

INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA





INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

Antônio Carlos Diniz Murta Rafhael Frattari Demétrius Nichele Macei [Orgs.]

coleção INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

Maria Tereza Fonseca Dias [coord.]

v. 2

Copyright © 2016, D' Plácido Editora. Copyright © 2016, Os autores.

Editor Chefe

Plácido Arraes

Produtor Editorial

Tales Leon de Marco

Capa

Tales Leon de Marco (Sob imagem de Paul Cézanne [Die großen Badenden c. 1906 -Detalhe] licenciado pelo Wikicommons)

Diagramação

Christiane Morais de Oliveira

COLEÇÃO INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

Coordenação Maria Tereza Fonseca Dias

Revisão e Colaboração

Núcleo de Pesquisa do Mestrado em Direito da FUMEC Ms. Gustavo Matos de Figueirôa Fernandes (Coordenador) Ms. Renato Horta Rezende (Membro) Tamer Fakhoury Filho (Membro) Laura Campolina Monti (Membro)

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios, sem a autorização prévia da D'Plácido Editora.



Editora D'Plácido

Av. Brasil, 1843, Savassi Belo Horizonte - MG Tel.: 3261 2801 CEP 30140-007





Catalogação na Publicação (CIP) Ficha catalográfica

INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA. Antônio Carlos Diniz Murta; Rafhael Frattari; Demétrius Nichele Macei [Orgs.]. Coleção Instituições Sociais, Direito e Democracia — vol. 2 — Coord.: Maria Tereza Fonseca Dias — Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

Bibliografia

ISBN: 978-85-8425-476-7

1. Direito . 2. Coleção I. Título. II. Direito

CDU343 CDD340

SUMÁRIO

Apresentação	7
Capítulo 1	9
ACESSO A MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO: DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO Bruno Almeida de Oliveira)
Capítulo 2	69
A ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS NA ATUALIDADE: QUANDO PROTESTAR SE TORNOU SINÔNIMO DE CRIMINALIDADE Ricardo Oliveira Rotondano	
Capítulo 3	95
A PROTEÇÃO AO MIGRANTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO NA PERSPECTIVA DO ESTADO COOPERATIVO	
Henrique dos Santos Vasconcelos Silva	

Capítulo 4 123

IDENTIDADE, (I)MIGRANTES E TRABALHO: REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

Thais Janaína Wenczenovicz Rodrigo Espiúca dos Anjos Sigueira

Capítulo 5

GESTÃO DOS RESÍDUOS DA EXTRAÇÃO MINERAL A POSSIBILIDADE DE GERIR OS RESÍDUOS A PARTIR DA IDENTIFICAÇÃO DA DOMINIALIDADE

Sávio Sena de Oliveira

César Fiuza

Capítulo 6 179

O PODER JUDICIÁRIO NO PAPEL DE PROTAGONISTA DO CUMPRIMENTO DE PROMESSAS CONSTITUCIONAIS E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Monique Rodrigues Gonçalves Monteiro

Vyrna Lopes Torres de Farias Bem

APRESENTAÇÃO

Este livro, na forma de coletânea, se inclui em um processo de desenvolvimento da pesquisa jurídica brasileira no que se refere às interseções entre os setores o Público e Privado e que vem sendo o alicerce do programa de Mestrado da Universidade Fumec na área de concentração Instituições Sociais, Direito e Democracia em especial para linha de pesquisa Esfera Pública, Legitimidade e Controle.

Os capítulos presentes nesta obra foram selecionados e avaliados pelos coordenadores mediante edital publicado no site do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI, o que possibilitou o envio de trabalhos desenvolvidos em todo o Brasil. Outro fato que faz desta obra um ícone da pesquisa científica do Direito é a parceria/apoio realizada pela FUNADESP - A Fundação Nacional de Desenvolvimento do Ensino Superior Particular — que sempre incentiva, acredita e investe na produção científica no Brasil e em especial na Universidade Fumec.

Assim, o presente livro constitui-se em um importante ponto de debate no que se refere às instituições sociais, Direito e Democracia, apresentando capítulos que discutem questões referentes ao acesso a medicamentos de alto custo; o Poder Judiciário no papel de protagonista do cumprimento de promessas constitucionais e das políticas públicas; a proteção ao migrante no ordenamento jurídico brasileiro; bem como; identidade, imigrantes e trabalho; gestão dos resíduos da extração mineral; e a atuação dos movimentos sociais na atualidade.

A abrangência e a profundidade do tratamento dado às diferentes dimensões que envolvem direta e indiretamente a linha de pesquisa Esfera Pública, Legitimidade e Controle farão desta obra uma referência obrigatória para a comunidade acadêmica do Direito de modo a contribuir para a construção de um Brasil mais justo e soberano.

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2016

Antônio Carlos Diniz Murta Universidade FUMEC

> Rafhael Frattari Universidade FUMEC

Demétrius Nichele Macei Centro Universitário Curitiba ACESSO A MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO:

Direito de todos e dever do estado

1

Bruno Almeida de Oliveira

1.1. INTRODUÇÃO

Este trabalho é o resultado de pesquisa sobre acesso gratuito a medicamentos de alto custo, temática afeta ao direito à saúde, "direito de todos e dever do estado" (CF, art. 196), inserida nas grandes áreas direitos constitucional e administrativo.

Daí o problema da pesquisa proposto: o dever de o Estado tutelar a saúde das pessoas (CF, art. 196) engloba o direito de percepção gratuita de medicamentos quando a pessoa for portadora de doença cujo único tratamento eficaz demanda uso de medicamento de alto custo?

A hipótese é a resposta afirmativa ao problema e a metodologia, pesquisa documental e bibliográfica, prefe-

Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra; pós-graduando em Direitos Fundamentais pela Universidade de Coimbra. Assistente Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

rencialmente, artigos científicos e trabalhos monográficos orientados para tratamento vertical dos assuntos neles versados, manejados adiante com pretensão crítica, conforme Marcos Nobre².

As primeiras considerações foram relativas à saúde (item 2), em seus diversos pontos de vista, forma de introdução ao tema direito à saúde, faceta juridicizada daquela (item 3).

Depois, foram abordados os seguintes assuntos: mínimo existencial (item 4), reserva do possível (item 5) e suas correlatas numerosas críticas (item 5.1), inclusive no tocante à corriqueira menção de que para o estado alega-la, deve prova-la (item 5.2).

Na sequência, houve ensejo para examinar as políticas públicas (item 6) e sua correlação com temas outros sempre abordados na literatura, isto é, separação de poderes (item 6.1) e discricionariedade da administração pública (item 6.2).

O fenômeno da judicialização da saúde foi o assunto que animou o tópico sequente (item 7), sem se descurar de referir sobre a denominada "política judiciária da saúde", disseminada, pelo Conselho Nacional de Justiça (item 7.1), como forma de auxiliar os magistrados na composição de processos cujo objeto seja alguma prestação à saúde.

Finalmente, foi retomado o problema da pesquisa (item 9), acima salientado, confirmando-se, pelas razões lá enunciadas, a hipótese: o dever de o Estado tutelar a saúde das pessoas (CF, art. 196) engloba o direito de percepção

Dois são os pressupostos do 'modelo crítico': 1) apreensão da realidade e diagnóstico do tempo presente e 2) identificação de possibilidades que permitam o alcance da emancipação. Cf. NOBRE, Marcos. Introdução: modelos de teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org.). Curso livre de teoria crítica. Campinas: Papirus, 2008, p. 17.

gratuita de medicamentos quando a pessoa for portadora de doença cujo único tratamento eficaz demanda uso de medicamento de alto custo.

1.2. SAÚDE

É recorrente na literatura³ a referência ao marco conceitual de saúde estabelecido na "Constituição" da Organização Mundial da Saúde, vigente no Brasil com a edição do Decreto 26.042/48⁴, como "estado de completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade" ("health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity") ⁵.

Trata-se de um conceito complexo, sujeito a constantes mutação e evolução, polarizado de forma perene por dois dados essencialmente antagônicos: o surgimento de novas doenças, ou a modificação das já existentes, e o cada vez maior nível de desenvolvimento dos procedimentos científicos variados afetos à medicina⁶.

³ E.g: LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingos. Direito à saúde: a problemática do fornecimento de medicamentos, Cadernos Jurídicos, Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, ano 10, n° 32, p. 105-127, maio-agosto/2009, p. 111.

⁴ Decreto n. 26.042 de 17 de dezembro de 1948, assim epigrafado: Promulga os Atos firmados em Nova York a 22 de julho de 1946, por ocasião da Conferência Internacional de Saúde. Fonte: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1940-1949/decreto-26042-17-dezembro-1948-455751-publicacaooriginal-1-pe. html. Acesso em 03/05/15.

⁵ Tradução livre. Fonte: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_en.pdf. Acesso_em_03/05/15

⁶ SCHWARZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. A tutela antecipada no direito à saúde- A aplicabilidade da teoria sistêmica. Porto Alegre: Fabris, 2003, p. 16.

Para o incremento da complexidade desse cenário concorrem outros elementos como condições de vida e trabalho das pessoas, conjunturas social, econômica, política e cultura do país, aspectos legais e institucionais concernentes ao sistema de saúde e até valores de bem estar das pessoas e da coletividade⁷.

Ainda mais quando vislumbrados nos correntes contextos de pós-modernidade, de globalização sem precedentes e de exaurimento de um modelo econômico estatal de bem estar social e suas aterradoras consequências, em que díades como vida e morte, saúde e doença, direitos humanos resguardados e direitos humanos respeitados ficam estreitamente vinculados às condições sociais das pessoas⁸.

Essas seriam as denominadas "causas sociais das doenças", imbricadas nas relações de poder e nas estruturas socioeconômicas. Enfermidades não apenas resultantes de causas naturais, v.g., mal de Alzheimer em pessoas idosas; mas de constantes violações de direitos pelo estado, pela sociedade e pela família⁹.

Daí porque o enfrentamento dos problemas relacionados à saúde pressupõe a consideração de determinantes multifatoriais, como as acima enunciadas, pelos atores sociais, individuais e coletivos, e o Estado, para além de

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. Physis, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010, p. 81. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312010000100006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 17.07.15

⁸ GOMES, Juliana de Moura. Acesso a medicamentos como direito humano. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 4/5.

⁹ Ihidem

restritos lindes teóricos e práticos das ciências relacionadas à medicina¹⁰.

1.3. DIREITO À SAÚDE

A imediata faceta jurídica da saúde é o direito à saúde, cujo nível de desenvolvimento é condicionado por critérios como padrões de vida econômica e social em dados Estado e contexto histórico-político-social¹¹.

Os dispositivos constitucionais de pronto interesse são:

"Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes"

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

_

¹⁰ Ibidem.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. Vol. IV. Coimbra: 2003, p. 113.

É classificado como direito fundamental¹², subjetivo e universal¹³, veiculado por norma de aplicabilidade plena e imediata¹⁴. Situa-se entre os direitos sociais, também conhecidos como direitos a prestações em sentido estrito¹⁵, ou fundamentais a prestações materiais¹⁶, a cargo do Estado.

Tais prestações podem ser materializadas, por sua vez, mediante condutas positivas (*v.g.* disponibilizar medicamentos essenciais) ou negativas (*v.g.* não realizar atos de ingerências em manifestações públicas reivindicatórias)¹⁷.

No contexto de Constituição Dirigente, propicia a inversão do papel precípuo do estado em relação aos denominados direitos de primeira geração, compreensivos de

OLIVEIRA, Márcio Dias. Saúde possível e judicialização excepcional: a efetivação do direito fundamental à saúde e a necessária racionalização. Dissertação de mestrado apresentada na Instituição Toledo de Ensino, 2008, p. 44.

BOTELHO, Marcos César. Direito fundamental à saúde e a determinação judicial para o fornecimento de medicamentos de alto custo. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, vol. 4, p.447-462, abr. 2012, p. 448.

TAQUES, Silvana. O direito à saúde e a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana: uma análise crítica sobre as ações de medicamentos. Ciência Jurídica, Belo Horizonte, vol. 143, p.223-238, set.-out.2008, p. 226.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997, p. 482.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de1988. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, ano I, v. 1, abril de 2001, p.16.

E não apenas mediante prestações positivas, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. In NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (coord.). O CNJ e os desafios da efetivação do direito á saúde. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 157.

um dever estatal abstenção geral, de não ingerência, na esfera individual, conforme célebre formulação de Karel Vasak¹⁸.

Ao revés, tendem a determinar proibição de omissão do estado, a atrair a necessidade dele se desincumbir de uma enorme gama de deveres previstos na Lei Maior¹⁹.

Deveres, acima de tudo, delineados para o coletivo, para toda a sociedade, como descreve o último dispositivo legal acima transcrito ("a saúde é direito de **todos** e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas..."), o que sinaliza para um quadro maior, indelevelmente associado às ideias de justiças geral e distributiva²⁰.

Isso por que a forma de distribuição das cogitadas políticas e de participação e desfrute das benesses delas decorrentes encontra íntima correlação com "um estado de participação equitativa de setores da comunidade nos benefícios e encargos sociais"²¹. **Máxime se as necessidades suplantam as possibilidades, como sói acontecer.**

Essas considerações atraem a discussão em torno do caráter programático do art. 196 da Constituição Federal, por que descritas finalidades sociais a serem alcançadas

Esclarecimento feito em entrevista concedida por Antônio Augusto Cançado Trindade. Fonte: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 23.09.15.

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 365.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo. (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. São Paulo: Malheiros; 2002. p. 127

MONTORO, André Franco. Introdução ao estado do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 217.

mediante programas de ações do poder público²², como o nome revela, o programa das atividades estatais²³.

Programas os quais demandam progressiva ação dos poderes legislativo e executivo para executá-los, como prescreve o dispositivo constitucional sob referência²⁴.

Daí que nesse panorama, um tanto difuso, evidencia-se a necessidade de buscar padrões mínimos para a aferição do dever estatal objetivo deste estudo, o de garantir a saúde de todos (CF, art. 196). Esse é o mote da discussão sobre o mínimo existencial.

1.4. MÍNIMO EXISTENCIAL

Duas são as questões centrais no tratamento teórico acerca do mínimo existencial. A primeira é a ressabida limitação de recursos financeiros aptos à mobilização para o atendimento de todos os deveres estatais declinados na Constituição Federal²⁵, matéria a ser examinada adiante (item 5); a segunda é o fundamento, a dignidade da pessoa humana, doravante abordada.

Como se sabe, a formulação rudimentar de dignidade da pessoa está associada à filosofia de Kantiana, que considera o homem, porquanto racional, um fim em si mesmo,

²² BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 118.

²³ SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 141.

²⁴ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial como Conteúdo Essencial dos Direitos Fundamentais. In Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 313-339.

²⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, MOREIRA, VITAL. Fundamentos da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p.130.

impassível de servir de instrumento para o alcance de outras finalidades, como ocorre com relação às coisas.

Diversamente destas, o homem não possui preço, mas dignidade, o que o torna um valor absoluto, supremo: cerne da tutela jurídica, para onde concorrem todos os demais direitos²⁶.

Daí que respeito e proteção à pessoa devem ser reputados objetivos permanentes da humanidade e do estado de direito²⁷. Uma orientação a ter um "sentido substancial, caso contrário seria consequência e não mais fundamento duma ordem normativa"²⁸.

No contexto deste estudo, o mínimo existencial apresenta-se como "status negativus" 29 ao estado, isto é, um limite à (eventual) omissão, por assim dizer, do dever estatal, com guarida constitucional, de tutelar a saúde de todos, mediante a efetivação de prestações materiais assecuratórias não só da vida, mas da vida digna.

Uma compreensão situada, portanto, além do marco teórico do "mínimo vital", enquanto conjunto de necessidades a serem satisfeitas para garantia apenas da vida humana.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, abr./jun. 1998, p. 90/92.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004, p. 27.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos Direitos Humanos. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, p.277-299, jan./dez. 2008, p. 281.

TORRES, Ricardo Lobo. O direito à saúde, o mínimo existencial e a Defensoria Pública. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, v. 2, n. 1, p.265-277, jul./dez. 2008, p. 268.

Diversamente, o mínimo existencial é concebido como direito e garantia fundamentais ao mesmo tempo, um mecanismo indutor de sintonia entre direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Por isso, o agravo de um constitui o agravo de outro, e vice-versa³⁰.

Ana Paula Barcelos define quatro campos basilares do conteúdo do mínimo existencial, uma espécie de "mínimo consenso", a saber: educação e saúde básicas, assistência aos desamparados e acesso à justiça³¹.

Noutro texto, a mesma autora afirma ser possível e conveniente delinear um núcleo de condutas exigíveis pelo estado em matéria de prestações à saúde, cuja inobservância tem o condão de indicar agravo à própria dignidade da pessoa humana. Franqueando-se, se caso, ao interessado o direito de ação, por reclamo do postulado da inafastabilidade do controle jurisdicional³².

E prossegue a autora com sugestões de parâmetros³³: preferência a prestações de saúde que, pelo menor custo, atendam com eficácia maior quantidade de indivíduos; inclusão prioritária nos programas de saúde de prestações que todas as pessoas necessitarem, como atendimento médico preventivo; ações de medicina preventiva; considerar-se os

SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais e Justiça, Porto Alegre, v. 1, n. 1, p.171-213, out./dez. 2007, p. 181.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2002, p. 258.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestação de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, v. 1, n. 1, p.133-160, jul./dez. 2008, p. 138/144.

³³ Ibidem.

serviços básicos de planos privados de saúde, declinados no art. 12, I da lei federal 9.656/98, como características mínimas dos serviços públicos de saúde³⁴.

Um arranjo, por certo, com contornos pouco definidos, tornando-o não imune a críticas, como a de Ingo Sarlet, quem afirma ser equivocado, porque impossível, discriminar antecipada e exaustivamente o rol de todos os direitos continentes do mínimo existencial, que deve ser perquirido caso a caso.

Agir, porém, não impediente, consoante ressalva o mesmo autor, de serem inventariadas as conquistas sociais sedimentadas no campo dos direitos sociais, no intuito de instrumentalizá-las como guias aos intérpretes e órgãos estatais incumbidos de sua materialização³⁵.

A formulação de critérios propicia, também, pôr em relevo certas tensões existentes na literatura. De partida, quando autores, na esteira do salientado anteriormente (item 1), associam matizes do direito à saúde tais quais longevidade, qualidade de vida e expectativa de vida a situações de vulnerabilidade social e pobreza, as denominadas "causas sociais das doenças".

Sob essa ótica, vive mais quem tem mais recursos financeiros para acessar os melhores bens e serviços de

³⁴ Art. 12. (...) I, a) cobertura de consultas médicas, em número ilimitado, em clínicas básicas e especializadas, reconhecidas pelo Conselho Federal de Medicina; b) cobertura de serviços de apoio diagnóstico, tratamentos e demais procedimentos ambulatoriais, solicitados pelo médico assistente; c) cobertura de tratamentos antineoplásicos domiciliares de uso oral, incluindo medicamentos para o controle de efeitos adversos relacionados ao tratamento e adjuvantes.

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656.htm. Acesso em 01 dez. 2015.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Op. Cit.*, p. 184/185.

medicina, os profissionais mais gabaritados e os centros de excelência médica mais qualificados³⁶.

Um argumento, por certo, despido de dados empíricos, mas que não afasta o interesse de correlaciona-lo a outros consideráveis elementos, como distribuição de riqueza, expectativa de vida, universalização dos serviços básicos de saúde, nível de empregos e de trabalho informal. Todos pertinentes para a aferição do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, de que o Brasil ostenta a desonrosa 79ª posição, dentre 187 países³7.

A formulação de critérios concorre, ainda, para o desenvolvimento da literatura, para superação de perspectivas incipientes a preconizarem apenas e tão só o dever estatal de adotar todas as medidas necessárias ao prolongamento da vida das pessoas³8, ou a necessidade de fiel observância de um "núcleo duro absoluto", delimitado pelo direito à vida, sem que sejam delineados parâmetros mínimos à compreensão de uns e outros; nada muito além dos limites semânticos de cada uma daquelas palavras contextualmente associadas (prolongamento, vida, núcleo, duro e absoluto)³9.

³⁶ RAYMUNDO, Giseli Valezi. Tratamento hospitalar, acesso a medicamentos e doença mental no Brasil: uma minoria esquecida. Revista IMES direito, São Caetano do Sul, v. 10, n. 16, p.53-67, jan./jun. 2009, p. 65.

³⁷ Dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3909. Acesso em 12 dez. 2015.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 211.

³⁹ BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; CASTRO, Júnior Ananias. O Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos sociais. O fenômeno da judicialização da saúde. Revista de Informação Legislativa, Ano 51 Número 203 jul./set. 2014, p. 133.

Essas formas de vislumbrar o problema, talvez, de maneira emotiva, é compreensível, porquanto em jogo bens jurídicos essenciais vida e integridade físico-psíquica, **sine qua non** a nossa própria identificação como seres humanos. Um óbice, porém, a um tratamento técnico da matéria, como demanda a literatura.

Nesse contexto, em busca da superação desse quadro de incertezas, calha salientar duas disposições do Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁴⁰:

Art. 2°. 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Art. 12. 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

Como se vê, os estados signatários devem adotar as medidas necessárias à realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, até o máximos dos recursos. Um reconhecimento de que a plena observância deles não pode ser alcançada em curto período de tempo, fato, no

⁴⁰ Promulgado pelo Decreto 591/92. Fonte: http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm . Acesso em 06 dez. 2015.

entanto, que não prejudica as obrigações do estados partes de os realizarem tão rápido quanto possível⁴¹.

Diz-se haver um "minimum core obligation", um núcleo essencial dos direitos em em questão a serem observados pelo estados signatários, conforme estabelecido na Recomendação Geral n. 03 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais sobre a natureza das obrigações do art. 2°, item 1, acima transcrito.

Ou seja, os estados não ficam livres para atuarem da maneira que bem entenderem. Devem adotar, **progressivamente**, todos os meios apropriados para assegurar o pleno exercício dos direitos reconhecidos no instrumento internacional sob análise, entre os quais o direito à saúde, no mais elevado nível possível de saúdes física e mental, até o máximo de recursos disponíveis.

Esta derradeira observação vai ao encontro da ideia de que a concretização dos direitos sociais, em regra, pressupõe dispêndio de recursos financeiros estatais, sempre restritos. Aí reside o pano de fundo da denominada "reserva do possível", tema do próximo item.

1.5. RESERVA DO POSSÍVEL

A constatação preliminar em matéria de limitações de recursos financeiros do estado decerto há de perpassar pela ideia de que o exercício dos direitos sociais, seja por condutas positivas (*v.g.* disponibilizar medicamentos essenciais), seja por negativas (*v.g.* não realizar atos de ingerências em manifestações públicas reivindicatórias) custam dinheiro.

22

Piovesan, Flávia Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. *In*: Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 245.

Não podem ser protegidos nem assegurados sem verbas públicas⁴².

Um dado talvez com aparência inoportuna, mas, por vezes, ofuscado ante a multiplicidade de outros argumentos ponderáveis, sobretudo num país de enormes problemas estruturais, como o Brasil.

As limitações estatais evidentemente existem, motivo por que considerá-las deve ser reputado pressuposto para idôneo exame de tão instigantes e complexas variáveis relativas ao debate da reserva do possível.

Ana Lucia Pretto Pereira destaca três âmbitos de análise da teoria da reserva do possível: 1) econômico (disponibilidade dos recursos financeiros e necessidades dos cidadãos), 2) político (escolhas políticas feitas pelos administradores públicos para o gerenciamento dos recursos, mormente por políticas públicas) e 3) jurídico (o instrumental normativo utilizado pelos administradores públicos para tal desiderato)⁴³.

No âmbito econômico - o que ostenta imediato relevo para este tópico - tem-se as limitações a) técnicas (limites científicos e tecnológicos), b) fáticas (escassez de bens materiais) e c) financeiras (impossibilidade de satisfação de todas as necessidades humanas dada a escassez de recursos financeiros estatais)⁴⁴.

Nestas reside o aspecto central da reserva possível no tocante ao direito à saúde⁴⁵, fator, *v.g*, determinante

⁴² HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. The cost of rights: why liberty depends on taxes. New York, NY: W.W. Norton, 1999, p. 15.

⁴³ PEREIRA, Ana Lucia Pretto. Reserva do possível: judicialização de políticas públicas e jurisdição constitucional. Curitiba: Juruá, 2014, p. 47

⁴⁴ *Ibidem*, p. 47/61.

⁴⁵ E.g. OHLAND, Luciana. A responsabilidade solidária dos entes da Federação no fornecimento de medicamentos. Direito & Justiça, Porto Alegre, v. 36, n. 1, p. 29-44, jan./jun. 2010, p. 32.

de atendimento de um pleito individual, em detrimento de outro pleito individual, "embora teoricamente ambos devam ser atendidos"⁴⁶.

Afinal, a concretização do direito à saúde pelo estado deve ocorrer de forma a contemplar o coletivo, e não o individual, tanto que seu principal instrumento são as políticas públicas (CF, art. 196). Por isso se diz que "a pretensão do cidadão é à política pública e não à adjudicação individual de bens públicos"⁴⁷.

Com base neste dado da realidade, nomeadamente a limitação dos recursos financeiros, sustenta-se haver possibilidade de certa atenuação das obrigações dos administradores públicas para a concretização dos cogitados direitos⁴⁸. É o que Fernando Mânica sustenta ser uma racionalidade econômica, consistente no reconhecimento da limitação dos recursos e a forma de aplica-los concretamente⁴⁹.

Por óbvio, as tensões são candentes no tema. De um lado, discursos tendentes a considerar a reserva do possível argumento pertinente no debate sobre o implemento do direito à saúde, e do outro, o contrário.

⁴⁶ AMARAL, Gustavo. Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009, p. 200 e ss.

⁴⁷ TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *Op Cit.*, p. 78

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais: Efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2008.p. 201

⁴⁹ MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169 186, jul./ set. 2007, p. 185.

1.5.1. Críticas

Entre os primeiros, merecem destaque as críticas no sentido de necessidade de observância de outros critérios como seletividade e distributividade das prestações relativas à à saúde, pena de desvirtuamento do sistema, concebido — novamente — para o coletivo, e não para pretensões unitariamente veiculadas, consideradas e atendidas por vias transversas⁵⁰.

Perspectiva, se bem vista, sempre suscitada em conjunto com alegações que defendem o dever estatal de cumprimento do direito sob análise a partir de políticas públicas, lócus adequado, não é ocioso repetir, ao trato das questões de interesse da coletividade, de forma universal, e não de individualizada, por um ou por outro cidadãos, conforme recorrentes julgados do Supremo Tribunal Federal⁵¹.

Outros argumentos corriqueiros afins, sobretudo na esfera judicial, consistem a impossibilidade de dar curso a despesa sem dotação orçamentária correspondente⁵², como estabelece o artigo 167, I da Constituição Federal⁵³,

⁵⁰ RIBEIRO, Marcus Vinicius. Acesso à justiça no Estado Democrático de Direito: acesso à justiça do idoso, na área da saúde e penal. Justiça Restaurativa. A Defensoria Pública. Revista da Defensoria Pública, São Paulo, v. 2, n. 1, p.377-410, jul./dez. 2008, p. 401.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. Rev. direito GV, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 539–568, Dez. 2008, p. 541.

Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttex-t&pid=S1808-24322008000200009&lng=en&nrm=iso. Acesso em 07 dez. 2015.

⁵² BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Direito à saúde e o acesso aos anti-retrovirais via concessão de licença compulsória. Revista de Direito, Florianópolis, n. 2, p.197-216, jan./jun. 2007, p. 201.

⁵³ Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

e a necessidade de realização de licitação para aquisição de aquisição de bens, *v.g.*, medicamentos ainda que para o caso de atendimento a pretensões individuais deduzidas na esfera judicial⁵⁴, costumeiramente, porém, rechaçados.

Contudo, vale salientar a constatação de Fábio Mazza que, em análise empírica, verificou ser constante na Corte Suprema a ideia de que apesar de as políticas públicas constituírem mesmo o instrumento adequado à consecução dos deveres estatais sob análise, consoante enfatizado ao longo deste trabalho, argumentos inerentes à teoria da reserva do possível não são suficientes para afastar pretensões individuais de prestações de saúde⁵⁵.

Por outro lado, também se manifestam alegações de caráter meramente moral no debate, dado filosófico juridicizado na forma de princípio regente da Administração Pública.

Nesse sentido, são as afirmações de inviabilidade de ser aventada falta de recursos para cumprimento de políticas públicas se o estado dispõe, sempre, de vultosas verbas destinadas a propagandas⁵⁶.

Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 04 dez. 2015.

⁵⁴ SCHEFFER, Mário (coord.). O remédio via justiça. Um estudo sobre o acesso a medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais. Brasília, Ministério da Saúde, Série Legislação, 2005, p. 120.

MAZZA, Fábio Pereira. Os impasses entre a judicialização da saúde e o processo orçamentário sob a responsabilidade fiscal: uma análise dos fundamentos decisórios do Supremo Tribunal Federal. Dissertação de Mestrado apresentada no Programa de pós-graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 121.

⁵⁶ FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Controle judicial de políticas públicas. São Paulo: RT, 2005. p. 74.

Igualmente, ponderações tendentes a considerar estarem todas as limitações financeiras estatais sob comento, em verdade, ligadas a claros sinais de má gestão dos recursos públicos. Os recursos existiriam sim, só estariam dispersos numa espécie de "fundo perdido", porque mal geridos⁵⁷.

Afirmação, em contrapartida, considerada falaciosa e desvinculada da realidade fática⁵⁸, tanto por que supostamente baseada em desvirtuamento do critério de universalidade no atendimento das prestações estatais inerentes à saúde, quanto na estéril negação da realidade que emana da escassez dos recursos financeiros estatais. Em suma, algo que agride, e não fortalece o ideal de justiça⁵⁹.

1.5.2. A questão da prova

Outra situação a concorrer para a exasperação da dificuldade da composição do quadro sob análise consiste na necessidade de o poder público caso venha a afirmar falta de recursos financeiros para concretização de determinada prestação de direito á saúde, deve comprová-la devidamente, descabendo-lhe apenas alegá-la⁶⁰-⁶¹.

⁵⁸ LADEIRA, Fernando de Oliveira Domingues. Op. Cit., p. 119.

⁵⁷ Ibidem.

TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. *In*:TORRES, Ricardo Lobo (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 183 e ss.

⁶⁰ BARROS, Giselle Nori. O dever do estado no fornecimento de medicamentos. Dissertação de mestrado apresentada na PUC/SP, 2006, p. 205/206.

VAZ, Anderson Rosa. "A cláusula da reserva do financeiramente possível como instrumento de efetivação planejada dos direitos humanos econômicos, sociais e culturais". Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 15, nº. 61, p. 25-48, out./ dez. 2007.

Por esse viés, é o escólio de Daniel Sarmento, para quem descabe ao estado afirmar apenas genericamente a escassez dos recursos em questão e eventuais supostos impactos que a concretização individual de dada prestação à saúde ocasionaria, por hipótese, à tutela do interesse coletivo, mediante políticas, senão provadas por meios idôneos tais asserções⁶².

Igualmente, Eros Grau, a preconizar única justificativa para o estado descumprir decisões do poder judiciário relacionadas a prestações de direito à saúde: só se comprovado efetivamente total exaurimento da capacidade orçamentária do estado para fazer frente ao adimplemento de dada prestação individual, em detrimento do coletivo⁶³.

Ou, então, como adverte MARCOS GOUVÊA, demonstração de que "os recursos empregados na realização da prestação pretendida farão falta a outras prestações, igualmente certas, prioritárias e urgentes"⁶⁴.

Por certo, linhas de raciocínio indissoluvelmente associadas à busca de implemento de prestações estatais concernentes à saúde através da via judicial, problemática que ganha grande relevância atualmente, máxime no grande espectro de assuntos atinentes à denominada judicialização da saúde em matéria de políticas públicas.

⁶² SARMENTO, Daniel. Reserva do possível e mínimo existencial. In: BONAVIDES, Paulo, MIRANDA, Jorge, AGRA, Walber de Moura (coord.). Comentários à constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 371-379.

⁶³ GRAU, Eros Roberto. Despesa pública. Princípio da legalidade. Decisão judicial. Boletim de Direito Administrativo, n. 2, p. 90-106, fev./1994. p. 106.

⁶⁴ GOUVÊA, Marcos Maselli. O controle judicial das omissões administrativas. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 32.

Mas antes de abordar aquela, convém iniciar o debate por estas, para melhor exposição do todo, texto e contexto. É o que se passa a fazer.

1.6. POLÍTICAS PÚBLICAS

Como visto, preconiza a Constituição Federal serem as políticas públicas, sociais e econômicas, o instrumento para a consecução do direito à saúde, direito de todos e dever do estado.

Há certa tendência na literatura de conceitua-las como diretrizes dirigidas ao estado para o alcance do interesse público⁶⁵, ou de objetivos de relevo social⁶⁶, por atos da Administração Pública voltados ao cumprimento de programas estabelecidos na legislação constitucional e infraconstitucional. Sujeitam-se ao controle jurisdicional em razão dos meios empregados e dos objetivos alcançados⁶⁷.

Essa combinação de formulações teóricas tem a finalidade de delinear um conceito mais amplo, apto a ressaltar três elementos decisivos para a caracterização das políticas públicas e seus correlatos obstáculos centrais⁶⁸: a capacidade

⁶⁵ E.g. GAR CIA, Maria. Políticas públicas e atividade administrativa do estado. Cadernos de Direito Constitucional e de Ciência Política, n. 15, 1996, p. 64 e ss.;

⁶⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (coord.). A ação civil pública – lei 7.347/85: 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 731.

⁶⁸ V. GROU, Karina Bozola. O acesso a medicamentos como direito humano fundamental. Dissertação de mestrado apresentada no programa de pós-graduação da Pontificia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 130/153.

de o estado dar cumprimento ao dever de implementar as políticas públicas x reserva do possível; obrigatoriedade do cumprimento desse dever pelo poder executivo x separação de poderes; a discricionariedade da Administração para definição das políticas públicas x o âmbito de atuação do poder judiciário em relação ao controle delas, cerne da aventada judicialização da saúde, conforme se verá.

Como o primeiro ponto foi examinado no tópico precedente, passa-se logo, sem delongas, ao segundo.

1.6.1. Separação de poderes x políticas públicas

A formulação mais singela é no sentido de ter o poder executivo a supremacia, a palavra final quanto aos atos relacionados à função administrativa, por reclamo mesmo da separação de poderes, da tripartição de funções⁶⁹, motivo por que caberia apenas a ele decidir sobre políticas públicas.

Isso porque decisões sobre prioridades a serem consideradas pelo estado quando do implemento das políticas públicas seria essencialmente política, pois deve considerar critérios próprios, impassível de exame adequado, *v.g.*, pelo poder judiciário no restrito âmbito de um único processo judicial⁷⁰.

Além, a admissão do controle judicial das políticas públicas desvirtuaria o ideal de solidariedade social, um dos objetivos fundamentais da República, porventura possibilitado o constante atendimento de demandas individuais em detrimento da coletividade, composta também por titulares

⁶⁹ SIRAQUE, Vanderlei. O controle social da função administrativa do estado: possibilidades e limites na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

APPIO, Eduardo. Controle judicial das políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá, 2009. p. 184.

A Editora D'Plácido traz a lume a coleção "Instituições sociais, direito e democracia", homônima a área de concentração do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Fumec. A temática das obras tem como fio condutor a discussão de inquietações e problemas referentes às interfaces que os sistemas legais produzem em estruturas sociais (tais como governos, família, linguagens humanas, universidades, hospitais, empresas, entre outras) no ambiente democrático contemporâneo. As instituições sociais - consideradas neste contexto como padrões estáveis e relativamente organizados de atividades humanas – precisam fazer face a esses problemas fundamentais, para produzir fontes de vida sustentáveis e reproduzir indivíduos e estruturas societais viáveis dentro de um dado ambiente.

> Maria Tereza Fonseca Dias Coordenadora







