

# A retórica do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal\*

## *The rhetoric of the right to health in the Supreme Court*

Roberto Freitas Filho<sup>1</sup>  
Camilla Japiassu Dores Brum<sup>2</sup>

### Resumo

Propõe-se no artigo haver déficit decisório do Supremo Tribunal Federal em questões envolvendo a política pública que concretiza a previsão constitucional de direito à saúde, devido à utilização de palavras avaliatórias nas fundamentações das decisões. Sustenta-se que as decisões devem ser tomadas levando-se em conta os dados e fatos contingentes das políticas públicas, tais como as restrições financeiras, as consequências econômicas, as regras específicas aplicáveis à política pública e a possibilidade de isonomia das decisões. Apresentam-se exemplos de decisões que ilustram a aludida prática de fundamentação insuficiente.

**Palavras-chave:** Direito à saúde. Supremo Tribunal Federal. Fundamentos decisórios.

### Abstract

This article proposes that the Brazilian Supreme Court's decisions lack argumentative density concerning public policies involving constitutional health provisions. It happens due to the prolific use of evaluative words as fundaments. We claim that adequate decisions should take into account contingent data and contextual facts of such policies, as financial restrictions and economic consequences, specific public policies enforcement rules and decisions isonomy. Examples of decisions showing argumentative deficit are given.

**Keywords:** Right to health. Brazilian Supreme Court. Reasoning of opinions.

---

\* Artigo recebido em março de 2014.  
Aceito para publicação em abril de 2014.

<sup>1</sup> Doutor – USP. Professor e Coordenador do Curso de Direito do UniCEUB.

<sup>2</sup> Mestre - UniCEUB. Advogada da União.

## 1 Introdução

A judicialização das políticas públicas encontrou no âmbito da saúde pública um alvo certo para seu desenvolvimento. A ampla gama de dispositivos constitucionais que tutelam o direito à saúde, muitas vezes interpretados de forma elástica, bem como o contexto da saúde brasileira marcado pela escassez de recursos orçamentários, colocaram nas mãos do Poder Judiciário uma tarefa de solução difícil e, talvez, temerária: definir os limites desejáveis da prestação dos serviços de saúde. Ao lado do crescimento da atuação do Poder Judiciário na delimitação do direito à saúde e no próprio fornecimento desses serviços, aumentam exponencialmente as críticas a essa postura assumida pelos magistrados brasileiros.

Nesse contexto, até que ponto é possível um juiz compelir o Estado ao fornecimento de determinado medicamento ou insumo, ou a internação de um paciente em uma UTI, se a Secretaria de Saúde se recusa a obedecer a essa ordem? E se não houver recursos orçamentários suficientes? E se o medicamento em comento for importado e custar o equivalente à parcela significativa do orçamento daquele Estado para a prestação de serviços de saúde a toda a população? Deve-se levar em consideração o fato desse orçamento não suportar custear o mesmo tratamento solicitado pelo litigante a todos os outros cidadãos que padecem do mesmo mal ou gozam de um estado de saúde semelhante?

Tais questionamentos ainda encontram-se sem resposta. Isso porque a ausência de uma demarcação retórica qualificada por meio da discussão sobre fatos, dados e limites da política pública, critérios que entendemos necessários para embasar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, tem acarretado a prevalência da concepção do direito à saúde como um direito absolutamente prioritário e cuja efetivação deve ser garantida a qualquer custo pelo Poder Público.

Ocorre que o direito à saúde como direito fundamental cuja titularidade é atribuída a todos os indivíduos, de forma igualitária, mediante atendimento integral, gestão descentralizada e participação social, tal como preconizado pela Constituição Federal de 1988, encontra sérios desafios para a sua efetivação nos moldes da atual jurisprudência do STF.

A depender da situação, essas diretrizes lançadas

pela Constituição dão origem a formas distintas de concepção do direito à saúde e destinam-se a servir interesses diversos. Na seara jurídica, como nos julgamentos das demandas de saúde pelo STF, esse direito tende a ser visto como um direito absoluto, o qual deve se sobrepor aos demais em qualquer situação, sobretudo por estar intimamente ligado ao bem estar e, em última análise, à própria vida; mas pode ter seus fundamentos relativizados a ponto de seu conteúdo ser esvaziado por completo, no momento em que a realidade da saúde brasileira tece barreiras cada vez mais intransponíveis a determinados segmentos da população, aumentando o descrédito no desenvolvimento de políticas públicas universais.

Nesse sentido, aqueles cidadãos que se veem à margem do sistema público de saúde e não podem arcar com os custos da cobertura de planos privados de saúde acabam batendo às portas do Poder Judiciário, demandas essas que chegam à Suprema Corte para que seja dada a última palavra sobre o tema, ainda que não haja critérios claros para se decidir.

Não pretendemos analisar se o Poder Judiciário representa ou não o melhor caminho para a efetiva realização do direito à saúde, mas tão somente verificar se o discurso jurídico por trás das decisões dos ministros da Suprema Corte, no sentido de deferir ou não um pedido afeto à saúde, está justificado de acordo com critérios universalizáveis.

## 2 Os limites da saúde aos olhos do Supremo Tribunal Federal: uma análise do discurso jurídico à luz da teoria da linguagem moral

O nosso estudo da atuação do Supremo Tribunal Federal teve por base pesquisa de diversos acórdãos do Plenário da Corte Maior e de decisões monocráticas e da Presidência que versam sobre o alcance do conceito constitucional de direito à saúde. As decisões do Pleno objeto da nossa pesquisa incluem não apenas pedidos de medicamentos formulados em face da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas também de diversos tratamentos médicos, internação em UTI's e, até mesmo, o funcionamento de hospitais públicos, que foram julgados desde o ano de 2000 até 2013.

Por outro lado, as decisões monocráticas e da Presidência selecionadas versam sobre o fornecimento de medicamentos e outros insumos, funcionamento de hos-

pitais públicos e transporte especial para a realização de tratamento médico, e que foram proferidas desde o ano de 2010 até 2013, de modo a verificar se há alguma modificação no discurso judicial que envolve os limites do direito à saúde.

### 3 Metodologia de Análise das Decisões (MAD)

O cenário atual brasileiro é marcado pela exclusão dos cidadãos que estão à margem do sistema de saúde, o qual pode ser compreendido, dentre outras formas, como um mecanismo de controle da vida e da morte da população, na medida em que as escolhas sobre os limites em que as políticas públicas sobre a saúde atuam funcionam como um sistema de acesso a bens e serviços que determinam as condições de saúde, vida e sobrevivência dos cidadãos. Essas decisões são, portanto, sempre problemáticas e dificilmente justificáveis, pois quaisquer limites à prestação do direito à saúde significa, virtualmente, uma limitação da atuação do Estado em um campo no qual a racionalidade das escolhas fica sempre submetida à perspectiva da morte e do sofrimento.

Os problemas decorrentes desse contexto são, então, exportados das salas dos gestores públicos para os gabinetes dos magistrados, que se veem compelidos a dar uma resposta para o problema.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva, foi realizada investigação jurisprudencial dos acórdãos do Pleno, em acesso ao site do Supremo Tribunal Federal, no recorte temporal de 20/02/2012 a 01/04/2013, utilizando-se apenas o indexador “direito à saúde”. Foram obtidos 354 acórdãos, dentre

os quais estavam incluídos inúmeros assuntos além da assistência à saúde.

Da mesma forma, foi utilizado o indexador “direito à saúde e medicamentos” para a seleção das decisões monocráticas e da Presidência. Foram obtidas 190 decisões monocráticas e 18 decisões da Presidência.

Com o intuito de excluir questões estranhas ao nosso estudo, foram eliminados diversos julgados que versavam sobre assuntos diversos, tais como obrigações de planos de saúde privados, exercício do poder de polícia sanitária, legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública, cujo objeto seja o direito à saúde, possibilidade de bloqueio de verbas públicas e demandas que não foram conhecidas pela Suprema Corte em razão da impossibilidade de reexame de fatos e provas.

Nesse ponto, com 50 acórdãos, 60 decisões monocráticas e 18 decisões da Presidência para análise, procedeu-se a leitura do inteiro teor desses julgados, com a finalidade de realizar análise das decisões do STF acerca dos limites do direito à saúde mediante a Metodologia de Análise de Decisões<sup>4</sup>, em que se buscou a organização das informações relativas a decisões proferidas em determinado contexto, a verificação da coerência decisória no contexto previamente determinado e a produção de uma explicação do sentido das decisões a partir da interpretação do processo decisório, da forma das decisões e dos argumentos produzidos.

Sob esse prisma, verifica-se que a análise das decisões proferidas no âmbito da Suprema Corte encontra pertinência temática, visto que é adequada ao problema identificado e ao campo teórico em que se insere, assim como relevância decisória, tendo em vista o impacto significativo dessas decisões de última instância no campo jurídico, isto é, a capacidade de produção de efeitos que tem no referido campo.

3 Esse processo foi percebido por Boaventura de Souza Santos: “As pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efectiva execução. Como me referiu um magistrado desse país uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunal exactamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.” SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007. p. 19.

4 A Metodologia de Análise de Decisões se originou a partir da necessidade de organização metódica, na forma de um protocolo passível de reprodução que permita, em alguma medida, comensurabilidade entre várias apreciações realizadas em momentos ou por pessoas distintas em relação a uma dada prática decisória. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de análise de decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: CONPEDI 2010. p. 5238-5242.

#### 4 A Teoria da linguagem moral de Richard Hare como fornecedora do instrumental analítico para operacionalização da MAD

A coerência da fundamentação das decisões judiciais pode ser investigada a partir da Teoria da Linguagem Moral<sup>5</sup> proposta por Richard Hare: o Prescritivismo Universal<sup>6</sup>. Para o autor, a linguagem não é um instrumento neutro e transparente de comunicação de dada realidade; é ela, em vez disso, que institui e conforma essa realidade. De fato, o pensamento filosófico de Hare segue a virada linguística<sup>7</sup> do início do século XX, na qual a linguagem se tornou um importante objeto de reflexão da filosofia.

5 Essa teoria pode ser enquadrada no que se denomina metaética ou ética analítica. Segundo Carlos Santiago Nino, “nesse nível teórico, analisa-se o tipo de significado que caracteriza os termos éticos – como ‘bom’, ‘justo’, ‘correto’ e seus opostos – e o significado dos juízos de valor – como ‘a pena de morte é injusta’ –, já que a possibilidade de justificar racionalmente os juízos valorativos depende de qual classe de juízos eles são e que significado têm as expressões usadas de forma típica para formulá-los.” NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 416.

6 A prescritividade é uma característica formal dos julgamentos morais que acarreta, basicamente, uma recomendação para agir de certa maneira. O prescritivismo universal, por conseguinte, pode ser definido como a intenção de fazer uma análise crítica tanto dos erros como dos acertos de teorias éticas atuais, procurando mitigar as diferenças e construindo uma teoria ética ideal das questões morais. A teoria de Hare consiste em duas partes intimamente ligadas: uma análise das palavras de valor e uma análise dos imperativos. As duas partes são ligadas pela tese de que julgamentos morais são ou acarretam imperativos. LUNARDI, Gionavi Mendonça. *A universalizabilidade dos juízos morais na ética de Hare*. 2003. 119f. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Florianópolis, 2003. p. 37.

7 A filosofia elaborada a partir desse momento passou a ser denominada de filosofia analítica, que pode ser dividida em duas vertentes metodológicas: a filosofia da linguagem ideal e a filosofia da linguagem ordinária. A primeira buscou inspiração nos métodos das ciências exatas, em especial na lógica matemática. A última, por sua vez, considera que “a filosofia não deve, de maneira alguma, modificar o uso natural ou ordinário de nossas expressões, forçando-o a adaptar-se a pressupostos metafísicos sugeridos pela lógica matemática [...] O filósofo deve orientar-se essencialmente por uma investigação esclarecedora dos modos de uso, dos significados concretos das expressões em nossa linguagem ordinária, a qual serve de instância última de decisão.” Essa filosofia da linguagem ordinária foi desenvolvida por Wittgenstein e, em seguida, pelos filósofos da Escola de Oxford, dentre eles Richard Hare. COSTA, C. F. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992. p. 29.

Ao elaborar sua teoria com aspectos formais e empíricos, Hare nos apresenta um tipo de lógica dos conceitos morais que se pretende, por um lado, totalmente imune a princípios morais substantivos (quaisquer padrões de avaliação ou normatização das ações em um dado contexto), e, por outro, exatamente por causa da mesma imunidade, que para ele é a neutralidade ou invariância necessária para a racionalidade existir entre pessoas que discordam, tal lógica será dependente, em um sentido essencial, dos fatos não morais presentes no contexto de decisão. Os fatos são as propriedades descritivas presentes na ação humana em questão. Ou seja, seu formalismo não exclui, ao contrário, exige uma referência aos aspectos empíricos contingentes presentes nas ações<sup>8</sup>. De fato, o elemento prescritivo implica o aspecto propriamente prático ou motivacional de uma avaliação moral: quem avalia uma ação como correta ou boa está comprometendo-se com sua performance de acordo com a avaliação.<sup>9</sup>

Ter problemas normativos e fazer juízos morais consiste, para Hare, em tentar encontrar quais prescrições podemos aceitar e defender como solução para um problema de conduta, mas que seja uma solução para o tipo de problema em questão, e não apenas para determinado caso, ou seja, uma prescrição para quaisquer situações similares em suas propriedades universais, que seja relevante àquela que temos em mãos. Isso significa tentar encontrar aquela ação ou princípio de conduta (prescrição) que podemos querer, dadas as propriedades universais do tipo de caso em questão, propriedades que são todos os fatos do caso que não dependam, para sua descrição, de referências inerentes a dados singulares do caso individual em questão. Esses são os dois ingredientes mais importantes do uso da linguagem moral em questões de conduta, a *prescritividade*, que diferencia tal discurso dos discursos meramente teóricos, e a *universa-*

8 BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em: <[http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod\\_folder/content/1/Prescritivismo\\_Universal\\_e\\_Utilitarismo.doc?forcedownload=1](http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1)>.

9 A racionalidade da moral é algo que está inscrito na própria estrutura lógica da linguagem moral. Analisando as peculiaridades lógicas da linguagem, em geral, e da linguagem ética, em particular, Hare mostra que o uso consistente de predicados e juízos morais exige que o usuário dessa linguagem acate as consequências lógicas que advêm de seu emprego. CARVALHO, M.C.M. Hare e os limites da discriminabilidade racional entre normas em conflito. *Reflexão*, n. 51-52, 1991-1992. p. 119.

lizabilidade<sup>10</sup>, que diferencia as prescrições e o comando (imperativo) implicado nelas, das prescrições e imperativos singulares.<sup>11</sup>

A universalizabilidade não é uma norma moral equiparável a um princípio material de justiça ou a uma exigência de igualdade de tratamento; representa, em primeiro lugar, uma condição formal, e não um princípio explícito. Essa condição implica que os princípios morais básicos devem ser formulados segundo propriedades universais, e não particulares. Por outro lado, a universalizabilidade também pode ser compreendida como dar a razão, na medida em que compromete o orador a dizer o mesmo sobre cada outro objeto. Destarte, consiste em um traço que os juízos morais compartilham com os juízos descritivos.<sup>12</sup>

Segundo o autor, nossos juízos de valor ou nossas proposições normativas não são nem puros enunciados descritivos, como poderiam querer os naturalistas, nem puros enunciados prescritivos, como poderiam querer os emotivistas<sup>13</sup>. Num enunciado meramente descritivo,

a adesão ou o consentimento consiste sempre e, necessariamente, em se pensar de uma certa maneira – concordar que uma certa prática de direção produza certa consequência consiste em acreditar que certas asserções, que indicam essas coisas como sendo o caso, são verdadeiras. Em se tratando de um enunciado prescritivo, de outro modo, a adesão, ou o consentimento, consiste em agir de acordo com o que é comandado. No entanto, a diferença principal entre “não deixe” e “não se deve deixar”, que para Hare é a diferença entre imperativos singulares e prescrições universais, é o que faz com que o emotivista, que corretamente compreende que os juízos de valor não são descritivos, não tenha a última palavra sobre a racionalidade em assuntos avaliativos, já que ele não concebe esses juízos como prescritivo-universais.<sup>14</sup>

Em outras palavras, para o autor, é necessário buscar uma mediação entre o descritivismo e o emotivismo, o que se torna possível tão somente por meio da prescritividade associada à universalizabilidade, que leva em conta as preferências dos envolvidos, isto é, todos os pontos de vista; e as consequências das ações.

É exatamente o significado prescritivo, visto com mais cuidado, que pode contribuir para a objetividade de nossas proposições normativas. Esse significado, ou seja, que aprovamos ou reprovamos com os termos de valor, é permanente, mesmo que os critérios de sua aplicação (os padrões descritivos em certa cultura) variem. Assim, o significado prescritivo é o que evita que ambos os que divergem se circunscrevam ao seu próprio ponto de vista, seja quando explicitamente divergem, seja quando comungam das mesmas proposições, mas querem justificá-las racionalmente.<sup>15</sup>

A ética tem por objetivo determinar o que se deve fazer; desse modo, por meio do esclarecimento da lingua-

10 A reflexão racional está em aceitarmos o requisito dado pela universalizabilidade, isto é, aceitar somente aquelas prescrições morais que estejamos preparados a prescrever para todos os casos similares, sem importar a posição que ocupamos nelas. Com efeito, Hare pretende evitar condições que possam surgir quando casos iguais são tratados de forma desigual e casos desiguais igualmente, de modo a assegurar consistência, coerência e imparcialidade na aplicação de juízos morais. Hare propõe, assim, um experimento mental para verificar se na realização dos interesses, inclinações e desejos de uma pessoa não há um choque e serão contraditórios ao se colocar no lugar do outro. HARE, Richard M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 5-10.

11 BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em: <[http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod\\_folder/content/1/Prescritivismo\\_Universal\\_e\\_Utilitarismo.doc?forcedownload=1](http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1)>.

12 HARE, Richard M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 5-10.

13 Hare denomina descritivista a corrente filosófica para a qual nos fatos descritos, ou nas palavras usadas nos assuntos normativos, quando há divergências, há provavelmente algo que ainda não foi totalmente levado em consideração, e que é por não vermos bem os fatos, ou por não usarmos bem as palavras, que as divergências aparecem e se mantêm. Segundo Hare, uma definição naturalista de “bom” priva o homem de dizer algo que disse com sentido no uso das palavras avaliativas para recomendar alguns cursos de ação. Em razão do mesmo fenômeno linguístico, outros pensam em sustentar que, em assuntos normativos, divergências são intrinsecamente intratáveis pela razão, não sendo possível nenhuma objetividade, em sentido preciso, em avaliações, que são formas de influência mútua e nada mais. Hare chama tais pensadores de emotivistas, os quais,

para o autor, caem na armadilha do irracionalismo, na medida em que partem de uma premissa falsa, a saber, de que as únicas questões sobre as quais podemos raciocinar são as questões fáticas. HARE, Richard M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 83.

14 BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em: <[http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod\\_folder/content/1/Prescritivismo\\_Universal\\_e\\_Utilitarismo.doc?forcedownload=1](http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1)>.

15 BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em: <[http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod\\_folder/content/1/Prescritivismo\\_Universal\\_e\\_Utilitarismo.doc?forcedownload=1](http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1)>.

gem moral, sabemos que os juízos de valor implicam imperativos que orientam a conduta do agente. Esses imperativos morais, que prescrevem uma ação, têm de garantir consistência e racionalidade, que são dadas pela lógica da tese da universalizabilidade, a qual compromete mais do que simplesmente a mim mesmo<sup>16</sup>. Em outras palavras, o essencial na argumentação moral não é a dedução de julgamentos particulares desse ou daquele princípio, mas o teste de aceitabilidade de suas consequências lógicas.<sup>17</sup>

Desse modo, ao assegurar a consistência da ação moral, estamos agindo racionalmente em conformidade com um procedimento formal; porém, não estamos justificando porque escolhemos uma determinada ação<sup>18</sup>. Hare recorre ao utilitarismo para estabelecer a justificação substancial para nossas decisões morais.<sup>19</sup>

No entanto, Hare pretende reformular o utilita-

risimo clássico de Bentham<sup>20</sup> e Mill<sup>21</sup>, que leva em conta apenas o princípio majoritário da maximização imparcial da felicidade. A primeira reformulação proposta por Hare refere-se à impossibilidade de se considerar a maximização da felicidade de todas as partes coletivamente, conforme preconiza o utilitarismo clássico, o que implica na compreensão da justiça com base nos interesses das diferentes partes. Ao estabelecer uma relação direta entre a universalizabilidade dos juízos morais e o utilitarismo, o autor estipula que todos os envolvidos pela ação moral estão intitulados a igual consideração<sup>22</sup>. Em outras palavras, quando adotamos uma postura moral, devemos considerar as questões do ponto de vista de todos os que serão afetados, conforme a denominada regra de ouro do utilitarismo.<sup>23</sup>

Em segundo lugar, o autor percebeu que a satisfação de interesses possuía alguns problemas, como, por exemplo, o fato de que os interesses estão baseados em inclinações e desejos conflitantes, tendo substituído, por conseguinte, a noção de satisfação de interesses pela satis-

16 LUNARDI, Gionavi Mendonça. *A universalizabilidade dos juízos morais na ética de Hare*. 2003. 119f. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Florianópolis, 2003. p. 64.

17 Para Alexy, Richard Hare traz ensinamentos importantes no que se refere ao teste dos julgamentos morais. Nesse sentido, “quem faz um julgamento moral precisa estar preparado para aceitar quaisquer restrições aos interesses requeridos pela regra pressuposta no julgamento mesmo se essas restrições se aplicarem à própria pessoa que faz o julgamento. Aqui ‘aceitar’ significa ‘aceitar como moralmente justificado.’” ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy. p. 69-75.

18 LUNARDI, Gionavi Mendonça. *A universalizabilidade dos juízos morais na ética de Hare*. 2003. 119f. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Florianópolis, 2003. p. 64.

19 Nesse sentido, “por solução racional ele entendia principalmente a possibilidade de se resolver conflitos morais entre divergentes de forma tal que eles pudessem tanto se entender perfeitamente bem em sua comunicação mútua, quanto chegar a um denominador comum, ou seja, a uma resposta única, em relação à divergência inicial. Essa resposta única a uma dada divergência seria exatamente aquela que a abordagem utilitarista produziria, ou seja, que qualquer proposição moral genuína terá passado no teste utilitarista.” BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em: <[http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod\\_folder/content/1/Prescritivismo\\_Universal\\_e\\_Utilitarismo.doc?forcedownload=1](http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1)>.

20 O princípio da utilidade enunciado por Bentham pode ser sintetizado da seguinte maneira: “Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência em promover ou a comprometer a referida felicidade.” BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril cultural, 1979. p. 4. (Os Pensadores)

21 No utilitarismo de Mill, “a finalidade elementar com referência a qual e por causa da qual todas as coisas são desejáveis (quer estejamos considerando nosso próprio bem ou de outras pessoas), é uma existência isenta tanto quanto possível de dor e tão rica quanto possível em prazeres, tanto no que se refere à quantidade quanto à qualidade” MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007. p. 28. O critério utilizado para se avaliar a qualidade em relação ao grau de quantidade será a preferência, a qual se dá de acordo com o grau de introspecção e da consciência de si próprio. Nota-se, portanto, que Mill mantém a característica de considerar o prazer como um fim, tal como proposto por Bentham.

22 No artigo *What Morality is Not*, McIntyre sustenta que Hare pensa estar defendendo um princípio puramente lógico quando, na verdade, está subscrevendo o princípio moral protestante que diz que devemos julgar as outras pessoas com os padrões que aplicamos a nós mesmos. Assim, a tese da universalizabilidade seria um princípio moral substancial. MACINTYRE, Alasdair. *What morality is not. philosophy*, 1957. p. 33. v. 23.

23 SINGER, P. Entrevista. *O independente*. Lisboa. Disponível em: <[centralcritica.tripod.com/entr\\_os.html](http://centralcritica.tripod.com/entr_os.html)>.

fação racional de preferências.<sup>24</sup>

Destarte, o utilitarismo defendido por Hare pretende que, ao analisarmos todos os afetados pela ação moral, a escolha da decisão não seja estabelecida em termos de prazer, felicidade ou dor, mas em termos de preferências. Isso porque a felicidade, por não ser um conceito empírico, não oferece qualquer solução às questões de justiça. Assim, os envolvidos na ação moral deverão avaliar sua decisão com base em uma satisfação racional<sup>25</sup> de preferências. E essas preferências, que podem ser os desejos de felicidade, serão universalizadas somente quando inteiramente racionais, concebidas por um homem perfeitamente prudente, uma vez considerados e comparados os aspectos positivos e negativos de suas preferências atuais e futuras, tendo vista a soma total de sua felicidade.<sup>26</sup>

Visando refinar sua versão reformulada de utilitarismo, Hare sustenta que, no caso de conflitos ou dilemas morais, em que tenhamos dificuldade de verificar a satisfação racional de preferências dos envolvidos na ação moral, fazemos usos de diferentes níveis de pensamento moral. Esses níveis são denominados “nível intuitivo” e “nível crítico”<sup>27</sup>. No nível intuitivo, aplicamos aqueles princípios, intuições e deveres que são transmitidos pela educação que se recebe. As questões morais do dia-a-dia decidem-se pelo nível intuitivo, com deveres válidos *prima facie*, ou seja, não são deveres absolutos e incondicionais. Hare argumenta que, nesse caso, devemos fazer uso de um conjunto de princípios ao qual podemos recorrer sem muita reflexão. Posteriormente, podemos refletir sobre a natureza de nossas intuições morais e averiguar se desenvolvemos intuições corretas, passíveis de levar ao melhor bem. De fato, nos dilemas e conflitos morais em que razões do nível intuitivo não se sustentam, isto é, em que a existência de circunstâncias distintas entre as situações analisadas afastam a aplicação de todos ou de alguns

dos princípios gerais, usamos o nível crítico. Esse nível de pensamento baseia-se tão somente em premissas lógicas e intuições linguísticas. Em outros termos, considera-se que, no nível intuitivo, trabalhamos com princípios gerais (não universais), e no nível crítico, que se refere aos dilemas morais, portanto específicos, fazemos uso do requisito da universalização.

Com efeito, as intuições não são fatos aos quais nossa hipótese, no caso, nossos princípios, devem ser adequados. As intuições são cursos de ação simplificada e generalizada em máximas para efeito de aprendizado e uso prático corriqueiro<sup>28</sup>. No entanto, as intuições e princípios gerais precisam ser justificados de um modo independente, ou seja, sem apelar para eles próprios e para um suposto consenso. Destarte, eles devem ser testados e desafiados pelo utilitarismo de preferências proposto por Hare, ou seja, pela lógica dos conceitos morais vinculada a conhecimentos empíricos relevantes sobre a implicação da universalização da prescrição para os interesses dos seres afetados<sup>29</sup>. As implicações seriam avaliadas no nível de raciocínio crítico, no caso de conflitos morais.<sup>30</sup>

Com base nesses dois níveis de reflexão moral, o autor pretende, por conseguinte, afastar a existência, reconhecida por alguns, de situações trágicas, em que não haveria resposta para determinado conflito moral, por estarem limitados ao uso do nível intuitivo da linguagem moral.<sup>31</sup>

## 5 Aplicação da MAD para apreciação da posição do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites do direito à saúde

Conforme visto, a filosofia moral é um instrumento que confere racionalidade às questões normativas, principalmente por meio do esclarecimento da lógica contida

24 O autor leciona que são necessários quatro ingredientes em um argumento moral: a lógica (na forma da universalizabilidade e prescritividade), os fatos e as inclinações ou interesses das pessoas concernidas. HARE, Richard M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 94.

25 Hare considera racional o fato de nos guiarmos pelos fatos e pela lógica. HARE, Richard M. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981. p. 214.

26 HARE, Richard M. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981. p. 104-106.

27 HARE, Richard M. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981. p. 25.

28 BONELLA, A E. Intuições, Princípios e Teoria nas Filosofias Morais de Rawls e Hare. In: DUTRA, L. H; MORTARI, C. A (Ed.). *Princípios: seu papel na filosofia e nas ciências*. Florianópolis: Nel/UFSC, 2000. p. 325.

29 BONELLA, A E. Intuições, Princípios e Teoria nas Filosofias Morais de Rawls e Hare. In: DUTRA, L. H; MORTARI, C. A (Ed.). *Princípios: seu papel na filosofia e nas ciências*. Florianópolis: Nel/UFSC, 2000. p. 356.

30 HARE, Richard M. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981. p. 31-43.

31 HARE, Richard M. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981. p. 31-43.

em certos conceitos que são utilizados em nossa linguagem. Desse modo, o principal dilema ético não é saber se os enunciados morais são verdadeiros ou falsos, mas se a argumentação está racionalmente bem conduzida.

Deve-se considerar, assim, os efeitos, as consequências da ação moral. Nesse sentido, a justificação da decisão deve ser a mais completa possível, mencionando os efeitos – para dar conteúdo à decisão – e os princípios norteadores dessa escolha racional.<sup>32</sup>

A análise das questões morais exige uma linguagem capaz de fazer a ligação de contingência entre os fatos e os valores. Isso é necessário para separar a linguagem avaliativa comum, compartilhada por todos, de sua aplicação a casos particulares. Não podemos usar palavras avaliativas para descrever um fato, assim como as palavras descritivas não são adequadas para a avaliação racional dos juízos morais.

A teoria da argumentação de Hare<sup>33</sup>, por conseguinte, tem como objeto privilegiado as palavras avaliatórias, dada sua alta margem de imprecisão, como é o caso dos conceitos de universalidade, igualdade e integridade, previstos nos artigos 196 e 198, inciso II, da Carta da República, respectivamente.

Já nos referimos à função delas no seguinte sentido: “as palavras avaliatórias têm por função qualificar algum objeto apreciando positiva ou negativamente o mesmo”<sup>34</sup>, o que implica em uma distinta complexidade

de aferição da coerência de uma decisão judicial na qual se utilize esse tipo de palavra.

## 6 Organização e breve reflexão sobre os argumentos e fundamentos das decisões

O conceito de integridade aparece nas decisões como dado auto-evidente. No entanto, verifica-se que “as palavras e expressões avaliatórias são relativas a juízos que devem ser feitos sobre situações concretas e não são definíveis aprioristicamente”<sup>35</sup>

Há, portanto, tendência de fazer valer a diretriz constitucional de integridade no atendimento em qualquer caso, de forma a fornecer ao paciente autor da demanda praticamente qualquer serviço de saúde postulado, independentemente do seu custo.<sup>36</sup>Embora haja

---

de significado no momento do julgamento, e, por conta de sua alta carga valorativa, permitem ao julgador imprimir suas convicções pessoais, seus valores, suas crenças, sua visão de mundo, enfim sua ideologia”. FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 44, n. 175, p. 52, jul./set. 2007.

35 FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*, Brasília, ano 44, n. 175, p. 57, jul./set. 2007. Com efeito, Richard Hare assevera que “se o princípio geral advogado contém uma palavra de valor, pode-se fazê-lo parecer evidente por si mesmo, tratando-o como analítico, e então, quando a mesma palavra de valor aparece na premissa menor factual, pode ser tratado como se fosse descritivo. Por exemplo, poderíamos afirmar a auto evidência (porque analítica) do princípio de que devemos cumprir nosso dever, e então poderíamos averiguar qual é nosso dever por meio de algum processo de descoberta de fatos (e.g., consultando uma faculdade chamada senso de dever ou então vendo a que tipos de ato a palavra ‘dever’ é aplicada em nossa sociedade e depois denominando ‘deveres’ esses atos). Desse argumento, aparentemente, poderíamos chegar a uma conclusão, ‘Devo desempenhar um ato particular A’, e daí ao imperativo ‘Faça A’, simplesmente com base em duas premissas, ‘Uma pessoa deve cumprir seu dever’ e ‘A é meu dever’, a primeira das quais é auto-evidente e a segunda factual. Mas isso é um equívoco. Se ‘dever’ é uma palavra de valor, então não podemos decidir o que é nosso dever meramente consultando o uso das palavras ou vendo se temos ou não determinada reação psicológica, mas apenas tomando uma decisão moral.” HARE, Richard M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 45.

36 A argumentação mais comum é que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

32 O autor esclarece que: “A justificação completa de uma decisão consistiria em uma descrição completa de seus efeitos, juntamente com uma descrição completa dos princípios observados e dos efeitos de observar aqueles princípios – pois, é claro, são também os efeitos (aquilo em que efetivamente consiste obedecer a eles) que dão conteúdo aos princípios. Assim, se nos pedem que justifiquemos uma decisão completamente, temos de dar uma especificação completa do modo de vida do qual ela é parte.” HARE, Richard M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963. p. 72.

33 A linguagem jurídica pode ser analisada a partir do Prescritivismo Universal de Richard Hare, que tem como objetivo estudar o funcionamento da linguagem prescritiva, que é formada por dois tipos de palavras: as descritivas e as avaliatórias. As primeiras são caracterizadas por serem universalizáveis, enquanto as últimas são aquelas cujo significado refere-se à qualificação de um determinado objeto e não a sua descrição. HARE, Richard M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 40-45.

34 Nesse sentido, esclarecemos que as palavras avaliatórias “são palavras e expressões que necessitam ser preenchidas

menção à integridade como princípio que deve nortear a prestação dos serviços de saúde<sup>37</sup>, não se estabelece, em nenhum julgado estudado, por exemplo, indicação quantitativa do limite do tratamento ou do insumo a ser fornecido pelo Poder Público ao autor da demanda como requisito para a determinação do conceito de integridade<sup>38</sup>, tampouco a inclusão ou não de tratamentos experi-

mentais nesse conceito<sup>39</sup>. O conteúdo dessa palavra avaliativa tem sido preenchido de forma distinta em cada caso concreto pelos Ministros da Suprema Corte, de forma ge-

Nesse sentido, a Suprema Corte, no julgamento do RE nº 195.192/RS, compeliu o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento necessário ao tratamento de menor impúbere portador de doença rara denominada fenilcetonúria, fabricado exclusivamente nos Estados Unidos e na Suíça. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 195.192/RS. Segunda Turma. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 22, de fevereiro de 2000.

Igualmente, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 198, indeferiu-se o pedido do Estado do Paraná para suspender os efeitos da decisão que determinara o fornecimento de medicamento, orçado em mais de um milhão de reais anuais, à criança portadora de doença genética rara e degenerativa. O medicamento, segundo os atestados médicos, é a única esperança de melhora para a paciente e a suspensão do tratamento poderia comprometer seu desenvolvimento físico. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. STA nº 198/MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22, de dezembro de 2008.

37 Nesse sentido, assevera o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 393.175, que “[...] não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 393.175 AgR/RS. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12, de dezembro de 2006.

38 Discutiu-se recentemente sobre a existência ou não de dever do Poder Público em fornecer transporte especial para a realização de tratamento médico. Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento ao agravo, sob o argumento de que a autora não conseguira refutar a alegação da ré de que ela faria jus ao Passe Livre, que a permitiria utilizar gratuitamente o transporte público, e possuiria benefícios sociais oferecidos pelo Ministério da saúde (Volta para Casa) e INSS (Benefício de Prestação Continuada). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE nº 658.647/DF. Decisão monocrática. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03, de fevereiro de 2012. Em caso semelhante, o Ministro Luiz Fux negou seguimento ao agravo interposto pela autora com o intuito de obter transporte especial individual para a realização de tratamento médico, a despeito do fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Sul de transporte para as pessoas em recuperação de acidente vascular cerebral que necessitam de fisioterapia, ainda que em relação a apenas um

dos postos de atendimento distribuídos pelo seu território. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. ARE nº 642.258/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 07, de novembro de 2011. Ademais, o Ministro Gilmar Mendes manteve a decisão do Tribunal de Justiça local que compeliu o Estado e o Município ao custeio das despesas com transporte, alimentação e hospedagem do paciente e seu acompanhante, a título de tratamento fora do domicílio. Vide SS nº 421/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 20/04/2010, Publicação em 30/04/2010; SS nº 256/TO, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 20/04/2010, Publicação em 30/04/2010. Não obstante a ausência de julgamento de mérito, cumpre ressaltar que foi objeto de demanda judicial o fornecimento de fraldas descartáveis a indivíduo hipossuficiente, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendido que se tratava de mera comodidade, afeto, no máximo, à esfera da assistência social. A Ministra Cármen Lúcia, contudo, negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo autor, tendo em vista a necessidade de se investigar se tais insumos seriam ou não indispensáveis à vida e à saúde do autor, o que demandaria o reexame de fatos e provas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 626.193/RS. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28, de novembro de 2010. No mesmo sentido: RE nº 724.293 AgR/RS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 19/03/2013, Publicação em 12/04/2013. Tratou-se, igualmente, do direito ao recebimento de fraldas descartáveis no julgamento do RE nº 626.328; porém, o Ministro Luiz Fux negou provimento ao agravo regimental interposto em recurso extraordinário por não ter sido demonstrada a repercussão geral do recurso referido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE nº 626.328 AgR/RS. Primeira turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 07, de junho de 2011, Publicação em 28/06/2011). Ainda no tocante ao alcance constitucional do conceito de direito à saúde, o Ministro César Peluso, no julgamento da Suspensão de Segurança nº 4229, ao analisar a presença dos requisitos necessários ao deferimento da suspensão, ressaltou que “quanto ao primeiro (*fumus boni iuris*), dúvida não há de que os textos constitucionais federal e estadual consagram o direito de todos receber do Poder Público, de todas as esferas, o tratamento indispensável à sua saúde, o que inclui não só o acompanhamento por profissional da área da saúde devidamente habilitado (médico, odontólogo, etc.), como o fornecimento de medicação, realização de exames e cirurgias, e mais toda a sorte de medidas tendentes à restauração da saúde do cidadão. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. SS nº 4229/GO. Relator: Ministro Cezar Peluso. 01, de julho de 2010. O Ministro, contudo, não deixou claro quais seriam essas medidas tendentes à recomposição da saúde do indivíduo.

39 A propósito, cumpre destacar trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do RE nº 368.564/DF: “E na dúvida entre a esperança do sucesso e do insucesso, fico com a esperança do sucesso, evidentemente.

ral, sem considerar a necessidade de constituir a regra por meio de palavras descritivas, o que torna difícil a aferição da coerência de suas decisões judiciais.

Curioso notar que tal orientação, entretanto, não é a mesma em relação às diretrizes de universalidade e igualdade na prestação dos serviços de saúde. Verifica-se que os julgadores ressaltam que a hipossuficiência financeira do autor é fator determinante para a procedência do pedido<sup>40</sup>. A *contrario sensu*, o argumento implica que as

---

Acho que isso é um direito veiculável por meio de mandado de segurança; é, digamos assim, a função da Suprema Corte tutelar essa dignidade da vida humana, como consectário dela, o direito à prestação de saúde pelo Estado.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 368.564/DF*. Primeira turma. Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13, de maio de 2011. Conforme se depreende do voto do Ministro referido, a simples esperança de êxito do tratamento médico objeto da demanda a ser realizado no exterior seria capaz de impor ao Poder Público a obrigação de seu financiamento.

Após uma análise mais cautelosa do tema, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde Brasileiro. Destarte, esclareceu que os tratamentos experimentais consubstanciam-se em pesquisas médicas e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los; em contrapartida, os novos tratamentos decorrem da rápida evolução do conhecimento médico. Desse modo, concluiu que “[...] se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece claro que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integridade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de liminar. *SL nº 47 AgR/PE*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2010.

40 Nessa linha de argumentação, o Ministro Celso de Mello afirmou que: “a legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 271.286 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12, de setembro de 2000. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 273.834 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31, de outubro de 2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal.

personas em situação financeira confortável não têm direito à assistência farmacêutica. Ocorre que esses indivíduos também podem estar “padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito”<sup>41</sup>, sendo igualmente titulares de um direito público subjetivo.

De fato, verifica-se que as demandas judiciais sobre saúde são levadas ao crivo judicial tendo, por um lado, os cidadãos postulando a garantia do direito à saúde e à vida e, por outro, a Administração Pública, que invoca o respeito às normas administrativas e expõe o problema da falta de recursos e a contingência que há no atendimento à população.<sup>42</sup>

Ao cotejar tais questões, os Ministros da Suprema Corte acabam por estabelecer oposições entre os argumentos das partes, notadamente a oposição entre a Constituição e as normas administrativas que regulamentam a dispensação de medicamentos e outros serviços de assis-

---

Agravo de Instrumento. *AI nº 839.594/RS*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28, de fevereiro de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 823.521/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 27 de outubro de 2010.; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 773.049/SC*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 26, de março de 2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. *STA nº 268*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22, de outubro de 2008.

41 Excerto do voto do Ministro Relator Luiz Fux proferido no julgamento do *RE nº 607.381 AgR/SC*.

42 SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2009. p. 69.

tência à saúde<sup>43</sup> e a tensão entre o mínimo existencial<sup>44</sup> e as restrições orçamentárias (reserva do possível).

Na primeira hipótese, os magistrados acabam por reconhecer que a assistência à saúde constitui materialização do direito constitucional à vida<sup>45</sup> e à saúde, com base nos artigos 5º, 196 e 198 da Constituição Federal.

43 Ao decidir o pedido de Suspensão de Liminar nº 228, a Presidência da Suprema Corte enfrentou a árdua tarefa de sopesar o direito dos cidadãos às vagas de Unidade de Tratamento Intensivo – UTI e as consequências para a ordem pública da decisão que determina suas instalações. Naqueles autos, a União queria suspender a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTIs para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades e o início das ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTIs adultas, 10 leitos de UTIs neonatais e 10 leitos de UTIs pediátricas. A medida destinava-se à população dos 61 Municípios que compõem a Macrorregião Administrativa do SUS de Sobral, e baseava-se na Portaria nº 1.101/2002 do Ministério da Saúde, que fixa o número de leitos por habitantes, e que não estava sendo cumprida na região. Deferiu-se parcialmente o pedido, tão somente para suspender a execução da multa diária fixada no valor de dez mil reais, mantendo a decisão liminar nos seus demais termos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. *SL nº 228/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14, de outubro de 2008.

44 No julgamento do agravo interposto em recurso extraordinário em que se discutia o fornecimento de medicamento necessário à manutenção da saúde e da vida com um mínimo de dignidade de paciente portador de moléstia grave, o Ministro Marco Aurélio enfatizou a importância do mínimo existencial: “O acórdão prolatado pela Corte de origem surge harmônico com a Constituição Federal. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que ‘a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são próprias, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do homem.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *ARE nº 650.359/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13, de outubro de 2011.

45 Nas palavras do Ministro Cezar Peluso: “o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 587734-MG*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 7, de agosto de 2012.

Afastam, por conseguinte, a suposta violação à separação dos poderes, uma vez que o Judiciário tão somente determina o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, atuando dentro dos limites de legislador negativo.<sup>46</sup>

46 No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que “no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. [...] Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. *SL nº 47 AgR/PE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Brasília, 17, de março de 2010. Nesse sentido, no julgamento do RE nº 642.536, o Ministro Luiz Fux utilizou a mesma fundamentação esposada pelo Ministro Gilmar Mendes na *SL nº 47* para ratificar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública do Amapá. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 642.536/AP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 13, de setembro de 2011. Na mesma linha de argumentação: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 642.536 AgR/AP*, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 05/02/2013, Publicação em 27/02/2013. Por outro lado, a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Agravo de Instrumento 850.020, em decisão monocrática, determinou a conversão do agravo em recurso extraordinário para sua submissão ao procedimento de Repercussão Geral. A controvérsia referia-se à possibilidade ou não de o Poder Judiciário determinar o número mínimo de profissionais da área de saúde para o regular funcionamento do novo Setor de Emergência do Hospital Salgado Filho no Rio de Janeiro. A respeito do tema, a Ministra afastou essa possibilidade de intervenção judicial, nos seguintes termos: “Este Supremo Tribunal Federal assentou haver contrariedade ao art. 2º da Consti-

Em síntese, as decisões do STF apontam o Poder Público como principal responsável por promover a saúde dos cidadãos e reservam à Corte o papel de guardião desse dever. O cidadão surge como um cliente indefeso que deve ser protegido por um Estado provedor, cujos magistrados detêm legitimidade para definir os valores prioritários a serem preservados. Interessante referir que, da análise das fundamentações se verifica haver uma evidente dificuldade por parte dos Ministros em compatibilizar as normas administrativas regulamentadoras do SUS e a Constituição Federal.

As alegações dos réus no tocante à previsão dos medicamentos solicitados pelos autores das demandas nas listas do SUS ou a inadequação desses insumos ao seu quadro clínico também são, na maioria das vezes, rejeitadas. A Suprema Corte já decidiu em favor dos postulantes até mesmo em caso de procedimentos experimentais, sem eficácia comprovada.<sup>47</sup>

---

tuição da República na determinação judicial de realização de obras em cadeias públicas. Confirmam-se as seguintes decisões monocráticas com trânsito em julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 279.455, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 22.4.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 422.298, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.8.2006; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 365.299, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 9.12.2005).” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 850.020/RJ*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 09, de fevereiro de 2012.

47 O Plenário do STF, ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, foi confrontado com o drama vivenciado por pacientes que, sem alternativas viáveis, depositam suas esperanças em tratamentos experimentais. Naquele incidente, o Estado de Pernambuco buscou suspender decisão judicial que determinara o pagamento de todas as despesas necessárias à cirurgia de implante de marca-passo diafragmático muscular – MDM para devolver ao autor, vítima de assalto em via pública, a capacidade de respirar sem dependência do respirador mecânico. O procedimento experimental, não aprovado pelo FDA (órgão regulador norte-americano), foi orçado em cento e cinquenta mil dólares. O agravo restou provido, por maioria, para manter a decisão que determinava o pagamento das despesas pelo Estado de Pernambuco. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada. *STA nº 223 AgR-PE*. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Tribunal Pleno. Brasília, 14, de maio de 2008.

Em caso semelhante, a Suprema Corte negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que concedera a segurança, reconhecendo o dever do Poder Público em fornecer tratamento aos impetrantes portadores de retinose pigmentar, cuja eficácia ainda é desconhecida, no Centro

Muitas vezes, o procedimento licitatório é igualmente ignorado, e incluído como entrave burocrático, motivo pelo qual se determina que os gestores promovam a aquisição emergencial dos medicamentos, com dispensa de licitação.<sup>48</sup>

No entanto, no que se refere aos medicamentos sem registro na ANVISA, o entendimento supracitado foi reinterpretado pelos Ministros da Corte Maior. Essa situação foi devidamente analisada pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, mormente à época da audiência pública nº 04, dando origem à Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.<sup>49</sup>

A Suprema Corte também tem reconhecido o dever de solidariedade entre todos os entes da Federação no tocante à prestação dos serviços na área de saúde, sob o argumento de que a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União e pelos Estados, bem como o chamamento ao processo da União pelos Estados e Municípios, constituem obstáculos processuais inconstitucionais destinados a postergar a resolução dos feitos.<sup>50</sup>

Por outro lado, as restrições orçamentárias do Estado raramente serviram como justificativa para o não fornecimento de medicamentos ou a prestação de outros serviços de saúde. É nessa linha que encontramos a se-

---

Internacional de Retinose Pigmentaria em Cuba. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 368.564/DF*. Primeira turma. Relator: Ministro Menezes de Direito. Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13, de maio de 2011.

48 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 271.286 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Brasília, 12, de setembro de 2000.

49 Essa recomendação foi editada nos seguintes termos: “Considerando que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes; resolve: I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: [...] b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.”

50 Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 607.381 AgR/SC*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 31, de abril de 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 628.345/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 02, de agosto de 2011.

gunda oposição entre *topoi* estabelecida pelos julgadores, que se dá entre a garantia da saúde do cidadão pleiteante, de um lado, e a Administração Pública e suas contingências financeiras de outro.<sup>51</sup>

Nesse sentido, dois fundamentos são mais frequentes: o de que limitações orçamentárias não podem suplantam direitos constitucionais<sup>52</sup> e o de que não ficou

51 José Reinaldo de Lipa Lopes, ao analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sustenta que os tribunais não estão atentos às possibilidades financeiras do Poder Público no tocante à materialização dos direitos sociais. De fato, “algumas decisões mostram que certos grupos de juízes nos tribunais raciocinam da seguinte maneira: todos têm direito à dignidade humana; a dignidade humana inclui um lugar na escola ou o tratamento específico com determinada droga ou remédio, logo, não compete ao tribunal levar em conta o custo da escola ou do remédio, mas garantir o benefício (implícito na noção não discutida de ‘dignidade humana’) imediatamente”. Destarte, o autor conclui que “o tribunal deveria mostrar que a divisão de custos que está propondo é melhor, mais conforme à lei e à constituição, do que a divisão de custos implícita na política governamental. Mas, para isto, outra vez, seria necessário que elaborasse algum raciocínio sobre as consequências universais da regra que está aplicando.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006. p. 256.

52 Cumpre colacionar excerto do voto do Ministro Celso de Mello proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, que impõe parâmetros para a não aplicação da denominada reserva do possível, como a existência de dolo por parte do ente político na ausência da prestação positiva do direito vindicado: “Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, 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. Tratando-se de típico direito de prestação positiva,

que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 175 AgR/CE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2010. No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, pronunciou-se sobre a ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível: “Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde — que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, ‘caput’, e art. 196) — 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: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. *SL nº 47 AgR/PE*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2010. O Ministro Celso de Mello, a seu turno, no julgamento do RE nº 713231/RN, afirmou que: “cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar [...]. O sentido de fundamentalidade do direito à saúde — que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas — impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positividade dos direitos sociais — que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000. p. 199. itens ns. 20/21) —, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias

demonstrado pelo Poder Público o risco à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública.<sup>53</sup>

instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 713.231/RN*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 7, de dezembro de 2012.

- 53 No julgamento da suspensão de Tutela Antecipada nº 268, indeferiu-se o pedido do Município de Igrejinha para que fosse suspensa a decisão que determinara o fornecimento do medicamento Glivec 400 mg, constante da lista do SUS e em falta na farmácia Municipal, à autora, portadora de leucemia mielóide crônica. O Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a eventual existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou a economia pública, proferiu o seguinte voto: “Não vislumbro na decisão impugnada risco de grave lesão à ordem pública, uma vez considerados os seguintes dados fáticos: o laudo de fl. 33 atesta que a paciente é portadora de Leucemia Mielóide Crônica (CID C 92.1) e necessita com urgência fazer uso de doses elevadas de hidroxiuréia; a requerente declarou que não possui condições de arcar com o custo mensal do tratamento (fl. 28); o medicamento consta da lista de fármacos fornecidos pelo SUS (Portaria nº 1869/GM); e segundo informado pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul (consulta telefônica efetuada pela Assessoria Especial, no dia 21 de outubro de 2008, às 15h45min, pelo telefone número 51.39011004), o princípio ativo hidroxiuréia é disponibilizado aos pacientes portadores de Leucemia Mielóide Crônica pela Farmácia de Medicamentos Especiais do Estado. O Município de Igrejinha, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência da lesão aos cofres municipais, limitando-se a sustentar que o medicamento deve ser fornecido pelo Estado do Rio Grande do Sul e que as decisões judiciais, nesses casos, violam o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88). [...] Por outro lado, inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, verifico que a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 268*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22, de outubro de 2008.

A insuficiência de recursos tem sido interpretada pelos Ministros como incompetência administrativa e desinteresse em agir por parte do gestor público, ainda que se alegue que a realização de outras políticas públicas restará prejudicada pelo fornecimento de medicamentos, realização de tratamentos e outras prestações de assistência à saúde por ordem judicial.<sup>54</sup>

A cláusula da reserva do possível, assim como o mínimo existencial, é um problema formulado no campo teórico, e lá permanece seu debate quando invocado em juízo. Não se vislumbra em nenhum dos julgados estudados qualquer menção a projeções acerca da extensão dos impactos financeiros sobre o Estado; isto é, inexistente um levantamento da extensão dos gastos provenientes das ordens judiciais tendentes à concretização do direito à saúde. Como o argumento dos custos das políticas públicas não é avaliado por meio do suporte em dados de realidade financeira, é possível se utilizar estrategicamente o desconhecimento do Judiciário acerca da capacidade financeira do Estado em favor do administrador público e em prejuízo da realização dos direitos sociais.<sup>55</sup>

Outro ponto importante de ser registrado é que há uma circularidade argumentativa, ou em outras pa-

- 54 Nesse sentido, argumentou-se que “O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 271.286 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Celso de Mello. Segunda Turma. Brasília, 12, de setembro de 2000. Na mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento recente do AI nº 550530 AgR/PR, sustentou que “embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 550530 AgR/PR*. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 26, de junho de 2012.

- 55 SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2009. p. 126.

lavras, a utilização da tautologia para se fundamentar as decisões. Verifica-se que a concessão de medicamentos, e de outros serviços de assistência à saúde, é baseada nos mesmos argumentos e recorrentemente nas mesmas referências normativas. Os Ministros do STF corroboram seu entendimento com a transcrição de outros julgados, em sentido semelhante, do próprio tribunal. Nesse diapasão, buscam coerência com as decisões anteriores, apoiando-se nelas para reiterar o mesmo discurso e chegar aos mesmos resultados.

Não obstante a iniciativa do Supremo Tribunal Federal em realizar uma audiência pública sobre o direito à saúde, a fim de aprofundar o diálogo institucional entre o Poder Judiciário, os gestores e a sociedade civil sobre questões de extrema importância, ainda é possível identificar um padrão na resposta dos Ministros às demandas de saúde. Da mesma forma, também são uniformes os argumentos levantados pelas partes, sendo tais padrões aplicados a casos concretos muito díspares, afastando as decisões da Suprema Corte da complexidade que a matéria apresenta.

São várias as normas administrativas do SUS que regulamentam a compra, distribuição e dispensação de medicamentos, bem como a ordem de prioridade nas internações em UTI's. São variadas as necessidades clínicas de cada indivíduo que busca a tutela do Poder Judiciário, e essa diversidade cresce com os diferentes tratamentos indicados pelos médicos assistentes e pela evolução que apresenta cada paciente. Todas essas variáveis, contudo, não encontram na Suprema Corte espaço suficiente para serem desenvolvidas. Carecem informações para que as peculiaridades de cada caso aflorem e permitam ao magistrado uma decisão que as tome em consideração<sup>56</sup>. Não há individualização das demandas a fim de buscar uma resposta correta para cada caso, mas uma cognição, no mais das vezes, sumária e desprovida de análises técnicas, diante da iminência de risco à saúde e à vida dos autores, o denominado *periculum in mora* inverso<sup>57</sup>. Esta-

beleceu-se, portanto, um padrão decisório no sentido de conceder o tratamento médico, a despeito das considerações consequentialistas.

De fato, na quase totalidade dos pedidos está presente o apelo moral pela preservação da saúde e, em certa medida, da própria vida do autor da demanda. A tentativa de colocar o magistrado na incômoda situação de decidir entre a vida e a morte cria uma forte pressão psicológica.<sup>58</sup>

O altíssimo sucesso que essas demandas obtiveram no decorrer dos anos desde a primeira instância provocou, além do efeito multiplicador, a proliferação do entendimento de que a insuficiência orçamentária para o atendimento a todos seria uma mera desídia da Administração Pública, dispensando até mesmo a produção de provas nesse sentido, o que acaba por influenciar a decisão de última instância sobre o caso. “E esse é apenas um

---

que determinou ao Estado o fornecimento dos insumos e medicamentos necessários ao tratamento de doença rara denominada Epidermólise Bolhosa Distrófica. O Ministro concluiu que “É evidente que os pacientes necessitam do uso diário e contínuo dos insumos e medicamentos pleiteados, de modo a diminuir o sofrimento intenso decorrente das características próprias da patologia, bem como da necessidade de trocas diárias dos curativos. Dessa forma, a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater com o presente pedido de contracautela. Evidente, portanto, a presença do denominado risco de ‘dano inverso.’” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 558/PR*. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02, de setembro de 2011.

58 Não obstante a tese defendida por Ana Paula de Barcellos seja contrária àquela esposada neste trabalho, vale destacar a conclusão a que a autora chega sobre a influência que o apelo moral da preservação da saúde e da própria vida do demandante exerce sobre o magistrado: “Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.” BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata*. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 80.

56 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. Dissertação (Mestrado)- Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2009. p. 79-80.

57 A título de exemplo, o Ministro Cezar Peluso negou seguimento ao pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pelo Estado do Paraná no intuito de suspender os efeitos da decisão proferida pelo tribunal de justiça

dos aspectos de uma tendência que se torna cada vez mais clara: as demandas por serviços de saúde recebem tratamento diferenciado das demais questões que envolvem o controle jurisdicional da Administração Pública”<sup>59</sup>.

## 7 Considerações finais

O presente estudo pretendeu tão somente incitar o debate. O objetivo do nosso estudo foi, a partir da identificação dos argumentos presentes nos julgados estudados, entender como as decisões de última instância têm sido fundamentadas e como as diretrizes constitucionais de atendimento integral, universal e pautado pela igualdade têm sido preenchidas de conteúdo pela Suprema Corte brasileira, a fim de embasar o deferimento ou não de um pedido que envolva o direito à saúde.

Destarte, buscamos obter uma análise representativa do debate judicial que se desenvolve no STF à luz da Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare. A constatação mais relevante dessa pesquisa foi perceber que as palavras avaliatórias integridade, universalidade e igualdade, as quais compõem o núcleo doador de sentido do artigo 196 da Constituição Federal<sup>60</sup>, são utilizadas na maioria dos acórdãos proferidos pelo STF, em matéria de saúde, acompanhadas de alta carga de imprecisão quanto ao seu significado, o que acentua a dificuldade de se averiguar a coerência dessas decisões.

Os ministros da Suprema Corte ainda não formularam um conceito de direito à saúde, proferindo, em regra, decisões de procedência do pedido formulado pelo autor, quase sempre fundado na diretiva constitucional de recuperação<sup>61</sup>, em razão da concepção desse direito fundamental como um direito absoluto, atrelado indissociavelmente à própria vida.

As decisões proferidas nas demandas de saúde pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal e instância última de análise da matéria, devem ser pautadas por critérios objetivos e racionalmente fundamentadas, em observância às normas administrativas que regem o Sistema Único de Saúde, tendo em vista a repercussão dessas decisões em seu planejamento e administração.

## Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy.
- BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. São Paulo: Abril cultural, 1979. (Os Pensadores)
- BONELLA, A E. Intuições, princípios e teoria nas filosofias morais de Rawls e Hare. In: DUTRA, L. H; MORTARI, C. A (Ed.). *Princípios: seu papel na filosofia e nas ciências*. Florianópolis: Nel/UFSC, 2000.
- BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em: <[http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod\\_folder/content/1/Prescritivismo\\_Universal\\_e\\_Utilitarismo.doc?forcedownload=1](http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1)>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 773.049/SC*. Primeira Turma. Agravante: Estado do Rio Grande do Sul. Agravado: Lauro Marcelino. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.radaroficial.com.br/d/5094984>>. Acesso em 28 abr. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 791.476/MT*. Segunda Turma. Recorrente: American Airlines. Recorrido: Fernando Schechter. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 17, de agosto de 2010. Disponível em: <[https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20140103\\_002.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20140103_002.pdf)>. Acesso em 28 abr. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 821.769/RS*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Brasília, 27, de outubro de 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 823.521/RS*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 27, de outubro de 2010.

59 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT*. 2009. Dissertação (Mestrado)- Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2009. p. 101.

60 LIMA, Thalita Moraes. *O discurso judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse*. 2012. Dissertação (Mestrado)- Centro Universitário de Brasília. Brasília: UniCEUB, 2012. p. 173.

61 “[...] Já o direito à recuperação é um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares.”

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 839.594/RS*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28, de fevereiro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento. *AI nº 850.020/RJ*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 09, de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Recurso Especial. *ARE nº 642.258/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 07, de novembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Recurso Especial. *ARE nº 650.359/RS*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13, de outubro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Recurso Especial. *ARE nº 658.647/DF*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 03, de fevereiro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 195.192/RS*. Relator: Marco Aurélio, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 22/02/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 271.286 AgR/RS*, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE nº 273.834 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 31, de outubro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 368.564/DF*. Primeira Turma. Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 13, de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 393.175 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 12, de dezembro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 566.471 RG/RN*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 15, de novembro de 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 607.381 AgR/SC*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 31, de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 626.193/RS*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 28, de novembro de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 626.328 AgR/RS*. Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 07/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 628.345/DF*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 02, de agosto de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 642.536 AgR/AP*. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 05, de fevereiro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 642.536/AP*. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 13, de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 713.231/RN*. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 7, de dezembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. *RE nº 724.293 AgR/RS*. Segunda Turma. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19, de março de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. *SL nº 145 AgR/CE*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. *SL nº 228/CE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14, de outubro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. *SL nº 47 AgR-PE*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. *SS nº 256/TO*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20, de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. *SS nº 421/PE*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 20, de abril de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. *SS nº 4229/GO*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 01, de julho de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. *SS nº 4304/CE*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 19, de abril de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança. *SS nº 4316/RO*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 07, de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 175 AgR/CE*. Tribunal Pleno. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 17, de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 198/MG*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22, de dezembro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 223 AgR-PE*. Tribunal Pleno. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 14, de abril de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 268*. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 22, de outubro de 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão da Tutela Antecipada. *STA nº 558/PR*. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, 02, de setembro 2011.

CARVALHO, M.C.M. Hare e os limites da discriminabilidade racional entre normas em conflito. *Reflexão*, Campinas: PUCCAMP, n. 51/52, 1991.

COSTA, C. F. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*. Brasília, ano 44, n. 175, jul./set. 2007.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Morais. Metodologia de análise de decisões. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza: CONPEDI 2010. HARE, Richard M. *A linguagem da moral*. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HARE, Richard M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

HARE, Richard M. *Moral thinking*. Oxford: Clarendon Press, 1981.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LUNARDI, Gionavi Mendonça. *A universalizabilidade dos juízos morais na ética de Hare*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina, 2003.

MACINTYRE, Alasdair. *What Morality is Not. Philosophy*, 1957. v. 32.

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. São Paulo: Escala, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

SANTANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDF*. 2009. Dissertação (Mestrado)-Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.