

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição
Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência

TIAGO BITENCOURT DE DAVID

PORTO ALEGRE

2008

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

MESTRADO EM DIREITO

A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição
Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência

Dissertação de Mestrado aprovada
junto ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Pontifícia
Universidade Católica do Estado do
Rio Grande do Sul enquanto requisito
parcial para a obtenção do título de
Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Doutor e Pós-Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

TIAGO BITENCOURT DE DAVID

PORTO ALEGRE

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

Tiago Bitencourt De David, autor da dissertação intitulada “A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à Saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do Princípio e Dever de Eficiência”, apresentada para fins de cumprimento de requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul (PUCRS), tendo sido na presente data aprovado.

Porto Alegre, 5 de novembro de 2008.

PROFESSOR DOUTOR E PÓS-DOUTOR INGO W. SARLET (ORIENTADOR)

PROFESSOR DOUTOR PAULO CALIENDO

PROFESSOR DOUTOR LUCIANO BENETTI TIMM

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D249e David, Tiago Bitencourt de
A Eficácia e a Efetividade do Direito Fundamental à
Saúde na Constituição Federal de 1988 à luz do Princípio
e Dever de Eficiência/ Tiago Bitencourt De David. – Porto
Alegre, 2008.
160 f.

Diss. (Mestrado) – Fac. de Direito, PUCRS.
Orientador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet

1. Direito Constitucional. 2. Direitos Fundamentais.
3. Direito à Saúde. 4. Constituição – Brasil, 1988.
I. Sarlet, Ingo Wolfgang. II. Título.

CDD 341.27

Bibliotecária Responsável: Dênira Remedi – CRB 10/1779

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, aos professores do Mestrado, meus amigos e todos aqueles que tornaram possível a realização desta pesquisa. Registro a importância de meu orientador, Prof. Dr. e Pós-Doutor Ingo Wolfgang Sarlet, que me aceitou como orientando demonstrou ser um ser humano sensível e que quando me conduziu pelas veredas tortuosas do Mestrado o fez de forma segura, demonstrando não ser só um grande conhecedor do Direito, mas um grande homem. Também não poderia deixar de agradecer aos Professores Doutores Paulo Caliendo, Ricardo Aronne e José Maria Rosa Tesheiner pelo apoio que me deram durante o curso.

Agradeço com especial atenção a Clarisa Bitencourt, minha mãe, por ter acreditado que a realização desse sonho seria possível e ter investido tempo, energia e dinheiro para que eu seguisse minha caminhada acadêmica. Nas horas mais difíceis ela foi um ombro amigo e me aconselhou a erguer a cabeça, enxugar as lágrimas e olhar para a frente.

Ao eterno amigo Rodrigo Mariano da Rocha, hoje advogado criminalista e mestrando em ciências criminais (quem diria, hein?). pelo diálogo e todos esses anos de *lucha* daqueles que buscar construir uma sociedade melhor.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a uma mulher muito especial que em pouco tempo se tornou muito importante na minha vida, a minha esposa, Francis Callai de Araujo.

O acordo na conversação não é mero confronto e imposição do ponto de vista pessoal, mas uma transformação que converte naquilo que é comum, na qual já não se é mais o que se era.

Hans-Georg Gadamer

Veja-se o novo com novos olhos, sob pena dos mortos continuarem a decidir o destino dos vivos.

Tiago Bitencourt De David
(inspirado por Lenio Streck e
Ricardo Aronne)

SUMÁRIO

Introdução	10
1 O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	12
1.1 A conformação do direito fundamental à saúde na Carta de 1988 e na Lei 8.212/90	12
1.2 O conteúdo do direito fundamental à saúde a partir da proteção da dignidade humana e do mínimo existencial	17
1.3 Regime jurídico do direito fundamental à saúde na Constituição Federal de 1988	32
1.4 As dimensões positiva e negativa do direito fundamental à saúde	42
1.5 A responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios pelo fornecimento de medicamentos	44
2 O CONCEITO DE EFICIÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO	53
2.1 Distinção entre economicidade e eficiência	54
2.2 Os conceitos de eficiência no Direito	56
2.3 O conceito de eficiência de Richard Posner em <i>Economic Analysis of Law</i> e sua incorporação ao Direito	61
2.4 A conformidade constitucional dos diversos conceitos de eficiência e a opção conforme a otimização da eficácia e da efetividade dos direitos fundamentais	73
2.5 Os deveres fundamentais e a efetivação do direito à saúde por meio do princípio e dever da eficiência	81
3 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE	86
3.1 A jurisdição constitucional e a missão do Poder Judiciário em face da consagração dos direitos sociais	86
3.2 A relação entre o princípio democrático e a jurisdição constitucional: notas sobre o controle judicial de políticas públicas	91
3.2.1 As políticas públicas e o Poder Judiciário no Estado Legislativo	96
3.2.2 A atuação do Poder Judiciário como administrador negativo	102
3.2.3 A possibilidade das decisões de caráter injuntivo ou mandamental	105
3.3 O controle judicial da política pública de acesso à saúde e a função do princípio da eficiência na efetivação dos direitos fundamentais	112
3.4 Algumas questões envolvendo a aplicação da eficiência na gestão da saúde pública	121
3.4.1 Inadequação das ações judiciais individuais para o adequado controle jurisdicional das políticas públicas	121
3.4.2 Fornecimento de medicamentos em fase experimental ou à pessoas sem chance de melhora de sua qualidade de vida: os recursos públicos devem servir ao máximo bem-estar e não há espaço para ações de efetividade discutível	128
3.4.3 A gratuidade dos medicamentos mesmo para quem possui ampla capacidade contributiva: sobre a aplicação de taxas a quem puder pagar pelos medicamentos	135
3.4.4 Falta de regulamentação dos prazos de disponibilização de	142

medicamentos àqueles que os obtiveram por meio de ordem judicial e sua consequência lógica: a perda de validade dos medicamentos	
Conclusão	145
Obras consultadas	149

Resumo

O presente estudo, vinculado à linha de pesquisa Eficácia e Efetividade da Constituição e dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado do Mestrado em Direito da PUCRS, analisa a relação entre o direito fundamental à saúde e seu controle pelo Poder Judiciário. Nessa pesquisa, a preocupação central é a eficácia e a efetividade dos direitos fundamentais sociais em face do princípio e dever de eficiência. No entanto, o tema exige uma contextualização do direito à saúde dentro do amplo espectro de modalidades de proteção ao mesmo pelos vários ramos do direito, de modo a demonstrar que o debate extrapola em muito a mera invocação da Constituição Federal de 1988. Exige, outrossim, a averiguação de como a prática da prevenção, promoção e recuperação da saúde pode ser melhorada e qual a contribuição dos Poderes de Estado nesse sentido. Assim, acaba-se por adentrar no difícil, mas necessário, debate a respeito dos limites da atuação jurisdicional e da própria legitimidade dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: saúde; eficiência; controle judicial de políticas públicas; análise econômica do Direito.

Abstract

The present paper, connected with the research line called Efficacy and Effectiveness of the Constitution and the fundamental rights in the public and private Law in the PUCRS's Master of Law, analyzes the relation between fundamental right to health and its control by Justice. In this research, our main concern is the efficacy of the fundamental rights of second generation and if it is possible to demand it, we have only indirectly analyzed the aspects of effectiveness and efficiency. The subject demands to put the right to Health in a context in the wide range of modalities under its protection by many fields of Law in way to demonstrate that the debate goes beyond the simple claim of the 1988 Federal Constitution. Into this interaction between the various fields of Law, it is very important to regard the defense of the existential minimum that can be asked to State in order to government do not remain restricted a negative posture and accomplish its promotional function delimited by the higher Law and projected by the Law theory. In this way, the State sees its question of interpretation reflection in the idea of Constitutional State, giving the law principles the necessary strength to justice to control the government in the execution of health policy in Brazil. The principal question is how to give efficacy and effectiveness to the fundamental rights of second generation preventing the speech of public interest, of convenience and opportunity that obstructs the legitimate benefits by the citizens of the existential minimum then, the separation of powers must be understood like a principle which tends to harmony in direction to the society projected by the Constitution of 1988.

Keywords: health; efficiency, judicial control of public politics; Law and Economics

Introdução

Atualmente, a concretização do direito fundamental à saúde é tema corrente na doutrina e na jurisprudência brasileira e dentro dessa temática encontram-se diversas questões polêmicas cujas respostas exigem uma análise que extrapole a dogmática jurídica. A saúde é uma questão da maior relevância e encontra-se umbilicalmente ligada à proteção da dignidade humana, mas sua defesa exige uma atuação efetiva do Estado, embora ainda não se vislumbre com clareza a melhor forma de atuação.

É certo que as respostas aos problemas suscitados pela defesa da saúde dos cidadãos no Brasil, assim como no mundo, perpassa vários campos do conhecimento, dentre eles a Economia. Negar a escassez de recursos com um discurso demagógico supostamente calcado na Constituição não é apenas irresponsável, mas não raro, cruel com aqueles que sofrerão as conseqüências da ineficiente alocação dos recursos públicos.

De outro lado, a interação entre Direito e Economia exige que o primeiro não seja um mero instrumento do segundo, bem como a tutela da saúde seja realizada por meio de soluções comprometidas com a defesa dos direitos fundamentais. Nesse diapasão, o presente estudo visa compatibilizar a dogmática de ambos campos do saber para melhorar a efetivação do direito à saúde no Brasil.

O direito à saúde, antes de efetivação exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo, cada vez mais é submetido á apreciação dos Tribunais que se obrigam a aferir a legitimidade jurídica das políticas públicas que versam sobre o referido direito. Daí surgir o problema de sua justiciabilidade, vez que, se as partes sequer alegassem a existência de um direito subjetivo à determinado tratamento ou o Poder Judiciário não reconhecesse tal pretensão como legítima, não haveria o debate acerca dos limites da ingerência judicial na política pública

de saúde no Brasil. Afinal, como bem filosofa Jean-Paul Sartre¹, a dificuldade só se coloca em face de alguém que tem o desejo de superá-la.

Como consequência, o Poder Judiciário acaba por intervir no próprio governo e assume uma função política desconhecida do modelo clássico de jurisdição. Isso acaba por suscitar a discussão dos limites de atuação do Poder Judiciário, inclusive acerca da exigibilidade judicial do direito à saúde e de qual a melhor forma de alocar os recursos, inclusive quando as escolhas derem-se na via judicial, eis mais algumas das questões debatidas na pesquisa em tela.

Não é somente a separação dos poderes um elemento que aumenta a dificuldade da ordenação por parte do Poder Judiciário de que a Administração Pública realize a prestação de bens relacionados à efetividade do direito à saúde. A própria natureza do direito fundamental complica o exame, de forma a ser necessária a consciência da escassez de recursos e de que a realização do direito à saúde daquele que vai a juízo não pode excluir o mesmo direito que tem os demais que na maioria das vezes não alcança qualquer jurisdição para que reclame o que entende por seu. Daí a isonomia aparecer como um valor chave na análise, ao lado do direito fundamental de cada indivíduo.

Nessa discussão a respeito da efetivação do direito à saúde e do papel do Poder Judiciário, o princípio constitucional da eficiência impõe o dever do Estado gerir de forma racional adequada os recursos públicos, de forma a otimizar os resultados de sua atuação. No entanto, a eficiência é uma idéia própria das ciências econômicas e sua transposição para o ambiente jurídico não se faz sem dificuldades. Assim, a investigação acerca do conceito de eficiência cotejando as visões econômica e jurídica é medida que se impõe para a construção de uma adequada tutela da saúde, vez que não pode o Direito negar a máxima da escassez dos recursos.

O controle da eficiência do acesso à saúde permeia a pesquisa, sempre em atenção às dimensões preventiva, promocional e curativa da tutela a ser

¹ SARTRE, Jean-Paul. **O Ser e o Nada: Ensaio de Ontologia Fenomenológica**. 16 ed. Tradução de Paulo Perdigão. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 600 e 601.

prestada pelo Estado. Porém, é no último capítulo que um exame mais acurado se situa. Assim, o custo dos direitos é mostrado como um aspecto relevante e inerente ao direito fundamental sob exame, porém, sem descurar de um conceito de eficiência alinhado ao bem-estar social.

Conclusão

O direito à saúde faz parte do mínimo existencial e ganhou relevo com a piora das condições de trabalho originadas pela Revolução Industrial que motivou, dentre outras razões, a mudança da concepção de Estado e de Sociedade desejados. A saúde passa a ser um bem de preocupação geral e cuja tutela passa a ser devida pelo Estado com o advento dos direitos fundamentais de 2ª geração/dimensão.

A dificuldade de delimitação do conteúdo do direito à saúde é um obstáculo à sua efetividade, de modo a demandar uma maior complexidade da atividade hermenêutica. Dentro dessa busca do objeto a ser prestado pelo Estado em atenção à saúde dos cidadãos, insere-se outra problemática, a saber, a da possibilidade e necessidade de ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas. Visto que o Estado deixou de ser mero espectador do mercado e dos interesses privados para adquirir feições intervencionista e reguladora, coloca-se como corolário lógico a possibilidade do magistrado aplicar o Direito como instrumental promocional rumo ao projeto de sociedade desenhado pela Constituição Federal.

A função promocional do Direito - que deixa de ser mera estrutura para assumir-se *funcionalmente* -, coloca o intérprete em posição de (re)construtor de uma nova realidade e passa a pesar sobre seus ombros a responsabilidade de agente político no cenário social. Assume-se, assim, o papel do Direito como transformador e do hermeneuta como engenheiro da operacionalidade dos direitos fundamentais, dentre eles a saúde.

O edificar dos direitos fundamentais em suas diversas gerações/dimensões demanda um olhar crítico quanto à interdisciplinariedade e transdisciplinariedade do tema. O direito à saúde é objeto de estudo que se relaciona intimamente com diversos ramos do conhecimento jurídico, dentre eles a tutela das águas, do ambiente de trabalho, das patentes e do processo

civil. Da mesma forma, sua efetivação também depende da consciência da escassez de recursos demonstrada pela Economia, do entendimento da pressão sofrida pelo julgador que é um ser situado em determinada época e local, tal como estudado na Sociologia, bem como da observação de que aquele que aplica o Direito sempre possui preconceitos, vez que *ser-no-mundo*, tal como claro no atual estágio da Filosofia. Assim, a efetivação do direito à saúde desborda a mera invocação do art. 196 da Constituição Federal, de forma a exigir um olhar inteligente e atento ao Mundo e ao conhecimento necessário para compreendê-lo e transformá-lo.

A organização do atendimento aos cidadãos e, principalmente no que tange ao acesso aos medicamentos fornecidos pelo Estado, depende de um coordenação entre uma Administração Pública eficiente e um Poder Judiciário atento à não-exauribilidade da efetivação do direito à saúde no conteúdo das listas governamentais. Portanto, a atuação proba do Estado é devida desde o momento em que a política pública é projetada, incluindo a elaboração do orçamento, bem como na sua execução, sendo todo esse procedimento sindicável judicialmente, mas sem que o Poder Judiciário, ao buscar a satisfação de uma necessidade individual, comprometa a proteção devida aos demais cidadãos que, apesar de não comporem o processo como partes, serão atingidos pelas conseqüências da decisão judicial. Sem dúvida, tal equilíbrio é difícil e exige uma outra educação jurídica e novas maneiras de enfrentamento pelo Poder Judiciário.

O equilíbrio entre isonomia e acesso à justiça na efetivação do direito à saúde exige do aplicador a consciência de seu papel de complementador das políticas públicas, mas deve também ser consciente da necessidade de atendimento à um número enorme de pessoas que nem sequer alcançam o Poder Judiciário para fazer suas reivindicações. Portanto, quanto melhor a política do Executivo e Legislativo, menor a intensidade do controle do Poder Judiciário. Nesse sentido é que se faz imperativa a aplicação do princípio da eficiência.

A eficiência, comumente, possui dois sentidos, um ditado pela doutrina jurídica tradicional, que denota a gestão racional da coisa pública e outro, apropriado pela *Law and Economics*, que encerra a concepção clássica da Economia enquanto aumento de riquezas ora admitindo que ninguém poderia ficar em situação mais desvantajosa do que quando iniciaram as trocas (Pareto) e ora aceitando que houvesse a piora da situação de uns em benefício da de outros mesmo sem a respectiva compensação (Kaldor-Hicks). Buscou-se, assim, no presente trabalho, agregar ao conceito juspublicista a noção econômica de eficiência especialmente no que tange à consciência da escassez de recursos e dos custos dos direitos, de forma a possibilitar uma concepção baseada no bem-estar e não na circulação monetária, vez que se entendeu que esta é de maior viabilidade jurídica no direito privado. Assim, espera-se que tenha sido alcançado o intento de formular uma idéia de eficiência consentânea com o Estado Democrático de Direito e ao mesmo tempo transdisciplinar.

A eficiência exige a atuação preventiva e promocional nas esferas da saúde e da segurança pública, ao invés do foco na cura e na repressão. Mesmo atuando de forma exemplar continuarão a existir as doenças e os delitos porque tratam-se de dois fatos sociais decorrentes da vida em sociedade. No entanto, cabe aduzir que a ação antecipada do Poder Público é a única via para a efetividade dos direitos fundamentais.

A otimização da utilização dos recursos em poder do Estado visa atender de forma satisfatória o maior contingente de pessoas possível. Na questão do acesso à saúde, um importante instrumento para a realização de um atendimento isonômico é a figura da lista de medicamentos. Por meio da lista se observa quais os medicamentos que o Estado possui como de eficácia comprovada e quais as doenças relacionadas à prescrição dos respectivos fármacos. Em face da lista não se pode advogar a reserva do possível, pois há um direito definido em face do Poder Público, bem como deve ter ocorrido a previsão orçamentária necessária a tal disponibilização.

A discussão da possibilidade fática de prestação de medicamentos começa onde o rol das listas termina. O Estado Constitucional não admite a

taxatividade de direitos fundamentais e, assim, veda a limitação absoluta de outras medidas curativas que não aquelas estabelecidas na legislação e na regulamentação pertinentes, ou seja, o direito fundamental à saúde não pode ser integralmente delineado pelas listas. Portanto, o rol de medicamentos é exemplificativo, permitindo a argumentação de que o direito à saúde é consagrado por norma de alta densidade normativa/aplicabilidade imediata e que seu caráter *prima facie* permite a construção judicial de soluções não estipuladas quando da intervenção legislativa conformadora do texto constitucional. Para a admissão de tal controle é necessário aceitar que o Poder Judiciário intervém nas políticas públicas para fazer valer a Constituição.

A ineficiência do Estado na área da saúde possui diversas causas. Dentre elas podem ser citadas a disponibilização de medicamentos inócuos em face do estado de saúde do paciente, gratuidade dos remédios mesmo para quem possui condições de pagar por eles, uso de fármacos em fase experimental e falta de regulamentação dos prazos para que os medicamentos fiquem à disposição dos contemplados por medidas judiciais.