação do direito (à saúde) a etapas de relativização, para efetivação dentro dos limites impostos, por exemplo, pela *reserva do possível*.

Considerando o direito à saúde como direito fundamental social, previsto pela Constituição Federal, de 1988 (art. 196), e, ainda, tendo em vista a hipótese de ponderação em sua aplicação, a partir da teoria externa adotada, uma indagação vem à tona: como garantir uma aplicação imediata de um direito, que, como tal, está passível de restrição, controle e sopesamento?

Para se responder a essa pergunta, deve-se lançar mão de um conceito imprescindível quando o assunto é “direito fundamental”: *conteúdo essencial*.⁶⁰

O conteúdo essencial é definido, na sua essência, “a partir da relação entre diversas variáveis – e de todos os problemas que as cercam -, como o suporte fático dos direitos fundamentais (amplo ou restrito) e a relação entre os direitos e suas

⁵⁶ Compreende-se suporte fático, sinteticamente, como “aquêl fato, ou grupo de fatos que o compõe, e sobre o qual a regra jurídica incide.” MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. t. 1, p. 19.

⁵⁷ SILVA, V. A. da. *Op. Cit.* p. 131.

⁵⁸ *Idem. Ibidem.* p. 138.

⁵⁹ Pelo viés assumido por esse trabalho, adotar-se-á a teoria externa como a mais adequada à configuração dos direitos fundamentais, considerando-se sua integralidade enquanto *prima facie*, mas destacando-se sua restringibilidade quando da incidência no caso concreto.

⁶⁰ Termo apresentado por Virgílio Afonso da SILVA. *Op. Cit. passim*.

restrições (teorias externa e interna)⁶¹. Ou seja, não se pode olvidar o cumprimento do cerne do direito garantido, tal como previsto *prima facie*, para a manutenção do mínimo existencial do indivíduo. Contudo, a efetivação desse direito parece não poder ser absoluta (no sentido literal do termo), na medida em que estará restringido pelas condições fáticas, jurídicas e econômicas que o cercam. E é exatamente nesse ponto que se insere o conceito da *reserva do possível*.

A partir da *regra da proporcionalidade*⁶² e de seus desdobramentos – adequação, necessidade, proporcionalidade *stricto sensu* e eficiência –, tendo o aspecto de possibilidade econômico-financeira como plano de fundo, passa-se por uma série de etapas até a concretização efetiva do direito, ainda que se adote a classificação de um direito fundamental, e, portanto, de aplicação *imediata*:

a) Inicialmente, ainda no âmbito normativo, tem-se o direito (à saúde) completo, pleno, garantido pela Constituição Federal, mesmo que de forma genérica;

b) No momento da efetivação desse direito, diante das restrições orçamentárias e das limitações de recursos, deve-se considerar se a medida a ser adotada é proporcional;

c) No momento da efetivação desse direito, diante das restrições orçamentárias e das limitações de recursos, deve-se considerar se a medida a ser adotada é adequada;

d) No momento da efetivação desse direito, diante das restrições orçamentárias e das limitações de recursos, deve-se considerar se a medida a ser adotada é necessária;

e) No momento da efetivação desse direito, diante das restrições orçamentárias e das limitações de recursos, deve-se considerar se a medida a ser adotada é eficiente.

Desse modo, diante de tudo o que se perspassou, adotando a teoria externa como a que, para esse estudo, melhor se enquadra na realidade do direito à saúde, conclui-se que a efetivação de um direito, seja ele elevado ao *status* de constitucional, fundamental e social, ou não, só se dará nos limites do seu conteúdo essencial. Desse modo, ao mesmo passo em que se buscará a garantia do mínimo

⁶¹ SILVA, V. A. da. *Op. Cit.* p. 206.

⁶² Para Virgílio Afonso da SILVA, a proporcionalidade seria (meta)regra, e não princípio, uma vez que assumiria a função de reger a aplicação de outras regras.

existencial do indivíduo, ainda se observará as (im)possibilidades orçamentárias dos cofres públicos.

Adotando-se a teoria externa, a qual, como já mencionado, destaca a total cisão entre os direitos (constituídos *a priori*) e suas limitações (incindíveis *a posteriori*), pode-se considerar a *reserva do possível* como uma importante limitação à efetivação desses direitos. Todavia, se, ao contrário, elege-se a teoria interna como cabível ao estudo dos direitos fundamentais sociais, parece haver uma total impossibilidade de aplicação da *reserva do possível*, haja vista que as ressalvas à aplicação do direito já estariam nele impregnadas desde a sua concepção.

Portanto, a depender da abordagem (ou da teoria) que se adota, em primeiro plano estará ora o direito em sua plenitude (com as restrições inerentes à própria natureza do direito estabelecidas *a priori*, como preconiza a teoria interna), ora a restrição imposta, *a posteriori*, pelas vicissitudes do caso concreto (tal como opta a teoria externa).

O impasse entre os caminhos escolhidos para a análise da (in)efetivação dos direitos fundamentais sociais, especialmente do direito (de proteção) à saúde, será o objeto do capítulo a seguir. O embate entre a teoria interna do indivíduo e a teoria externa do Estado comporá, oportunamente, o cerne do presente trabalho, enquanto os demais pontos já tratados orbitam em torno de sua gravidade, sem, por óbvio, desconsiderar-se a imprescindibilidade desses.

4. A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL E SUA APLICABILIDADE: O MEIO TERMO

Como todo direito social constitucionalmente definido, o direito de proteção à saúde tem inerente à sua natureza uma dimensão negativa, segundo a qual é defesa qualquer atuação que impossibilite sua fruição ou, mais radical ainda, a sua própria existência. Todavia, o tema central dos direitos fundamentais, ao contrário, repousa sobre a sua dimensão positiva, ou seja, sobre a sua extensão que demanda uma atuação comissiva do Estado – aqui, a *mera* não-intervenção estatal é incapaz de proporcionar a real concretude desse direito; há de se concretizar um *fazer* do Poder Público, de modo a garantir, na sua plenitude⁶³, o direito à saúde.

O reclame por uma efetivação concreta do direito (fundamental) social de acesso à saúde

provoca o Estado a engajar-se na adoção dos meios necessários à preservação da vida humana e tratamentos de doenças, bem como o compromete a tornar disponíveis recursos e serviços adequados à proteção ou ao restabelecimento da saúde dos titulares desse direito.⁶⁴

E essa atuação, como não poderia deixar de ser, tem a limitação financeira como elemento intrínseco à sua configuração. Dessa forma, para além das restrições existentes na própria natureza do direito à saúde⁶⁵, há de se considerar a incidência da cláusula da *reserva do possível* como meio de justificação da inércia estatal no fomento das necessidades de saúde dos cidadãos, por entaves de ordem orçamentária.

Quando se fala em *reserva do possível*, naturalmente está se fazendo menção ao máximo *possível* que o Estado pode disponibilizar de suas *reservas* financeiras para o atendimento das demandas sociais ainda não materializadas. Portanto, ainda que o art. 196, da CF/88, defina o direito à saúde como “*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*”, parece

⁶³ Quando se fala em “*plenitude*”, obviamente não se está referindo-se a um suposto aspecto *absoluto* do direito à saúde. Ao contrário, está-se apenas afirmando as medidas possíveis de efetivação frente ao caso concreto.

⁶⁴ OLIVEIRA, Fábio C. dos Santos. *Op. Cit.*, p. 59.

⁶⁵ Nesse sentido, *vide* ponto 3.2, acima (teoria interna).

haver certa idealização no discurso adotado por essa previsão. Assim, se se fala em *políticas sociais e econômicas* para a garantia do direito à saúde, apresenta-se como evidente a dependência da atuação estatal aos limites impostos pelos recursos financeiros disponíveis.

Em certa medida, portanto, diante do quadro de escassez *versus* necessidades, a *reserva do possível* pode ser vista como uma forma encontrada pelo Poder Público de trazer a previsão constitucional (originalmente formulada nos meados dos anos de 1980⁶⁶) à realidade social hodierna. Ou seja, a cláusula da *reserva do possível*, se empregada de modo razoável, poderia conceder factibilidade à prestação estatal dos serviços de proteção à saúde.

Evidentemente, não se pode dar à *reserva do possível* caráter absoluto, o qual justificaria toda e qualquer omissão do Estado, pelo mero argumento de inviabilidade financeira; infactível, portanto. Contudo, se não se concede determinada verossimilhança à cláusula, o caráter absoluto é transferido ao direito à saúde, o que o tornaria, da mesma forma, inexecutável.

O cerne da questão, portanto, está no equilíbrio.

4.1 EMBATE: O DIREITO À SAÚDE E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

O problema maior do embate entre as limitações de orçamento estatal, de um lado, e a necessidade pessoal de acesso à saúde, de outro, está no limiar entre consolidar esse direito social, de forma real e efetiva, e defini-lo como mera diretriz constitucional programática, sem, portanto, dar-lhe a concretude pretendida pelo legislador constituinte.

Não atender à efetivação do direito de acesso à saúde, por insuficiência de recursos, mesmo que pareça ser, em certa medida, escusa verdadeira e legítima sob a ótica do Estado, pode “subverter os ditames da Constituição da República

⁶⁶ Em verdade, a Constituição Federal foi fruto de uma evolução histórica da realidade social do Brasil, que, após enfrentar um longo tempo de governo ditatorial, embasou-se no que de mais avançado havia na experiência constitucional do mundo, para, somente então, concretizar-se como um documento garantidor e protetivo das necessidades humanas.

mediante omissão que somente agrava quadro de persistente disparidade social.”⁶⁷
Por isso, há de se ter um equilíbrio equitativo entre as reais necessidades do sujeito e as efetivas condições do Estado, pois, quer se queira, quer não, seja qual for a justificativa que se propõe,

a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como sói acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter com seus próprios recursos o atendimento necessário.⁶⁸

Obviamente, Estado e cidadão devem ter consciência de que razões de ordem orçamentária não podem sobrepor-se ao mote de proteção à vida das pessoas. Mas cada lado dessa relação defende a efetividade do direito à saúde dentro dos limites que considera *razoável*.

Ao Estado, parece admissível alegar que já oferece os serviços de acesso à saúde que lhe são possíveis efetivar, como, por exemplo, a prestação dos atendimentos gratuitos pelo Sistema Único de Saúde; a estipulação de um rol de medicamentos fornecidos gratuitamente àqueles que são portadores de enfermidades específicas, por meio da Portaria 2577/2006, do SUS, entre inúmeras outras medidas. Assim, a *reserva do possível* é plausível ao Poder Público, segundo o qual já há a prestação razoável dos serviços de proteção à saúde, dentro dos seus limites impostos pela insuficiência de seu orçamento.

Por outro lado, entretanto, ao cidadão que não é contemplado pela *universalidade* dessas políticas sociais de proteção à saúde, a aplicabilidade da *reserva do possível* não é lícita, nem mesmo razoável. Se às prestações estatais regularmente oferecidas não se tem acesso, outras devem ser colocadas à disposição do cidadão. E a defesa da acessibilidade desse direito só é viável se ele for sindicável, ou seja, “se houver uma estrutura estatal capaz de impor coercitivamente o respeito a estas normas, obrigando os destinatários a cumprir os deveres nela previstos.”⁶⁹

Enfim, o que se tentará abordar a seguir é, exatamente, a disparidade dos posicionamentos do cidadão e do Estado acerca da (in)aplicabilidade da *reserva do possível*, de modo a justificar a sua pretensão ou a sua omissão. Ao final, então,

⁶⁷ OLIVEIRA, Fábio C. dos Santos. *Op. Cit.*, p. 60.

⁶⁸ SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 315.

⁶⁹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Op. Cit.*, pp. 186-187.

tentar-se-á demonstrar qual o meio mais razoável (que, talvez, não seja, necessariamente, o meio “mais correto”) de se *resolver* esse *irresolúvel* impasse.

4.1.1 A inaplicação da *reserva do possível*: o olhar do cidadão

Na ampla maioria dos estudos que deitam olhos sobre a discussão relativa à cláusula da *reserva do possível* e à proteção dos direitos fundamentais das pessoas, parte-se, sempre, de um pressuposto, que, para o posicionamento doutrinário adotado por este trabalho, soa equivocado: opera-se a cisão absoluta entre as esferas estatal e social, incumbindo-se apenas àquela o encargo de garantir a efetividade desses direitos. Assim, teoricamente, o Estado, suposto detentor do poder *supremo*, seria o exclusivo responsável pelas imperfeições presentes nas prestações de serviços públicos, enquanto que à sociedade caberia o papel de reivindicar os seus direitos, por ser, apenas, vítima e alvo dessas deficiências.

Ao contrário desse panorama, para se tratar do tema da *reserva do possível*, seja lá qual for o enfoque que se quer adotar, é imperioso que se considere que, “naturalmente, não [há] uma separação estanque à maneira do Estado liberal (...), mas uma separação dos núcleos essenciais de cada um destes pólos.”⁷⁰ Ou seja, tratando-se estritamente de direito à saúde, há de se considerar a responsabilidade, também, do *todo* a que tal direito é destinado. Por mais que lhe seja um direito constitucionalmente garantido, a sociedade tem, da mesma forma, um dever para com a saúde⁷¹.

Talvez, os mais adeptos da ciência do positivismo puro poderiam argumentar que, pela expressa previsão da CF/88, o direito à saúde é, em verdade, “*direito [restrito] de todos e dever [exclusivo] do Estado*”, e que qualquer estipulação em contrário não poderia ser recepcionada pelo ordenamento pátrio, posto que incongruente com os dizeres da Carta Constitucional. Contudo, tal pensamento não

⁷⁰ NABAIS, José Casalta. *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*, pp. 63-64.

⁷¹ Parece óbvia tal conclusão de que o(s) direito(s) são, em verdade, vias de *mão dupla*, cuja consequência está no ônus de se agir de tal modo a se tornar titular desse(s). Mas a pesquisa que ensejou o tema central deste trabalho fez-nos concluir que, em ampla parcela, os estudos relativos à *reserva do possível* e ao direito à saúde desconsideram a máxima consolidada de que *para cada direito, pressupõe-se, logicamente, um dever*.

pode prosperar, mesmo porque o pensamento *juspositivista* já não se adequa mais à realidade social contemporânea.

A Lei 8.080/90 define, em seu art. 2º, par. 2º, que o “dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”, o que, por si só, justificaria a inserção da sociedade no aspecto oneroso do direito à saúde. Mas ficar apenas com esse argumento seria um grande contrasenso, eis que se estaria adotando o viés *positivista*, já criticado. Por isso, outros fundamentos devem ser levantados.

Inicialmente, no campo do direito à saúde impera o princípio da solidariedade, o qual

exige o co-respeito e a participação recíproca dos destinatários do direito de proteção à saúde, a fim de que sua definição coadune-se com uma sociedade “onde a saúde de cada um seja levada em consideração ao mesmo tempo em que aquela do grupo, uma sociedade em que cada indivíduo seja responsável por sua própria saúde e pela dos demais (...)”⁷²

Conexo a este princípio, outro ponto importante que sustenta a conjugação de esforços (entre Estado e pessoas) no comum objetivo de dar vida às *normas programáticas* de direitos fundamentais está no fato de que se se onerar exclusivamente o Poder Público com tal encargo, haverá uma evidente defasagem na efetivação desses direitos. A tendência natural de se culpar unilateralmente o Estado pela prestação insuficiente lança sobre ele “um excesso de carga para a qual pode já não haver disjuntores capazes de evitar o seu curto-circuito ou até o seu incêndio.”⁷³

Quanto menos direitos se reclama do Estado, melhor este pode efetivá-los. É, portanto, uma questão de escolha: ou se onera excessivamente o Estado, para se conquistar o pouco, fazendo pouco; ou se onera razoavelmente o Estado, para se conquistar o muito, fazendo o suficiente.

Pois bem. Apesar desses argumentos, não nos escapa a ideia natural, quase que instintiva, que lota o pensamento das pessoas: “se eu pago os meus impostos em dia, é evidente que já faço a minha parte na busca pela efetivação dos meus direitos”; “eu pago, o Estado me dá”; “se as medidas político-públicas, oferecidas regularmente pelo Poder Público, não satisfazem as minhas necessidades, devo me valer do Poder Judiciário para defender os meus direitos”...

⁷² OLIVEIRA, F. C. dos S. *Op. Cit.*, p. 66.

⁷³ NABAIS, J. C. *Op. Cit.*, p. 64.

E, em certa medida, tais posicionamentos são perfeitamente justificáveis (e, talvez, até razoáveis). Por isso, deve-se entender qual é o olhar do cidadão sobre a (in)aplicabilidade da reserva do possível nas demandas relativas ao direito à saúde.

Inevitavelmente, aqui, estar-se-á adentrando ao campo do litígio propriamente dito. Ou seja, já se tentará reconhecer quais são os argumentos apresentados pelo cidadão na (tentativa de) defesa do seu direito (supostamente) violado, quando do acesso ao Judiciário, para, por exemplo, reclamar o fornecimento de medicamentos caríssimos para o tratamento de doenças raras; reclamar internação em instituição privada de saúde, já que o Sistema Único público não comporta o tratamento necessário, etc.

Nesse ponto, o papel do Poder Judiciário parece ser imprescindível na construção de um Estado (legitimamente) Democrático de Direito, haja vista que cabe à atuação de seus componentes (tribunais e juízes) a função de *jurisdictio*, ou seja, de “dizer o direito”, de interpretar o que o legislador disse e, mais além, o que ele quis dizer. E essa função é acentuada quando se adentra ao campo dos princípios e das indeterminações jurídicas, tão afetas aos direitos fundamentais⁷⁴.

O direito de ação concretiza a indispensabilidade desse poder. Mais ainda, usufruindo-se de tal direito, o cidadão busca *ouvir do Judiciário* se lhe cabe (ou não) o direito de que é supostamente titular.

Pensando nesse panorama de acesso ao Poder Judiciário como elemento (quase que) intrínseco à fruição de uma garantia a que tinha direito o cidadão, mas que não foi atendida pela via administrativa direta, nada parece mais natural que o exercício do direito de ação das pessoas na busca incessante pela proteção de sua saúde.

Os argumentos sustentados pelos sujeitos ao questionar sobre a efetivação do seu direito (aqui, restritivamente, o direito à saúde) são das mais variadas ordens, oscilando conforme as vicissitudes da demanda. Assim,

podem-se agrupar os pedidos em: *i*) o fornecimento de medicamentos, constantes ou não da lista do SUS; *ii*) tratamento médico, no Brasil ou no exterior, para a moléstia em questão, e que envolvam ou não o fornecimento de medicamentos; *iii*) implementação de políticas públicas

⁷⁴ Nesse sentido, vide BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*, p. 20. Disponível em: http://www.pge.rs.gov.br/download.asp?nomeArq=revista_pge_66.pdf. ACESSO EM: 28/08/2010.

destinadas à disposição de mecanismos preventivos e paliativos no tratamento de moléstias; iv) concessão de órgãos para transplante.⁷⁵

Enfim, há uma série de reclames, cuja procedência deve passar, necessariamente, pela atuação jurisdicional, a qual “deve guardar parcimônia e, sobretudo, deve procurar respeitar o conjunto de opções legislativas e administrativas formuladas acerca da matéria pelos órgãos institucionais competentes.”⁷⁶

Adjetiva-se como *necessária* a atuação jurisdicional nesses casos, pois se está diante do descumprimento das obrigações⁷⁷ estatais impostas pelo ordenamento constitucional. É evidente que tal necessidade não se observa nas hipóteses em que as *políticas sociais e econômicas* são levadas a cabo dentro do contexto de *satisfatibilidade* dos cidadãos.

Os litígios instaurados pelos indivíduos, portanto, dentro da esfera do direito à saúde, estarão sempre versando sobre a condenação do Estado na obrigação de disponibilizar ao autor o que este considera necessário e suficiente para o atendimento pleno do seu direito à saúde. Portanto, a cláusula da *reserva do possível* para o cidadão não terá qualquer possibilidade de aplicação, pois, se ela – cláusula – fundamenta-se na suposta realidade de que o Poder Público já presta todos os serviços possíveis para o atendimento da população, tal não se aplica ao demandante, que provocou o Poder Judiciário exatamente por não ter suas necessidades satisfeitas.

Assim, para o olhar do cidadão, a cláusula da *reserva do possível*, na esfera jurisdicional, não tem espaço. Claramente, ele – cidadão – adota uma visão de *microjustiça*, pleiteando, apenas, um direito (à saúde) que se pode definir como *egoístico*, cujo não atendimento lhe soa completamente desarrazoado. Nessa ótica, o orçamento é capaz de prover-lhe a necessidade, e, mais ainda, a restrição financeira não pode sobrepor à necessidade de proteção da vida.

A contra-argumentação vem em seguida: o Estado sorve a *reserva do possível* como a pílula medicinal para a cura de todos os seus males financeiros.

⁷⁵ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. *Op. Cit.*, p. 109.

⁷⁶ BARROSO, L. R. *Op. Cit.*, p. 21.

⁷⁷ Leia-se o termo “*obrigações*”, aqui, no seu sentido mais leigo possível, desprovido de sua acepção *juscontratualista*.

4.1.2 A aplicação genérica da *reserva do possível*: o olhar do Estado

A intermediação do Poder Judiciário para satisfação de direitos que deveriam (originariamente) ser efetivados pelo Estado, em sua atuação administrativa, é criticada por parte da doutrina. Duas dessas críticas merecem destaque.

A primeira delas diz respeito, exatamente, à *ilegitimidade* do juiz em decidir como o Estado pode (e deve) alocar os seus recursos de modo (supostamente) otimizado. Invalidando essa prática, sustenta-se que

é apenas o legislador democraticamente legitimado quem possui competência para decidir sobre a afetação destes recursos, falando-se, neste contexto, de um princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, diretamente deduzido do princípio democrático e vinculado, por igual, ao princípio da separação de poderes.⁷⁸

A seguir, tem-se a segunda crítica, cuja fundamentação repousa, exatamente, sobre a cláusula da *reserva do possível*. Segundo ela, a judicialização do direito à saúde não se justificaria, na medida em que o Estado já fornece, dentro das suas possibilidades fático-econômicas, todos os serviços de atendimento à população, de modo a garantir, ao menos, o conteúdo essencial desse direito.⁷⁹

Como já descrito, a *reserva do possível* está intimamente relacionada à escassez dos recursos que o Estado tem a seu dispor, para o fim de atender às necessidades da população. Todavia, na mesma toada com que o ordenamento constitucional adotou uma postura protetiva e garantidora dos direitos fundamentais (fruto da herança histórica ditatorial que o país enfrentou durante décadas), essa escassez tornou-se ainda mais acentuada, embora parece ter sido, na verdade, as *necessidades* que sofreram certo elastecimento.

A argumentação do Estado pode prosperar se se adotar uma visão de *macrojustiça*.

Evidentemente, a condenação, pontual, em determinado litígio, para, por exemplo, que o Estado forneça medicamentos específicos para o tratamento de uma doença em particular, talvez não comprometa os cofres públicos de modo decisivo.

⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*, *Interesse Público* 12:102, 2001. *Apud*. BARROSO, L. R. *Op. Cit.*, p. 23. Nota 45.

⁷⁹ *Idem. Ibidem.*

Contudo, essa decisão abre precedentes para que inúmeras outras demandas sejam ajuizadas, cujos resultados (de procedência ao autor, condenando o Estado) serão certamente decisivos na destinação dos recursos financeiros existentes. E é nesse contexto que a *reserva do possível* se insere: atua como instrumento *relativizador* das obrigações estatais, proibindo o exagero, “de modo que não se pode exigir do Estado e da sociedade algo fora dos padrões do razoável, do adequado, do necessário e do estritamente proporcional.”⁸⁰

Pelo princípio da dotação orçamentária, deve haver uma pré-determinação dos destinos que serão dados aos recursos arrecadados pelo Estado. Caso o Estado seja judicialmente obrigado a prover tratamentos de saúde que não estavam originariamente previstos em seu planejamento de gastos, por exemplo, certamente haverá um descompasso no orçamento, o qual comprometerá a atuação em outras frentes de políticas públicas – educação, transporte, etc.

Apesar de parecer forte, um raciocínio mais apurado poderia, facilmente, fazer esse argumento cair por terra, especificamente quando se remete, novamente, à ideia de que os limites financeiros não podem mitigar a proteção à vida das pessoas. Mais ainda, há de se destacar a concepção de que a dotação orçamentária não é tão estanque quanto se apresenta: os próprios cientistas financeiros admitem que “não deixam de ser previsões, que podem ou não se confirmar, em maior ou menor extensão. [Estão] mais para a astrologia do que para a Matemática.”⁸¹

De qualquer sorte, o posicionamento do Estado, portanto, é de aplicação genérica da cláusula da *reserva do possível*, de modo a blindá-lo de qualquer obrigação que transborde a atuação já efetivada por meio das políticas públicas normalmente oferecidas.

Essa proteção excessiva de seu orçamento não pode ser vista, de maneira rasa, como uma negativa geral por maldade do administrador (embora, às vezes, isso pareça ser realmente verdadeiro). Ao contrário, a preocupação em não comprometer os cofres públicos com fomento de determinado direito fundamental (à saúde, por exemplo) está na tentativa de prestar todos os direitos, ao menos em seu mínimo essencial, de forma igualitária. Assim, seria verdadeiramente razoável, em hipótese, fornecer medicamentos excepcionais para o tratamento de saúde com o

⁸⁰ OLSEN, A. C. L. *Op. Cit.*, p. 213.

⁸¹ Editorial: *Orçamento, democracia e maturidade institucional*. In: REVISTA DE DIREITO DO ESTADO. v. 2, n.6, abr./jun. 2007.

dinheiro destinado à construção de creches e escolas para comunidades que não são atendidas pelo sistema público de educação? Mais ainda, seria justo pagar tratamento experimental caríssimo a pessoa acometida por doença rara, utilizando-se de verbas suficiente para arcar com a compra de medicamentos que favoreçam cem pessoas, em todo o país? Enfim, há uma série de ponderações de que o Estado se utiliza para fazer valer o seu argumento de que, dentro de um *possível* já previamente *reservado*, ele atua e garante os direitos fundamentais da população. Para além do regular, não há como avançar, sob pena de comprometer todo o sistema financeiro da máquina administrativa.

Aqui está, portanto, o aspecto genérico da aplicabilidade da *reserva do possível*: para o ente estatal, essa cláusula deve incidir sobre qualquer demanda judicial que reclame, no direito à saúde, determinada prestação não oferecida (ou complementação de determinado serviço insuficiente), de modo que ele – Estado – não seja compelido a atender às necessidades das pessoas para além do que já faz. Evidentemente que, como já mencionado anteriormente,

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.⁸²

Mas e quando não há, verdadeiramente, recursos suficientes para “se proteger a inviolabilidade do direito à vida”, o que fazer? Visto sob uma ótica mais humana e sensível, negar o acesso integral à saúde da população soa cruel e desarrazoado; mas, sob a ótica da economia e da dicotomia escassez de recursos/necessidades infinitas, a limitação da prestação estatal é tão natural quanto a Lei da Gravidade. Tudo está dependente, portanto, do posicionamento que se adota.

⁸² Voto Min. Celso de Mello, que aparece nos seguintes julgados do STF: RE 267612 / RS, AI 570455/RS, AgRg no RE 271286/RS, RE 198265/ RS, RE 248304/ RS, AgRg no RE 273834-4 / RS e RE 393175/RS

4.2 O MEIO TERMO: A PONDERAÇÃO CASUÍSTICA DA APLICAÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL

A pretensão de universalização do direito à saúde demonstra a roupagem utópica com que se reveste o sistema constitucional. Ao normatizar o *inalcançável*, o *plexo* constitucional nacional “começa apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critéiose [sic] de voluntarismos diversos.”⁸³

A *irrealizabilidade* da Constituição Federal pode se dar por três razões distintas: ou “em virtude da intrínseca deficiência do texto” ou pela “manifesta ausência de condições materiais para o seu cumprimento” ou por “impossibilidade de jurisdicização do bem ou interesse que pretende tutelar.”⁸⁴ Especificamente quanto ao tema que ora se enfrenta, o direito de proteção à saúde parece se enquadrar na segunda dessas razões, embora se possam encontrar seus vestígios imersos em todas as demais circunstâncias apresentadas.

Falar em *acesso universal e igualitário às ações e serviços destinados à promoção, proteção e recuperação do direito à saúde*⁸⁵ pode soar como uma ambição irrealizável na sua integridade, exatamente por não se vislumbrar condições materiais suficientes à satisfação plena desse direito. A escassez inerente aos recursos financeiros disponíveis ao e disponibilizados pelo Estado impede a efetivação total das necessidades humanas relativas à proteção da saúde.

Apesar disso, se não se garante, pelo texto constitucional, a universalidade e a integralidade do direito de acesso à saúde, o legislador constituinte fatalmente estará esvaziando o propósito de humanidade e dignidade intrínsecos à Carta Constitucional. Assim, instaura-se o paradoxo: se garante demais, a Constituição não se engaja à realidade e torna-se, portanto, documento irrealizável; se garante de menos, ela não atinge o escopo a que se propõe, qual seja, o de efetivar as necessidades humanas na sua essência.

A solução para essa incompatibilidade passa, necessariamente, pelas mãos do juiz. E, para isso, este juiz deve estar inserido em

83 BARROSO, L. R. *Op. Cit.*, p. 3.

84 AMARAL, G. *Op. Cit.* p. 16.

85 Art. 196, da CF/88.

um judiciário vinculado às diretivas e às diretrizes materiais da Constituição, um judiciário ativista, voltado para a plena realização dos comandos constitucionais e para compensar as desigualdades e o descuido da sociedade brasileira para com a dignidade da pessoa humana, (...) *não apenas apegado aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, simples guardião do status quo.*⁸⁶

A insinceridade normativa do constituinte, ao se transformar em “promessa constitucional inconsequente”, leva o Poder Público a, “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.”⁸⁷ Assim, “o insucesso das soluções apontadas pelo legislador e a incongruência dos objetivos eleitos pelos administradores quando confrontados como o interesse público redefiniram o papel a ser desempenhado pela jurisdição constitucional”⁸⁸; em outras palavras, o Poder Judiciário é provocado a sanar a lacuna deixada pelo Poder Executivo, ainda que o Poder Legislativo haja definido os direcionamentos da atuação estatal.

Quando se trata da judicialização dos direitos fundamentais, em especial do direito à saúde, há uma questão anterior que deve ser levada em consideração: “a submissão dessas posições a regras jurídicas opera um fenômeno de transmutação, convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas.”⁸⁹ Isso quer dizer que há um rearranjo da justificação da atividade prestacional do Estado: o que antes derivava de atividade administrativa em essência, agora é motivado por imposição de decisório judicial.

De qualquer forma, as demandas apresentadas ao crivo do Poder Judiciário são, em supostas condenações ao Estado, todas realizáveis. Ou seja, em uma dimensão de *microjustiça*, qualquer reclame de fornecimento de medicação e de prestação de atendimentos médicos é possivelmente exequível. Por maior que seja a condenação, o Estado parece ter condições, em dimensão pontual, de fazê-la cumprir.

86 CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. São Paulo: RT, 1995., pp. 217-218. Apud. AMARAL, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 17.

87 Voto do Ministro Celso de Mello. AgRg. RE 273834. STF. In.: WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006. p. 13.

⁸⁸ OLIVEIRA, F. C dos S. *Op. Cit.*, p. 74.

⁸⁹ PEGORARO, L. N. *Op. Cit.*, p. 95.

Essa realização, contudo, resta prejudicial quando se voltam olhos às dimensões mais abrangentes de justiça. Certamente, cumprir determinada prestação, inicialmente imprevisita pelo orçamento público, por determinação judicial, fatalmente requererá a realocação de recursos originários de outras esferas. Dessa maneira, afirmar, superficialmente, que a mera análise casuística das situações de demandas particulares de acesso à saúde resolveria a situação de (in)aplicabilidade da cláusula da *reserva do possível* não é de todo conclusiva.

Sabe-se que “o argumento puramente econômico não pode prevalecer; embora deva sempre ser levado em conta.”⁹⁰ Portanto, a efetivação dos direitos fundamentais, e, por consequência, do direito à saúde, “deve estar colorida pelo princípio da razoabilidade”⁹¹, para fim último de se atingir o mínimo ideal a cada cidadão, ou, ao menos, chegar-se ao mais próximo dele possível, haja vista ser demasiado utópico considerar viável o seu atingimento completo.

O mínimo ideal é um conceito extremamente impreciso, com limites imersos em densa penumbra. Assim, para que se tenha melhor noção do que se entende por “mínimo ideal”, José Augusto Dias de CASTRO estabelece a seguinte metáfora, a partir da leitura de DWORKIN:

Imagine-se uma sociedade com uma distribuição de renda perfeita, em que todos têm a mesma receita; não há planos de saúde, e os indivíduos precisam analisar preços a cada vez em que precisarem de tratamento médico, pois irão pagar de seu próprio bolso; o Estado não fornece nada; todas as pessoas são minimamente informadas sobre o que é bom e o que é ruim em termos de tratamento médico. Os custos destes cidadãos serão os mais racionais possíveis, e os mais eficientes possíveis. Logo, este seria o mínimo ideal a ser fornecido pelo Estado. Assim, quanto mais próximo se chegar deste nível, visto que atingi-lo por inteiro é utópico, mais justiça se estaria fazendo, segundo uma análise econômica do direito.⁹²

O grande objetivo da judicialização do direito à saúde é, fundamentalmente, evitar o excesso de ambos os lados. Pela parte do Estado, a sua omissão desmotivada torna-se um abuso que não deve ser tolerado, motivo pelo qual se permite ao cidadão questionar o acesso à saúde por meio da via judicial; por outro lado, ao cidadão, também, não vale pleitear o desarrazoado, ou seja, requerer prestação que ultrapassa os limites das suas necessidades, razão pela qual ao Poder Público é lícito se valer do Judiciário para se defender e garantir a limitação

⁹⁰ CASTRO, José Augusto Dias de. *A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito*. In: REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA, p. 152.

⁹¹ CASTRO, J. A. D. de. *Op. Cit.*, p. 153.

⁹² *Idem. Ibidem*, p. 154.

de sua atividade prestacional dentro da possibilidade e da plausibilidade. Estamos, aqui, portanto, diante do já mencionado princípio da proporcionalidade, que norteia todo o embaraço envolvendo a sindicabilidade do direito à saúde, sendo útil não apenas

para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional.⁹³

Mesmo sendo válida e imprescindível a discussão da proporcionalidade na definição da alocação de recursos públicos à efetivação do direito à saúde, é certo que, em um momento anterior, “quando os juízes intervêm para a proteção ao direito à saúde, já é tarde demais.”⁹⁴ Ou seja, quando a prestação de serviços de proteção e acesso à saúde é levada à esfera judicial é porque, em algum momento, houve violação da previsão constitucional estabelecida; se não total omissão, certamente houve prestação insuficiente por parte do Estado, de modo que ao cidadão resta a reclamação do seu direito para além da via administrativa.

Enfim, vê-se, portanto, que nenhum dos posicionamentos extremos deve ser adotado quando se trata de direito à saúde. Nem à maneira do cidadão, para quem a *reserva do possível* é totalmente inaplicável, considerando toda demanda à proteção à saúde válida e razoável, cabendo ao Estado apenas cumpri-la, inequestionavelmente; nem conforme quer o Estado, com aplicação genérica e desmedida da referida cláusula, de modo a justificar a sua atuação insuficiente, eis que a faz dentro dos limites que a disponibilidade financeira o permite.

Os dois pontos fundamentais que constroem o posicionamento considerado como melhor pela doutrina para a definição razoável do problema de judicialização do direito à saúde são, basicamente, o princípio da proporcionalidade e o julgamento conforme os contornos de *macrojustiça*, sem necessariamente se limitar, restritivamente, às peculiaridades do caso concreto isolado, e, ao mesmo tempo, sem colocar em segundo plano a essência do *welfare state* de proteção à vida dos indivíduos.

⁹³ GANDINI, J. A. D. *et alli. Op. Cit.*, p. 18.

⁹⁴ OLIVEIRA, F. C. dos S. *Op. Cit.*, p. 75.

4.2.1 Os riscos da incidência tópica da cláusula

O cerne da discussão, nesse tópico, gira em torno da dicotomia já apresentada entre teoria interna e teoria externa da limitação afeta aos direitos fundamentais⁹⁵. No caso específico da teoria interna, a escassez dos recursos é analisada *a priori*, ainda no âmbito normativo do direito fundamental social; ou seja, a cláusula da *reserva do possível* incidiria como

condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida.⁹⁶

Neste caso, em se tendo os limites imbricados na própria definição positivada do direito, a sua esfera normativa somente agasalharia as condições *faticamente praticáveis* pelo Estado. Isso quer dizer que, com o entrave orçamentário estabelecido junto à atividade legislativa composicional do direito à saúde, por exemplo, não se poderia falar em um direito à saúde propriamente dito para além dos limites previamente estabelecidos. Dessa forma, afirmar um direito à saúde cuja efetivação dependeria de despesas extras ao Estado “seria afirmar o impossível, afirmar algo que o titular do direito não logrará exigir, pois o Estado não tem condições de cumprir.”⁹⁷

Por outro lado, à teoria externa relaciona-se a incidência da *reserva do possível a posteriori*. Em outras palavras, apenas no momento da efetivação real do direito à saúde é que se averigua a possibilidade financeira de prestá-lo. Dessa forma, a previsão *prima facie* é plena e ilimitada; ao contrário da outra teoria, portanto, interferências internas ao âmbito normativo do direito são possíveis e, em certa medida, legítimas.

Quando se fala em limites externos à determinação de conteúdo dos direitos sociais, pode-se proceder à sua relativização. Assim, estabelece-se um “processo de ponderação entre os bens jurídicos que a reserva do possível visa proteger (...) e o

⁹⁵ Vide ponto 2.1, acima.

⁹⁶ OLSEN, A. C. L. *Op. Cit.* p. 198. Versão em PDF.

⁹⁷ *Idem. Ibidem*, p. 198.

bem jurídico que se busca mediante a tutela do direito fundamental argüido em juízo.”⁹⁸

Quer uma, quer outra, ambas as teorias apresentam acertos, mas também trazem pontos negativos.

A teoria interna, que considera a *intrinsicidade* da *reserva do possível* ao âmbito normativo do direito social, concede um ilimitado grau de discricionariedade ao Poder Público no momento da definição da alocação dos recursos⁹⁹. Por outro lado, a cláusula da *reserva do possível* como elemento externo ao direito fundamental social pode justificar a omissão do Estado na não-prestação de políticas necessárias à efetivação desse direito; isso quer dizer que a falta de recursos (aceitável) poderia justificar a ineficiência estatal (inaceitável).

O que se torna lícito indagar diante dessas ponderações é: em qual esfera parece ser mais adequado inserir a *reserva do possível*: no momento da positivação do direito à saúde, ainda no âmbito normativo ou na etapa de efetivação diante do caso apresentado ao Judiciário, quando a prestação regular administrativa não consegue suprir as necessidades dos indivíduos?

Rogar pela cláusula da *reserva do possível* como limite na concretização da genérica previsão constitucional do direito à saúde parece lógico e plausível, à primeira vista. E tal realmente o seria se não se estivesse pondo em jogo o direito à vida do cidadão.

Verdadeiramente, pela alocação prévia dos recursos financeiros disponíveis pelo e ao Estado, é certo que o orçamento afeto às prestações públicas de proteção e efetivação do direito à saúde é escasso. Contudo, é lícito falar em impossibilidade financeira quando se está diante da necessidade de realização da atividade mais genuína do Estado Democrático de Direito, que é garantir condições mínimas de dignidade às pessoas?

É evidente que esse debate não se instaura em uma dimensão de *microjustiça*, como já exposto. Isso porque, independentemente da condenação judicial sofrida pelo Poder Público, é certo que haverá finanças suficientes para suprir tão decisão de, por exemplo, prestar determinado tratamento hospitalar ou, quem sabe, fornecer remédio de alta complexidade e elevado custo. Mas, em termos de *macrojustiça* o cenário muda seu plano de fundo.

⁹⁸ PEREIRA, A. L. P. *Op. Cit.*, p. 243.

⁹⁹ Nesse sentido, *vide* PEREIRA, A. L. P. *Op. Cit.*, 247.

Dessa maneira, o que se depreende de todo o apresentado até aqui é de que, em que pese à necessária proteção genérica e universal do direito à saúde, tal só se faz imaginável quando trazida para o campo da realidade. Verdadeiramente, dependendo da teoria que se adota, sempre haverá o combate entre a imprescindível proteção ao direito à vida, de um lado, e a inegável escassez de recursos de outro. Assim, mesmo que aquele direito à vida deva prevalecer sobre esse aspecto econômico, se se desconsidera a realidade concreta da prestação jurisdicional do direito à saúde, corre-se o risco de torná-lo uma previsão constitucional recheada de sentido, mas descoberta de solidez.

4.2.2 A mitigação das injustiças pela aplicação conforme as vicissitudes do caso concreto

A razoabilidade nas decisões, cujos meandros perpassam, necessariamente, pela garantia do direito à saúde e, ao mesmo tempo, pela observância dos limites orçamentários impostos ao Estado, ressalta a necessidade de que

o magistrado avalie efetivamente o suposto risco à saúde implicado e não somente se submeta, sem questionamento ou verificação, à alegação de que, por se tratar desse direito, inevitavelmente existe o risco à vida da pessoa, sem analisar detidamente o caso, proferindo uma decisão de aceitação do pedido, com base na aplicação da cláusula geral contida no artigo 196 da Constituição Federal.¹⁰⁰

Ou seja, na fundamentação motivadora das sentenças proferidas, ainda mais por se tratar de um direito tão delicado e, ao mesmo tempo, em uma virada paradoxal, tão pujante, como é o direito à saúde, há de se levar em conta parâmetros de razoabilidade e racionalidade, capazes de “justificar a eventual quebra do princípio da isonomia, pois este também é um dos efeitos vislumbrados a partir do conteúdo de decisões que desconsideram a universalidade do direito de proteção à saúde.”¹⁰¹

¹⁰⁰ RÉ, Mônica Campos de. *Direito à saúde: critérios para a tomada de decisões judiciais* Disponível em: http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/ARTIGO_MonicaRe_Direitoasaude_1.pdf. ACESSO EM: 23/08/2010.

¹⁰¹ *Idem. Ibidem.*

Para que se possa averiguar, portanto, a razoabilidade na alocação de recursos, bem como a aceitabilidade do argumento de insuficiência de recursos, a análise do caso concreto deve destacar a dimensão de *macrojustiça*. Desse modo, na medida das possibilidades, os pronunciamentos judiciais a que se submete a tutela do direito à saúde

dever conter a devida e necessária justificação porquanto serão mais legítimos quanto mais universal puder ser sua abrangência, acrescendo-se que sua legitimação também decorre da aceitação da comunidade jurídica e dos cidadãos em geral.

Cumprir assinalar a necessidade de se conferir racionalidade às decisões judiciais sobre os temas referentes à saúde, baseando-se em parâmetros mínimos de aceitabilidade quanto ao enfrentamento das escolhas dos Poderes Executivo e Legislativo.¹⁰²

Pois bem. A judicialização do direito à saúde, para que não incorra no defeito de ser inevitavelmente inócua, deve estar atenta às possibilidades que as condições materiais permitem ao Estado. Em sendo de outra forma, “pouco adiantará, do ponto de vista prático, a previsão normativa ou a refinada técnica hermenêutica se absolutamente não houver dinheiro para custear a despesa gerada por determinado direito subjetivo.”¹⁰³

Sabe-se, reiterado à exaustão neste estudo, que, via de regra, “razões vinculadas à reserva do possível não devem prevalecer como argumento a, por si só, afastar a satisfação do direito e exigência do cumprimento dos deveres, tanto conexos quanto autônomos.”¹⁰⁴ Todavia, desconsiderar tais razões por completo é incorrer em um fatal equívoco de considerar a proteção do direito à saúde, alçada ao patamar constitucional, como mera norma programática.

As vicissitudes do caso concreto são decisivas para se aferir a necessidade de o Poder Público se ver impelido à prestação das políticas indispensáveis ao direito social de proteção à saúde. Entretanto, não se pode olvidar o impasse: em dimensões *micro*, a consequência lógica de efetivar o direito à saúde em limites excepcionais dados pela sua judicialização é, possivelmente, a de prejudicar a alocação prévia de recursos a demais esferas de atuação estatal; em dimensões *macro*, a consequência lógica de não efetivar o direito à saúde para além do

¹⁰² RÉ, M. C. de. *Op. Cit.*

¹⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. *Op. Cit.*, pp. 236-237.

¹⁰⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, p. 201.

ordinariamente exercitado pela via administrativa é negar o direito à dignidade e à vida de um cidadão em favor da coletividade.

E aqui há uma ponderação que, na verdade, é difícil de ser concebida como tal: entre “direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito a vida e a saúde de outros, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples.”¹⁰⁵

O embaraço parece, então, não ter fim. Mesmo assim, para se concluir sobre a veracidade dessa afirmação, o capítulo seguinte abordará a questão estritamente factual do direito à saúde. Apresentar-se-ão os números relativos à realidade que permeia as práticas de (in)efetivação da saúde da população, além do que se observará como os tribunais estão atuando diante desse impasse.

¹⁰⁵ BARROSO, L. R. *Op. Cit.* p. 4.

5. O CASO CONCRETO: DIREITO À SAÚDE X RESERVA DO POSSÍVEL

É, efetivamente, no campo concreto de judicialização do direito à saúde que o conflito entre necessidades infinitas e recursos finitos ganha o seu colorido fundamental.

5.1 OS CUSTOS DO DIREITO DE ACESSO À SAÚDE: OS NÚMEROS DE UMA REALIDADE FATÍDICA

Talvez seja uníssono o discurso da doutrina que trata do impasse entre a efetivação concreta dos direitos sociais e a disponibilidade de recursos financeiros de que a escassez inerente às condições orçamentárias do Estado deve ser sempre levada em conta. Contudo, de lado com essa obviedade impalpável, poucos são os levantamentos que demonstram, estatística e numericamente, quais as proporções dessa limitação, ou seja, quanto o Poder Público gasta, anualmente, com o cumprimento de decisões judiciais que o condena ao pagamento de tratamentos de saúde caríssimos, ao fornecimento de medicamentos de valores exorbitantes, enfim, quanto de recursos financeiros o Estado disponibiliza à saúde da população, quanto a Constituição Federal originalmente prevê e quanto ele paga além, em decorrência de condenações judiciais.

De acordo com a previsão expressa do art. 198, da Constituição Federal, a *aplicação anual mínima de recursos em ações e serviços públicos de saúde será igual à porcentagem estipulada diferentemente para cada ente federativo*. Assim, tem-se que, para a União, haverá lei complementar, reavaliada a cada cinco anos, pelo menos, estipulando tal proporção¹⁰⁶; no caso de Estados e do Distrito Federal,

¹⁰⁶O projeto de lei 306/08, o qual *dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente por Estados, Distrito Federal, Municípios e União em ações e serviços públicos de saúde, os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo*, definia, em seu art. 2º, que “a União aplicará, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde, no mínimo, o montante equivalente a dez por cento de suas receitas correntes brutas”, entendidas essas como toda receita de ordem tributária, patrimonial, industrial, agropecuária, de contribuições, de serviços, de transferências correntes, além de outras receitas correntes.

o percentual será aplicado sobre o *produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155¹⁰⁷ e dos recursos de que tratam os arts. 157¹⁰⁸ e 159, inciso I, alínea a, e inciso II¹⁰⁹, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios*; quanto aos Municípios, a base de cálculo está no *produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156¹¹⁰ e dos recursos de que tratam os arts. 158¹¹¹ e 159, inciso I, alínea b e § 3º¹¹²*, da Constituição Federal.

Essas *pré-dotações* orçamentárias definem a profundidade passível de ser alcançada pelos entes da federação. Todavia, esses limites são relativizados quando se adentra ao mundo da judicialização dos direitos sociais.

Para se ter uma ideia, entre 2005 e 2009, apenas o Governo Federal dispendeu mais de R\$ 190 milhões, estritamente com o cumprimento de decisões judiciais, que o condenaram ao custeio de tratamentos de saúde não disponibilizados pelo SUS.¹¹³ Esses números não param por aí:

Em 2005, a União gastou R\$ 2,4 milhões em ações judiciais para aquisição de remédios. O número contrasta com os R\$ 95,3 milhões empenhados em 2009 para o mesmo fim, o que mostra um aumento de 40 vezes nas despesas do governo decorrentes de sentenças favoráveis ao cidadão. (...) em 2008, o Ministério da Saúde destinou R\$ 754 milhões para este fim, além de mais de R\$ 2,35 bilhões com a aquisição de remédios específicos para doenças como tuberculose, Aids e hanseníase. O órgão cita ainda que o Orçamento aprovado em 2009 aumentou em 14%, para 60 bilhões, a quantia destinada à saúde.

(...)

O governo federal gastou pouco mais de R\$ 16 milhões, de 2005 a 2009, com depósitos em contas judiciais por determinação da Justiça. A esse valor são acrescidas as despesas anuais com medicamentos comprados para atender ordens da Justiça, o que totaliza mais de R\$ 191 milhões.¹¹⁴

¹⁰⁷ Impostos cuja instituição é de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal.

¹⁰⁸ Parcela do produto de arrecadação tributária promovida pela União, pertencente aos Estados e ao Distrito Federal.

¹⁰⁹ Respectivamente, 21,5% da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados; e 10% sobre o produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, proporcional ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

¹¹⁰ Impostos cuja instituição é de competência exclusiva dos Municípios.

¹¹¹ Parcela do produto de arrecadação tributária promovida pela União, pertencente às municipalidades.

¹¹² Respectivamente, 22,5% da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados; 25% da arrecadação obtida pela previsão do art. 159, II, da CF/88.

¹¹³ <http://www.fiepr.org.br/redeempresarial/News2125content96349.shtml>. ACESSO EM: 10/08/10.

¹¹⁴ *Idem*. ACESSO EM: 10/08/10.

Algumas conclusões podem surgir a partir desses dados: o crescimento dos valores gastos, anualmente, pela União com ações judiciais¹¹⁵ poderia sugerir, em uma proporcionalidade direta, um aumento nas doenças cujo tratamento não é disponibilizado regularmente pelo SUS ou um aumento no número de demandas judiciais intentadas contra o Poder Público, para custeio de tratamentos de saúde; já em uma proporcionalidade inversa, uma diminuição no montante disponibilizado pelo Poder Público para o custeio das ações relativas à saúde.

Essa última hipótese sucumbe diante do quadro evolutivo das despesas anuais realizadas pelo Fundo Nacional de Saúde: em 2005, foram gastos R\$ 31.037.602.193,84; em 2006, R\$ 33.399.124.841,41; no ano seguinte, 2007, R\$ 34.142.889.648,86; e no ano de 2008, R\$ 37.759.156.050,21.¹¹⁶

Restam, portanto, duas teorias que tentariam explicar o incremento das despesas do Estado com condenações judiciais de ações de fomento à saúde: ou houve um aumento quantitativo e qualitativo das doenças em nosso país, de tempos para cá, ou tornou-se crescente o acesso ao judiciário, para fim de se alcançar aquilo que originariamente deveria ser prestado pelo Poder Público, ainda na esfera administrativa. Como os limites científicos desse trabalho não permitem optar, categoricamente, pela primeira opção, elege-se a segunda, ainda que para fins didáticos.

Parece natural se conceber um aumento nos numerários disponibilizados pelo Estado para o financiamento de políticas públicas de proteção à saúde da população. Seja devido aos avanços tecnológicos, seja pelo crescimento populacional, ou, até mesmo, pelo aumento da expectativa de vida e conseqüente envelhecimento da sociedade, é certo que as despesas inerentes ao direito à saúde tendem a crescer de forma constante.

Por isso, não se pode atribuir, exclusivamente, o aumento dessa despesa a uma suposta “banalização” do processo de judicialização dos direitos sociais (especificamente, aqui, do direito à saúde). Entretanto, essa conclusão já não parece se manter tão fortemente sustentada quando se dá um passo à frente: de

¹¹⁵ Este mesmo endereço eletrônico citado na nota anterior apresenta uma tabela com os valores gastos, anualmente, pela União estritamente com condenações judiciais relativas à prestação de serviços de saúde: 2005 – R\$ 2.441.041,95; 2006 – R\$ 7.600.579,92; 2007 – R\$ 17.530.346,45; 2008 – R\$ 52.383.132,01; 2009 – R\$ 95.388.459,11; Depósitos em contas judiciais – R\$ 16.069.691,00.

¹¹⁶Dados obtido em <http://www3.transparencia.gov.br/TransparenciaPublica/jsp/execucao/execucaoPorNatDespesa.jsf> ACESSO EM: 15/05/09.

lado com as incertezas no aumento/diminuição do acesso ao judiciário, o que, decisivamente, tem grande parcela de contribuição na elevação das condenações do Estado é o novo (ou não tão novo assim) posicionamento a que se vem filiando o Poder Judiciário quando se fala em direito à saúde.

É o que se verá a seguir.

5.2 ANÁLISE DA POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL QUANTO À APLICAÇÃO DA CLÁUSULA DA *RESERVA DO POSSÍVEL*

As pesquisas jurisprudenciais de tribunais superiores, assim como de órgãos de segundo grau, demonstram certa homogeneidade em seus julgamentos¹¹⁷. No que diz respeito ao resultado da judicialização do direito à saúde, algumas características em comum são predominantes nas decisões prolatadas, dentre as quais se destacam: 1) confirmação da possibilidade de demandar a defesa ao direito a saúde em juízo, não admitindo, portanto, a tese de que a judicialização do direito à saúde afrontaria o princípio da separação de poderes; 2) contra as decisões proferidas, os recursos julgados são, na sua ampla maioria (para não se dizer, unanimidade), interpostos por um dos entes federativos, pleiteando suspensão de liminar concedida em favor do cidadão, os quais, em regra, são julgados desprovidos; 3) reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes federados em relação à efetivação do direito à saúde¹¹⁸.

Pela ordem apresentada, a possibilidade de judicialização do direito à saúde, nos casos em que há omissão de prestação do Estado ou em que essa prestação, embora existente, dá-se de forma insuficiente, justifica-se pelo sistema de “*freios e contrapesos*” que rege a relação de interdependência e autonomia dos três poderes. Em outras palavras, isso quer dizer que, em princípio, cabe ao Poder Executivo, a partir dos direcionamentos legais apresentados pelo Poder Legislativo, promover a

¹¹⁷ Para fundamentação deste capítulo, foram pesquisadas jurisprudências prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual contempla os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná.

¹¹⁸ Dos mais de 30 julgados pesquisados (13 (treze) do STF; 6 (seis) do STJ; 12 (doze) do TRF-4), apenas dois deles deram provimento ao recurso interposto pelos entes federativos. Além disso, cada um deles apresentou, ao menos, um dos fundamentos acima apresentados.

cumprimento de políticas públicas efetivadoras da dignidade humana dos indivíduos; mas,

tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático.

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.¹¹⁹

Caso não se admitisse a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais sociais inobservados, ter-se-iam “comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional, motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.”¹²⁰

A responsabilidade solidária dos entes da federação está reconhecida no fundamento de que a controvérsia na “competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária”¹²¹

Especificamente quanto à aplicabilidade da *reserva do possível* por cada tribunal, o Supremo Tribunal Federal

entende que o direito à saúde é um direito fundamental jurisdicionalmente tutelável e que deve ser efetivado pelo Estado de forma “plena” e “universal”. Diz ainda que cabe ao Poder Judiciário atuar quando o poder público for omisso de forma “anômala”, “arbitrária”, “intolerável” ou por comportamento “desviante”.¹²²

Ou seja, uma vez que, como tribunal superior e como última palavra na guarda da Constituição Federal, ao STF cabe exclusivamente ponderar e, conseqüentemente, manifestar-se sobre questões de direito (e não fáticas), a Máxima Corte nacional tem afirmado, de forma recorrente em seus julgados, ainda que genericamente, a impossibilidade de invocação da cláusula da *reserva do possível* pelo Estado

¹¹⁹ STF- ADPF 45/DF – Rel. Min. Celso de Mello. DJ: 29/04/2004.

¹²⁰ STF – SL 47 AgR – Rel. Min. Gilmar Mendes. Voto Min. Celso Mello. DJ: 17/03/2010.

¹²¹ TRF-4 – Apelação/Reexame Necessário nº 2007.70.05.003167-0/PR – Rel. Min. Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA. DJ: 31/08/2010.

¹²² WANG, Daniel W. L. *Op. Cit.*, p. 14.

com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹²³

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, dá nova roupagem à cláusula.

Segundo o entendimento majoritário da corte, a *reserva do possível*, na sua essência, traduz-se no corolário de que “o indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus.”¹²⁴ Ou seja, parece haver um deslocamento no foco dado à questão, retirando, primariamente, a questão orçamentária do centro, trazendo à tona a razoabilidade e adequação da demanda.

Apesar disso, o STJ, talvez porque também restrito às questões de direito das demandas apresentadas a seu crivo, nessa mesma decisão, que parece traduzir o posicionamento majoritário da corte, é decisivo no sentido de que “o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial.” Justificando tal posicionamento, salienta que “qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito.”¹²⁵

O Tribunal Regional Federal (no caso deste trabalho, especificamente o da 4ª Região) já parece estar mais “próximo” das demandas judiciais, principalmente porque tem contato com o conjunto fático-probatório dos litígios, não se furtando à análise dos “pontos estritamente de direito”. Por isso, para fins didáticos, as pesquisas nesse grau jurisdicional parecem muito mais fecundas e colaboradoras.

A maioria esmagadora das decisões que versam sobre fornecimento de medicação específica para tratamento de saúde assevera que “deve a parte autora comprovar a sua atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto.”¹²⁶ Isso demonstra, claramente, maior afetação à *reserva do possível*, haja vista excepcionarem princípios de necessidade e imprescindibilidade da prestação, como antesala de

¹²³ STF – RE-AgR 410715/SP – Rel. Min. Celso de Mello. DJ: 18/09/2008.

¹²⁴ STJ – REsp 1041197/MS – Rel. Min. Humberto Martins. DJ 25/08/2009.

¹²⁵ *Idem. Ibidem.*

¹²⁶ TRF-4 – AC Apel. Cível 0000001-37.2009.404.7205/SC - Des. Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA. DJ: 25/08/2010.

afirmações abruptas¹²⁷ como a de que “obstáculo de ordem burocrática ou orçamentária [...] não podem ser entraves ao cumprimento constitucional que garante o direito à vida.”¹²⁸

De lado, momentaneamente, com as razões fundamentadoras das decisões apresentadas, é certo que quando a discussão acerca da efetivação (ou não) dos direitos sociais, especificamente, aqui, do direito à saúde, adentra aos limites do crivo do Poder Judiciário é porque houve, em uma etapa anterior, lesão ou ameaça ao direito de alguém. Sabe-se, portanto, que “os conflitos encaminhados ao Poder Judiciário, na verdade, constituem-se em verdadeiras ‘válvulas de escape’ para situações de ineficiência ou inércia dos demais poderes.”¹²⁹

A disparidade na prestação estatal justifica a excepcionalidade da tutela judicial para fins de defesa dos direitos fundamentais sociais. O Poder Judiciário deve ser considerado como “a última trincheira para a garantia definitiva dos direitos fundamentais sociais, incluído o direito de proteção à saúde”¹³⁰, ainda mais quando o objetivo pretendido é o de se “obter a necessária distribuição igualitária dos bens que são devidos aos cidadãos pelo Estado, efetuando-se, por este meio, a justiça distributiva, compensando-se as desigualdades existentes na sociedade.”¹³¹

Aos poucos, a recorrência com que o Poder Judiciário é sucitado a manifestar-se acerca da necessidade de proteção aos direitos não atendidos pelo Poder Público parece tornar a sindicabilidade desses direitos como regra à sua efetivação, ainda mais quando se fala do direito à saúde. Para além do fato de a Administração Pública ter sido incumbida, constitucionalmente, da responsabilidade de designar e implementar políticas públicas, “o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais”¹³², necessário à satisfação dos fins delineados pelo Estado Democrático de Direito.

Retomando as diretrizes fundamentadoras das decisões decorrentes do processo de judicialização dos direitos sociais (à saúde), parece consenso de que,

¹²⁷ Evidentemente, não se está aqui querendo referir, em absoluto, que as decisões dos tribunais regionais são mais razoáveis ou mais acertadas que as prolatadas pelos tribunais superiores. Muito pelo contrário, cada qual tenta, dentro dos limites de suas possibilidades legalmente permitidas, ascender as resoluções dos litígios ao mais alto patamar de justiça.

¹²⁸ STF – REExt. 342413/PR – Rel. Min. Ellen Gracie. DJ: 14/10/2004.

¹²⁹ RÉ, M. C. de. *Op. Cit.*

¹³⁰ *Idem. Ibidem.*

¹³¹ *Idem. Ibidem.*

¹³² STJ – REsp 1041197 / MS – Rel. Min. Humberto Martins. DJ: 25/08/2009.

em virtude da *reserva do possível*, não é lícito ao indivíduo exigir do estado prestações excessivas, que escapam dos limites da razoabilidade, de modo que não é lícito que a sociedade assuma esse encargo. Contudo, por outro lado, não cabe ao Estado escamotear suas responsabilidades de prestações mínimas de garantia da dignidade humana, sob o mero argumento de insuficiência financeira.

Por tudo o que se viu, portanto, em poucas palavras: ao mínimo existencial não parecer ser possível opor a cláusula da *reserva do possível*; na mesma medida, o cidadão não pode demandar aquilo que extrapola os limites da sua necessidade, bem como da possibilidade real de prestação.

Esse parece ser o posicionamento mais acertado que a jurisprudência adota. Fala-se em *posicionamento mais acertado* não por quaisquer suposições infundadas ou teorias hipotéticas. Pelo contrário, diante de tudo o que se trouxe até aqui, o direito à saúde, como corolário do direito à vida, pode (e deve) ser protegido pelo Poder Judiciário quando não o feito pela Administração Pública; mas tal proteção só terá validade se assumir uma postura verossímil e, portanto, plausível.

As regras, em sua ampla maioria, confirmam-se exatamente pelas suas exceções. E o caso da jurisprudência que trata do direito à saúde parece ser mais um desses exemplos.

Para além do grande grupo de decisões desfavoráveis ao Estado, ou seja, julgados que o condenam à prestação positiva de efetivação à saúde dos cidadãos, há de se destacar a incidência de alguns posicionamentos jurisprudenciais que destoam desse vasto elenco.

Em um desses julgados *destoantes*, sobressalta-se um posicionamento interessante. Interessante, na medida em que parece, na contramão do que procede a maioria dos julgados, atentar-se a questões que transcendem os parcos limites da lide *sub judice*. Verdadeiramente, a decisão não deixa de assinalar, em momento algum, que o direito à saúde é, sim, “um direito subjetivo de caráter eminentemente constitucional, cujo prestador da obrigação é o Estado, que tem o dever de desenvolver programas necessários”¹³³ para que a sua real efetividade e eficácia sejam alcançadas. Por outro lado, contudo, é categórico o julgado em reconhecer que

¹³³ TRF-4 – Apel./Reex. Necessário Nº 0005622-66.2005.404.7201/SC. Rel.: Jorge Antonio Maurique. DJ: 18/08/10.

não cabe ao Poder Judiciário tomar decisões que imponham medidas muito amplas, como no caso dos autos, com determinações genéricas que inviabilizem a própria ordem administrativa, obrigando o atendimento irrestrito e ininterrupto de política pública que o próprio Poder Executivo ainda não implantou.¹³⁴

Em outro julgado de evidente destaque, especificamente quanto ao fornecimento de medicamento, com clara convicção de *macrojustiça*, decide o julgador que alguns parâmetros devem permear a atuação do Poder Judiciário como substituto (ou como suprimento) da atividade administrativa do Estado. São eles:

a) eventual concessão da liminar não pode causar danos e prejuízos relevantes ao funcionamento do serviço público de saúde; b) o direito de um paciente individualmente não pode, *a priori*, prevalecer sobre o direito de outros cidadãos igualmente tutelados pelo direito à saúde; c) o direito à saúde não pode ser reconhecido apenas pela via estreita do fornecimento de medicamentos; d) havendo disponível no mercado, deve ser dada preferência aos medicamentos genéricos, porque comprovada sua bioequivalência, resultados práticos idênticos e custo reduzido; e) o fornecimento de medicamentos deve, em regra, observar os protocolos clínicos e a "medicina das evidências", devendo eventual prova pericial, afastado "conflito de interesses" em relação ao médico, demonstrar que tais não se aplicam ao caso concreto; f) medicamentos ainda em fase de experimentação, não enquadrados nas listagens ou protocolos clínicos devem ser objeto de especial atenção e verificação, por meio de perícia específica, para comprovação de eficácia em seres humanos e aplicação ao caso concreto como alternativa viável.¹³⁵

Esses parâmetros demonstram uma clara preocupação com os efeitos *a posteriori* que as decisões judiciais podem trazer ao orçamento público. Certo ou errado, ao menos o *decisum* parece adiantar-se, de forma acertada, a discussões que seguramente aparecerão por consequência.

Afora tudo, ainda merece relevo a decisão que reconhece a responsabilidade subjetiva por omissão estatal no dever de indenizar supostos prejuízos causados à saúde do cidadão¹³⁶, bem como o julgado que considera a proteção do direito à saúde, de forma universal e igualitária, com alcance restrito aos brasileiros ou aos estrangeiros residentes no Brasil, excluídos, por consequência, os estrangeiros em trânsito; ou seja, salienta-se a “necessidade de residência no Brasil para que o estrangeiro tenha direito a tratamento de saúde custeado pelo SUS.”¹³⁷ No mesmo sentido, é o julgado paradigmático do STJ, o qual, negando

¹³⁴ *Idem. Ibidem.*

¹³⁵ TRF-4 – Apel. Cível Nº 0001355-97.2009.404.7205/SC. Rel.: Guilherme Beltrami. DJ: 14/09/10.

¹³⁶ TRF-4 – Apel. Cível Nº 2006.72.00.003072-4/SC. Rel.: Nicolau Konkel Jr. DJ: 28/07/09.

¹³⁷ TRF-4 – Apel./Reex. Necessário Nº 2005.70.00.016868-3/PR. Rel.: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. DJ: 13/04/10.

financiamento de tratamento de saúde fora do país, afirma que “não há dúvida de que a saúde é um direito fundamental, mas, também é certo, não se trata de direito absoluto. Ele será atendido na medida das possibilidades, inclusive, financeiras, da sociedade.”¹³⁸

A análise das jurisprudências apresentadas faz crer que a maioria esmagadora das decisões judiciais só observamos aspecto *micro* da (suposta) justiça realizada. Os argumentos lançados giram em torno da efetivação restrita e tópica do direito à saúde. A judicialização parece não querer saber da dotação orçamentária, quanto menos das limitações financeiras existentes.

Cumpra ao final, portanto, questionar: é lícito proteger determinado direito ilimitadamente, prejudicando, fatalmente, à contrapartida, a coletividade de possíveis necessidades futuras? Independentemente da resposta que se dá, se assim se faz entender, a efetivação do direito à saúde só pode ser vista como plausível se observada dentro dos limites da razoabilidade e da possibilidade.

Enfim, por tudo isso, pode-se afirmar, com certa precisão, que só haverá de se falar, verdadeiramente, em um direito à saúde garantido nos limites pretendidos pela Constituição Federal, e dentro das expectativas dos cidadãos, se se considerar a possibilidade fática de sua concretude. Sem os pés na realidade, o que se passa na cabeça certamente estará fadado ao fracasso.

¹³⁸ STJ - RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.835/DF. Rel.: Min. Luiz Fux. DJ: 09/02/10.

6. CONCLUSÃO

Realizado o plantio, é hora, enfim, de se promover a colheita dos frutos que até aqui restaram maduros.

Como se viu no primeiro capítulo deste trabalho, os direitos sociais, pela nova realidade constitucional brasileira, foram erigidos ao *status* de direitos fundamentais. Isso ocasionou diversas consequências, dentre as quais destacam o fato de serem cláusulas pétreas da Constituição Federal, além de estarem previstos como de aplicabilidade imediata e, ao menos no âmbito de norma *prima facie*, irrestringíveis. Mais ainda, foi apresentada a dimensão concreta desses direitos, que é, exatamente, a *reserva do possível*; ou seja, a limitação orçamentária a que o Estado está submetido na prática de efetivação dos direitos fundamentais sociais dos cidadãos.

O capítulo seguinte aproximou, um pouco mais, a previsão constitucional da realidade social: tentou-se demonstrar de que modo há uma inter-relação entre a efetivação dos direitos sociais (em especial, aqui, do direito à saúde) e a escassez de recursos imposta à atividade administrativa do Poder Público.

As duas últimas partes deste estudo buscaram, enfim, fincar pés em chão firme. Mais do que divagar sobre a (in)aplicabilidade hipotética da *reserva do possível* ou a (in)efetivação duvidosa do direito à saúde, procurou-se demonstrar como se posicionam Estado e cidadão quando a prestação precária do ente público é questionada perante o Poder Judiciário. Ainda mais, visou-se a apresentar o resultado jurisprudencial da judicialização do direito à saúde, tendo, sempre, como plano de fundo as duas dicotomias centrais desta pesquisa: *microjustiça X macrojustiça*; *reserva do possível X mínimo existencial*.

Quando se fala em judicialização do direito à saúde, viu-se que já se está partindo de uma imperfeição na prestatividade estatal. Apesar disso, mesmo se estando diante de uma deficiência *a priori*, procurou-se demonstrar qual a melhor forma de se resolver o impasse entre as necessidades infinitas de saúde da população, de um lado, e a finitude dos recursos disponíveis ao Estado para a sua atuação genuína, de outro.

O direito à saúde, concebido como direito fundamental social constitucionalmente previsto, pode sofrer limitações de duas ordens: para a teoria interna, essas limitações são intrínsecas à atividade do legislador, a qual restringe o alcance desse direito no ato da sua concepção; para a teoria externa, por outro lado, a limitação a que a proteção à saúde está submetida configura-se *a posteriori* – no momento de efetiva prestação estatal é que se poderá (e, em certa medida, dever-se-á) balisar a abrangência do direito social. Independentemente da teoria que se adota, viu-se que o direito à saúde, para que seja pleno e concretizado nos ditames pretendidos pelo constituinte, deve ser consolidado em uma atuação universal, equânime e integral do Poder Público.

Apesar disso, concluiu-se que a prestatividade do Estado está submetida à incidência da cláusula da *reserva do possível* como condição de realidade para efetivação dos direitos sociais. A alocação dos recursos pressupõe “escolhas trágicas” (e, por consequência, estratégicas), por meio das quais se elege, a partir de ponderações de necessidade e razoabilidade, quais as melhores e mais eficazes medidas a serem adotadas na concretização dos direitos sociais.

Como se viu, também, quando as prestações administrativas do Poder Público não conseguem contemplar todas as necessidades humanas de atendimento à saúde, o que é, evidentemente, natural, provoca-se a atuação jurisdicional para que supra tal deficiência.

A atividade do Poder Judiciário, embora válida, ainda se reduz à análise de *microjustiça* do caso concreto. Isso quer dizer que a análise do julgado se restringe ao comprometimento do orçamento público especificamente para o caso concreto posto à prova. Os efeitos e prejuízos transcendentais ao litígio dificilmente são levados em conta pela jurisprudência.

O que se apresentou neste estudo foi a necessidade de conjugar as vicissitudes do caso concreto sob o crivo do Judiciário com as consequências de *macrojustiça*. As implicações geradas pelo reclame dos direitos sociais pela via judiciária refletem efeitos por todo o sistema jurídico-financeiro do Poder Público. Por isso, a concessão (ou não) do direito questionado não pode funcionar como uma ilha isolada e incomunicável do resto do continente sócio-orçamentário.

A incidência da *reserva do possível* parece, aos olhos da economia, inevitável. Entretanto, tal condição de realidade não pode ser vista como escudo para toda demanda, justificativa para toda omissão, remédio para toda enfermidade.

Sem dúvidas, a escassez dos recursos na prestação estatal é latente e irrefutável, devendo, portanto, ser sempre levada em conta nas condenações judiciais que impõem atuações positivas do Estado; mas, por outro lado, essas *meras* questões econômicas, em hipótese nenhuma, parecem poder sobrepor-se à proteção da dignidade dos cidadãos. A promessa do constituinte e o resultado da judicialização do direito à saúde devem ser exercícios honestos e plausíveis de proteção às pessoas – prometer o impossível apenas contribui para que a ordem constitucional distancie-se cada vez mais da realidade da sociedade brasileira.

Enfim, após todas essas linhas despendidas, pode-se alcançar que, no que tange à efetivação do direito à saúde, uma atuação jurisdicional para ser verdadeiramente justa deve buscar, em essência, o bom termo entre a pretensão egoística (justificável), de um lado, e a impossibilidade de prestação por limitação financeira, (também, em certa medida, justificável) de outro. O mote fundamental deve ser, sempre, a possibilidade de realização do direito pretendido, não onerando demasiadamente o Estado, mas, acima de tudo, protegendo o que de mais caro existe no Estado Democrático de Direito: a vida.

BIBLIOGRAFIA

A CIBA FOUNDATION SYMPOSIUM. *Human Rights in Health*. New York: Elsevier, 1974.

ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha: em busca de critérios Jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA. *SUS – O que você precisa saber sobre o Sistema Único de Saúde*. São Paulo: Atheneu, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, ed. 7, ampl., atual., 2007.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Versão PDF. Disponível em: http://www.pge.rs.gov.br/download.asp?nomeArq=revista_pge_66.pdf.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, ed. 19, 2006.

CASTRO, José Augusto Dias de. *A questão do direito fundamental à saúde sob a ótica da análise econômica do direito*. In.: REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 21, Jan/Mar 08, p. 149 – 158.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 22/04/2010.

Editorial: *Orçamento, Democracia e Maturidade Institucional*. REVISTA DE DIREITO DO ESTADO. v. 2, n.6, abr./jun. 2007.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; BARIONE, Samantha Ferreira; SOUZA, André Evangelista de. *A judicialização do direito à saúde: a obtenção de atendimento médico, medicamentos e insumos terapêuticos por via judicial – critérios e experiências*. In.: REVISTA IOB DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: IOB Thomson, v. 3, n. 28, Abril 08, 07 – 46.

[Http://www.fiepr.org.br/redeempresarial/News2125content96349.shtml](http://www.fiepr.org.br/redeempresarial/News2125content96349.shtml)

[Http://www3.transparencia.gov.br/TransparenciaPublica/jsp/execucao/execucaoPorNatDespesa.jsf](http://www3.transparencia.gov.br/TransparenciaPublica/jsp/execucao/execucaoPorNatDespesa.jsf)

[Http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php](http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/pesquisa.php)

[Http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp)

[Http://www.stj.jus.br/SCON/](http://www.stj.jus.br/SCON/)

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, ed. 4, rev., atual., 2009.

MILANEZ, Daniela. *O Direito à Saúde: Uma Análise Comparativa da Intervenção Judicial*. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO. Rio de Janeiro: FGV, n. 237, Jul./Set., 2004.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, t. I, ed. 2, 1954.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. In.: REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA. Belo Horizonte: Fórum, ano 5, n. 20, Out/Dez 2007, p. 153-181.

_____. *Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais*. In.: REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 22, Abr/Jun 2008, p. 61-95.

NUNES, Edison; JACOBI, Pedro; KARSCH, Ursula S. *A saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, ed. 2, 1999.

OLIVEIRA, Fábio César dos Santos. *Direito de proteção à saúde: efetividade e limites à intervenção do Poder Judiciário*. In.: REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT, ano 96, v. 865, Nov. 2007, p. 09 – 40.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais – efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.

PEGORARO, Luiz Nunes. *O controle da Administração Pública e a Cláusula da Reserva do Possível*. In.: REVISTA IOB DE DIREITO ADMINISTRATIVO. São Paulo: IOB Thomson, v. 1, n. 1, Jan. 2006, p. 88-101.

PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. *A reserva do possível na jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; PINTO, Regina Pahim (org.). *Acesso aos direitos sociais: infância, saúde, educação, trabalho*. São Paulo: Contexto, Série Justiça e Desenvolvimento / IFP-FCC, 2010.

PIOVESAN Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil*. In.: REVISTA DOS TRIBUNAIS. São Paulo: RT, v. 98, n. 879, Jan. 2009, p. 54-84.

RÉ, Mônica Campos de. *Direito à saúde: critérios para a tomada de decisões judiciais*. In.: http://www.anpr.org.br/portal/components/com_anpronline/media/ARTIGO_MonicaRe_Direitoasaude_1.pdf.

REVISTA DE DIREITO DO ESTADO. Editorial: *Orçamento, democracia e maturidade institucional*. São Paulo: Renovar, v. 2, n.6, abr./jun. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, ed. 3, 2003.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In.: DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA. Nº 1, Out/Dez 07, p. 171-211.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, ed. 15, [s.d.].

SILVA, Virgílio Afonso. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O sistema de regulação de preços de medicamentos. In.: REVISTA DE DIREITO PÚBLICO DA ECONOMIA. Belo Horizonte: Fórum, ano 6, n. 22, Abril/Jun 08, p. 31-44.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, ed. 2, 2001.

WANG, Daniel Wei Liang. *Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Sociedade Brasileira de Direito Público, como exigência para conclusão do curso da Escola de Formação do ano de 2006.

WEFFORT, Francisco C. (org.). *Os clássicos da política – Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, “O Federalista”*. São Paulo: Ática, ed. 13, v. 1, 2001 (Série Fundamentos).

ANEXO

Decisões pesquisadas, utilizadas como base para a composição da linha argumentativa deste trabalho.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STA 175 AgR / CE - CEARÁ
AG.REG. NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA
Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente)
Julgamento: 17/03/2010 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

RE 516671 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 01/06/2010 Órgão Julgador: Primeira Turma

AI 734487 AgR / PR - PARANÁ
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 03/08/2010 Órgão Julgador: Segunda Turma

AI 553712 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI
Julgamento: 19/05/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma

RE 534908 AgR / PE - PERNAMBUCO
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
Julgamento: 11/12/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma

RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/12/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

AI 597182 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO
Relator(a): Min. CEZAR PELUSO
Julgamento: 10/10/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma

RE 255086 / RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ELLEN GRACIE
Julgamento: 11/09/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma

RE 261268 / RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MOREIRA ALVES
Julgamento: 28/08/2001 Órgão Julgador: Primeira Turma

RE 255627 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. NELSON JOBIM
Julgamento: 21/11/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

RE 271286 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL
AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
Julgamento: 12/09/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

RE 226835 / RS - RIO GRANDE DO SUL
RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO
Julgamento: 14/12/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no REsp 1136549 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2009/0076691-2
Relator (a): Ministro HUMBERTO MARTINS
Julgamento: 08/06/2010

REsp 1041197 / MS
RECURSO ESPECIAL 2008/0059830-7
Ministro HUMBERTO MARTINS
Julgamento: 25/08/2009

REsp 784241 / RS
RECURSO ESPECIAL 2005/0160324-8
Ministra Eliana Calmon
Julgamento: 08/04/2008

REsp 835687 / RS
RECURSO ESPECIAL 2006/0098994-9
Ministra Eliana Calmon
Julgamento: 04/12/2007

AgRg no REsp 878441 / RS
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2006/0182329-8
Ministra Eliana Calmon
Julgamento: 10/04/2007

EDcl no AgRg no REsp. 1.028.835/DF
EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL 2008/0027734-2
Ministro Luiz Fux
Julgamento: 09/02/2010

REsp 857502 / RS
RECURSO ESPECIAL 2006/0138024-6
Ministro HUMBERTO MARTINS
Julgamento: 17/10/2006

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AC - APELAÇÃO CIVEL

Processo: 0000001-37.2009.404.7205/SC

Julgamento: 24/08/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 2008.71.17.000264-3/RS

Julgamento: 18/05/2010

AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Processo: 0001516-57.2010.404.0000/RS

Julgamento: 23/03/2010

Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Processo: 2009.04.00.008955-5/SC

Julgamento: 16/03/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 2008.71.00.011864-6/RS

Julgamento: 23/03/2010

AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Processo: 0001516-57.2010.404.0000/RS

Julgamento: 23/03/2010

AC - APELAÇÃO CIVEL

Processo: 2005.71.02.000250-8/RS

Julgamento: 06/04/2010

AC - APELAÇÃO CIVEL

Processo: 2007.72.09.000171-1/SC

Julgamento: 04/05/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 2007.71.11.001297-4/RS

Julgamento: 18/05/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 2008.71.17.000264-3/RS

Julgamento: 18/05/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 0000052-63.2009.404.7200/SC

Julgamento: 17/08/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 0001693-26.2008.404.7102/RS

Julgamento: 24/08/2010

APELREEX - APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 2007.70.05.003167-0/PR

Julgamento: 31/08/2010

APELREEX – APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 0005622-66.2005.404.7201/SC

Julgamento: 18/08/2010

AC- APELAÇÃO CÍVEL

Processo: 0001355-97.2009.404.7205/SC

Julgamento: 14/09/2010

AC- APELAÇÃO CÍVEL

Processo: 2006.72.00.003072-4/SC

Julgamento: 28/07/09

APELREEX – APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO

Processo: 2005.70.00.016868-3/PR

Julgamento: 13/04/2010