

Universidade de Brasília  
Faculdade de Direito  
Curso de Graduação em Direito

Nilson Dias de Assis Neto

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:  
Análise dos Argumentos Jurídicos Apresentados na Audiência Pública do STF**

Brasília,  
Novembro de 2011

Nilson Dias de Assis Neto

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:  
Análise dos Argumentos Jurídicos Apresentados na Audiência Pública do STF**

Monografia apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília (UnB).

Orientadora: Professora Doutora Claudia Rosane Roesler

Brasília,  
Novembro de 2011

Nilson Dias de Assis Neto

JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE:  
Análise dos Argumentos Jurídicos Apresentados na Audiência Pública do STF

Monografia aprovada como requisito parcial  
para obtenção do título de bacharel em Direito  
pela Faculdade de Direito da Universidade de  
Brasília (UnB), com conceito [                      ]  
pela banca examinadora composta por:

Professora Doutora Claudia Rosane Roesler  
Professora Orientadora

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins  
Membro da Banca Examinadora

Professor Doutor Antonio Carlos Fonseca da Silva  
Membro da Banca Examinadora

*À minha mãe,  
pelo exemplo dado em todos os sentidos da vida.*

## AGRADECIMENTOS

Como nos ensina Clarice, em *A Hora da Estrela*, tudo começou quando uma molécula, ao interagir com outra, disse sim. Não somos diferentes, pois, humanos, resultamos, em grande medida, de nossas interações com outros, quando dizemos um sim a outrem. É mister render homenagem às boas moléculas em nossas vidas, dizer o nosso sim:

Ao quarteto mágico de minha vida: à minha mãe – como assegura o provérbio lídiche, pensando em poder não ser onipresente, Deus criou as mães – obrigado pelo amor incondicional, pelo maior incentivo, por ser minha torcedora número um; à minha irmã, porque os irmãos são sempre os primeiros amigos, os dados pela própria natureza, obrigado por me ensinar que não há que se perder a ternura jamais; à minha avó, segunda mãe ou mãe em dobro, pela paciência e dedicação no desenvolvimento de minhas potencialidades; à mãe, não há termo melhor nas relações de parentesco para representar o anjo da guarda que é em minha vida, obrigado pela motivação, por tornar a jornada longe de casa mais afável.

A todos os familiares que, de um modo ou de outro, contribuíram, em especial, a meu avô (*in memoriam*), pelo exemplo de profissional apaixonado pelo Direito dado como fiscal da lei no interior e, posteriormente, na capital do Piauí.

À minha orientadora, Professora Claudia, que, não só ao longo do ano de pesquisa do ProIC, bem como no período posterior de estudo no qual aquele projeto veio a se transformar em monografia, introduziu-me na pesquisa acadêmica com entusiasmo tamanho que me despertou o interesse por uma área do conhecimento da Teoria do Direito com a qual ainda não tinha tido contato, a *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Aos meus amigos e amigas que, de forma direta ou indireta, contribuíram para a experiência mais que enriquecedora e já nostálgica destes cinco anos de convivência na Universidade de Brasília (UnB): Pedro Santos, Lucas Bigonha, Guilherme Del Negro, Gustavo Ferrer, André Collins, Laura Nunes, Cássia Castro, Tainá Camelo, Paulo Emílio, Fernanda Moura, Sinara Vieira, Livia Amorim, Maria Lemus, Amanda Waquim, Natália Dino, Igor Frutuoso, Victor Oliveira, Pedro Tavares. E tantos outros que, pelas falhas de memória, não consigo recordar a tempo, mas que coabitam em local tão importante quanto.

À família que é o Gabinete 402, onde tenho o privilégio de estagiar. Em especial, ao Doutor Antonio Fonseca pela atenção com indicações bibliográficas para a monografia e ao Marcelo pela grande ajuda na revisão de minhas traduções.

Por fim, mas não menos importante, agradeço a Deus e à Nossa Senhora por todas e tantas as graças alcançadas, em particular, pela oportunidade de conviver com tais pessoas tão especiais. Dizemos a todas/os o nosso sim, muito obrigado.

*Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam,  
assim fazei-o vós também a eles;  
porque esta é a Lei e os Profetas.  
(Mateus 7,12).<sup>4</sup>*

*Quem fizer uma afirmação que pressuponha uma regra com certas consequências  
para satisfação dos interesses de outras pessoas  
deve ser capaz de aceitar essas consequências  
mesmo na situação hipotética em que esteja  
na posição dessas pessoas.<sup>5</sup>*

---

<sup>4</sup> BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ª Ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993 (p. 7).

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (p. 75).

## RESUMO

A presente monografia tem o objetivo de, por meio do instrumental teórico oferecido pelas *Teorias da Argumentação Jurídica* da *Lógica Informal* de TOULMIN e da *Teoria Integradora* de MACCORMICK, analisar estritamente os argumentos jurídicos apresentados pelos diferentes interlocutores da Audiência Pública de Saúde realizada no Supremo Tribunal Federal, nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio de 2009. Objetivamos examinar, no plano interno da argumentação, se os argumentos jurídicos pró e contra a judicialização das políticas públicas de saúde são consistentes, ou seja, se guardam uma relação de harmonia entre os elementos do sistema de raciocínio e, no plano externo argumentativo, qual o grau de coerência daqueles argumentos, isto é, a medida de adequação com a realidade fática valorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. O resultado obtido é que, conquanto os argumentos apresentem-se como consistentes, a justificação racional das prestações de saúde depende da possibilidade de universalização da consequência jurídica de valorização da dignidade da pessoa humana a todos os casos concretos que possam vir a ser judicializados.

**PALAVRAS-CHAVE:** argumentação jurídica; Audiência Pública de Saúde; argumentos jurídicos; justificação; plano interno; consistência; *Lógica Informal*; plano externo; coerência; *Teoria Integradora*; consequencialismo jurídico; universalizabilidade da decisão.

## ABSTRACT

This paper is intended, through the theoretical tools provided by the theories of legal reasoning in TOULMIN's *Informal Logic* and in MACCORMICK's *Integrative Theory*, to closely examine the legal arguments presented by different interlocutors in the Health Public Hearing held in the Supreme Court on the 27<sup>th</sup>, 28<sup>th</sup> and 29<sup>th</sup> of April and the 4<sup>th</sup>, 5<sup>th</sup> and 6<sup>th</sup> of May, 2009. We aimed to examine, in the internal level of reasoning, if the legal arguments for and against the judicialization of public health policies are consistent (that is to say, whether there is harmony among their elements) and, in the external level of reasoning, the degree of coherence of those arguments (that is to say, how adequate are they to the facts that are valued in the Brazilian legal system). The result is that, while the arguments were presented in a consistent way, the rational justification for the health benefits depends on the possibility of universalizing the legal consequences of valuing human dignity in all concrete cases that may be judicialized.

**KEYWORDS:** legal reasoning; Health Public Hearing; legal arguments; justification; internal logic; consistency; *Informal Logic*; external logic; coherence; *Integrative Theory*; legal consequentialism; universalizability of the decision.

## RESUMEN

La presente monografía posee el objetivo, por medio de las herramientas teóricas ofrecidas por las teorías de la argumentación jurídica de la *Lógica Informal* de TOULMIN y de la *Teoría Integradora* de MACCOMICK, analizar estrictamente los argumentos jurídicos presentados por los diferentes interlocutores de la Audiencia Pública de Salud ocurrida en la Corte Suprema en los días 27, 28 y 29 de abril y 4, 5 y 6 de mayo de 2009. El objetivo fue examinar, en el nivel interno de la argumentación, si los argumentos jurídicos a favor y en contra de la judicialización de las políticas públicas de salud son consistentes, es decir, si guardan una relación de armonía entre los elementos del sistema de razonamiento, y, en el plan externo argumentativo, cuál el grado de coherencia de aquellos argumentos, es decir, la medida de adecuación con los hechos valorados por el ordenamiento jurídico brasileño. El resultado obtenido es que, aunque los argumentos se presenten como consistentes, la justificación razonable de las prestaciones de la salud depende de la posibilidad de universalización de la consecuencia jurídica de valoración de la dignidad humana a todos los casos concretos que, abstractamente, puedan ser judicializados.

**PALABRAS CLAVES:** argumentación jurídica; Audiencia Pública de Salud; argumentos jurídicos; justificación; plan interno; consistencia; *Lógica Informal*; plan externo; *Teoría Integradora*; coherencia; consecuencialismo jurídico; universalidad de la decisión.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O PLANO INTERNO.....	12
1.1 A Lógica Informal.....	12
1.1.1 Os Dados.....	15
1.1.1.1 Os Dados na Audiência Pública de Saúde.....	17
1.1.2 A Garantia.....	24
1.1.2.1 As Garantias na Audiência Pública de Saúde.....	27
1.1.2.1.1 A Garantia de Conhecimento.....	27
1.1.2.1.2 A Garantia de Provimento.....	33
1.1.2.1.3 A Garantia de Procedimento.....	41
1.1.3 O Apoio.....	49
1.1.3.1 Os Apoios na Audiência Pública de Saúde.....	52
1.1.3.1.1 O Apoio da Garantia de Conhecimento (G1).....	52
1.1.3.1.2 O Apoio da Garantia de Provimento (G2).....	55
1.1.3.1.3 O Apoio da Garantia de Procedimento (G3).....	59
1.1.4 A Condição de Refutação.....	65
1.1.4.1 A Condição de Refutação na Audiência Pública de Saúde.....	69
2 O PLANO EXTERNO.....	80
2.1 A Teoria Integradora.....	81
2.1.1 O Consequencialismo Jurídico.....	88
2.1.1.1 O Consequencialismo Jurídico na Audiência Pública de Saúde.....	93
2.1.2 A Universalizabilidade da Decisão.....	101
2.1.2.1 A Universalizabilidade da Decisão na Audiência Pública de Saúde.....	105
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS.....	115

## INTRODUÇÃO

O tema geral da pesquisa é a judicialização da política de saúde no Brasil, tendo em vista que, dentro do escopo do Estado Democrático e Social de Direito, em que devem ser compatibilizadas as possibilidades advindas dos recursos escassos existentes com as necessidades médicas da sociedade que o Estado de Bem-Estar deve suportar, o Poder Judiciário tem sido cobrado para decidir o conflito entre os pacientes e a Administração Pública.

Mais delimitadamente, pesquisaremos a Audiência Pública de Saúde (APS) realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio de 2009, a qual teve o intuito de promover o debate racional entre proponente e oponente com experiência no que concerne ao Sistema Único de Saúde (SUS), entidade essa que atende pelo menos 70% da demanda de saúde brasileira, motivo pelo qual a judicialização do SUS poderia ser considerada a própria judicialização da saúde.<sup>6</sup>

Dessa forma, ouvidos os diferentes interlocutores, foram exarados, na APS, distintos tipos de argumentos, haja vista que podemos encontrar argumentos que seriam classificados como emocionais, gerenciais, técnicos, científicos, políticos, econômicos, jurídicos envolvidos nas decisões judiciais sobre a questão da saúde.<sup>7</sup> Dentre todos os colhidos, delimitaremos nossa análise aos argumentos jurídicos *stricto sensu*, tanto no caso dos que argumentam a favor como dos contra a judicialização.

Nesse estudo, assim, objetivamos avaliar os argumentos jurídicos desenvolvidos nos discursos dos cinquenta palestrantes<sup>8</sup> que tiveram direito a se manifestar

---

<sup>6</sup> Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência, Tecnologia e Insumo Estratégicos do Ministério da Saúde, nesse contexto, destacou que “setenta por cento (70%) da população brasileira dependem exclusivamente do SUS para ter acesso aos serviços e produtos de saúde, o que significa 130 milhões de pessoas” (GUIMARÃES, Reinaldo Felipe Nery. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 294).

<sup>7</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 6).

<sup>8</sup> Da Audiência Pública de Saúde, participaram com representatividade suficiente para conferir-lhes tempo de discurso os seguintes palestrantes: Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF; Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício; Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde; Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Marcos Salles, representante da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB; Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito; Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Ministro do Supremo Tribunal Federal; Adib Domingos Jatene, Ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo; Osmar Gasparini Terra, Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS; Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, e Cátia Gisele Martins Vergara, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, representantes da Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Vitor Maximiano, Defensor Público do Estado de São Paulo; Jairo Bisol, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; Paulo Ziulkoski, Presidente da Confederação Nacional dos Municípios; Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde; Cleusa da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde; Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo;

naquele evento com representatividade suficiente para conferir-lhes tempo de explanação em alguma seção. Intentaremos analisar se tais argumentos apresentados teriam consistência entre seus dados e suas conclusões e se são coerentes com a realidade fática pretendida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, no mister de esboçar uma argumentação que possa garantir o direito à assistência à saúde sem dar ensejo à desigualdade de tratamento perante o Estado, utilizaremos a *Teoria da Argumentação Jurídica*, na presente pesquisa aplicada, mais precisamente, nas suas correntes desenvolvidas por Stephen Toulmin<sup>9</sup>, em *Os Usos do Argumento*, e por Neil MacCormick<sup>10</sup>, em *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* e, ulteriormente, em *Retórica e Estado de Direito*.

Colhidos os argumentos jurídicos, seriam esses razões consistentes e coerentes? A partir do referencial teórico fornecido por TOULMIN, analisaremos a consistência dos argumentos jurídicos, ou seja, a relação entre os dados e a conclusão apresentados; já pelo referencial de MACCORMICK, avaliaremos a coerência dos argumentos jurídicos, isto é, o grau de adequação da realidade fática pretendida com os princípios do ordenamento jurídico brasileiro.

De tal sorte, dividiremos o presente trabalho em dois Capítulos: no Primeiro deles, centramos o foco na consistência dos argumentos jurídicos apresentados pró e contra; no Capítulo Segundo, ponderaremos a coerência daqueles, a possibilidade, diante da realidade, de universalização da decisão tomada a todos os casos iguais, tornando a decisão um precedente jurisprudencial cujas consequências sejam incentivadas pelo sistema principiológico do ordenamento jurídico nacional.

---

Dirceu Raposo de Mello, Diretor-Presidente da ANVISA; Geraldo Guedes, Representante do Conselho Federal de Medicina; Luiz Alberto Simões Volpe, Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida; Paulo Marcelo GehmHoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP; Paulo Dornelles Picon, representante da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Claudio Maierovitch Pessanha Henrique, Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde; Janaina Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Sueli Gandolfi Dallari, representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; Leonardo Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União; Maria Inês Pordeus Gadelha, Consultora da Coordenação-Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife; Luís Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; Valderilio Feijó Azevedo, representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos; Heloisa Machado de Almeida, representante da ONG Conectas Direitos Humanos; Paulo Menezes, Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; Raul Cutait, Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo; Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos; Sérgio Henrique Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose; José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; José Aristodemo Pinotti, Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo; Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde; Antonio Barbosa da Silva, representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; Ciro Mortella, Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica; Débora Diniz, Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Ministro José Gomes Temporão, Ministro de Estado da Saúde.

<sup>9</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

<sup>10</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 & MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes 1ª Ed. São Paulo: Elsevier 2008.

## 1 O PLANO INTERNO

### 1.1 A Lógica Informal

O plano interno dos argumentos jurídicos expostos na Audiência Pública de Saúde (APS) será analisado por meio da *Teoria da Argumentação Jurídica* desenvolvida pelo filósofo, autor e educador britânico Stephen Toulmin, o qual, influenciado por Ludwig Wittgenstein, estudou o raciocínio moral, procurando desenvolver modelos argumentativos práticos que pudessem ser utilizados na avaliação da ética contida em questões morais como as do direito à proteção da saúde.

Como observado por Robert Alexy, em *Teoria da Argumentação Jurídica*, Stephen Toulmin “se voltou contra o conceito de argumentação moral como um fenômeno que, na melhor das hipóteses, pode ser explicado em termo psicológicos”<sup>11</sup>. Com efeito, suas obras encontraram grande difusão para a análise de argumentos retóricos, tendo em vista sua proposição de uma nova concepção da lógica que supere a lógica formal, a qual denominou de lógica informal.

O ponto de partida de TOULMIN é o relacionamento entre um argumento racional, de um lado, e uma pretensão normativa, de outro, a partir do qual pergunta: “o que faz um conjunto particular de fatos, R, uma boa razão para uma conclusão ética particular, E?”<sup>12</sup>. A idéia do filósofo é, portanto, assim como pretenderam VIEHWEG e PERELMAN, analisar argumentos por meio de uma lógica que não seja a lógica dedutiva formal usada desde a antiguidade com ARISTÓTELES.

No entanto, TOULMIN não se fundamenta numa recuperação das tradições antigas fundadas na tópica e na retórica, como pretendem aqueles primeiros autores da *Argumentação Jurídica*. Em verdade, ele “parte da idéia de que a lógica é algo que tem a ver com a maneira como os homens pensam, argumentam e inferem de fato e constata, ao mesmo tempo que a ciência da lógica apresenta-se – e se tem apresentado historicamente desde Aristóteles – como uma disciplina autônoma”<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (p. 75).

<sup>12</sup> TOULMIN, Stephen. *Os Usos do Argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 139).

<sup>13</sup> Tradução minha do original em espanhol: “parte de la idea de que la lógica es algo que tiene que ver con la manera como los hombres piensan, argumentan e infieren de hecho y constata, al mismo tiempo, que la ciencia de la lógica se presenta – y se ha presentado históricamente desde Aristóteles – como una disciplina autónoma” (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 81).

Decerto, TOULMIN propõe a tese de que, além das inferências lógicas e científicas – classicamente entendidas como decorrentes do paradigma da lógica formal –, há inferências intrínsecas dos argumentos considerados éticos<sup>14</sup>. O que o filósofo quer dizer é que o arquétipo da lógica formal dedutiva não é suficiente para tratar de todos os problemas de razão prática, como os do Direito, principalmente das questões que têm sido chamadas de difíceis ou de trágicas.

Por conseguinte, a lógica dedutiva formal não permitiria a análise da maior parte dos argumentos, apenas alcançado elevando grau de eficiência nos argumentos puramente matemáticos. De tal sorte, TOULMIN desenvolve inferências estimativas que permitam a análise dos argumentos morais, tornado “possível passar de razões factuais (G) para conclusões normativas N”<sup>15</sup> e racionalizado um sistema argumentativo que antes era considerado arbitrário por filósofos como, por exemplo, Alf Ross.

Para tanto, TOULMIN desenvolve um layout ou esquema do argumento com diferentes inferências, em que, questionada a passagem das razões factuais, os dados, às pretensões normativas, a conclusão, é apresentada uma garantia hipotética, a qual, por sua vez, se impugnada, exigirá que seja oferecido seu respectivo apoio categórico na área de conhecimento da questão. Ademais, poderá haver ainda a necessidade de repelir a tentativa do oponente de emoldurar o caso numa exceção à regra geral, o que deve ser realizado oferecendo os reais qualificadores e condições de refutação da premissa construída.

A localização de tais inferências éticas implicaria em descobrir critérios para considerar ou não o argumento como sendo uma boa razão apta a conter os questionamentos do oponente. De fato, TOULMIN entende que o critério para instrumentalização correta da linguagem moral deve advir da observação da função daquela linguagem num contexto social particular, no qual ela atue. Tal contexto, na lógica informal, em geral, guardará grande relação com a argumentação desenvolvida no Direito.

A lógica informal desenvolvida por TOULMIN, pelo menos suas idéias principais, está exposta na obra *Os Usos do Argumento*, de 1958, uma coletânea de artigos publicados. Esse livro, como já afirmamos acima e como toda a *Teoria da Argumentação* toulminiana, tem grande influência de WITTGENSTEIN, haja vista sua crítica ao exagerado formalismo linguístico que desnatura a primazia da linguagem natural, conforme nos indica ATIENZA.

---

<sup>14</sup> É importante destacar que, no presente trabalho, tomaremos os termos ética e moral, assim como os endente TOULMIN, não pretendendo nenhum preciosismo que os diferencie. Na nossa linguagem, ética e moral confundem-se, assim como SILVA, ao conceituar moral, entendendo que “se diz, também, *ética*” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p. 930).

<sup>15</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (p. 75).

Assim sendo, a lógica informal toulminiana opõe-se à tradição aristotélica que tem a pretensão de fazer da lógica uma ciência formal comparável à geometria. Por outro lado, o filósofo britânico “propõe-se a deslocar o centro de atenção da teoria lógica para a prática lógica; não lhe interessa uma ‘lógica idealizada’, mas sim uma lógica operativa ou aplicada (*working logic*); e para efetuar essa operação elege como modelo, não a geometria, mas sim a jurisprudência”<sup>16</sup>.

De fato, o próprio TOULMIN reconhece que “a lógica (pode-se dizer) é jurisprudência generalizada. Os argumentos podem ser comparados a processos judiciais; e as alegações que fazemos e os argumentos que usamos para ‘defendê-las’, em contextos extraleais, são como as alegações que as partes apresentam nos tribunais; e os casos que oferecemos para provar cada uma de nossas alegações são jurisprudência consagrada – para a lógica, num caso, e para o Direito, no outro”<sup>17</sup>.

TOULMIN ainda afiança que “uma das principais funções da jurisprudência é garantir que se conserve o que é essencial no processo legal: os *procedimentos* pelos quais as alegações devem ser apresentadas em juízo, discutidas e estabelecidas, e as *categorias* segundo as quais se devem apresentar, discutir e estabelecer as alegações. Nossa investigação visa a um objetivo semelhante: temos de caracterizar o que se pode chamar de ‘o processo racional’”<sup>18</sup>.

A concepção não formal da lógica toulminiana, assim, muito foi influenciada pelo Direito, havendo um verdadeiro paralelismo entre as funções tanto da lógica quanto da jurisprudência. Destarte, um argumento será considerado bom, quando seja bem fundamentado, de modo a resistir às críticas e merecer um veredicto favorável no Tribunal da Razão, segundo a analogia desenvolvida pelo próprio TOULMIN, em *Os Usos do Argumento*<sup>19</sup>.

Sendo assim, como observado por ALEXY<sup>20</sup> e por ATIENZA, um argumento, para ser considerado uma boa razão, não depende de uma mera questão formal (lógica dedutiva), mas, sim, de uma questão de procedimento para aferir a racionalidade daquele argumento por meio de critérios que, a despeito de serem, histórica e

<sup>16</sup> Tradução minha do original em espanhol: “se propone a desplazar el centro de atención de la teoría lógica para la práctica lógica; no le interesa una ‘lógica idealizada’, sino una lógica operativa o aplicada (*working logic*); y para efectuar esa operación elige como modelo no la geometría, sino jurisprudencia” (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 82).

<sup>17</sup> TOULMIN, Stephen. *Os Usos do Argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 10).

<sup>18</sup> TOULMIN, Stephen. *Os Usos do Argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 10).

<sup>19</sup> TOULMIN, Stephen. *Os Usos do Argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 11).

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (p. 78).

geograficamente, variáveis, são apropriados para determinados época e lugar. Daí outra importância da análise dos argumentos jurídicos contemporâneos ao problema.

### 1.1.1 Os Dados

Os dados, dentro da concepção não formal da lógica toulminiana, são o ponto de partida da argumentação persuasiva, uma vez que questionada uma pretensão, essa deverá ser justificada, racionalmente, por meio de um sistema argumentativo que começará fornecendo dados. A *Teoria da Argumentação Jurídica* de Stephen Toulmin desenvolveu-se com fundamento em regras específicas de inferência do argumento moral e essa enceta pelo fornecimento de dados.

Questionada nossa pretensão, teremos de realizar um comportamento de raciocinar, de dar razões a favor de nossa pretensão questionada, permitindo a transposição de afirmações de fatos para afirmações normativas. O uso argumentativo e não meramente instrumental da linguagem é esse, ou seja, quando as emissões linguísticas não conseguem atingir seus objetivos diretamente, há a necessidade de dar razões para a pretensão desejada pelo interlocutor.

Em conformidade com Manuel Atienza, no livro *Las Razones del Derecho*, “o uso argumentativo supõe que as emissões linguísticas fracassaram ou têm êxito, segundo possam apoiar-se em razões, argumentos ou provas. Dito uso tem lugar, por exemplo, quando se estabelece uma pretensão jurídica (por exemplo: *X tem direito a receber a herança*), realize-se uma execução musical, apoia-se um candidato a um emprego etc.”<sup>21</sup>. Argumentar, portanto, é dar razões; e dar razões começa por fornecer dados.

Tal é a regra de inferência específica que permite diferenciar os argumentos morais válidos, de um lado, dos inválidos, de outro: “uma afirmação moral é verdadeira sempre que bons argumentos possam ser atribuídos a ela. Donde não se trata apenas da possibilidade de distinguir argumentos morais válidos dos inválidos, mas também a possibilidade de as afirmações normativas serem verdadeiras ou falsas dependem da existência dessa regra”<sup>22</sup>.

Assim, questionada a pretensão, nasce a necessidade de dar razões que, não obstante as pretensões possam ser das mais distintas áreas do conhecimento, podem ser

<sup>21</sup> Tradução minha do original em espanhol: “el uso argumentativo supone que las emisiones lingüísticas fracasan o tienen éxito, según que puedan apoyarse en razones, argumentos o pruebas. Dicho uso tiene lugar, por ejemplo cuando se plantea una pretensión jurídica (por ejemplo: *X tiene derecho a la herencia*), se cometa una ejecución musical, se apoya a un candidato a un empleo, etc.” (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 83).

<sup>22</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (p. 78).

fornecidas por meio de um arquétipo de raciocínio que é desenvolvido por TOULMIN: o *layout*. Essa é a estrutura do argumento que será desenvolvido no presente trabalho monográfico, começando pelo componente do layout já denominado de dados do argumento (*ground* no original em inglês e *razón* na linguagem de ATIENZA)<sup>23</sup>.

A possibilidade de aquelas afirmações morais serem verdadeiras ou falsas pressupõe a possibilidade de distinguir argumentos morais válidos dos inválidos por meio do layout. A estrutura lógica informal do argumento<sup>24</sup> fornece aos dados a função de estabelecer os fundamentos para iniciar a justificação racional da pretensão questionada por meio, outrossim, de outros elementos – ainda a serem tematizados – que estão todos interrelacionados.

Os dados serão o material apresentado pelo argumento moral para justificar sua pretensão, sendo um termo básico da argumentação<sup>25 26</sup>. Configurando-se num dos quatro principais elementos do layout argumentativo toulminiano, os dados fazem parte do modelo de análise do sistema argumentativo. Afirma ATIENZA, quando da relação proponente e oponente no fornecimento de dados, que, “no caso que o oponente questione de alguma forma a pretensão, o proponente terá de dar *razões (grounds)* – dados – em favor de sua pretensão inicial que sejam ao mesmo tempo relevantes e suficientes”<sup>27</sup>.

Corroborando o pensamento de ATIENZA acerca de TOULMIN, ALEXY entende que, “em todos os campos, fazer uma afirmação, faz surgir a queixa implícita de que suas assunções subjacentes devem ser aceitas. Quando se duvida da queixa é necessária uma

<sup>23</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 84).

<sup>24</sup> Segundo ALEXY, o tema da investigação da lógica informal é a lógica “da verdadeira argumentação (working logic ou applied logic). Por ‘lógica’ Toulmin não entende o que hoje em dia é chamado de lógica matemática ou formal, mas antes a teoria da justificação das afirmações a expressão dos argumentos. A lógica, compreendida dessa maneira, tem mais em comum com a jurisprudência do que com a matemática. Assim como a jurisprudência descreve regras para expressar ‘queixas jurídicas’, por exemplo, a lógica determina as regras pelas quais as ‘queixas em geral’ são justificadas e refutadas” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 – p. 78).

<sup>25</sup> O termo argumentação, para ATIENZA que reproduz o pensamento de TOULMIN, é a atividade “total de levantar pretensões, pô-las em questão, respaldá-las produzindo razões, criticando essas razões e refutando essas críticas”. Tradução minha do original em espanhol: “total de plantear pretensiones, ponerlas en cuestión, respaldarlas produciendo razones, criticando esas razones, refutando esas críticas etc.” (TOULMIN, Stephen *apud* ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 84).

<sup>26</sup> Tal é o entendimento de TOULMIN, o qual é exposto tanto em *Os Usos do Argumento* quanto na posterior *An Introduction to Reasoning*, a qual, a despeito de ser considerada mais didática, é considerada mais superficial. Todavia, não há grandes divergências entre as teorias expostas nos referidos livros.

<sup>27</sup> Tradução minha do original em espanhol: “en caso de que el oponente cuestione de alguna forma la pretensión (en otro caso no surge la necesidad de argumentar), el proponente tendrá que dar *razones (grounds)* en favor de su pretensión inicial, que sean al mismo tiempo relevantes y suficientes” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 84).

justificação. Isso acontece apresentando-se fatos como motivos ou razões<sup>28</sup>. Os argumentos de razão prática, como os do Direito, por exemplo, têm basicamente essa origem.

Comprovando, nessa direção, TOUMIN afirma “uma distinção a partir da qual podemos começar: entre a *alegação* ou a conclusão cujos méritos estamos procurando estabelecer (C) e os fatos aos quais recorreremos como fundamentos para a alegação – que chamarei de nossos *dados* (D). Se a pergunta de nosso desafiante for ‘o que você tem para seguir em frente?’, uma resposta possível é apresentar os dados ou a informação em que se baseia a alegação; mas há outros modos de desafiar nossa conclusão”<sup>29</sup>.

Sendo assim, os dados não são teorias gerais, mas, sim, fatos específicos aptos a justificar racionalmente uma pretensão por meio de uma estrutura, considerando-se que a natureza desses dados pode vir a mudar de acordo com o tipo de argumentação problematizada. No caso de argumentos jurídicos, como o do presente trabalho, os dados serão fatos que integram o caso concreto, a exemplo do ponto de partida para a judicialização do direito à proteção da saúde<sup>30</sup>. Temos, assim:

## LAYOUT DO ARGUMENTO

Dado (D) → Conclusão (C)

### 1.1.1.1 Os Dados da Audiência Pública de Saúde

Os dados fornecidos na Audiência Pública de Saúde (APS) são relativos à negativa de prestação de proteção à saúde do cidadão brasileiro por parte do Estado, mais especificamente do Estado *stricto sensu*, a Administração Pública. O fato é que o cidadão brasileiro, ao recorrer ao sistema de saúde pública que deveria atendê-lo, não encontra amparo, sendo-lhe oferecidas duas opções, a saber: *a)* esperar longas filas para ser atendido administrativamente; *b)* resignar-se e procurar a iniciativa privada.

<sup>28</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (p. 79).

<sup>29</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 140).

<sup>30</sup> Sobre a estrutura do layout argumentativo, Stephen Toulmin ainda afirma que, “a menos que a asserção tenha sido feita de modo totalmente irrefletido e irresponsável, normalmente teremos alguns fatos que poderemos oferecer para apoiar nossa alegação; se a alegação é desafiada, cabe a nós recorrer àqueles fatos e apresentá-los como o fundamento no qual se baseia nossa alegação” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – p. 139).

De fato, em conformidade com que afirmou o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, presidente do STF à época de realização da APS, os dados teriam origem “no contexto em que se associam recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as questões em torno do direito à saúde, representam um dos principais desafios à eficácia dos direitos fundamentais”<sup>31</sup>.

Esses dados, enquanto fatos específicos do caso concreto da judicialização da saúde e não mera teoria geral, estão expostos nos mais diferentes discursos dos interlocutores da APS, os cinquenta palestrantes que tiveram direito a discursar. Tanto os que seriam a favor quanto os que seriam contra a judicialização da saúde admitem, em maior ou menor grau, que, por vezes, a Administração Pública não consegue adimplir as obrigações de fazer relacionadas à saúde.

De um lado, os que argumentam a favor da judicialização do direito à promoção da saúde, como o então Procurador-Geral da República, reconhecem aqueles fatos, afirmando que “é importante destacar que a negativa da prestação não decorre sempre do mesmo fundamento. Três hipóteses podem ser sublinhadas: *a*) em alguns casos há política pública que não é executada; *b*) em outros a política pública é inadequada; e *c*) finalmente, há casos em que não há política pública definida”<sup>32</sup>.

De outro, os que argumentam contra a judicialização política do direito sanitário no Brasil – que poderia ser considerada a judicialização do Sistema Único de Saúde (SUS) – não negam os dados apresentados, mas sim reconhecem a necessidade de que a saúde ainda deve ser assegurada, reconhecendo “a absoluta essencialidade do direito à saúde. Assim, torna-se necessário demonstrar e defender que esse direito seja assegurado – e deve ser assegurado”<sup>33</sup>.

Em verdade, portanto, os que argumentam contra a judicialização do direito sanitário – que, como observado, devido à amplitude deste, é, em grande parte, a judicialização do SUS – não negam os dados apresentados, em geral, pelos que argumentam a favor da judicialização pretendida. Como se observará, há muito mais uma discordância

---

<sup>31</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 6).

<sup>32</sup> SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 36).

<sup>33</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 45).

quanto à qualidade do ambiente judicial para aferir a justiça distributiva nas prestações obrigacionais de saúde.

Tais dados apresentados diante do questionamento da possibilidade ou não de judicialização da política sanitária ficam bem mais claros nos discursos dos indivíduos mais prejudicados por aquele inadimplemento estatal. Esses argumentos são colhidos não mais nas palestras das autoridades estatais que se concentraram nos primeiros dias da APS, mas sim nas falas de representantes de sociedade civil, como, por exemplo, organizações não governamentais.

Nessa mesma direção, Sérgio Henrique Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose<sup>34</sup>, por exemplo, afirmou que tem “um filho portador de fibrose cística, doença genética, progressiva, potencialmente fatal, que necessita de tratamento contínuo e de alto custo. Foram anos de lutas e humilhações na busca de nosso direito constitucional. Não medimos esforços, pois lutamos pelo mais precioso de qualquer cidadão: a vida”<sup>35</sup>.

No mesmo sentido, ARAÚJO afirma que é “*pai de duas crianças, meus filhos* nasceram e com um ano e dois meses eles andaram, e hoje meu filho é incapaz de andar. Quando chego em casa, ele não pode me receber na porta, e olha a ver as crianças com a idade dele de treze anos, sem condições nenhuma de correr na rua. O sonho de muitas crianças é de, quando crescerem, se tornarem médicos, advogados e doutores ou outras profissões. Meu filho tem só um sonho: jogar bola comigo; só um sonho”<sup>36</sup>.

Ainda complementou Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses<sup>37</sup>, que “não tem medicação, o diagnóstico não foi dado pelo SUS, não há uma política voltada para doenças raras, não tem assistência. Muitas têm

---

<sup>34</sup> O conceito de mucoviscidose, também conhecida como fibrose cística, “é uma enfermidade hereditária, com a qual algumas crianças nascem e que causa o mau funcionamento de certas glândulas do corpo e dos sistemas respiratório e digestivo. Na mucoviscidose, as glândulas exócrinas produzem um muco pegajoso e espesso, que afeta o organismo da seguinte forma: no aparelho respiratório: este muco bloqueia os canais bronquiais provocando dificuldade para respirar, tosse crônica e infecções por bactérias alojadas neste muco; no aparelho digestivo: o muco evita que as enzimas digestivas cheguem ao intestino delgado para aproveitar as substâncias que os alimentos contêm. O muco pode também bloquear os canais condutores do fígado e do trato digestivo” (Disponível em <http://www.py2gea.com.br/saude%20e%20cia/mucoviscidose.html>. Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>35</sup> SAMPAIO, Sérgio Henrique. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (pp. 279-280).

<sup>36</sup> ARAÚJO, Josué Félix. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (pp. 278-279).

<sup>37</sup> O conceito de mucopolissacaridose, igualmente chamada de doença de Hunter ou doença de Scheie, “são doenças metabólicas hereditárias causadas por erros inatos do metabolismo que determinam a diminuição da atividade de determinadas enzimas, que atuam numa estrutura da célula chamada lisossomo. As MPS fazem parte de um grupo chamado Doenças de Depósito Lisossômico” (Disponível em [http://www.genzyme.com.br/thera/az/br\\_p\\_tp\\_thera-az.asp](http://www.genzyme.com.br/thera/az/br_p_tp_thera-az.asp). Sítio consultado em 11/08/2011).

morrido sem condições financeiras nenhuma, sem alimentação. Sofrem nas filas dos hospitais públicos, com médicos que não conferiram o diagnóstico; nem o diagnóstico souberam dar”<sup>38</sup>.

Há outras bastantes manifestações de que corroboram os dados apresentados acima de que o Poder Público não está adimplindo, por vezes, prestações obrigacionais de saúde. Em grande parte, os dados mais concretos estão contidos nesses discursos, os proferidos por representantes de entidade não governamentais que congregam os indivíduos que procuram o Poder Judiciário para que esse obrigue a Administração Pública a promover a saúde pública.

Decerto, esse é um ponto importante e que merece uma análise bastante interessante, a partir das considerações de que os dados mais concretos apresentam-se no final da APS e de que tal evento foi de suma importância para a sociedade brasileira, como ressaltou o Ministro MENDES, logo na audiência de abertura, “ficou evidenciada a importância da iniciativa para a sociedade brasileira e, notadamente, para a comunidade jurídica do País”<sup>39</sup>.

Ocorre que, conquanto apresentem os dados mais concretos e considerem a APS de suma importância, os representantes da sociedade civil, fornecedores dos melhores dados, foram deixados para os últimos dias da Audiência – em verdade, quase que só para o último dia. Essa estrutura merece uma crítica pelo privilégio que concedeu injustificadamente aos representantes das mais altas burocracias da Administração Pública brasileira.

Ademais, há que se destacar que, como estudado por meio do layout fornecido por TOULMIN, o processo de fornecer razões, de racionalizar uma questão por meio da apresentação de argumentos justificadores, começa com a exposição de dados. De tal modo, os representantes das organizações não governamentais<sup>40</sup> expositores dos dados mais concretos acerca da questionada judicialização política da saúde deveriam ter proferido discurso logo no início da APS, expondo os contornos do citado problema.

Outro ponto que merece uma crítica é o relativo à participação social. Isso tudo, tendo em vista que, em conformidade com o Ministro MENDES, a APS “teve a finalidade especial de promover a participação social por meio de depoimentos de pessoas com experiência e autoridade no que concerne ao Sistema Único de Saúde – SUS, em várias

---

<sup>38</sup> ARAÚJO, Josué Félix. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 279).

<sup>39</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 5).

<sup>40</sup> O termo organizações não governamentais é utilizado, no presente caso, para referir-se a todas as instituições da sociedade civil que, com efeito, não integram qualquer Administração Pública.

vertentes”<sup>41</sup>. Contudo, a participação social, uma responsabilidade constitucional e legal, não foi de grande valia na APS.

A Constituição Federal de 1988 positivou que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”<sup>42</sup>. Na mesma direção, estabelece o art. 13, XVII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), bem como, outrossim, a Lei 9.868/99 e a Lei 9.882/99, que a audiência pública seria um meio de ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade na área da saúde pública<sup>43</sup>.

Todavia, a nosso ver, o objetivo de promover a participação social na APS não foi alcançado, pelo menos em grande parte, haja vista que aquela se restringiu a uma conversa entre membros do Estado. Decerto, a APS ouviu depoimentos de pessoas representantes de instituições não governamentais da sociedade civil, entretanto, essas palestras não só foram muito poucas, como também foram desprestigiadas, uma vez que lhes fora concedido os últimos momentos da APS para argumentarem.

De fato, como já tive a oportunidade de problematizar, em *Levando a Escassez a Sério*<sup>44</sup>, o número de discursos dos palestrantes das organizações não governamentais, excluída desse conceito toda a Administração Pública nas suas facetas direta e indireta (como órgão ou como personalidade), é bastante pequeno, podendo-se contabilizar apenas e tão somente cerca de dez palestras sem aquele caráter eminentemente estatal<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 5).

<sup>42</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>43</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: [atualizado até julho de 2011] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2011 (Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Julho\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2011.pdf)). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>44</sup> ASSIS NETO, Nilson Dias de. "Levando a Escassez a Sério: a Relação entre o Orçamento Público e o Direito à Saúde". In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande do Sul, v. 90 (Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9926](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9926)). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>45</sup> Da Audiência Pública de Saúde, participaram com representatividade suficiente para conferir-lhes tempo de discurso os seguintes palestrantes: Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF; Antonio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República; Ministro José Antônio Dias Toffoli, Advogado-Geral da União; Leonardo Lorea Mattar, Defensor Público-Geral da União em exercício; Alberto Beltrame, Secretário de Atenção da Saúde do Ministério da Saúde; Flávio Pansiere, representante do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; Marcos Salles, representante da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB; Ingo W. Sarlet, Professor Titular da PUC/RS e Juiz de Direito; Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Ministro do Supremo Tribunal Federal; Adib Domingos Jatene, Ex-Ministro da Saúde e Diretor-Geral do Hospital do Coração em São Paulo; Osmar Gasparini Terra, Presidente do Conselho Nacional de Secretários da Saúde – CONASS; Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira, Procuradora-Geral do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, e Cátia Gisele Martins Vergara, Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, representantes da Associação Nacional do Ministério Público de Contas; Vitore Maximiano, Defensor Público do Estado de São Paulo; Jairo Bisol, Presidente da Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde; Paulo Ziulkoski, Presidente da Confederação Nacional dos Municípios; Ana Beatriz Pinto de Almeida Vasconcellos, Gerente de Projeto da Coordenação Geral da Política de Alimentos e Nutrição do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde; Cleusa da Silveira Bernardo, Diretora do Departamento de Regulação, Avaliação e Controle de Sistemas do Ministério da Saúde; Alexandre Sampaio Zakir, representante da Secretaria de Segurança Pública e do Governo de São Paulo; Dirceu Raposo de Mello, Diretor-Presidente da ANVISA; Geraldo Guedes, Representante do Conselho Federal de Medicina; Luiz Alberto Simões Volpe, Fundador do Grupo Hipupiara Integração e Vida; Paulo Marcelo GehmHoff, representante da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, do Instituto do Câncer do Estado de São Paulo e da Faculdade de Medicina da USP; Paulo Dornelles Picon, representante da

O estado da arte colhido tanto no Brasil quanto no exterior corrobora os fatos expostos na APS de que o Estado, enquanto Administração Pública, não está adimplindo as prestações obrigacionais relativas ao direito de promoção da saúde. Estaria havendo uma negativa de prestação daquelas obrigações pelo Poder Público, o que estaria, por sua vez, obrigando os cidadãos brasileiros a judicializarem seus direitos.

No plano internacional, há casos de ausência de prestações estatais de saúde desde os países desenvolvidos, como os EUA, até os considerados subdesenvolvidos, como o Brasil. O modelo dos Estados Unidos da América é de importante valia pela ampla judicialização que promove, produzindo grandes obras doutrinárias e jurisprudenciais, embora não seja aqui abordado por fugir ao tema da APS de judicialização no Brasil.

No plano nacional, a verdade dos dados apresentados na APS pelos que argumentam a favor da judicialização do direito à proteção da saúde e não contestados pelos que argumentam contra essa judicialização da política – o que, conforme TOULMIN, não ensinaria a necessidade de dar razão ao argumento questionado – é comprovado pelo número de ações com pedido e causa de pedir relativos ao direito constitucional da população à assistência à saúde.

Nesse ponto, recente estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), de 2008, constata o expressivo crescimento do número de processos judiciais com pedido relativo a medicamento e a tratamentos deferidos: “no DF, o número de mandados judiciais relacionados a medicamentos aumentou de 281, em 2003, para 682, em 2007”<sup>46</sup>. Esses dados bem se coadunam com os apresentados na APS, uma vez que, se há ações judiciais, deve ser porque há algum direito descumprido.

Continua o estudo afirmando que “na Bahia, passou de seis ações, em 2003, para 117, em 2007. No Rio Grande do Sul, o número já era alto desde 2002, quando já tinham

---

Universidade Federal do Rio Grande do Sul e do Hospital de Clínicas de Porto Alegre; Claudio Maierovitch Pessanha Henrique, Coordenador da Comissão de Incorporação de tecnologia do Ministério da Saúde; Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul; Sueli Gandolfi Dallari, representante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Sanitário; Leonar do Bandarra, Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça do Ministério Público dos Estados e da União; Maria Inês Pordeus Gadelha, Consultora da Coordenação-Geral de Alta Complexidade do Departamento de Atenção Especializada do Ministério da Saúde; Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife; Luis Roberto Barroso, representante do Colégio Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios; Valderilio Feijó Azevedo, representante da Associação Brasileira de Grupos de Pacientes Reumáticos; Heloisa Machado de Almeida, representante da ONG Conectas Direitos Humanos; Paulo Menezes, Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar; Raul Cutait, Professor Associado da Faculdade de Medicina da USP, Médico Assistente do Hospital Sírio Libanês, Ex-Secretário de Saúde do Município de São Paulo; Josué Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacarídeos; Sérgio Henrique Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose; José Getúlio Martins Segalla, Presidente da Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica; José Aristodemo Pinotti, Professor Titular Emérito da USP e Unicamp, Ex-Reitor da Unicamp e Ex-Secretário de Saúde do Estado de São Paulo; Reinaldo Felipe Nery Guimarães, Secretário de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde; Antonio Barbosa da Silva, representante do Instituto de Defesa dos Usuários de Medicamentos; Ciro Mortella, Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica; Débora Diniz, Fundadora do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Ministro José Gomes Temporão, Ministro de Estado da Saúde.

<sup>46</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "Vinte Anos da Constituição de 1988: o que Significaram para a Saúde da População Brasileira". In: **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 17, v. 1, 2008.

sido registradas 1.846 ações e o estado alcançou, em junho de 2008, o total de 4.550 ações, das quais 3.500 eram demandas por medicamentos. No RJ, houve um crescimento de mais de 350% entre 2001 e 2005 de 713 ações para 2.500. No Superior Tribunal de Justiça (STJ), havia dois processos em 2001, e estes alcançam 672 em 2004<sup>47</sup>.

Tudo isso, pelo dado de que a Administração Pública não está cumprindo sua obrigação de fornecimento de medicamentos (produto – obrigação de dar) e de tratamentos (serviço – obrigação de fazer) ao povo brasileiro, gerando uma negativa, um absenteísmo, daquela prestação, o que, por conseguinte, obriga o cidadão brasileiro, individualmente prejudicado, a procurar o Poder Judiciário para que esse obrigue a Administração àquele adimplemento.

No mesmo ponto, comprovando mais uma vez que, de fato, houve expressivo crescimento das decisões judiciais que julgam processos cuja matéria envolve o direito à promoção da saúde, um levantamento de dados que vem sendo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) constatou que atualmente tramitam mais de cento e doze mil ações cujos pedido e causa de pedir (elementos identificadores das ações) tratam daquele direito social constitucional<sup>48</sup>.

Ressalte-se que o levantamento somente colheu os dados de vinte dos noventa e um tribunais brasileiros<sup>49</sup>. De tal maneira, os técnicos do CNJ acreditam que, quando terminarem o exame dos dados colhidos nos setenta e um tribunais que ainda não foram analisados, o número de ações judiciais relacionadas ao direito à proteção da saúde chegará à impressionante marca de quinhentos mil processos<sup>50</sup>.

De tal forma, é um dado o fato da negativa de prestação obrigacional relativa à saúde por parte da Administração Pública, nesse caso, mais especificamente do SUS, para com a sociedade brasileira, o que, como já afirmamos, acreditamos que não seja negado pelos que argumentam contra a judicialização política da saúde. Assim, temos o dado (D): negativa de prestação das obrigações relativas à saúde por parte da Administração.

---

<sup>47</sup> INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "Vinte Anos da Constituição de 1988: o que Significaram para a Saúde da População Brasileira". In: **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 17, v. 1, 2008.

<sup>48</sup> CAVALCANTI, Hylda. **Demandas de Saúde Passam de 112 Mil em Todos o País**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>49</sup> CAVALCANTI, Hylda. **Demandas de Saúde Passam de 112 Mil em Todos o País**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>50</sup> CAVALCANTI, Hylda. **Demandas de Saúde Passam de 112 Mil em Todos o País**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Sítio consultado em 11/08/2011.

## LAYOUT DO ARGUMENTO

Dado (D):                   → Conclusão (C)  
 negativa de prestação  
 das obrigações relativas à saúde  
 (medicamento e tratamento do SUS)

**1.1.2. A Garantia**

A garantia, em conformidade com TOULMIN, aparece quando a relação dos dados apresentados com a pretensão conclusiva é atacada argumentativamente pelo interlocutor, sendo questionada a relação com os dados fornecidos, então, faz-se mister demonstrar a ligação desses com a pretensão para que o layout ou o sistema argumentativo não seja qualificado com a pecha de dar razões por “saltos argumentativos”, sendo classificado, portanto, como falacioso.

De fato, com os dados expostos, o interlocutor oponente possui basicamente duas opções: *a)* ele pode questionar a veracidade daqueles dados do caso; *b)* ele pode exigir que o proponente justifique a passagem desses dados à conclusão pretendida, o que se dará necessariamente por meio do uso de uma garantia que justifique o salto de um a outra. Contudo, o melhor caminho ao oponente revela-se ser o acolhimento de ambas as opções: questionando os dados e a passagem desses à pretensão.

Quanto aos enunciados que justificam a passagem dos dados às pretensões, afirma TOULMIN que chamará “as proposições desse tipo de *garantias* (W), para distingui-las, por um lado, das conclusões, e, por outro, dos dados. (Essas ‘garantias’, vale registrar, correspondem aos padrões práticos ou cânones de argumento, mencionados nos ensaios anteriores.)”<sup>51</sup>.

TOULMIN define o conceito de garantia como sendo, “num certo sentido, incidental e explanatória, com a única tarefa de registrar, explicitamente, a legitimidade do passo envolvido e de referi-lo, outra vez, na classe maior de passos cuja legitimidade está sendo pressuposta”<sup>52</sup>. Tais seriam *warrant* (W), no original em inglês, *garantía* (G), nos vocábulos de ATIENZA, ou ainda apenas *garantia* (G), para nós.

<sup>51</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 141).

<sup>52</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 143).

Nessa direção, quanto ao estabelecimento de uma garantia para um argumento, ATIENZA entende que são os enunciados gerais que autorizam o passo das razões factuais à premissa normativa construída<sup>53</sup>. Como observado acima, o dito passo é a passagem a ser realizada justificadamente dos dados fornecidos para a conclusão pretendida, ou seja, excluindo a possibilidade de existência de saltos argumentativos na razão justificadora.

A garantia, embora não seja nem a primeira nem tampouco a única, é, pelo menos, uma das primeiras diferenças a notar-se do esquema ou do layout de TOULMIN em relação ao tradicional paradigma do silogismo formal aristotélico (primeira premissa→segunda premissa=conclusão), o qual, dentro do Direito produziu o método do silogismo positivista da subsunção legal (norma→fato=conclusão), na qual supostamente predominaria a literalidade da lei.<sup>54</sup>

Com efeito, ALEXY assevera que o pensamento toulminiano entende que “o relacionamento entre a lógica e a argumentação prática foi perdido, segundo diz. A fim de restabelecer esse relacionamento, há necessidade de ‘uma reorganização radical da teoria da lógica’. A exigência dessa reorganização radical não significa que a lógica tradicional não tenha mais qualquer valor. Em vez disso, a reorganização é necessária porque a lógica tradicional é insuficiente para julgar argumentos não-analíticos”<sup>55</sup>.

Assim sendo, constatada a insuficiência da lógica formal para o julgamento de argumentos não analíticos, isto é, substanciais e considerando que apenas os matemáticos são puramente analíticos – contendo sempre suas conclusões nas próprias premissas, sendo, por conseguinte, tautológicos –, faz-se mister um rearranjo da lógica, agora, lógica informal com a inclusão de elementos, como a garantia, complexificando o sistema argumentativo.

A garantia, para ATIENZA, portanto, são enunciados gerais da razão prática, instrumentalizando a analogia da feitura de um pastel: “poderia dizer-se que, enquanto os fatos ou razões são como ingrediente de um pastel, a garantia é a receita geral, que permite obter o resultado combinando os ingredientes. Ou, dito de outra maneira, a

---

<sup>53</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 85).

<sup>54</sup> É importante não esquecer que, segundo ALEXY, o pensamento propugnado por TOULMIN “abandona a tradição da lógica desde o tempo de Aristóteles – a tradição que torna a matemática seu ideal. Ele critica essa tradição por se orientar unicamente pelo paradigma do silogismo, segundo ele, uma forma insignificante de argumento ao julgar a argumentação prática” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 – p. 78).

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 (pp. 78-79).

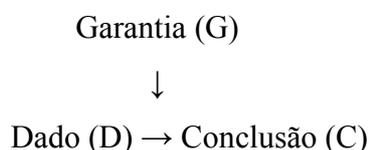
distinção entre razões e garantias é a mesma que se estabelece na argumentação jurídica entre enunciados de fato e normas”<sup>56</sup>.

Tanto é, que TOULMIN chega a afirmar que se recorre “a dados de modo explícito; e a garantias, de modo implícito. Além disso, pode-se observar que as garantias são gerais, certificando a solidez de *todos os* argumentos do tipo apropriado, e, portanto, têm de ser estabelecidas de modo muito diferente dos fatos que apresentamos como dados. Essa distinção entre dados e garantias é semelhante à distinção que se faz, nos tribunais de justiça, entre questões de fato e questões de direito”<sup>57</sup>.

Sendo assim, a teoria de TOULMIN propõe que a passagem realizada argumentativamente dos dados apresentados para a conclusão pretendida seja justificada por meio de uma garantia, um enunciado geral, normativo e não factual apto a relacionar dados e conclusão. De tal sorte, a estrutura ou o layout do argumento estaria justificada, de modo a impedir que a ele seja imposta qualquer pecha quanto a sua qualidade, como de ser falacioso ou realizado por saltos.<sup>58</sup>

A garantia é, portanto, uma grande diferença das proposições da teoria toulminiana em relação ao tradicional paradigma aristotélico da lógica formal, porquanto por meio da lógica informal podemos trabalhar com campos argumentativos que são sejam meramente analíticos. A exemplo, temos o Direito, em que por ser um mundo de argumentos considerados substanciais, a justificação depende daquela nova lógica e, outrossim, do seu novel elemento da garantia.

## LAYOUT DO ARGUMENTO



<sup>56</sup> Tradução minha do original em espanhol: “podría decirse que mientras los hechos o razones son como ingredientes de un pastel, la garantía es la receta general, que permite obtener el resultado combinando los ingredientes. O, dicho todavía de otra manera, la distinción entre razones y garantías es la misma que se establece en la argumentación jurídica entre enunciados de hecho y normas” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 85).

<sup>57</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 143).

<sup>58</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 143).

### 1.1.2.1 As Garantias na Audiência Pública de Saúde

#### 1.1.2.1.1 A Garantia de Conhecimento

A nosso ver, podem ser encontradas três garantias, na APS, dos argumentos a favor da judicialização das políticas pública de saúde pelo Judiciário brasileiro. A primeira delas – levando em consideração tanto a ordem de apresentação destas quanto a lógica do processo civil – é a garantia de conhecimento, a qual assegura que os processos que tenham pedido e causa de pedir relativos àquela judicialização deverão ser conhecidos pelo Poder Judiciário.

A garantia de conhecimento defende que, comprovada a ausência de prestação das obrigações de saúde por parte da Administração Pública para com o cidadão, esse poderá judicializar sua demanda e essa, por sua vez, deverá ser conhecida, ou seja, analisada pelo Poder Judiciário. Essa garantia é de conhecimento, isto é, advoga que as demandas relativas ao direito à promoção da saúde sejam apreciadas pela competente Justiça.

Nesse ponto, coadunam-se os discursos dos mais diferentes interlocutores na APS que proferiram palestra a favor da judicialização da política de saúde pública no Brasil. Por exemplo, houve intensa defesa do acesso à Justiça por parte do cidadão que tenha seu direito social constitucional à saúde violado nas manifestações da própria magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O Ministro Presidente do STF, à época da APS, Gilmar Ferreira Mendes, defendeu a inafastabilidade da análise daquelas demandas em relação à Justiça, confira-se: “o Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis”<sup>59 60 61</sup>.

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 33).

<sup>60</sup> O também, outrossim, Ministro do STF Carlos Alberto Menezes Direito defendeu a inafastabilidade, a saber: “de todos os modos, é preciso resguardar permanentemente a situação e a natureza da função jurisdicional, particularmente daqueles extraordinários juizes de primeiro grau, que, ao longo de todo esse Brasil, cumprem o seu dever muitas vezes com enormes dificuldades” (DIREITO, Carlos Alberto Menezes. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 81).

<sup>61</sup> O representante da Associação Brasileira de Magistrados (AMB), igualmente, entendeu pela inafastabilidade de jurisdição, *in verbis*: “dentro desse contexto, nós temos a dignidade da pessoa humana, mas temos também a inafastabilidade da jurisdição. Ora, como eu concebo um Estado social e democrático de direito em que o cidadão não pode procurar o juiz da sua comarca; em que o cidadão não pode procurar o Tribunal de sua região; em que o cidadão não pode procurar diretamente o Supremo Tribunal Federal?” (SALLES, Marcos Coelho. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 72).

O Procurador-Geral da República (PGR) Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, representante do Ministério Público, também entendeu pela inafastabilidade da jurisdição, afirmando que “se deseja é destacar a imprescindibilidade do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo. Quem bate às portas do Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado nega-lhe tal prestação”<sup>62</sup>.

O Defensor Público Federal Leonardo Lorea Mattar, representante da Defensoria Pública da União, outrossim, consignou que “a intervenção firme e segura do sistema de Justiça e do Poder Judiciário, quando necessário e quando deficiente a prestação do serviço pela administração pública, deve, sim, ocorrer na área da saúde e é essencial”<sup>63</sup>. Mais uma vez advogando, por meio dessa garantia, que as ações judiciais identificadas com o direito sanitário sejam conhecidas pela Justiça.

No mesmo contexto, podemos colocar a manifestação do representante da OAB, Flávio Pansieri, o qual entendeu que o afastamento de possível violação ao direito à proteção da saúde da análise do Poder Judiciário seria uma violação de princípios. Isso tudo, tendo em vista que aquela atitude não se coadunaria tanto com a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais quanto com o princípio da proibição do retrocesso social.<sup>64</sup>

Ademais, a Ingo Sarlet, representante da academia, preocupa-lhe a “dupla exclusão: é a exclusão de quem não recebe nem o medicamento que o protocolo, a lei impõe o fornecimento e a dupla exclusão de que essa pessoa não poderia, então, buscar o Poder Judiciário, seja por via coletiva, seja por via individual. É dupla exclusão do sistema: ou seja, temos que nos conformar a sermos atendidos na medida do sistema existente e não sermos atendidos, ainda que a lei, os protocolos imponham esse atendimento”<sup>65</sup>.

SARLET ainda defende não ser indispensável o anterior pedido realizado administrativamente, entendendo que “o prévio esgotamento da via administrativa, esse, então, é catastrófico. É dizer que as pessoas fiquem meses esperando na fila para conseguir uma pré-inscrição, mais alguns meses esperando pelo medicamento, pelo serviço, [...] E é

---

<sup>62</sup> SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 37).

<sup>63</sup> MATTAR, Leonardo Lorea. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 54).

<sup>64</sup> PANSIERI, Flávio. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (pp. 64-66).

<sup>65</sup> SARLET, Ingo. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (pp. 76-77).

claro que esgotar a via administrativa significa realmente esgotar a pessoa a ponto de poder acessar o sistema Judiciário e de corrigir a situação de base”<sup>66</sup>.

A garantia de conhecimento, portanto, é a regra geral hipotética de que a violação do direito, como a causada pela negativa de prestação das obrigações relativas à política de saúde – dado (D) –, pode dar origem a uma ação judicial, a qual, se ajuizada competentemente, deve ser conhecida, isto é, analisada pelo Poder judiciário, porque, como observado acima, esse não pode furtar-se à apreciação de lesão ou de ameaça a direito do cidadão.<sup>67</sup>

Essa primeira garantia que conceituamos por “de conhecimento” colhida na APS em muito depende da garantia de acesso à Justiça, da qual acreditamos que faça parte. Tudo isso, haja vista que uma vez que seja garantido o acesso à Justiça não há como negar que o Poder Judiciário aprecie um processo que tenha pedido e causa de pedir relativos à política pública de saúde – desde que, é claro, a ação esteja cumprindo os requisitos formais competentes.

De tal sorte, constatado o dado (D) de que há negativa de prestação obrigacional ligada às políticas públicas de Saúde, a garantia (G1) determina que o Poder Judiciário deve conhecer e analisar as demandas, por ventura, ajuizadas. Destaque-se que os que argumentam contra a judicialização não deixam claro qualquer manifestação contra tal garantia, a despeito de haver externamente à APS quem entenda pela inaplicabilidade da garantia (G1).

Apenas e tão somente para explicar, pois isso não foi abordado na APS, há a corrente doutrinária que entende que o Poder Judiciário não deveria conhecer e, conseqüentemente, analisar demandas que envolvam direitos sociais, como o direito à assistência à saúde, porque esses seriam meras normas programáticas não dotadas de eficácia nem de imediaticidade como os demais direitos fundamentais individuais<sup>68</sup>. Havendo, inclusive, quem questione a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais.

No estado da arte geral, não há discrepâncias com o que foi encontrado na APS, tendo em vista que naquele encontramos, igualmente, a garantia da defesa da atuação do

---

<sup>66</sup> SARLET, Ingo. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 77).

<sup>67</sup> SARLET, Ingo. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (pp. 76-77).

<sup>68</sup> Nesse ponto, respeitável opinião em contrário é a de José Afonso da Silva, conforme o qual, em *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, “a saúde é [...] *dever* do Estado, [...] aí não se impõe propriamente um obrigação jurídica, mas traduz um princípio, segundo o qual a saúde e o desporto para todos e cada um se incluem entre os fins estatais, e deve ser atendido. Sente-se, por isso, que a prescrição tem eficácia reduzida” (SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007 – pp. 83-84). Ainda há posições jurisprudenciais iguais.

Poder Judiciário, quando houver negativa de prestações obrigacionais de direitos sociais, como as relativas à saúde. Esse novo estado tem origem na mudança de paradigma realizada no final da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) do Estado Liberal de Direito para o Estado Democrático e Social de Direito.

Com tal mutação de arquétipos, tem sido produzido o que se tem chamado de ativismo judicial<sup>69</sup>, o qual advoga pela defesa da ideia de que causas antes alijadas da análise por parte da Justiça, como o problema das políticas de saúde, não podem mais ficar na exclusiva apreciação dos Poderes Executivo e Legislativo. De fato, o ativismo judicial supera o paradigma imposto pela ideologia liberal de uma hermética separação de poderes e considera que há apenas predomínio de funções, permitindo uma dialética relação entre os Poderes.

A garantia (G1), dentro do escopo do Estado Democrático e Social de Direito, tem levado a um protagonismo cada vez maior do Poder Judiciário<sup>70</sup>, mormente quando os dados sejam o dado (D) de ausência de assistência à saúde por parte da Administração Pública. Isso tudo decorrendo do entendimento de que foi superado o dogma liberal de absoluta separação de poderes, coevamente, havendo o mero predomínio de funções não hermeticamente distribuídas.

Nesse contexto, importantes são as observações de Carlos Ari Sundfeld, em sua obra *Fundamentos de Direito Público*, em conformidade com o qual, “em resumo, à separação de órgãos (Poderes), corresponde uma distinção de atividades (funções), que produzem diferentes atos”<sup>71</sup>. O entendimento de que há um predomínio de funções dialeticamente relacionadas e não uma separação hermética de poderes está fundamentada, em grande parte, na doutrina dos EUA que nos influencia desde a Constituição de 1891.<sup>72</sup>

Gustavo Amaral, em sua dissertação de mestrado que se transformou em excelente obra, afirma que, “quanto à possível violação de separação de poderes, parece ser crítica que tem origem no modelo francês de separação de poderes, enquanto, a nosso ver, tal

---

<sup>69</sup> Para complementar o conceito de ativismo judicial fornecido, acrescentemos o criado por DELGADO: “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional” (DELGADO, José Augusto. “Ativismo Judicial: o Papel Político do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea”. In: **Processo Civil Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.**. 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008 – p.319).

<sup>70</sup> Esse protagonismo do Poder Judiciário tem levado, por sua vez, a consideração de que o presente século seja a centúria de tal Poder, assim como o XX foi do Legislativo e o XIX fora Executivo.

<sup>71</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007 (p. 43).

<sup>72</sup> Ainda a respeito da separação de poderes, AMARAL afirma sobre o modelo estadunidense: “o modelo americano de *freios e contrapesos* volta-se menos para a separação de poderes em órgãos distintos do que para uma concepção quase que newtoniana de equilíbrio, como bem demonstra a larga experiência americana com agências reguladoras, pertencentes ao Executivo, mas com largos poderes legislativos” (AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 – p. 124).

modelo não é o adotado no Brasil, onde a inspiração constitucional desde a Carta de 1891, é o modelo americano”<sup>73</sup>. Não predominando, portanto, a doutrina liberal clássica do Barão de Montesquieu, em *O Espírito das Leis*<sup>74</sup>.

De fato, não podemos esquecer que a primeira constituição republicana, a promulgada em 1891, foi redigida com grande influência de Rui Barbosa, que, como é de conhecimento, tinha grande preferência pela doutrina estadunidense, a qual muito influenciou-lhe. Não havendo, portanto, como prevalecer a separação de poderes absoluta suplantada pelo modelo de predomínio de funções, havendo, assim, uma dialética relação de pesos e contrapesos entre os Poderes.

Decerto, seja porque a separação de poderes absoluta transformou-se em separação de funções<sup>75</sup>, seja porque foi suplantada no Brasil pela doutrina dos EUA, esse paradigma transformou o Poder Judiciário de um “departamento técnico-administrativo” num “Poder protagonista”, atuando de forma a coibir os excessos praticados pelos demais Poderes da República, como no caso dos dados (D) em que um dos Poderes não estariam cumprindo sua obrigação constitucional.

Como observado acima, essa mudança que tem gênese na superação do discurso vazio da mera subsunção legal, na qual predominaria a suposta literalidade da norma. Tal subsunção (primeira premissa→segunda premissa=conclusão) foi muito influenciada pela lógica formal aristotélica, a qual seria impraticável para análise de argumentos da área da razão prática como os do campo do Direito, segundo o entendimento de TOULMIN<sup>76</sup>.

De tal sorte, superado o paradigma tradicional com o Estado de Bem-Estar Social, nasce uma jurisdição muito mais aberta e principiológica que realiza atividades que antes seriam reservadas aos Poderes Executivo e Legislativo, o que, anacronicamente, tem sido chamado de ingerência ou de intervenção do Poder Judiciário nos demais poderes. Não se trata disso; em verdade, a Justiça estaria desempenhando sua atividade jurisdicional de garantir o direito.

Assim sendo, entendemos que, com o Estado Democrático e Social de Direito, áreas antes fora da análise jurisdicional, como a das políticas públicas de saúde,

<sup>73</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 121).

<sup>74</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Cultura, v. 1, 1997.

<sup>75</sup> Há funções judiciais no Executivo como o processo administrativo, funções legislativas como a Medida Provisória; no Judiciário há funções executivas como atos administrativos, e legislativas como a interpretação analógica; no Legislativo há funções judiciais como o julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, e executivas como o ato administrativo. Tal rol é, meramente, demonstrativo, porquanto poderíamos encontrar inúmeros outros exemplos que serviriam para demonstrar a veracidade das proposições de SUNDFELD.

<sup>76</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 136).

passaram a sofrer apreciação judicial, hodiernamente. Esse câmbio decorreu também do estabelecimento de uma relação entre as esferas política e jurídica, antes segregadas pela doutrina clássica montesquiana de separação absoluta de poderes, pregando uma “auto-restrição ou moderação”<sup>77</sup> por parte da Justiça.

Nessa mesma direção, Clèmerson Clève afirma que de um Judiciário ativista não resultaria a Justiça “atuar como legislador, nem deve se substituir à atividade do administrador, mas sim que a Constituição Federal exige um novo tipo de juiz, não apegado aos esquemas de racionalidade formal e, por isso, muitas vezes, *guardião* do status quo”<sup>78</sup>. Daí, ressalte-se, abrolha a necessidade de uma teoria que supere a insuficiente lógica formal para a análise de problemas jurídico-políticos, de questões trágicas (ATIENZA<sup>79</sup>).

Sendo assim, com o Estado Social que promoveu um ativismo judicial, ao judicializar questões antes consideradas eminentemente políticas do Executivo e do Legislativo, o Poder Judiciário não se encontra mais adstrito a uma função judicante classicamente entendida, porque ele não só pode como deve conhecer e, conseqüentemente, analisar as ações judiciais que tenham causa de pedir e pedido relacionados às políticas públicas de saúde.

Constatado o dado (D) consistente na negativa de fornecimento de medicamento e/ou de tratamento, deve a Justiça, sem medo de qualquer pecha pejorativa sobre o ativismo judicial<sup>80</sup>, aplicar a regra geral hipotética de que serão conhecidas e analisadas as demandas fundamentadas em violações de direito, inclusive as violações que desrespeitem opções políticas, desde que – é claro – a inicial ajuizada esteja devidamente instruída.

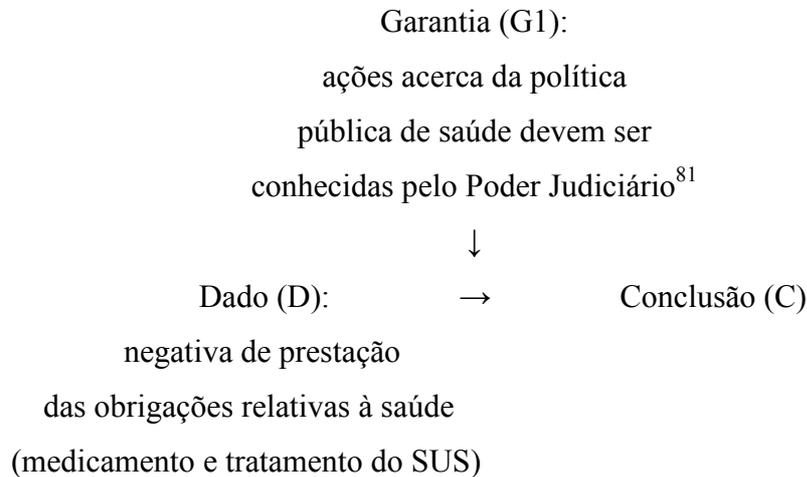
<sup>77</sup> Em conformidade com o Ronald Dworkin, quanto àquela auto-restrição ou moderação judicial, essa é “o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 – p. 216)

<sup>78</sup> CLÉVE, Clèmerson Merlin. “A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo para uma Dogmática Constitucional Emancipatória”. In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (pp. 217-218).

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 33).

<sup>80</sup> Não tomamos, portanto, o tom, a nosso ver, pessimista de Ronald Dworkin, quanto ao ativismo judicial, entendendo que esse seria “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003 – pp. 451-452). Há ainda outro conceito proposto pelo mesmo autor: “o programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas no sentido que descrevi, a despeito das razões concorrentes do tipo que mencionei. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 – p. 215).

## LAYOUT DO ARGUMENTO



### 1.1.2.1.2 A Garantia de Provimento

A garantia de conhecimento é a garantia (G1)<sup>82</sup> de que as ações judiciais a propósito dos dados (D) de que há negativa de prestação de obrigações de saúde pelo Estado devam ser conhecidas, ou melhor, analisadas pelo Poder Judiciário. Além dessa garantia de conhecimento, há outra garantia, agora, menos processual e mais conectada com o mérito propriamente dito da demanda: assegurando o deferimento dos pedidos temos a garantia (G2), garantia de provimento.

Isso tudo, tendo em vista que, uma vez que ajuizada a ação, essa não só deverá ser analisada pela Justiça (garantia – G1) como também deverá ser julgada procedente, pelo menos abstratamente – como veremos a seguir não concretamente – (garantia – G2). De tal sorte, assegura-se que não haja nem obstáculos processuais, por meio da garantia (G1), nem obstáculos de mérito, por meio da garantia (G2), a qual será presentemente estudada.

Processualmente, o oponente pode questionar a passagem do dado (D), negativa de prestações de saúde, à pretensão de que o Poder Judiciário deve atuar protegendo direitos, alegando que a Justiça não é competente para tais decisões políticas. Contra isso, o proponente dará a razão contida na garantia (G1), no Estado Democrático e Social de Direito,

<sup>81</sup> Destaque-se que o termo “conhecidas” foi usado com o significado de que aquelas demandas sejam analisadas pelo Poder Judiciário, não guardando relação com o provimento ou não do pedido.

<sup>82</sup> A garantia (G1) foi abordada primeiramente, porque, como esperamos haver demonstrado, a aplicação da garantia (G2) de mérito depende de que a garantia processual (G1) tenha superados seus obstáculos.

as lesões ou as ameaças a direito, inclusive as relativas aos direitos sociais, não podem ser afastadas da apreciação judicial.

Presentemente, no mérito, o oponente, o qual é contra a judicialização das políticas sanitárias, pode questionar aquela passagem, alegando que, ainda que o Poder Judiciário deva analisar o caso concreto, esse deve indeferir o pedido, haja vista que o direito à assistência de saúde não teria conteúdo jurídico de direito subjetivo. Contra isso, por sua vez, o proponente, o qual é a favor da judicialização das políticas sanitárias, oferecerá as razões contidas na garantia (G2), o direito social à saúde deve ter eficácia normativa.

De fato, a garantia (G2) é determinante para a procedência do pedido, no mérito, porquanto ela defende que o direito à promoção da saúde é um direito social e que isso não elide a possibilidade de que seu cumprimento, por meio do acionamento do Estado Juiz, para que seja cobrado do sujeito violador daquele direito, igualmente, subjetivo. Destaque-se que ambas as garantias (G1) e (G2) nascem na gênese do novel Estado de Bem-Estar Social.

Na APS, verifica-se que a garantia (G2) foi apresentada pelos mais diferentes interlocutores, em verdade, há uma grande coincidência entre os palestrantes que ofereceram as garantias (G1) e (G2). Tudo isso, porque não haveria interesse em apresentar uma só dessas razões, afinal: quem teria interesse num processo ser analisado e não provido?; e pior, que pretensão haveria em dar razão para o deferimento do pedido, sem haver de oferecê-las para o conhecimento?

Como proponente que deu a garantia (G2) encontramos a própria magistratura, o Ministério Público, a Defensoria Pública e a OAB, os quais seguiram pelo caminho de considerar que a violação do direito social constitucional à proteção da saúde dá ensejo a uma obrigação da Administração Pública de suprir a negativa de prestação. Vejamos, agora, pormenorizadamente, as razões específicas fornecidas por cada um daqueles interlocutores da APS.

Jorge André de Carvalho Mendonça, representante da magistratura, especificamente, a federal, defendeu a garantia (G2) com fundamento na teoria do mínimo essencial, afirmando que “a doutrina colocou esse equilíbrio numa expressão que já não é nova – inclusive o próprio Supremo já utilizou essa expressão –, que é ‘decidir com base no mínimo existencial’. Ou seja, quando aquele pedido da parte for imprescindível para a própria sobrevivência dela, realmente não haverá como o Judiciário negar esse pedido”<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 244).

Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, representante do Ministério Público, defendeu a garantia (G2) fundado no argumento jurídico que o direito à promoção da saúde é direito de alçada constitucional. Afirmou ele que, “segundo está estampado no inciso II do artigo 23 da Constituição da República<sup>84</sup>, cuidar da saúde é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”<sup>85</sup>. Estando, portanto, o direito à proteção da saúde entre as opções políticas constitucionais.

O representante do *Parquet* ainda continuou afirmando o seguinte, “conforme o art. 198<sup>86</sup>, as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: descentralização, com direção única em cada esfera de governo; atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; e participação da comunidade”<sup>87 88</sup>.

Flávio Pansieri, representante da OAB, fundamentou a garantia (G2), no fato de que, “na ordem constitucional brasileira, os Direitos Fundamentais sociais são submetidos ao regime jurídico das garantias fundamentais e dos direitos individuais disciplinados tanto no capítulo I, II, III, IV, V do título II da Constituição Federal<sup>89</sup>. Todas essas, por sua vez, então, com eficácia e aplicabilidade imediata, tanto numa perspectiva positiva como negativa”<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Art. 23, II, da CF/88, *in verbis*: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>85</sup> SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 38).

<sup>86</sup> Art. 198, da CF/88, *in verbis*: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>87</sup> SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 38).

<sup>88</sup> SOUZA ainda utilizou-se, para fundamentar o uso da garantia (G2), no fato de que muitas unidades da federação não estariam aplicando percentuais adequados ou mesmo mínimos na área da saúde: “além de alguns entes da federação não cumprirem a aplicação do mínimo de recursos previstos na Emenda Constitucional nº 29 e da ineficiência dos medicamentos de controle sobre a aplicação dos recursos federais repassados aos gestores, fatores que potencializam o indiscutível subfinanciamento da saúde pública, não podemos esquecer que os recursos são finitos e as necessidades infinitas, de modo que não se pode dar tudo a todos” (SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 38).

<sup>89</sup> O Capítulo I, do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), da Constituição Federal de 1988, trata “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; o Capítulo II, dos “Dos Direitos Sociais”; e os Capítulos IV e V, dos “Direitos Políticos” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>90</sup> PANSIERI, Flávio. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 64).

PANSIERI também, outrossim, instrumentalizou a garantia (G2) por meio do princípio da proibição do retrocesso social, afirmando o seguinte: “tal impossibilidade decorre da própria eficácia negativa do direito fundamental à saúde que impede a ação do Estado ou de particulares, que possam reduzir o nível de atendimento – tese esta que se constrói a partir da cláusula de proibição de retrocesso social, construído pela própria conjugação dos objetivos da República com a dignidade da pessoa humana”<sup>91</sup>.

A Defensoria Pública, por sua vez, não só advogou pela defesa da garantia (G2), com fundamentação nos mesmos argumentos jurídicos dos demais proponentes a favor da judicialização das políticas pública de saúde, como também propôs um determinado modo de procedimento de provimento que será tema, mais adiante, do presente trabalho<sup>92</sup>. A Defensoria Pública quer, como é de se esperar, que todos que intentam uma ação judicial tenham tanto o conhecimento quanto o provimento.

De tal sorte, os proponentes que argumentam a favor daquela judicialização da saúde estabelecem a garantia (G2) de que, diante do dado (D), ausência de prestação de saúde, o Poder Judiciário deve atuar de modo a não só analisar (conhecer) tais demandas como, igualmente, dar-lhe provimento (conceder o medicamento e/ou tratamento), tendo em vista que o direito social constitucional à assistência de saúde deve ser garantido pela Justiça.

No estado geral da arte, encontramos a afirmação da mesma garantia (G2), tendo em vista que, ainda decorrente da mudança do Estado Liberal ao Social, os direitos sociais passaram a ser cobrados do Estado por parte do cidadão. No atual contexto, tem-se entendido que não há que prevalecer o que se tem denominado de insinceridade normativa: a positivação de normas vazias de aplicação na realidade, no âmbito do direito constitucional; seria algo próximo da constituição semântica de LOEWENSTEIN<sup>93 94</sup>.

O entendimento que tem sido desenvolvido é que a insinceridade normativa presente em Constituições anteriores deve ser combatida, haja vista que ela impede que os direitos subjetivos constitucionais ultrapassem a mera folha de papel, uma vez que a efetividade desses é solapada por uma hermenêutica clássica e liberal insincera. Havendo

---

<sup>91</sup> PANSIERI, Flávio. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 66).

<sup>92</sup> MATTAR, Leonardo Lorea. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 55).

<sup>93</sup> Quanto à correspondência da “Constituição” com a realidade, um critério ontológico, Karl Loewenstein propõe a classificação das Magnas Cartas em normativas, nominalistas (nominativas ou nominais) e semânticas. Para FERREIRA, as constituições semânticas são “simples reflexos da realidade política, servindo como mero instrumento dos donos do poder e das elites políticas, sem limitação do seu conteúdo” (FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998 – p. 13).

<sup>94</sup> Para aprofundamento nesse conteúdo, *vide* MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

dominância da insinceridade normativa, é recomendável evitar-se, inclusive, qualificá-las com o termo “Constituição”, em prestígio de toda a história constitucional.

Em conformidade com AMARAL, a Constituição deve ser “para valer”, reconhecendo que “todas as disposições constitucionais são normas e, enquanto tais, revestem-se de algum grau de eficácia”<sup>95</sup>. A insinceridade normativa presente em Lei Maiores de antanho – para evitar prestigiar-lhes como termo Constituição – tem sido superada pelo novo entendimento de que as normas devem possuir um grau de eficácia na realidade fática.

O novo entendimento prevaleceu em decorrência, principalmente, de duas constatações realizadas tanto pelas doutrinas quanto pelas jurisprudências nacional e alienígena. Destaque-se que ambas as constatações que levaram à formulação da garantia (G2) tem origem na mesma mudança de paradigma do Estado Liberal ao Social que originou a elaboração da garantia (G1). Expliquemos, então, cada uma dessas constatações percebidas.

A primeira constatação é a de que os direitos sociais não são meras normas programáticas, ou seja, normas que teriam sua eficácia dependente de regulamentação legal e que serviriam apenas como orientação interpretativa, mas sim seriam normas de eficácia imediata, isto é, com aplicabilidade concreta independente de qualquer regulamentação, como qualquer outra norma que positive qualquer direito considerado fundamental.

Considerado direito fundamental de segurança geração<sup>96</sup>, o direito social à saúde, conforme um estudo ainda recente de KINNEY e CLARK<sup>97</sup>, está positivado em mais de dois terços das Constituições como obrigação do Estado para com o cidadão. Como observado acima, o sensu comum que tem sido desenvolvido é de que tais direitos teriam aplicação imediata nos casos concretos independente de regulamentação inferior, como parece ser o entendimento do acadêmico Ingo Wolfgang Sarlet.

O Poder Judiciário deve, portanto, promover a efetividade das normas constitucionais, evitando que a Constituição Federal de 1988 seja classificada com a pecha de semântica. Pois, segundo obra de MENDES, quanto à efetividade dos direitos sociais, “por via de regra, quando se quer negar eficácia<sup>98</sup> a um preceito constitucional diz-se que ele não

---

<sup>95</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 3).

<sup>96</sup> Os direitos fundamentais possuem um longo processo de desenvolvimento, no qual seu conteúdo vai sendo cada vez mais ampliado. No curso da história, as gerações ou ainda dimensões dos direitos fundamentais foram identificadas pela primeira vez, em 1979, por Karel Vasak, o qual utilizou pela primeira vez a expressão “primeira geração de direitos do homem”, tema esse que foi, *a posteriori*, desenvolvido por Norberto Bobbio, o que levou muitos a pensarem que aquele teoria seria alvitre desse jurista italiano.

<sup>97</sup> CLARK, B. A.; KINNEY, E. D. *apud* FLOOD, Colleen M.; GAGLE, Lance; GOSTIN, Lawrence O.. “Introduction Legislating and Litigating Health Care Right around the World”. In: **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, v. 33, 2005 (p. 640).

pode ser aplicado porque se trata de uma norma simplesmente *programática*”<sup>99</sup>. É a insinceridade normativa de uma semântica Lei Maior.

Nesse ponto, reproduzimos a pertinente crítica de BOBBIO à inefetividade das normas programáticas: “as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas pudicamente de ‘programáticas’. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem ou permitem *hic et nunc*, mas ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado?”<sup>100</sup>.

BOBBIO ainda critica com os seguintes questionamentos: “e, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de ‘direito’?”<sup>101</sup>.

Assim sendo, o direito à assistência de saúde, a despeito de ser de segunda dimensão<sup>102</sup>, é um direito fundamental que, para merecer o título de direito fundamental, deve evitar a pecha de programático, sob a qual se esconde a insinceridade normativa. A garantia (G2) é essa garantia de que, positivado o direito constitucionalmente, à Justiça não cabe outra opção que não a de dar provimento (deferindo o pedido), quando verificada a ausência de prestação daquele direito.

A segunda constatação é de que, ao contrário do que se pregava anteriormente, não há uma diferença entre os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais sociais que seja considerada uma razão apta a desnaturar a aplicabilidade imediata desses últimos. Um entendimento já superado pelo sensu comum que tem sido construído afirmava que os direitos individuais seriam negativos e os direitos sociais seriam positivos e, com efeito, dependeriam de uma manifestação do Estado.

<sup>98</sup> Para SILVA, “a eficácia jurídica, deste modo, advém da força jurídica ou dos efeitos legais atribuídos ao ato jurídico, em virtude da qual deve ser o mesmo cumprido ou respeitado, segundo as determinações, que nele se contêm” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p.509).

<sup>99</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 93).

<sup>100</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992 (p. 72).

<sup>101</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992 (p. 72).

<sup>102</sup> Importante é evitar, igualmente, o termo geração (substituindo-o por dimensão) pela característica de hierarquia que ele parece implantar nos direitos fundamentais, como se os mais antigos fossem mais relevantes que os mais novos. No mesmo contexto, Paulo Bonavides, em *Curso de Direito Constitucional*, entende que o termo dimensão é preferível ao vocábulo geração, tendo em vista que “os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz, e à fraternidades, permanecem eficazes, são intra-estruturas, formando a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como o provérbio chinês da grande muralha, a Humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro largo passo” (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997 – p. 525).

Entendia-se que os direitos individuais, os de primeira dimensão, como o direito à liberdade, envolveria um mero absentéismo do Estado, de maneira que poderiam ser exigido sem custo nem regulamentação. “Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria constituição, não do trabalho do legislador”<sup>103</sup>.

Outrossim, entendia-se que os direitos sociais, os de segunda dimensão, como o à saúde, envolveriam uma atuação da Administração Pública, de modo que não poderiam ser exigidos sem que houvesse tanto um gasto estatal quanto uma regulamentação. “Os direitos sociais, via de regra, voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhe dá a característica de positivos”<sup>104</sup>. Suplantada a razão de que os direitos sociais dependeriam de regulamentação para a eficácia desses, tratemos dos custos.

Essa distinção entre direitos individuais como negativos, não-prestacionais, e sociais como positivos, prestacionais, é inválida, haja vista que tanto direitos de liberdade quanto direitos de igualdade são negativos, em alguma medida, e positivos, envolvendo uma atuação estatal. Tudo isso, uma vez que houve uma mudança de paradigma, com o Estado Bem-Estar, que produziu o coevo senso comum de que a Constituição não existe apenas para limitar o Estado, mas também como uma tarefa a ser cumprida por esse.

Sendo assim, quer sejam direitos individuais, quer sejam direitos sociais, ambos teriam tanto uma face negativa quanto uma face positiva, de forma que aquela artificial diferenciação, assim como aquela suposta ausência de imediatividade não são razões aptas a desnaturar qualquer ponto contido na garantia (G2). Direitos de liberdade e direitos de igualdade são ambos dependentes, igualmente, de custos que são financiados pela Administração Pública.

Em conformidade com Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, em *O Custo dos Direitos: Porque Liberdade Depende de Impostos*<sup>105</sup>, há que se questionar o consequente: “então essa questão propõe-se: as liberdades protegidas pela Declaração de Direitos são apenas negativas? Elas requerem que o Estado apenas abstenha-se de atuar sem ser requerido do Estado atuação?”<sup>106</sup>. Em verdade, ambos os direitos envolveriam custos.

---

<sup>103</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 29).

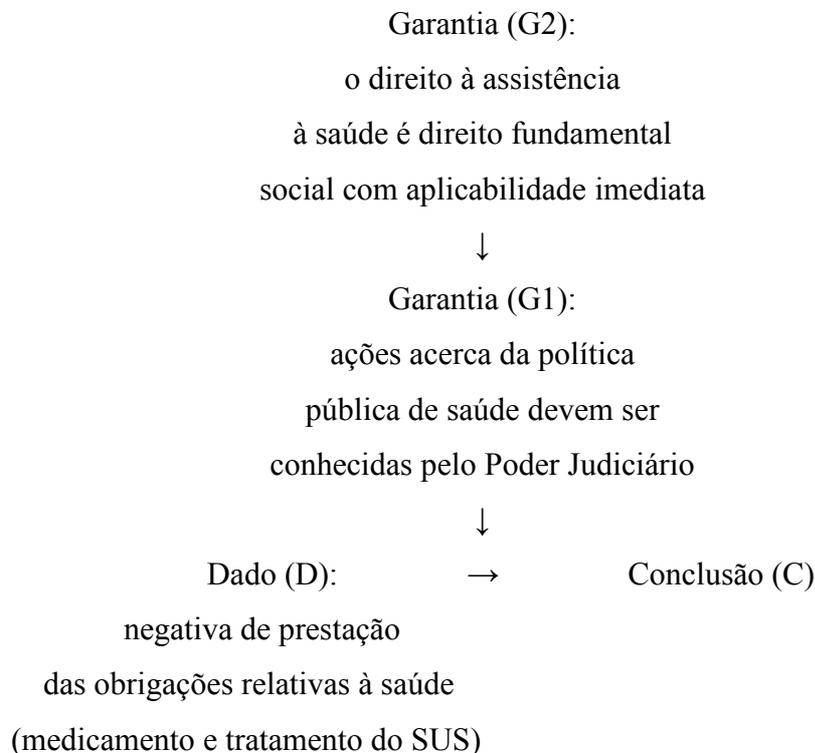
<sup>104</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 30).

<sup>105</sup> Tradução minha do original em inglês: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*.

Os direitos todos têm custos, pois todos os direitos necessitam de uma estrutura mínima de fiscalização para implementá-los. De fato, assim como um medicamento e um tratamento representam um custo dos direitos sociais; o orçamento destinado à segurança pública representa um custo do direito individual à liberdade de ir e vir, sem o qual não poderia ser exercido pelo cidadão, a exemplo. Inúmeros outros são os modelos que demonstram os custos dos direitos individuais.

A garantia (G2) de provimento tem, portanto, razões muito fortes fundamentadas na mudança de paradigma que se configurou a passagem do Estado Liberal para o Estado de Bem-Estar Social, a partir do qual se desenvolveu o entendimento de que os direitos sociais de segunda dimensão possuem aplicação imediata que não pode ser refutada pela mera dependência de custos, pois os direitos individuais de primeira dimensão também dependeriam deles<sup>107</sup>.

#### LAYOUT DO ARGUMENTO



<sup>106</sup> Tradução minha do original em inglês: “so this question arises: are the liberties protected under the Bill of Rights wholly negative? Do they require the state to refrain from acting without requiring the state to act?” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R.. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. 1ª Ed. New York, Norton & Co., 1999 – p. 52).

<sup>107</sup> Para HOLMES & SUNSTEIN, sejam direitos individuais ou direitos sociais, “o Governo está obrigado, pela Constituição, a proteger e agir”. Tradução minha do original em inglês: “the government is obliged, by the Constitution, to protect and to perform” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R.. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. 1ª Ed. New York, Norton & Co., 1999 – p. 53).

### 1.1.2.1.3 A Garantia de Procedimento

A garantia de procedimento<sup>108</sup> é a garantia de como deve ser adimplida a prestação obrigacional consistente na assistência sanitária que deve ser cumprida pelo Estado para com o cidadão brasileiro que detém o direito social constitucional à promoção da saúde. A garantia de procedimento estabelece, assim, o modo como será dado provimento, depois de conhecida, analisada e julgada procedente a ação de obrigação de fazer referente ao direito à proteção da saúde.

De fato, a garantia de procedimento objetiva que, conhecida a ação pela garantia (G1) e julgada procedente pela garantia (G2), essa deva ser cumprida, solidariamente, pelos entes federados, quais sejam: a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Como a competência material para cuidar da saúde pública é comum aos entes federados, nada mais justo que o cidadão que tenha seus direitos violados pelo dado (D) possa cobrá-lo daqueles entes, solidariamente<sup>109</sup>.

A garantia de procedimento (G3), portanto, é utilizada para garantir o modo como deve ser dado provimento à ação depois dessa ser conhecida e provida. A solidariedade resulta no fato de que o indivíduo que tiver seu direito violado pelo dado (D) pode vir a cobrar o cumprimento de diferentes modos, a saber: *a*) da União; *b*) do Estado ou do Distrito Federal; *c*) do Município; *d*) da União e do Estado ou DF; *e*) da União e do Município; *f*) do Estado ou DF e do Município; e *h*) dos três entes federados.

Em conformidade com Plácido e Silva, tal solidariedade passiva é “*a solidariedade de vários devedores de uma obrigação*. Por ela, cada devedor, preso à obrigação por uma correalidade perfeita, responde *in solidum*, isto é, pela totalidade da prestação. Os devedores dizem-se *correus debendi*. O credor de obrigação solidária, assim, tem a faculdade de exigir o seu cumprimento integral de qualquer um dos coobrigados”<sup>110</sup>. Dessa solidariedade passiva implicam aquelas possibilidades combinatórias citadas.

<sup>108</sup> A nomenclatura aqui instrumentalizada, garantia de procedimento (G3), não pretende, de forma alguma, adentrar no preciosismo que intentar diferenciar processo de procedimento, tendo em vista que o termo foi usado devido a sua aceção na linguagem comum como maneira de realização de algo.

<sup>109</sup> O vocábulo aqui aplicado, solidariedade passiva, próprio do Direito Civil eminentemente patrimonial foi preferido, tendo em vista que, não obstante possível inadequação técnica, o termo foi que o mais circulou na APS. A despeito disso, deve-se destacar que a mesma coisa, a competência comum do Direito Constitucional, resulta na solidariedade passiva, no âmbito do Direito Material Civil, e no litisconsórcio passivo facultativo, no âmbito do procedimento do Direito Processual Civil, como reconhecido pelo próprio Ministro MENDES, na APS (MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 86).

<sup>110</sup> SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 (p. 1323).

Nesse contexto, Carlos Roberto Gonçalves, igualmente, conceitua a solidariedade passiva como sendo a “concorrência de dois ou mais devedores, cada um com dever de prestar a dívida toda. Segundo WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, tal modalidade é predicado externo que cinge a obrigação e por via do qual, de qualquer dos deveres que nela concorrem, pode o credor exigir a totalidade da dívida. Representa assim preciosa cautela para a garantia dos direitos obrigacionais”<sup>111</sup>.

A solidariedade passiva, enquanto modo de procedimento da prestação das obrigações de saúde, acontece quando, na mesma obrigação, concorre mais de um devedor obrigado (União, Estados, DF e Municípios) à dívida por inteiro ao credor (paciente). O instrumento da solidariedade passiva na cobrança das obrigações relativas ao direito sanitário é, conseqüentemente, bastante benéfico, como afirmou GONÇALVES, ao credor de direito ofendido, haja vista que terá muito facilitada a cobrança desse.

Na APS, a garantia (G3) foi defendida como asseguradora da passagem do dado (D) à pretensão conclusiva, quando a ação fosse ajuizada em face de entidade federada que alegasse já estar gastando mais que mínimo previsto para a saúde pública. O que ocorria era que o cidadão prejudicado pelo dado (D) propunha sua ação contra uma ou mais de uma entidade federada e essa/s alegava/m que já gastavam mais que o mínimo previsto e/ou que aquela prestação específica não era de sua competência.<sup>112</sup>

Decerto, estaria prejudicado o indivíduo atingido pelo dado (D), ao ter indeferido seu pedido relativo ao direito à assistência de saúde, tendo, com efeito, de suportar os ônus da sucumbência no processo, como os pagamentos de custas judiciais e de honorários advocatícios. Totalmente prejudicial, assim, a ausência de solidariedade passiva para o cidadão, porquanto ele poderia litigar em desfavor de uma entidade federada que tivesse sua alegação (de que já gastava o mínimo e/ou de que era incompetente) acolhida.

Contra tal entendimento foi propugnada a garantia de procedimento (G3), a qual encontra grande fundamentação principalmente nos discursos dos magistrados e da Defensoria Pública da União (DPU). Destaque-se que, inclusive, o grande interesse que teria a DPU no reconhecimento da solidariedade passiva entre todos os entes federados, quanto às obrigações decorrentes do direito sanitário, tendo em vista que, possibilitada sempre a inclusão da União no polo passivo, aquela instituição seria a competente.

---

<sup>111</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2008 (p. 136).

<sup>112</sup> Essas seriam as duas principais contestações: a) a de a entidade federada especificamente demandada já gastar bastante ou, pelo menos, um mínimo com a promoção da saúde pública, de forma que o autor da ação deveria ter litigado com outra entidade; b) a de que a entidade federada especificamente demandada é incompetente para aquela prestação obrigacional específica, porque o medicamento e/ou tratamento requerido é fornecido por outra entidade.

Com o propósito de facilitar o reconhecimento da solidariedade passiva entre União, Estados, DF e Municípios, quando da judicialização da saúde, formando-se um litisconsórcio passivo facultativo devido à competência constitucional comum, MATTAR afirmou que, “com o ajuizamento da demanda pela DPU, por exemplo, uma alegação de ilegitimidade passiva por parte da União, sendo acolhida essa alegação, nós temos o encaminhamento desse processo para o âmbito da Justiça estadual”<sup>113</sup>.

O representante da DPU fez, então, sua prudente crítica: “aí uma demora grande, muitas vezes num caso extremamente urgente – como eu diria que noventa, senão noventa e nove por cento dos casos, nessa seara, são –, implicando um sofrimento desnecessário ao cidadão que já teve, contra a sua vontade, evidentemente, que buscar o auxílio da Defensoria Pública ou de algum advogado para se socorrer do Poder Judiciário para ver garantido o seu direito constitucionalmente previsto”<sup>114 115</sup>.

O Presidente do STF, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, outrossim, afeiçoou que “sabemos que a Constituição estabelece a competência comum da União, dos Estados, do DF e dos Municípios para cuidar da saúde (artigo 23, inciso II<sup>116</sup>), especificando a competência do Município para, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, prestar o serviço de atendimento à saúde da população (art. 30, inciso VII<sup>117</sup>)”<sup>118</sup>.

Também entendeu o Ministro que, “nos termos da Constituição, o financiamento do SUS opera-se com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes, tendo a EC 29/2000

<sup>113</sup> MATTAR, Leonardo Lorea. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 52).

<sup>114</sup> MATTAR, Leonardo Lorea. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 52).

<sup>115</sup> Corroborando a afirmação do DPU MATTAR, o também Defensor Público Federal André da Silva Ordacgy advogou pelo consequente, com fundamento na hipossuficiência da parte ativa: “qual a ideia conceitual da solidariedade jurídica? É a ideia de que o jurisdicionado, o paciente que precisa de medicamentos pode requerer esse medicamento necessário de um dos entes públicos, Município, Estado ou União Federal, ou de todos eles juntos. O que for melhor para ele. Isso por quê? Porque ele se encontra numa posição de fragilidade. Ele é a parte mais fraca e, ainda por cima, acometido de uma enfermidade. Então, ele necessita deste medicamento” (ORDACGY, André da Silva. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 122).

<sup>116</sup> Art. 23, II, da CF/88, *in verbis*: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>117</sup> Art. 30, VII, da CF/88, *in verbis*: “compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local; II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber; III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual; V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>118</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 86).

consolidado um mecanismo de cofinanciamento das políticas de saúde pelos entes da Federação”<sup>119</sup>. De forma que a responsabilidade pelo financiamento do SUS pelos entes federados seria solidária.

Assim sendo, concluiu o Ministro MENDES que “o Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária<sup>120</sup> para responder pelas demandas de saúde”<sup>121</sup>. Ressalte-se, por oportuno, que o entendimento do Ministro MENDES encontra-se reproduzido no discurso de diferentes interlocutores representantes da magistratura.

No mesmo ponto, o representante do Ministério Público, mais delimitadamente o Federal, Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, não obstante sem o mesmo fôlego argumentativo que a DPU demonstrou sobre o mesmo tema, igualmente, entendeu que “segundo está estampado no inciso II do artigo 23 da Constituição da República<sup>122</sup>, cuidar da saúde é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”<sup>123</sup>.

Sendo assim, a garantia de procedimento (G3), para os que argumentam a favor da judicialização das políticas pública de saúde, assim como a garantia (G1) de conhecimento e a garantia (G2) de provimento, fundamenta a passagem do dado (D), negativa de prestação do direito sanitário, à pretensão conclusiva de atuação do Judiciário. Especificamente, a garantia (G3) determina o modo como será dado o provimento, por meio do procedimento de litisconsórcio passivo facultativo decorrente da solidariedade.

No estado geral da arte, a garantia de procedimento (G3), enquanto modo de realização da pretensão conclusiva consistente na atuação do Poder Judiciário na saúde tem encontrado grande desenvolvimento como meio de promover a saúde pública. De fato, a garantia de que União, Estados, Distrito Federal e Municípios respondem, solidariamente,

---

<sup>119</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 86).

<sup>120</sup> Em verdade, como já afirmamos, a nosso ver, a competência material comum do Direito Constitucional, quando da judicialização do direito à assistência de saúde, resulta na formação de um litisconsórcio passivo facultativo entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito do procedimento do Direito Processual Civil, o qual é decorrente de uma solidariedade passiva, no âmbito do Direito Material Civil eminentemente patrimonial.

<sup>121</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 86).

<sup>122</sup> Art. 23, II, da CF/88, *in verbis*: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>123</sup> SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 38).

quanto constatado o dado (D), ausência de prestação de política de saúde, tem tornado-se o senso comum, quando da execução das políticas sanitárias.

Decerto, assim como acontece com as garantias de conhecimento (G1) e de provimento (G2), a garantia (G3) tem sido considerada apta a justificar a passagem daquele dado (D) à conclusão pretendida. Em verdade, como explicaremos, nenhum dos argumentos apresentados pelos oponentes da judicialização do direito à promoção da saúde pode ser considerado apto a desnaturar a garantia (G3) e, com efeito, configurar um salto argumentativo no sistema.

Oponentes como Edelberto Luiz da Silva, representante da Administração Pública, enquanto Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, alegaram o seguinte contra a garantia (G3): “a responsabilidade solidária não se presume, segundo a lição do Código Civil, mas decorre da lei ou do contrato. Parece, pois, extremamente discutível que possa ser estabelecida por construção jurídica, quando a Constituição e as leis definirem a quem toca no caso de atendimento à saúde”<sup>124</sup>.

SILVA ainda continua sua crítica ao entendimento que considera existente a solidariedade entre os entes federados, afirmando que “a responsabilidade solidária concebe-se no âmbito do SUS sobre o conjunto das ações, mas não em cada tipo de ação nitidamente inserida na competência de cada ente político. Aqui, vale lembrar o princípio da direção única, que repele a existência de mais de um comando nas ações de cada qual”<sup>125</sup>.

Em verdade, não há como prevalecer esse entendimento contra a garantia (G3), haja vista que, ao contrário do que foi afirmado, a solidariedade não pode ser presumida, sim, devendo decorrer da lei (a lei geral)<sup>126</sup> ou do contrato (a lei específica das partes<sup>127</sup>), mas a solidariedade entre os entes federados não é, de qualquer modo, presumida. Ela é, sim, legal, prevista na maior de todas as leis do país, a Constituição Federal de 1988; a própria CF/88 positivou a solidariedade, como veremos adiante.

A garantia de procedimento não se fundamenta, portanto, em qualquer presunção, como afirma o Consultor Jurídico do Ministério da Saúde, mas sim decorre do

---

<sup>124</sup> SILVA, Edelberto Luiz da. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 100).

<sup>125</sup> SILVA, Edelberto Luiz da. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 100).

<sup>126</sup> Em conformidade com Plácido e Silva, a solidariedade legal é “a que é imposta por lei, em virtude do que, várias pessoas, julgadas *co-responsáveis*, *coobrigadas*, ou *co-réus de uma obrigação*, podem *de per si* ser compelidas ao *pagamento* total do valor, que lhe serve de objeto. Geralmente, a solidariedade legal resulta da co-autoria de ato ilícito, de que se gera a obrigação de indenizar ou ressarcir perdas provocadas pelo mesmo ato” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p. 1323).

<sup>127</sup> Ainda conforme Plácido e Silva, a solidariedade contratual ou convencional é “a que resulta de convenção, ou de acordo firmado entre os interessados. É a solidariedade contratual” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p. 1223).

próprio texto constitucional que estabelece ser o cuidado com a saúde uma competência comum a todos os entes. Isso tudo, pois, conforme MENDES, “para a defesa e fomento de certos interesses, o constituinte desejou que se combinassem os esforços de todos os entes federais, daí ter enumerado o art. 23<sup>128</sup> competências que também figuram deveres”<sup>129</sup>.

Tal competência material comum ou competência administrativa concorrente decorre da Constituição e resulta no instituto da solidariedade passiva do Direito Material Civil, a qual será efetivada por meio do procedimento do litisconsórcio<sup>130</sup> passivo<sup>131</sup> facultativo<sup>132</sup> presente no Direito Processual Civil. Destaque-se que todos esses instrumentos dos quais se valem os que propõem a judicialização da saúde tem origem no ordenamento jurídico, não havendo que se falar em presunção de algo.

A garantia (G3), assim, permanece intacta mesmo diante do ataque argumentativo por parte dos oponentes da judicialização das políticas públicas de saúde. Ressalte-se, inclusive, que a garantia de procedimento é um entendimento comum que tem sido construído até mesmo no âmbito do STF, tendo em vista que, segundo o Ministro MENDES, a solidariedade já seria matéria pacificada no sentido de sua existência pelo mais elevado Tribunal do país.

Outro ponto que, igualmente, foi levantado contra a garantia (G3) foi o de que o Poder Judiciário deve respeitar as normatividades existentes que dividem o financiamento do SUS. Assim como o questionamento anterior, a presente inquirição foi trazida à baila nos discursos dos gestores públicos e dos advogados das entidades federadas (Advogados da União, Procuradores dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios).

Luis Roberto Barroso, representante do CNPEDFT<sup>133</sup>, afirmou que “há uma jurisprudência dominante que consagra uma solidariedade entre todos os entes federativos.

<sup>128</sup> Art. 23, II, da CF/88, *in verbis*: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>129</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 819).

<sup>130</sup> O conceito de litisconsórcio é a “reunião ou a presença de várias pessoas no processo, que outrem mesmo intentou, ou contra outrem foi intentado, para defesa de interesses, que se mostram comuns, conexos ou afins. O litisconsórcio revela, portanto, o conagração de várias pessoas trazidas à demanda pela comunhão, afinidades ou conexão de interesses sobre o objeto demandado, desde que a solução ou o resultado aí obtido influirá sobre os mesmos interesses. Literalmente, portanto, litisconsórcio quer exprimir a reunião de várias pessoas em um mesmo processo para a mesma sorte ou para obtenção dos mesmos resultados ou fins” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p. 855).

<sup>131</sup> Esse litisconsórcio será um “litisconsórcio passivo, quando há pluralidade de réus” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p.856).

<sup>132</sup> Tal litisconsórcio passivo, por sua vez, será facultativo quando “se constitui ou se estabelece, espontaneamente, pela vontade ou mútuo consentimento das partes” (SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006 – p.856).

<sup>133</sup> Conselho Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (CNPEDFT).

Embora esta possa parecer uma decisão libertadora, na medida em que assegura ao administrado receber a prestação administrativa de qualquer dos três entes, do ponto de vista prático, isto cria grande dispêndio desnecessário de recursos, porque há três estruturas que passam a funcionar para, em juízo, atuarem para a defesa da Fazenda”<sup>134</sup>.

Para BARROSO, portanto, “quando na distribuição do sistema, seja clara a responsabilidade de um ente, seja por ser um medicamento relacionado a atendimento básico, estratégico ou expressional, quando o sistema for claro, a jurisprudência precisaria, em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação e ponto. Com isso se evitam as multiplicações de atuações administrativas”<sup>135 136</sup>.

No entanto, não obstante o excelente raciocínio de BARROSO, acreditamos, a nosso ver, que, mais uma vez, deve prevalecer a garantia (G3). Tudo isso, uma vez que, conquanto haja uma distribuição de competência entre os entes federados, repartindo competências na distribuição de medicamentos/tratamentos, essa não pode ser considerada pela Justiça por estar totalmente viciada quanto a sua forma, devendo, pois, ser desconsiderada.

Na APS, ficou observado que há a Norma Operacional Básica 1/1996 - NOB/SUS 1/1996, a qual divide a responsabilidade dos entes federados de acordo com a complexidade da prestação de saúde. Na APS, constatou-se que portarias do Ministério da Saúde também são responsáveis por dividir a competência material comum ou competência administrativa concorrente, ainda de acordo com a complexidade da prestação a ser realizada.

De fato, embora prevaleça no Brasil o que se tem chamado de Federalismo Cooperativo, no qual deve haver uma cooperação dos entes federados no desempenho de suas funções, o texto constitucional prevê a possibilidade de que haja uma divisão da competência originalmente comum levando em consideração o critério de grau de interesse das entidades federadas. Mas tal divisão deverá ser realizada por meio de Lei Complementar e não por portaria.

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 249).

<sup>135</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 249).

<sup>136</sup> Acrescenta, outrossim, BARROSO que, diante do atual contexto de desconsideração das repartições, “as Procuradorias dos Estados vivem assoberbadas em muitas situações que não precisariam atuar. Penso que, quando haja dúvida razoável sobre quem é responsável, aí, sim, parece natural que a jurisprudência se incline pela solidariedade” (BARROSO, Luís Roberto. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 249).

Para MENDES, BRANCO e COELHO, em seu *Curso de Direito Constitucional*, “a Carta da República prevê, no parágrafo único do art. 23<sup>137</sup>, a edição de lei complementar federal, que disciplinará a cooperação entre os entes federados para realização desses objetivos comuns. A óbvia finalidade é evitar choques e dispersões de recursos e esforços, coordenando-se as ações das pessoas políticas, com vistas à obtenção de resultados mais satisfatórios”<sup>138</sup>.

Assim sendo, para PEREIRA<sup>139</sup>, deve-se “questionar até que ponto as normas editadas pelo SUS (cuja direção, no âmbito da União, compete ao Ministério da Saúde) são vinculantes, considerando que, em nosso sistema, a competência preponderante para editar normas é do Poder Legislativo. Ou seja, não se nega a competência, para órgãos do Ministério e outros explicitarem conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, mas a impossibilidade de inovarem a ordem jurídica, estabelecendo limites, conseqüências e sanções”<sup>140</sup>.

Sendo assim, acreditamos que a garantia de procedimento (G3) não sucumba aos ataques dos oponentes da judicialização do direito à assistência de saúde, porque, como demonstrado pelos proponentes, a solidariedade passiva, quando da competência material comum para cuidar das políticas de saúde, encontra expresso amparo constitucional, o qual apenas e tão somente poderia ser elidido por Lei Complementar que regulasse a competência do Federalismo Cooperativo e não por mera portaria.

Ademais, há que se registrar que a possível prevalência de uma divisão estanque entre as competências da União, dos Estados, do DF e dos Municípios seria um grande óbice ao direito constitucional à promoção da saúde, inviabilizando a proteção no grau elevado em que foi pretendida pelo legislador constituinte, ao garantir menos do que deveria ser concedido pelo direito com o obstáculo “procedimental” da ausência de solidariedade passiva entre os entes federados da nação.

---

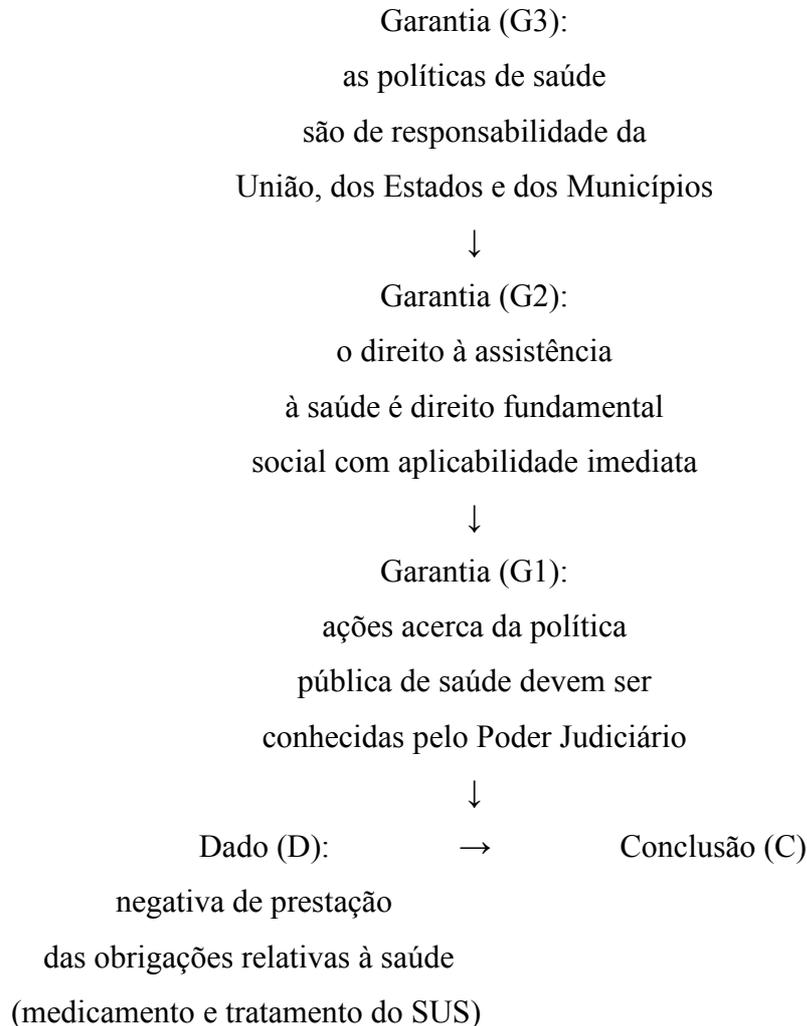
<sup>137</sup> Art. 23, parágrafo único, da CF/88, *in verbis*: “leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>138</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 819).

<sup>139</sup> Representante do Ministério Público de Contas do Distrito Federal, do qual era Procuradora-Geral à época.

<sup>140</sup> PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 140).

## LAYOUT DO ARGUMENTO

**1.1.3 O Apoio**

A partir do dado (D) apresentado, fornecemos a garantia – no caso concreto, as garantias (G1), (G2) e (G3) – com o objetivo de assegurar a passagem daqueles dados à conclusão pretendida, quando houver algum tipo de questionamento. Assim, questionada a passagem dos dados à conclusão pela suposta existência de saltos, devemos oferecer uma garantia de validade do sistema argumentativo apta a justificar todo o sistema de raciocínio.

Mas e quando a própria garantia exposta é questionada como inepta àquela justificação? Nesse caso específico, devemos apresentar o apoio determinante daquela garantia. De tal sorte, a garantia está para a justificação dos dados, bem como o apoio está para a justificação das garantias e, conseqüentemente, igualmente podendo ser considerada

elemento justificador daqueles dados, ainda que seja pela via indireta da justificação das garantias que, por sua vez, justifica-os.<sup>141 142</sup>

Em conformidade com ATIENZA, o problema do questionamento é bem resumido no seguinte: “o proponente estabeleceu agora uma garantia para seu argumento, mas isso não é sempre suficiente. Em ocasiões será necessário mostrar também que a garantia é válida, relevante e com suficiente peso; sobretudo se há diversas formas possíveis de passar das razões à pretensão, o proponente terá que mostrar que sua garantia é superior a qualquer outra”<sup>143</sup>.

De fato, isso se dará por meio da indicação de um campo geral de informação, o apoio, o qual é chamado de *respaldo*, por ATIENZA<sup>144</sup>, e conceituado por *backing*, no original de TOULMIN<sup>145</sup>. Esse apoio é pressuposto de validade da garantia apresentada e, com efeito, variará segundo o tipo de argumento fornecido. Tal apoio, ao contrário da garantia que é um enunciado considerado hipotético, é, por sua vez, um enunciado considerado categórico sobre um fato.

Comprovando, colhemos o entendimento do próprio TOULMIN, o qual afirma que “por trás de nossas garantias normalmente haverá outros avais, sem os quais nem as próprias garantias teriam autoridade ou vigência. Estes avais podem ser tomados como o *apio* (B) das garantias”<sup>146</sup>. A garantia e o apoio, assim, não se confundem; a garantia não é uma repetição dos fatos já registrados no seu respectivo apoio, mas sim tem um caráter prático de instrumentalização dos fatos, lembremos que ela é uma “receita”.

Quanto à diferenciação entre garantia e apoio, TOULMIN elabora o seguinte raciocínio: “de que modos o apoio das garantias difere de outros elementos de nossos argumentos? Para começar com as diferenças entre B e W: afirmações de garantias, nós

<sup>141</sup> Nesse ponto, importante são as observações do próprio TOULMIN, para quem “pode acontecer de nosso adversário admitir nossa garantia em geral e, neste caso, nosso argumento seria, sem dúvida, impecável – se nossos fatos D forem aceitos como apoio suficiente para nossa conclusão C, tudo muito bem. Mas essa garantia não se baseia, por seu turno, numa outra coisa?” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – p. 148).

<sup>142</sup> No mesmo ponto, ALEXY também propugna o mesmo entendimento acerca da teoria toulminiana da lógica informal, para ele: “essas regras de inferência são abertas a questionamentos. No caso ao qual nos aludimos, poderíamos, por exemplo, nos referirmos ao fato de que um estatuto específico foi atuado pelo parlamento para vindicar a warrant W. Toulmin chama este tipo de alusão ‘backing’ (B)” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001 – p. 79).

<sup>143</sup> Tradução minha do original em espanhol: “el proponente ha establecido ahora una garantía para su argumento, pero esto no es siempre suficiente. En ocasiones será necesario mostrar también que la garantía resulta válida, relevante y con suficiente peso; sobre todo si hay diversas formas posibles de pasar de las razones a la pretensión, el proponente tendrá que mostrar que su garantía es superior a cualquier otra” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 86).

<sup>144</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 86).

<sup>145</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 148).

<sup>146</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 148).

vimos, são hipotéticas – são afirmações-pontes –, mas o apoio para as garantias pode ser expresso na forma de afirmações categóricas de fato, como também podem ser expressos os dados invocados em suporte direto para nossas conclusões”<sup>147</sup>.

No mesmo contexto, é importante notar que, a despeito de dados e apoios relacionarem-se dialeticamente com fatos na justificação de argumentos não-analíticos (substanciais), eles, outrossim, não são fungíveis, assim como não o são garantia e apoio. Em verdade, os dados existiram em qualquer argumentação, haja vista que, como observado acima, eles são o ponto de partida, enquanto isso, o apoio apenas existirá, uma vez que seja questionada a garantia.

Quanto à diferenciação entre o dado e o apoio, por sua vez, TOULMIN entende que, outrossim, quando da análise da validade de um argumento pela lógica informal, “também podemos distinguir entre apoio (B) e dados (D). Embora os dados a que recorreremos num argumento e o apoio que empresta autoridade a nossas garantias possam do mesmo modo ser afirmados como questões de fato diretas, os papéis que essas afirmações desempenham em nosso argumento são decididamente diferentes”<sup>148 149</sup>.

No esquema ou layout da argumentação toulminiana, assim, de modo geral, pode vir a ser necessário apresentar um elemento que, embora não seja indispensável sempre, pode vir a sê-lo, quando questionada a garantia apresentada. De tal sorte, o apoio é, para TOULMIN, o elemento que deve estar subjacente a toda e qualquer garantia, de forma que o proponente possa socorrer-se com ela, quando, pelo “princípio da eventualidade”<sup>150</sup>, a garantia seja questionada pelo oponente.

Esse é o apoio do layout do argumento, sendo o fundamento categórico da garantia hipotética. Todavia, é importante destacar que um mesmo elemento pode desempenhar uma função num sistema argumentativo e desempenhar outra noutro sistema. Portanto, “a pretensão de um argumento pode funcionar também como um dado a favor de

<sup>147</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 151).

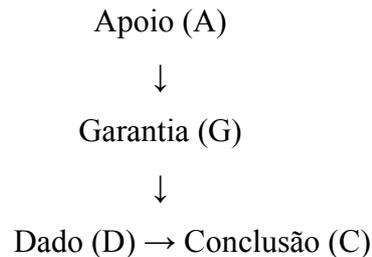
<sup>148</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 152).

<sup>149</sup> TOULMIN complementa a diferenciação entre dados, de um lado, e apoios, de outro, asseverando que, “para haver argumento é preciso apresentar dados de algum tipo; uma conclusão pura, sem quaisquer dados apresentados em seu apoio, não é um argumento. Mas o apoio das garantias que invocamos não tem de ser explicitado, pelo menos para começar; as garantias podem ser aceitas sem desafio, e seu apoio pode ser deixado subentendido. De fato, se pedíssemos as credenciais de todas as garantias a vista e nunca deixássemos passar nenhuma sem ser desafiada, o argumento mal poderia começar” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – p. 152).

<sup>150</sup> O princípio da eventualidade é um princípio do Direito Processual Civil, de acordo com o qual toda a matéria de defesa deve ser apresentada de imediato, de maneira que não haja questões a serem impugnadas no futuro entre proponente e oponente. Analogamente, o argumento toulminiano parece fazer uso daquele princípio, tendo em vista que a garantia deve ser apresentada já estando subjacente seu respectivo apoio, para o caso de eventualmente ela ser questionada.

uma nova pretensão; os dados convertem-se em pretensões que necessitam, portanto, um novo argumento para serem justificadas”<sup>151 152</sup>.

## LAYOUT DO ARGUMENTO



### 1.1.3.1 Os Apoios na Audiência Pública de Saúde

#### 1.1.3.1.1 O Apoio da Garantia de Conhecimento (G1)

A garantia de conhecimento (G1) estabelece que a ausência de prestações obrigacionais relativas ao direito à promoção da saúde por parte do Estado para com o cidadão configura-se numa verdadeira violação de direito, a qual não pode, de forma alguma, ser alijada da apreciação pelo Poder Judiciário, que tem de conhecer dessas ações fundamentadas em ofensas ao direito social constitucionalmente positivado de proteção à saúde.

O apoio dessa garantia pode ser encontrado tanto em âmbito constitucional, haja vista que há disposições nessa direção na Constituição Federal de 1988, quanto no âmbito legal, uma vez que há dispositivos nesse sentido na Lei 8.080/90, que dispõe sobre o sistema de assistência à saúde pública no Brasil. Tais enunciados categóricos subjacentes à garantia (G1), desempenhando a função de apoio, são os seguintes:

<sup>151</sup> Tradução minha do original em espanhol: “la pretensión de un argumento puede funcionar también como una razón a favor de una nueva pretensión; las razones pueden convertirse en pretensiones que necesitan, por tanto, un nuevo argumento para ser justificadas” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 87).

<sup>152</sup> No caso específico da garantia apresentada num sistema argumentativo, ter-se-ia que “a garantia pode ser vista também como a pretensão de um novo argumento, em cujo caso o que antes era apoio passará a cumprir agora a função dos dados, com o qual se estabelece a necessidade de uma nova garantia para passar das razões à pretensão, etc.”. Tradução minha do original em espanhol: “la garantía puede verse también como la pretensión de un nuevo argumento, en cuyo caso lo que antes era el respaldo pasará a cumplir ahora la función de las razones, con el cual se plantea la necesidad de una nueva garantía para pasar de las razones a la pretensión, etc.” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 87).

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; **XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;** XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção (grifo nosso).<sup>153</sup>

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. **§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.** § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País. Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (grifo nosso).<sup>154</sup>

Esses apoios da garantia de conhecimento (G1) estão todos fundamentados no chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição ou princípio do livre acesso ao judiciário ou ainda princípio da ubiquidade da Justiça, em conformidade com o qual o Poder Judiciário não pode abster-se de conhecer e, conseqüentemente, analisar ações fundadas tanto em violação quanto em ameaça de violação do Direito brasileiro.

Tal apoio encontra positividade constitucional desde a Constituição de 1946, tendo em vista que, anteriormente, havia a possibilidade de exclusão da análise judiciária de lesão a direito por meio de leis. Todavia, é importante notar que as Constituições de 1946 e de 1967/1969<sup>155</sup> não positivavam o princípio da inafastabilidade da jurisdição com a amplitude que prevê a Constituição Cidadã, ao abranger não só os direitos individuais, mas também os coletivos e os difusos.

De tal sorte, com o apoio constitucional no princípio do livre acesso ao Judiciário – que, inclusive, possui *status* de cláusula de imutabilidade material (cláusula

<sup>153</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

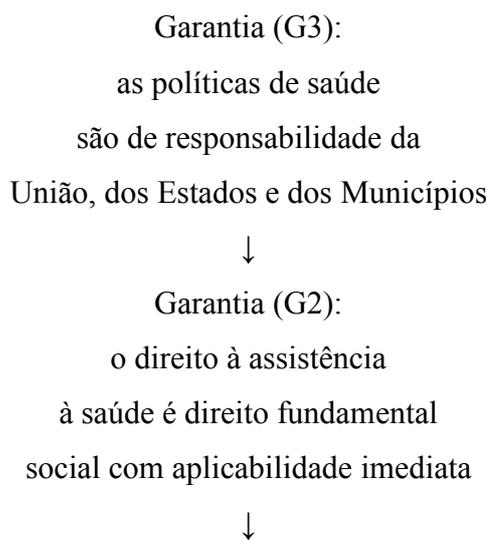
<sup>154</sup> BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>155</sup> Não se objetiva, aqui, qualquer debate acerca do fato de considerar-se a Constituição como sendo de 1967, de 1969 ou de 1967/1969. Somente preferiu-se o último termo em razão de ele demonstrar a existência da celeuma, revelando as díspares correntes.

pétrea), por ser direito fundamental, nos termos do art. 60, § 4º, da CF/88<sup>156</sup> – não há, conseqüentemente, como prevalecer o entendimento de que haveria uma jurisdição condicional, porque o legislador ordinário não pode criar limitação àquela garantia, as quais só poderiam ser criadas pelo constituinte, como no caso da Justiça Desportiva, nos termos do art. 217, § 1º, da CF/88<sup>157</sup>.

Portanto, concluímos que a garantia de conhecimento (G1) encontra-se assentada sobre um apoio (A1) de bastante força, haja vista que esse não só tem fundamento constitucional, a norma maior que dá validade a todo o ordenamento jurídico brasileiro, como também pelo fato de que aquela norma não pode ser modificada (cláusula pétrea em razão da matéria), sendo vigente durante todo o período de vigência da Constituição Federal de 1988.

## LAYOUT DO ARGUMENTO



<sup>156</sup> Art. 60, da CF, *in verbis*: “a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:** I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais.** § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>157</sup> Art. 217, da CF/88, *in verbis*: “é dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados: I - a autonomia das entidades desportivas dirigentes e associações, quanto a sua organização e funcionamento; II - a destinação de recursos públicos para a promoção prioritária do desporto educacional e, em casos específicos, para a do desporto de alto rendimento; III - o tratamento diferenciado para o desporto profissional e o não-profissional; IV - a proteção e o incentivo às manifestações desportivas de criação nacional. § 1º - **O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei.** § 2º - **A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.** § 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

Garantia (G1):  
ações acerca da política  
pública de saúde devem ser  
conhecidas pelo Poder Judiciário  
Apoio (A1): → ↓← art. 5º, XXXV, da CF/88<sup>158</sup>  
Dado (D): → Conclusão (C)  
negativa de prestação  
das obrigações relativas à saúde  
(medicamento e tratamento do SUS)

### 1.1.3.1.2 O Apoio da Garantia de Provimento (G2)

A garantia de provimento (G2) estabelece que, ausente a prestação de obrigacional relativa ao direito à assistência à saúde – dado (D) – o cidadão prejudicado por essa violação não só poderá ajuizar sua competente ação de obrigação de fazer em desfavor da Administração Pública, mas também a ação proposta deverá, por sua vez, não só ser conhecida, isto é, analisada pela Justiça – garantia (G1) –, como também deverá ser provida, ou seja, deferido o pedido.

O apoio subjacente à garantia de provimento é, igualmente ao apoio (A1), tanto constitucional, nos termos do arts. 6º e 196, da Constituição Federal de 1988, quanto infraconstitucional, nos termos dos arts. 2º e 3º, da Lei 8.080/91, a qual estabelece a organização das ações e dos serviços de saúde no território nacional. Confirmamos, presentemente, o inteiro teor daqueles dispositivos que sustentam a garantia (G2), respectivamente:

Art. 6º **São direitos sociais** a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifo nosso).<sup>159</sup>

Art. 196. **A saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros

<sup>158</sup> Art. 5º, XXXV, da CF/88, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>159</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (grifo nosso).<sup>160</sup>

**Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.** § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (grifo nosso).<sup>161</sup>

**Art. 3º A saúde tem como fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais; os níveis de saúde da população expressam a organização social e econômica do País.** Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social (grifo nosso).<sup>162</sup>

O fato é que o direito à promoção da saúde é um direito social constitucional, o qual integra a ordem social positivada no Título VIII, da CF/88. Conforme José Afonso da Silva, em *Curso de Direito Constitucional Positivo*, os direitos inerentes à ordem social formam, juntamente com os direitos fundamentais, “o núcleo substancial do regime democrático”<sup>163</sup>, de forma que ambos estariam no mesmo patamar valorativo.

Mais delimitadamente, o direito à proteção da saúde integra a seguridade social<sup>164</sup>, juntamente com a previdência e a assistência social. Esse direito é também, outrossim, considerado um direito de aplicabilidade imediata, porquanto tal direito é um direito social e, como observado na abordagem das garantias (G1) e (G2), os direitos sociais possuem, como qualquer outro direito fundamental, aplicação imediata, nos termos do § 1º, do art. 5º, da CF/88<sup>165</sup>.

<sup>160</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>161</sup> BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>162</sup> BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>163</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992 (p. 828).

<sup>164</sup> A respeito da seguridade social, confira-se o que estabelece o art. 194, da CF/88, *in verbis*: “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - universalidade da cobertura e do atendimento; II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios; V - equidade na forma de participação no custeio; VI - diversidade da base de financiamento; VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

Por fim, há apenas uma pequena crítica a propósito do direito abordado, mas que, a despeito de simples, é bastante importante pela valorização da técnica que promove dentro do direito, sem a qual se poderia falar num verdadeiro irracionalismo nessa área do conhecimento. Acontece que o termo consagrado, quer seja na doutrina, quer seja na jurisprudência – sendo presente até mesmo na Constituição<sup>166</sup> –, é que o “direito” é o “direito à saúde”, tal termo não há que prevalecer por ser considerado atécnico.

Decerto, corroborando o entendimento de AMARAL<sup>167</sup>, ocorre que o termo “direito à saúde” estaria entre aqueles direitos que, segundo BARROSO<sup>168</sup>, procuram normatizar o impossível, por isso sendo condenados à ineficácia e à inefetividade. Isso, pois, sendo o “direito à saúde”, seu sujeito ativo seríamos todos nós, já seu sujeito passivo fica parecendo ser a biologia humana, como se pudéssemos impedir nossa deterioração orgânica.

De tal sorte, apercebe-se que a redação do termo constitucional “direito à saúde” foi um tanto quanto equivocada, tendo em vista ser bastante preferíveis termos, numa linguagem do mais tecnicamente possível, como “direito à promoção da saúde”, “direito à proteção da saúde”, “direito à assistência médica”, dentre outros. Expressões tais que, sem nenhum prejuízo ao que é pretendido pelo direito, não abandonam o campo do poder-ser, como parece, intuitivamente, ser o mundo do direito com suas normas de dever-ser.

Reproduzamos, presentemente, a prudente e acertada crítica de AMARAL que bem resume o atecnicismo que envolve o “direito à saúde”, afirma ele que “a crítica<sup>169</sup>, quanto a este dispositivo, centrava-se na formulação equivocada, que sugeria como sujeito passivo a biologia e as forças da natureza humana, mas, em nota de rodapé, demonstra que outras constituições, em linguagem mais adequada, preveem o direito à proteção da saúde ou à assistência médica”<sup>170</sup>.

<sup>165</sup> Art. 5º, § 1º, da CF/88, *in verbis*: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>166</sup> Art. 196, da CF/88, *in verbis*: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>167</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 6).

<sup>168</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009 (p. 47).

<sup>169</sup> AMARAL critica o artigo 232 do Projeto de Constituição aprovado pela Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte, texto que, no essencial, veio a ser mantido na Constituição.

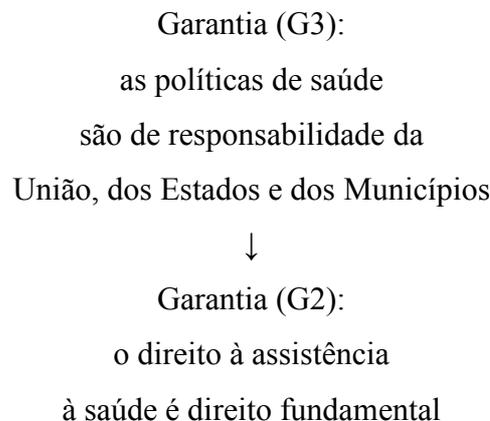
<sup>170</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 6).

Com o mesmo entendimento, o filósofo francês André Comte-Sponville, em seu excelente *Dicionário Filosófico*, ao conceituar a saúde, define-a como sendo “um estado precário. [...] Não existe saúde absoluta, não existe saúde definitiva: existe apenas o combate contra a doença, contra a morte, contra o desgaste, e é isso mesmo a saúde. [...] A saúde não é seu triunfo, mas seu combate contínuo. [...] Não é um fim; é um meio. Não é uma vitória, é uma força”<sup>171</sup>.

Em verdade, essa é, outrossim, também a explicação para o fato de que, no curso do trabalho, preferimos referir-nos àquele direito que, como direito social, foi positivado, pela primeira vez, pela Constituição mexicana de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919, como sendo o “direito à promoção da saúde” ou ainda “o direito à proteção da saúde”. Destaque-se que a primeira Constituição social, no Brasil, seria a de 1934<sup>172</sup> – embora com pouca expressão por ter vigido somente até a outorga da de 1937.

Concluimos, assim, que o apoio (A2) para a garantia de provimento (G2) encontra-se tanto no âmbito constitucional, quanto no infraconstitucional. Por encontrar-se na própria Constituição, esse apoio releva-se um fundamento bastante forte para a garantia que lhe é determinante, como acontece com o apoio (A1) e, como veremos logo adiante, também ocorrerá com o apoio (A3) da garantia de procedimento (G3), todos encontrando pelo menos uma baliza constitucional.

## LAYOUT DO ARGUMENTO



<sup>171</sup> COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário Filosófico*. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (pp. 534-535).

<sup>172</sup> O art. 10º, II, da CF/34, estabelece o direito à assistência à saúde, *in verbis*: “compete concorrentemente à União e aos Estados: I - velar na guarda da Constituição e das leis; II - cuidar da saúde e assistência públicas” (BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso). Ressalte-se que, como é na Constituição coeva, a competência sanitária já era comum.

social com aplicabilidade imediata

Apoio (A2): ↓ arts. 6<sup>o</sup><sup>173</sup> e 196<sup>174</sup>, da CF/88

Garantia (G1):

ações acerca da política

pública de saúde devem ser

conhecidas pelo Poder Judiciário

Apoio (A1): → ↓ ← art. 5<sup>o</sup>, XXXV, da CF/88

Dado (D): → Conclusão (C)

negativa de prestação

das obrigações relativas à saúde

(medicamento e tratamento do SUS)

### 1.1.3.1.3 O Apoio da Garantia de Procedimento (G3)

A garantia de procedimento (G3) estabelece que, diante da negativa de prestações de saúde – dado (D) –, não que o cidadão prejudicado que judicialize seu direito, deverá ter sua competente ação conhecida, ou seja, analisada pelo Poder Judiciário e provida, isto é, concedido o medicamento e/ou tratamento, mas sim o modo como deverá ser dado aquele deferimento: com a solidariedade passiva entre União, Estados, DF e Municípios.

O apoio (A3), que é fundamento da garantia de procedimento, pode ser encontrado, assim como os apoios (A1) e (A2), na Constituição Federal de 1988, mais delimitadamente nos arts. 23, II, e 198, e nas leis ordinárias, mais especificamente, o art. 275 e seguintes do Código Civil de 2002 e o art. 46 e seguintes do Código de Processo Civil. Observemos, então, qual é a redação própria dos enumerados dispositivos constitucionais e legais:

**Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:** I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - **cuidar da saúde e assistência**

<sup>173</sup> Art. 6<sup>o</sup>, da CF/88, *in verbis*: “**são direitos sociais** a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>174</sup> Art. 196, da CF/88, *in verbis*: “**a saúde é direito de todos e dever do Estado**, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

**pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência** (grifo nosso).<sup>175</sup>

Art. 198. **As ações e serviços públicos de saúde** integram uma rede regionalizada e hierarquizada e **constituem um sistema único** (grifo nosso).<sup>176</sup>

Art. 275. **O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.** Parágrafo único. Não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores. Art. 276. Se um dos devedores solidários falecer deixando herdeiros, nenhum destes será obrigado a pagar senão a quota que corresponder ao seu quinhão hereditário, salvo se a obrigação for indivisível; mas todos reunidos serão considerados como um devedor solidário em relação aos demais devedores. Art. 277. O pagamento parcial feito por um dos devedores e a remissão por ele obtida não aproveitam aos outros devedores, senão até à concorrência da quantia paga ou relevada. Art. 278. Qualquer cláusula, condição ou obrigação adicional, estipulada entre um dos devedores solidários e o credor, não poderá agravar a posição dos outros sem consentimento destes. Art. 279. Impossibilitando-se a prestação por culpa de um dos devedores solidários, subsiste para todos o encargo de pagar o equivalente; mas pelas perdas e danos só responde o culpado. Art. 280. Todos os devedores respondem pelos juros da mora, ainda que a ação tenha sido proposta somente contra um; mas o culpado responde aos outros pela obrigação acrescida. Art. 281. O devedor demandado pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais e as comuns a todos; não lhe aproveitando as exceções pessoais a outro co-devedor. Art. 282. O credor pode renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores. Parágrafo único. Se o credor exonerar da solidariedade um ou mais devedores, subsistirá a dos demais. Art. 283. O devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores. Art. 284. No caso de rateio entre os co-devedores, contribuirão também os exonerados da solidariedade pelo credor, pela parte que na obrigação incumbia ao insolvente. Art. 285. Se a dívida solidária interessar exclusivamente a um dos devedores, responderá este por toda ela para com aquele que pagar (grifo nosso).<sup>177</sup>

Art. 46. **Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II - os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III - entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV - ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito.** Parágrafo único. O juiz poderá limitar o litisconsórcio facultativo quanto ao número de litigantes, quando este comprometer a rápida solução do litígio ou dificultar a defesa. O pedido de limitação interrompe o prazo para resposta, que recomeça da intimação da decisão. Art. 47. Há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo. Parágrafo único. O juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo. Art. 48. Salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em

<sup>175</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>176</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>177</sup> BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros. Art. 49. Cada litisconsorte tem o direito de promover o andamento do processo e todos devem ser intimados dos respectivos atos (grifo nosso).<sup>178</sup>

Nesse ponto, é interessante observar que, ao contrário dos apoios (A1) e (A2), em que havia praticamente uma reiteração no texto legal do que já encontrava previsão constitucional – havendo uma certa fungibilidade entre a CF/88 e a Lei 8.080/90, desde que desconsiderada a hierarquia –, no caso do apoio (A3), não há essa reiteração, o qual, como estudaremos logo a seguir, demanda um maior esforço para conjugar as normatividades jurídicas brasileiras.

De fato, a solidariedade passiva entre todos os entes federados do Brasil decorre da conjugação de dispositivos constitucionais e dos direitos material e processual civil. O que ocorre é que a competência comum prevista no art. 23 da CF/88 implicaria na solidariedade passiva prevista no art. 275 do Código Civil (CC) de 2002, a qual, por sua vez, resultaria na adoção do procedimento do litisconsórcio passivo facultativo previsto no art. 46 do Código de Processo Civil (CPC).

Assim sendo, as prestações obrigacionais relativas ao direito à promoção da saúde podem ser cobradas judicialmente de qualquer dos entes federados do Brasil. Estabelecido esse entendimento pela própria Constituição Federal, em prestígio do federalismo cooperativo em que a atuação da Administração Pública deve dar-se com a colaboração mútua dos entes federados, apenas a própria Magna Carta poderia excepcionar a regra ou delegar a competência para excepcioná-la.<sup>179</sup>

De fato, a CF/88 positivou a possibilidade de regulação daquela competência comum, de forma que, nos termos do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, Leis Complementares podem fixar normas de cooperação entre as entidades federadas. Todavia, até a presente data, a competência comum, cumulativa ou paralela relacionada à saúde não havia tido a regra do federalismo cooperativo excepcionada.

Como, então, poderia a Seção II do Capítulo IV, arts. 16, 17, 18 e 19, da Lei 8.080/90, com *status* de Lei Ordinária, querer obstaculizar a garantia constitucional de que o cidadão possa acionar judicialmente qualquer ente? A nosso ver, como já pacificou o STF e como reconheceu o Ministro MENDES na APS<sup>180</sup>, não haveria como o disposto na

---

<sup>178</sup> BRASIL. Lei 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>179</sup> Em conformidade com Augusto Zimmermann, em seu *Curso de Direito Constitucional*, o federalismo cooperativo é “formado no consentimento geral da nação, e não através da imposição do poder central” (ZIMMERMANN, Augusto. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006 – p. 392). Combatendo o autoritarismo.

regulamentação do SUS ser oponível àquela garantia constitucional. Vejamos as normas em conflito:

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.<sup>181</sup>

Art. 16. A direção nacional do Sistema Único da Saúde (SUS) compete: I - formular, avaliar e apoiar políticas de alimentação e nutrição; II - participar na formulação e na implementação das políticas: a) de controle das agressões ao meio ambiente; b) de saneamento básico; e c) relativas às condições e aos ambientes de trabalho; III - definir e coordenar os sistemas: a) de redes integradas de assistência de alta complexidade; b) de rede de laboratórios de saúde pública; c) de vigilância epidemiológica; e d) vigilância sanitária; IV - participar da definição de normas e mecanismos de controle, com órgão afins, de agravo sobre o meio ambiente ou dele decorrentes, que tenham repercussão na saúde humana; V - participar da definição de normas, critérios e padrões para o controle das condições e dos ambientes de trabalho e coordenar a política de saúde do trabalhador; VI - coordenar e participar na execução das ações de vigilância epidemiológica; VII - estabelecer normas e executar a vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras, podendo a execução ser complementada pelos Estados, Distrito Federal e Municípios; VIII - estabelecer critérios, parâmetros e métodos para o controle da qualidade sanitária de produtos, substâncias e serviços de consumo e uso humano; IX - promover articulação com os órgãos educacionais e de fiscalização do exercício profissional, bem como com entidades representativas de formação de recursos humanos na área de saúde; X - formular, avaliar, elaborar normas e participar na execução da política nacional e produção de insumos e equipamentos para a saúde, em articulação com os demais órgãos governamentais; XI - identificar os serviços estaduais e municipais de referência nacional para o estabelecimento de padrões técnicos de assistência à saúde; XII - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde; XIII - prestar cooperação técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o aperfeiçoamento da sua atuação institucional; XIV - elaborar normas para regular as relações entre o Sistema Único de Saúde (SUS) e os serviços privados contratados de assistência à saúde; XV - promover a descentralização para as Unidades Federadas e para os Municípios, dos serviços e ações de saúde, respectivamente, de abrangência estadual e municipal; XVI - normatizar e coordenar nacionalmente o Sistema Nacional de Sangue, Componentes e Derivados; XVII - acompanhar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde, respeitadas as competências estaduais e municipais; XVIII - elaborar o Planejamento Estratégico Nacional no âmbito do SUS, em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal; XIX - estabelecer o Sistema Nacional de Auditoria e coordenar a avaliação técnica e financeira do SUS em todo o Território Nacional em cooperação técnica com os Estados, Municípios e Distrito Federal. Parágrafo único. A União poderá executar ações de vigilância epidemiológica e sanitária em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) ou que representem risco de disseminação nacional. Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete: I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde; II - acompanhar, controlar e avaliar as redes hierarquizadas do Sistema Único de Saúde (SUS); III - prestar apoio técnico e financeiro aos Municípios e executar supletivamente ações e serviços de saúde; IV -

<sup>180</sup> Conforme o Ministro MENDES, “o Poder Judiciário, acompanhado pela doutrina majoritária, tem entendido que a competência comum dos entes resulta na sua responsabilidade solidária para responder pela demandas de saúde” (MENDES, Gilmar Mendes. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 86).

<sup>181</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

coordenar e, em caráter complementar, executar ações e serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) de vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; e d) de saúde do trabalhador; V - participar, junto com os órgãos afins, do controle dos agravos do meio ambiente que tenham repercussão na saúde humana; VI - participar da formulação da política e da execução de ações de saneamento básico; VII - participar das ações de controle e avaliação das condições e dos ambientes de trabalho; VIII - em caráter suplementar, formular, executar, acompanhar e avaliar a política de insumos e equipamentos para a saúde; IX - identificar estabelecimentos hospitalares de referência e gerir sistemas públicos de alta complexidade, de referência estadual e regional; X - coordenar a rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, e gerir as unidades que permaneçam em sua organização administrativa; XI - estabelecer normas, em caráter suplementar, para o controle e avaliação das ações e serviços de saúde; XII - formular normas e estabelecer padrões, em caráter suplementar, de procedimentos de controle de qualidade para produtos e substâncias de consumo humano; XIII - colaborar com a União na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; XIV - o acompanhamento, a avaliação e divulgação dos indicadores de morbidade e mortalidade no âmbito da unidade federada. Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete: I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual; III - participar da execução, controle e avaliação das ações referentes às condições e aos ambientes de trabalho; IV - executar serviços: a) de vigilância epidemiológica; b) vigilância sanitária; c) de alimentação e nutrição; d) de saneamento básico; e e) de saúde do trabalhador; V - dar execução, no âmbito municipal, à política de insumos e equipamentos para a saúde; VI - colaborar na fiscalização das agressões ao meio ambiente que tenham repercussão sobre a saúde humana e atuar, junto aos órgãos municipais, estaduais e federais competentes, para controlá-las; VII - formar consórcios administrativos intermunicipais; VIII - gerir laboratórios públicos de saúde e hemocentros; IX - colaborar com a União e os Estados na execução da vigilância sanitária de portos, aeroportos e fronteiras; X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução; XI - controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde; XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação. Art. 19. Ao Distrito Federal competem as atribuições reservadas aos Estados e aos Municípios.<sup>182</sup>

Sendo assim, o apoio (A3) seria mais contundente do que os outros enunciados categóricos lançados pelos oponentes da responsabilidade solidárias na questão da saúde. Decerto, não há como acontecer de o rearranjo do pacto federativo intentado com a promulgação da Lei 8.080/90 ser oponível ao cidadão, tendo em vista que tal tentativa deve permanecer apenas como norma de orientação da relação entre os entes federados e não desses para com o cidadão comum.

Por fim, ainda, muito em breve, o apoio (A3) da garantia de procedimento será integrado não só pelos arrolados artigos constitucionais e legais, mas também por uma Súmula Vinculante do STF. Tudo isso, haja vista que a DPU teve a iniciativa da Proposta de Súmula Vinculante 4, a qual tem o objetivo de emprestar efeito vinculante (tornar obrigatória

<sup>182</sup> BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

a adoção do entendimento jurisprudencial do STF) ao posicionamento já pacificado, no âmbito daquele Tribunal, da existência de solidariedade.

Embora a proposta esteja sobrestada até o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 566.471<sup>183</sup>, uma vez que esse é importante para a apreciação da proposta da DPU, é bastante provável que aquele Tribunal Superior mantenha sua hodierna jurisprudência, no sentido de que existe a solidariedade passiva dos entes federados para o fornecimento de medicamentos e de tratamentos.<sup>184</sup> De tal sorte, o cidadão hipossuficiente, muito em breve, deverá contar com um novo contundente apoio para sustentar sua garantia (G3).

## LAYOUT DO ARGUMENTO

Garantia (G3):

as políticas de saúde

são de responsabilidade da

União, dos Estados e dos Municípios

Apoio (A3): ↓ arts. 23, II<sup>185</sup>, e 198<sup>186</sup>, da CF/88

Garantia (G2):

o direito à assistência

à saúde é direito fundamental

social com aplicabilidade imediata

<sup>183</sup> Destaque-se que esse RE já teve, inclusive, sua repercussão geral reconhecida no STF (qualidade necessária para conhecimento do processo devido a suas implicações econômicas e sociais). De fato, acompanhado o andamento processual do RE 566.471/RN, Rel. Min. Marco Aurélio, verifica-se que “o Tribunal, por unanimidade, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 556.471/RN**. Recurso Extraordinário. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Sítio consultado em 11/10/ 2011).

<sup>184</sup> Ressalte-se que a Proposta de Súmula Vinculante (PSV) 4, de iniciativa da DPU e que se encontra sobrestada, tem a seguinte proposta: “tornar expressa a responsabilidade solidária dos Entes Federativos no que concerne ao fornecimento de medicamento e tratamento médico ao carente, comprovada a necessidade do fármaco ou da intervenção médica, restando afastada, por outro lado, a alegação de ilegitimidade passiva corriqueira por parte das Pessoas Jurídicas de Direito Público” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>. Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>185</sup> Art. 23, II, da CF/88, *in verbis*: “é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - **cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência** (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>186</sup> Art. 198, da CF, *in verbis*: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e **constituem um sistema único** (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

Apoio (A2): ↓ arts. 6º e 196, da CF/88

Garantia (G1):

ações acerca da política

pública de saúde devem ser

conhecidas pelo Poder Judiciário

Apoio (A1): → ↓ ← art. 5º, XXXV, da CF/88

Dado (D): → Conclusão (C)

negativa de prestação

das obrigações relativas à saúde

(medicamento e tratamento do SUS)

#### 1.1.4.1 Condição de Refutação

A condição de refutação é bastante diferente do que foi abordado até agora, tendo em vista que ela se relaciona muito mais à força que o argumento pode possuir do que com a validade daquele argumento conseguida por meio de uma fundamentação adequada. Dentro do modelo geral de TOULMIN, assim, a condição de refutação está ligada à força que o argumento emprega (eficácia) no estabelecimento de determinada razão.

A fundamentação alcançada por meio de dados, garantias e apoios torna a argumentação corretamente realizada (válida), mas qual seria a força do argumento exposto?<sup>187</sup> Isso tudo, haja vista que a conclusão pretendida pode contar um grau de certeza (eficácia) variável, a depender da inclusão ou não de outros elementos ao layout toulminiano, o primeiro desses elementos é a condição de refutação, uma verdadeira condicionante da força argumentativa.

Como o próprio TOULMIN afirma-nos, o grau de força do argumento tem origem na força empregada pelas próprias garantias, uma vez que “há garantias de vários tipos, e elas podem conferir diferentes graus de força às conclusões que justificam. Algumas garantias nos autorizam a aceitar inequivocamente uma alegação, sendo os dados apropriados; estas garantias nos dão o direito, em casos adequados, de qualificar nossa conclusão com o advérbio ‘necessariamente’”<sup>188</sup>.

<sup>187</sup> O problema é bem resumido e desenvolvido por TOULMIN que afirma que “pode acontecer de não bastar que especifiquemos nossos dados, garantia e alegação; pode ser preciso acrescentar alguma referência explícita ao grau de força que nossos dados conferem à nossa alegação em virtude de nossa garantia. Numa palavra, pode acontecer de termos de inserir um *qualificador*” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (pp. 144-145)

<sup>188</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 144).

Essas garantias que autorizam aceitar inequivocamente uma alegação com o advérbio necessariamente, praticamente, não existem na área dos argumentos substanciais como os da razão prática, do direito. A nosso ver, as garantias apenas empregariam um grau de certeza absoluto, que justificasse o uso do advérbio necessariamente, no campo dos argumentos analíticos como os considerados puramente matemáticos analisados por meio da lógica dedutiva.

De outro lado, há as garantias da razão prática, tais garantias “nos autorizam a dar provisoriamente o passo dos dados para a conclusão; ou a só dá-lo sob certas condições, com exceções ou qualificações – para estes casos, há outros qualificadores modais mais adequados, como ‘provavelmente’ e ‘presumivelmente’”<sup>189</sup>. No direito, portanto, não haveria argumentos absolutos como os matemáticos, porque o grau de força emprestado pelos dados, pela garantia e pelos apoios seria sempre condicionado.

Em verdade, os argumentos da razão prática substanciais como os do direito necessitaram sempre de mais um ou dois elementos para integrar o esquema de TOULMIN. Esses elementos seriam tanto qualificadores modais (*qualificadores modales*, para ATIENZA<sup>190</sup>, e *qualifiers*, no original em inglês) quanto condições de refutação (*condiciones de refutación*, para ATIENZA<sup>191</sup>, e *rebuttals*, no original em inglês). Expliquemos os dois conceitos.

Os qualificadores modais – os quais não serão aqui aprofundados, porquanto não foram utilizados durante a argumentação desenvolvida na APS, preferiu-se outro modalizador de força – são elementos do layout do argumento que indicam o grau de força que o argumento emprega, tornando o sistema argumentativo mais complexo do que o tratado até o presente ponto. Exemplo de qualificadores modais seriam os seguintes advérbios: presumivelmente, provavelmente, possivelmente etc..

Já as condições de refutação, por sua vez, seriam condições excepcionais à regra geral estabelecida pelo argumento, ou seja, certas circunstâncias extraordinárias que seriam aptas a desnaturar a regra do modelo geral argumentativo, de modo que elas devem ser previstas dentro do próprio argumento sopesando o grau de força que deve ser atribuído à conclusão pretendida. Ao contrário dos qualificadores modais que estabelecem uma gradação específica de força, as condições de refutação preveem uma exceção.

<sup>189</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 144).

<sup>190</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 87).

<sup>191</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 87).

Conforme diferencia TOULMIN, “qualificadores modais (Q) e condições de exceção ou refutação (R) são diferentes tanto dos dados como das garantias, e merecem lugares separados em nosso *layout*”. Assim, “os qualificadores (Q) indicam a força conferida pela garantia a esse passo, e as condições de refutação (R) indicam circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia”<sup>192</sup>. Por outro lado, ambos teriam em comum o fato de comentarem a relação garantia-conclusão.

A despeito de comentarem a relação de “passo” que a garantia estabelece com a conclusão pretendida, qualificadores modais e condições de refutação – as quais, como veremos a seguir, são bastante importantes no layout da APS – não se confundem, de qualquer forma, com as garantias, porquanto ambos os moduladores de força não afirmam uma garantia, mas sim afirmam algo sobre a aplicabilidade da garantia que foi apresentada no sistema argumentativo.

De tal sorte, seja estabelecendo uma qualificação seja estabelecendo uma exceção, os moduladores de força – termo criado por nós para englobar os anteriores criados por TOULMIN – são indispensáveis para a análise de argumentos do direito como os exarados na APS. Sem os moduladores de força, todo o padrão argumentativo desenvolvido cairia, por ser demasiado pretensioso, intentando estabelecer um patamar de força analítico num tipo substancial.

Por fim, é importante notar que os modulares de força da teoria toulminiana (qualificadores e condições de refutação) são, em verdade, a grande diferença estabelecida em relação à lógica formal, tendo em vista que, ao contrário da lógica dedutiva, em que há uma premissa maior (uma norma), uma premissa menor (um fato) resultando numa conclusão que já deve estar subentendida, tautologicamente<sup>193</sup>, dentro das premissas, a lógica informal de TOULMIN não se pretende tão absoluta.

De fato, ao contrário da lógica formal em que o padrão de inferências não admite um layout que não conduza a um esquema de argumento com força absoluta, sem qualquer qualificador ou condição de refutação, a lógica informal com seus moduladores de força supera a mera questão da validade ou correção do sistema argumentativo e, com efeito,

---

<sup>192</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 145).

<sup>193</sup> A esse propósito, dos argumento analíticos como tautológicos, TOULMIN realiza a seguinte crítica: “o apoio de nossa garantia inclui, explicita, a informação que o argumento apresenta como conclusão; de fato, poder-se-ia perfeitamente substituir a palavra ‘logo’, antes da conclusão, pela expressão ‘em outras palavras’, ou ‘isto quer dizer que’. Nesse caso, se se aceitarem o dado e o apoio, pela mesma razão se tem de aceitar implicitamente a conclusão; se nós enfileirarmos dado, apoio e conclusão numa única sentença, acabamos com uma tautologia” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – p. 178).

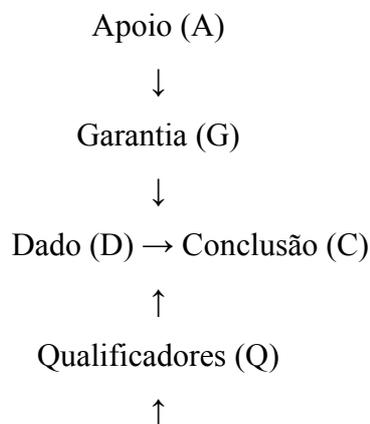
produz um novo padrão de inferências no qual é possível condicionar a aplicabilidade da conclusão pretendida.

Assim sendo, como já observamos, a lógica de TOULMIN permite a análise de argumentos em que a pretensão conclusiva não esteja presente nas premissas, tautologicamente, como nos argumentos meramente analíticos em que o grau de força é sempre total. A lógica toulminiana, por conseguinte, possibilita a análise dos argumentos substanciais em que não haveria como estabelecer um grau de força absoluto – pelo menos geralmente – por estarem envoltos em condicionantes.

Decerto, TOULMIN reorganiza a lógica aristotélica e essa reorganização é necessária, segundo ALEXY, porque “a lógica tradicional é insuficiente para justificar um julgamento de forças e fraquezas de argumentos não-analíticos (substanciais)”<sup>194</sup>. A teoria toulminiana, assim, possibilita o desenvolvimento de uma argumentação considerada racional fora do trato com argumentos analíticos, por meio da complementação das regras de estimativa de inferências tradicionais como o que denominamos de moduladores de força.

Sendo assim, a teoria da lógica informal de TOULMIN é indispensável para a abordagem de argumentos substanciais da razão prática como os argumentos jurídicos da APS. Como veremos, logo a seguir, o layout do argumento com os moduladores de força – mais precisamente uma condição de refutação, embora possamos presumir um qualificador – são instrumentos *conditio sine qua non* para evitar o sofrimento desnecessário, quando da obrigação das prestações relativas ao direito à assistência à saúde.

#### LAYOUT DO ARGUMENTO



<sup>194</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo:Landy, 2001 (p.79).

## Condições de Refutação (R)

### 1.1.4.1.1 A Condição de Refutação na Audiência Pública de Saúde

A partir do dado (D) de negativa de prestação das obrigações relativas à saúde, passando pelas garantias (G1) de conhecimento, (G2) de provimento e (G3) de procedimento, justificamos a conclusão pretendida (C) de que o Poder Judiciário deve atuar de forma racional a proteger o direito à assistência à saúde do cidadão brasileiro. Mas poderia esse argumento ser considerado como sendo um universal, absoluto e incondicionado?

Por meio da teoria de TOULMIN, acreditamos que nenhum dos argumentos jurídicos exarados na APS possa ser considerado com força total de maneira a dispensar qualquer condicionante. Em verdade, tais argumentos, assim como quaisquer outros substanciais da razão prática, necessitam ter sua força modulada pelos elementos do qualificador, da condição de refutação ou de ambos, e os argumentos jurídicos da APS não fogem, de toda sorte, dessa regra.

Até o ponto presente, estudamos, fundamentalmente, os argumentos jurídicos pró-judicialização do direito à promoção da saúde, sem que parecesse haver qualquer contestação ao que foi apresentado por aqueles proponentes. Ao contrário, o porquê da realização da APS foi justamente a existência de argumentos pró e contra aquela judicialização, a existência de proponentes e de oponentes em debate acerca do direito à proteção da saúde.

De fato, os argumentos jurídicos contra foram sim expostos, acontece que eles não negam – pelo menos em grande parte<sup>195</sup> de seus termos – os argumentos jurídicos a favor da judicialização da questão da saúde, tendo em vista que, por exemplo, não são oferecidos novos dados que se contraponham aos dados (D) de que a Administração Pública não vem adimplindo a obrigação de prestar assistência à saúde do povo, dados esses que, assim, parecem já estar compondo o senso comum que vem sendo desenvolvido.

Decerto, não haveria como negar o dado (D) pela clareza – clareza solar como afiançaria o Min. Moreira Alves – com que se dá a negativa de prestação das obrigações

---

<sup>195</sup> Alguns representante do Estado (União, Estados, DF e Municípios) chegaram a ensaiar uma certa contestação dos dados (D), mas que não chegou a ser efetivas, tendo em vista que o que se afirmou foi que há entes federados que gastam bastante com a saúde e não que a saúde é adimplida como um todo pela Administração. Comprovando, colhem-se as observações de José Antônio Rosa, representante dos Advogados dos Municípios, sendo Procurador-Geral do Município de Cuiabá, o qual assegurou que “alguns Municípios brasileiros investem não só os quinze por cento que estão na Constituição, mas vinte, vinte e um, vinte e dois, vinte e três, vinte e quatro por cento, aquilo que é possível, e mesmo assim ainda é pouco, porque não conseguem fazer o cumprimento daquilo que é necessário, mas conseguem administrar como sistema. Como sistema, nós conseguimos administrar” (ROSA, José Antônio. **Audiência Pública: Saúde**. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 115).

relativas à saúde, como recentemente reconheceu, inclusive, a própria Presidenta Dilma Rousseff, ao afirmar que “na saúde pública, gastamos 2,5 vezes menos do que na saúde privada. Um país deste tamanho, o maior país da América Latina, com a maior economia da América Latina, gasta 42% menos na saúde do que a Argentina”<sup>196</sup>.

Em verdade, corroborando o entendimento da Presidenta, estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS) revelam que, apesar dos avanços recentes, o investimento em saúde no Brasil ainda é insuficiente, principalmente quando comparados a outros países: “o gasto público per capita no Brasil era, em 2005, de 333 dólares correspondente a menos da metade do valor per capita do gasto público na Argentina (US\$ 672,00)”<sup>197 198</sup>.

Com efeito, não há que se negar que o gasto público com saúde vem crescendo no Brasil<sup>199</sup>, todavia, mais inegável ainda é que existe negativa de prestação das obrigações relativas à saúde, o dado (D). Por conseguinte, os oponentes da judicialização da saúde não estabelecem outro ponto de partida que não o dado (D), mas sim intentam configurar um contraditório dentro do próprio layout do argumento apresentado pelos proponentes da judicialização.

Igualmente, como já observamos, aqueles oponentes não centram esforços em desconstruir as garantias apresentadas – embora tenha sido oferecido um apoio para cada um delas. Apenas houve maiores questionamentos quanto à garantia de procedimento (G3), os quais são bastante débeis diante do forte apoio constitucional que lhe é subjacente – muito em breve, deverá haver, inclusive, uma Súmula Vinculante na mesma direção.

Assim sendo, os oponentes da judicialização propugnam o argumento contra os proponentes, no seguinte sentido: mitigando a força do argumento pró. Isso tudo, haja vista que, por meio dos já estudados moduladores de força, mais especificamente, no caso, de uma

<sup>196</sup> ROUSEFF, Dilma. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/entrevistas/entrevista-exclusiva-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-ao-programa-fantastico-da-rede-globo-brasilia-df>. Sítios consultados em 11/09/2011.

<sup>197</sup> INSTITUTODE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "Vinte Anos da Constituição de 1988: o que Significaram para a Saúde da População Brasileira". In: **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 17, v. 1, 2008.

<sup>198</sup> O gasto público *per capita* brasileiro corresponderia ainda a “23% do de Portugal (US\$ 1.472,00), a 15% do gasto da Inglaterra (US\$ 2.261), a 14% do alocado pelo Canadá (US\$ 2.402) e a 12% do dos EUA (US\$ 2.862) nesse ano” (INSTITUTODE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "Vinte Anos da Constituição de 1988: o que Significaram para a Saúde da População Brasileira". In: **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 17, v. 1, 2008).

<sup>199</sup> Ainda em conformidade com dados do IPEA, o gasto público brasileiro com saúde tem crescido: “o gasto público total em ações e serviços público de saúde, consideradas as três esferas de governo, que era de R\$ 34 bilhões em 2000 – equivalente a R\$ 54 bilhões em valores corrigidos pelo IPCA de 2006 – e representava 2,9% do PIB, alcançou R\$ 84 bilhões em 2006, elevando sua participação nesse indicativo para 3,5%” (INSTITUTODE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "Vinte Anos da Constituição de 1988: o que Significaram para a Saúde da População Brasileira". In: **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 17, v. 1, 2008). De tal sorte, as assertivas de ROSA, Procurador-Geral do Município de Cuiabá, não são, de qualquer modo, inverídicas, contudo, elas não servem, outrossim, para desnaturar a veracidade do dado (D) oferecido.

condição de refutação, procura-se não questionar a validade do argumento pró (como seria com a apresentação de novos dados), mas sim diminuir a sua potência.

O argumento jurídico contra não deve, portanto, ser analisado de maneira isolada como foi feito com o argumento jurídico pró ao longo desse trabalho. Em verdade, o argumento dos oponentes da judicialização do direito à assistência à saúde deve integrar o layout do argumento pró, não necessitando de um esquema próprio de contraposição. Tudo isso, uma vez que aqueles argumentos contra apresentam-se – em grande medida, pelo menos – como uma verdadeira condição de refutação.

Nesse ponto, é interessante notar – pelo menos, ao nosso ver – que, estabelecida uma condição de refutação, ou seja, um exceção à regra geral oferecida no layout do argumento, a qual deve ser incluída para não desnaturar o esquema, deveria ser estabelecido também um qualificador, porquanto, com a condição de refutação prevendo uma exceção condicionante, parece intuitiva a existência de um qualificador que esclareça que a força do argumento é relativa – embora seja difícil afirmar a existência desse na APS.

Sendo assim, o argumento jurídico contra integra o layout do argumento jurídico pró judicialização da política relativa ao direito à promoção da saúde como condição de refutação – e, quiçá, como um possível qualificador também –, moderando a força que o argumento a favor pode empregar, a qual, como é inerente aos argumentos substanciais da razão prática – e do direito, conseqüentemente – nunca pode ser total, de cem por cento.

A condição de refutação<sup>200</sup> apresentada pelos oponentes daquela judicialização da política de saúde é a de que essa judicialização pode vir a violar o princípio da igualdade de tratamento que o Estado deve ter para com seus cidadãos. Aconteceria que o Poder Judiciário, quando da abordagem das ações judiciais acerca da saúde, estaria privilegiando os cidadãos que judicializam seus direitos, em prejuízo dos que esperam o adimplemento administrativamente por parte do Poder Público.

Tal condição de exceção está presente nos discursos de diversos interlocutores da APS, mais delimitadamente, o elemento modulador de força está concentrado nas palestras dos advogados públicos (Advogados da União – AGU –, Procuradores dos Estados e Procuradores dos Municípios) bem como dos gestores públicos

---

<sup>200</sup> Vale não esquecer que as condições de refutação não se confundem com as garantia, TOULMIN distingue-as, assim: “uma palavra sobre as diferenças entre B, Q e R. São diferenças óbvias demais para que tenhamos de desenvolvê-las, visto que, é claro, uma coisa são os motivos para considerar aceitável em geral uma garantia, outra coisa é a força que a garantia empresta a uma conclusão e uma terceira coisa são os tipos de circunstâncias excepcionais que, em casos específicos, podem refutar as suposições criadas pela garantia” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – p. 153).

federais, estaduais e municipais. Todos defendendo que o Judiciário não poderia cambiar a ordem de atendimento estabelecida pelo SUS, “furando a fila”<sup>201</sup>. Expliquemo-nos.

A expressão “furando a fila” do SUS foi bastante usada na APS pelos oponentes da judicialização da política sobre a saúde, os quais afirmaram que a Justiça estaria sendo o Robin Hood da saúde, meramente tirando de uns para dar a outros, ao “furar a fila” do SUS. Ocorreria que as pessoas que judicializaram seus direitos estariam sendo atendidas primeiro do que aquelas que esperariam o adimplemento administrativo, as quais não estariam na frente da fila por mera sorte, mas sim com base em critérios sanitários de urgência do caso.

BELTRAME<sup>202</sup> resume que, “quanto à obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde por médico não do quadro do SUS ou sem o pedido que tenha sido feito previamente à administração pública, devemos dizer que isso traz como consequência a quebra de princípio do SUS, da integralidade assistencial e do acesso com Justiça. Uma eventual obrigação dessa natureza traz consigo uma grande injustiça. Por meio de ações, seria garantido acesso mais rápido a partes dos SUS para quem não utiliza o SUS”<sup>203</sup>.

Advogando pela modulação de força condicionante da atuação da Justiça na questão de saúde e impedindo uma ação absoluta e total – agora, regrada pelo princípio da isonomia – o então AGU José Antônio Dias Toffoli assegurou que “fica patente que o direito à saúde não implica um direito universal a todo e qualquer medicamento. É necessário que as políticas públicas que contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade nos usos dos fármacos devem ser observadas”<sup>204</sup>.

TOFFOLI entendeu, ainda, que “a preocupação dos gestores do SUS com a excessiva judicialização é com o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde. [...] porque cria nova modalidade de beneficiários, qual seja? Aquele que possui uma liminar e com isso terá tratamento preferencial”<sup>205</sup>. Portanto, violando o constitucional princípio da igualdade ou princípio da isonomia.<sup>206</sup>

---

<sup>201</sup> BELTRAME, Alberto. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 59)

<sup>202</sup> Alberto Beltrame é representante da Secretaria de Atenção Especializada do Ministério da Saúde do Brasil.

<sup>203</sup> BELTRAME, Alberto. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 59)

<sup>204</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 47).

<sup>205</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 47).

<sup>206</sup> Destaque-se, aqui, que o Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, ao defender a possibilidade de violação do princípio da igualdade ou isonomia pela judicialização do direito à assistência à saúde, afirma que o Procurador-Geral da República propugnou o mesmo entendimento em discurso anterior. Em verdade, o PGR seguiu pelo caminho de considerar a vida um direito indisponível, portanto, ensejador da ação judicial, até mesmo naqueles casos, confira-se: “a demanda por medicamento não registrado no território nacional há de

No mesmo caminho dos advogados públicos federais, os estaduais<sup>207</sup> buscam “contribuir para a compreensão do Poder Judiciário no que se refere à política de assistência farmacêutica no âmbito Sistema Único de Saúde – SUS, mormente ao fato de que a canalização de recursos para situações individualizadas, independente do valor a ser destinado e da organização do SUS, fere o espírito do artigo 196<sup>208</sup> da Constituição Federal, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde”<sup>209</sup>.

Por sua vez, tanto os Procuradores dos Municípios (advogados públicos municipais) quanto os gestores municipais, conquanto centrem o foco na afirmação de que os Municípios gastam mais do que o mínimo, constitucionalmente, previsto para saúde, superando, em muito, os dispêndios realizados por União e por Estados<sup>210</sup>, também, outrossim, afirmam que a ação do Poder Judiciário poderia vir a violar o princípio da igualdade ou da isonomia na assistência sanitária.

Destarte, apercebe-se que o que os oponentes da judicialização do direito sanitário propõem não são novos dados com garantias e apoios para o argumento contra a judicialização, mas sim um modulador de força, mais especificamente uma condição de refutação, que prevê um caso em que a atuação da Justiça viola o princípio da igualdade ou da isonomia. Em tais casos, haverá, portanto, uma exceção à regra geral presumida de que o Poder Judiciário deve atuar garantindo a saúde.

De fato, como já observamos, na área dos argumentos substanciais da razão prática, como os desenvolvidos no direito, a nosso ver, não há argumentos que tenham uma força universal que não precise ser modulada por um qualificador ou por uma condição de

ser avaliada com redobrada atenção. Se é certo que o Estado tem o dever de garantir saúde aos seus cidadãos, mais certo ainda é que não pode o Estado cancelar que esse mesmo cidadão possa colocar em risco bem jurídico que se quer preservar, qual seja, a vida” (SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva de. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 44).

<sup>207</sup> Os advogados públicos estaduais são representados pela Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul Janaína Barbier Gonçalves.

<sup>208</sup> Art. 196, da CF/88, *in verbis*: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>209</sup> GONÇALVES, Janaína Barbier. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 220).

<sup>210</sup> Paulo Ziulkoski, Presidente da Confederação Nacional dos Municípios, nessa direção, colheu “os números. Só para que os Senhores tenham uma ideia, porque estamos tratando de financiamento, o que ocorre no Brasil desde 2002? Os Municípios detêm 15,9% da receita disponível no Brasil. A carga tributária aumentou extraordinariamente; no ano passado foram um trilhão e cinquenta bilhões, 38% do PIB. Nós, permanentemente, estamos nessa situação. E aqui eu começo a falar um pouco politicamente, porque não foi o Presidente Collor, Itamar, Fernando Henrique, ditadores como não é o Presidente Lula um ditador. Isso foi por omissão e por conveniência da maioria do Congresso Nacional, que tem legislado dessa forma, criando contribuições que não são partilhadas e mantendo, cada vez mais, a União apoderada da arrecadação nacional” (ZIULKOSKI, Paulo. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 159). ZIULKOSKI expõe ainda que “em 2000, os Municípios gastavam um percentual de 21%, os Estados, 18,5%; e a União, 59%. Olhe, depois de cinco anos só: a União caiu para 49%, nós, pulamos de 21% para 27% e os Estados de 21% para 22%” (ZIULKOSKI, Paulo. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 162).

refutação. Com o argumento a favor da judicialização da saúde de que o Poder Judiciário deve atuar para garantir o direito à promoção da saúde não é diferente; tem de haver uma modulação, uma condição de refutação do sistema.

Nesse mesmo contexto, para TOULMIN, é isso “o que acontece nos tribunais de justiça, onde, muitas vezes, não basta recorrer a um estatuto dado ou doutrina do direito comum, mas é necessário discutir também, explicitamente, o limite até o qual se aplica, num caso determinado, uma determinada lei específica; se a lei tem inevitavelmente de ser aplicada em tal caso, ou se tal caso pode ser tomado como uma exceção à regra, ou é um caso em que a lei só pode aplicar-se se for limitada a determinadas qualificações”<sup>211</sup>.

O layout do argumento, assim, principalmente nos campos fora dos argumentos analíticos<sup>212</sup>, é bastante complexo, devido à existência e à necessidade de qualificadores e de condições de refutação. Esses moduladores de força são condição não só *sine qua non* como também *per quam* para a adequada análise dos argumentos expostos na APS, sem tais condicionantes que promovem a interação entre os argumentos pró e contra, o todo do sistema seria considerado defeituoso.

Decerto, sem a dialética relação configurada entre os argumentos pró e os argumentos contra a judicialização do direito à proteção da saúde, com os segundos sendo integrados como condição de refutação ao sistema argumentativo dos primeiros, o todo do layout do argumento seria considerado defeituoso e, conseqüentemente, falacioso. De tal azo, configurar-se-ia um dos problemas considerados mais nefastos pela teoria de TOULMIN: a falácia<sup>213</sup>.

Não se evitaria sofrimento desnecessário com um argumento falacioso, com defeito no seu layout argumentativo. A falácia, conseqüentemente, é uma forma de argumentação incorreta, inadequada e equivocada. Essa falácia pode dar-se basicamente por cinco motivos, para o modelo toulminiano: a) a falácia por falta de dados<sup>214</sup>; b) a falácia por

<sup>211</sup> TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 145).

<sup>212</sup> A despeito de serem de grande valia no mundo jurídico, os moduladores de força têm grande utilidade até para a análise de argumentos analíticos, tendo em vista que, para TOULMIN, “a distinção é relevante não só para as leis do país, mas também para compreender as leis científicas ou ‘leis da natureza’; é importante, de fato, em todos os casos em que a aplicação de uma lei possa estar sujeita a exceções, ou quando o único modo de dar apoio a uma garantia seja apontar uma correlação geral, não uma correlação absolutamente invariável” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – pp. 146-147).

<sup>213</sup> Em conformidade com o próprio TOULMIN, a falácia consistiria numa “falha ao deduzir, na teorização lógica, todas as distinções que a prática lógica requer” (TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 – p. 14).

<sup>214</sup> ATIEZA bem resume o que seria a falácia por falta de dados: “o melhor exemplo de falácia por falta de dados é a petição de princípio, que consiste em efetuar uma pretensão e argumentar em seu favor apresentado *dados* cujo significado é simplesmente equivalente ao da pretensão original”. Tradução minha do original em espanhol: “el mejor ejemplo de falacia por falta de razones es la petición de principio, que consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones cuyo significado es sencillamente equivalente al de la

dados irrelevantes<sup>215</sup>; c) a falácia por dados defeituosos<sup>216</sup>; d) falácia por suposição não garantida<sup>217</sup>; e e) falácia por ambigüidades<sup>218</sup>.

No caso da APS, a ausência de interação dos argumentos a favor e contra por meio da citada condição de refutação consistente no princípio da igualdade ou isonomia, implicaria na existência de uma falácia devida a dados defeituosos, haja vista que a existência do dado (D), negativa de prestação das obrigações relativas à saúde, não seria razão apta a justificar toda e qualquer ação do Judiciário. Com efeito, algumas atuações não igualitárias não poderiam ser justificadas racionalmente.

Por conseguinte, configurar-se-ia a falácia devida a dados defeituosos por serem demasiados pretensiosos para a conclusão pretendida – sem que haja aspectos condicionantes –, uma vez que “as falácias devidas a dados defeituosos aparecem quando os dados que se oferecem a favor da pretensão são corretos, mas, inadequadas para estabelecer a pretensão específica em questão”<sup>219</sup>. O dado (D) é correto, todavia, não é adequado para a pretensão específica de justificar toda e qualquer atuação da Justiça.

Tanto é que, assim como ocorre na APS, as falácias devidas a dados defeituosos são, em regra geral, decorrentes de generalizações apressadas da pretensão, chegando a uma conclusão com poucos exemplos ou com exemplos considerados

pretensión original” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 94).

<sup>215</sup> Na mesma direção, ATIENZA sintetiza o que seriam as falácias por dados irrelevantes: “as falácias devidas a dados irrelevantes tem lugar quando a prova que se apresenta a favor da pretensão não é diretamente relevante para a mesma”. Tradução minha do original em espanhol: “las falacias debidas a razones irrelevantes tienen lugar cuando la prueba que se presenta a favor de la pretensión no es directamente relevante para la misma” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 94).

<sup>216</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 94).

<sup>217</sup> No mesmo sentido, ATIENZA resume o que seriam as falácias devidas a suposições não garantidas da seguinte maneira: “nas falácias devidas a suposições não garantidas, parte-se do pressuposto de que é possível passar dos dados à pretensão sobre a base de uma garantia compartilhada pela maior parte ou por todos os membros da comunidade, quando, de fato, a garantia não é comumente aceita”. Tradução minha do original em espanhol: “en las falacias debidas a suposiciones no garantizadas, se parte del presupuesto de que es posible pasar de las razones a la pretensión sobre la base de una garantía compartida por la mayor parte o por todos los miembros de la comunidad, cuando, de hecho, la garantía en cuestión no es comúnmente aceptada” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 94).

<sup>218</sup> Na mesma vereda, ATIENZA sintetiza o que seriam as falácias de ambigüidades, do subsequente modo: “as falácias que resultam ambigüidades tem lugar quando uma palavra ou frase usa-se equivocadamente devido a uma falta gramatical (anfíbolgia), a uma colocação errônea de ênfases (falácia de ênfase), a afirmar de todo um conjunto o que é válido de cada uma das partes (falácia de composição), a afirmar das partes o que é válido do conjunto (falácia de divisão), ou quando se tomam similitudes gramaticais ou morfológicas entre palavras como indicativas de similitudes de significado (falácia das figuras de dicção)”. Tradução minha do original em espanhol: “las falacias que resultan ambigüidades tienen lugar cuando una palabra o frase se usa equivocadamente debido a una falta gramatical (anfíbolgia), a una colocación errônea de énfasis (falacia de acento), a afirmar de todo un conjunto lo que es válido de cada una de las partes (falacia de composición), a afirmar de las parte lo que es válido del conjunto (falacia de la división), o cuando se toman similitudes gramaticales o morfológicas entre las palabras como indicativas de similitudes de significado (falacia de las figuras de dicción)” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 94).

<sup>219</sup> Tradução minha do original em espanhol: “las falacias debidas a razones defectuosas aparecen cuando las razones que se ofrecen a favor de las pretensión son correctas, pero, inadecuadas para establecer la pretensión específica en cuestión” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 94).

excepcionais. Com a APS, notamos uma falácia devida a dados defeituosos não porque sejam dados excepcionais, mas porque são dados da regra geral que, isoladamente, desconsideram a exceção.

Dessarte, para que o todo do layout do argumento não seja qualificado com a pecha de falacioso, é mister que a exceção existente seja incluída juntamente com a regra geral – ambas válidas – no esquema argumentativo, evitando-se um acidente na argumentação. O Poder Judiciário, portanto, tem de observar o princípio da igualdade ou da isonomia, como condições moduladoras da força com que deve dar-se a ação daquele Poder, de sorte que sejam evitados tratamentos desiguais para cidadãos iguais.<sup>220</sup>

No estado geral da arte, esse princípio da igualdade ou princípio da isonomia é da mais elevada importância no Estado Democrático e Social de Direito. O pós-positivismo coevo como um todo, seja na sua vertente da *Teoria da Argumentação Jurídica*, seja na sua corrente do *Direito como Integridade*, entende que o tratamento igualitário do Estado para com os cidadão é uma das mais caras – senão a mais cara – meta a ser perseguida.

Corroborando tal juízo, TOULMIN, representante da *Teoria da Argumentação Jurídica* pós-positivista, logo propõe o que viria a ser sua “questão filosófica fundamental: se todos os campos de argumento são igualmente acessíveis à discussão racional, e se o Tribunal da Razão é competente para julgar sempre com isenção e *igualdade*, qualquer que seja o tipo de problema que estiver em questão”<sup>221</sup> (grifo nosso). Destacamos a importância da igualdade na teoria toulminiana.

No mesmo ponto, Ronald Dworkin, em *O Império do Direito*, representante da doutrina pós-positivista do *Direito como Integridade*, entende que “o governo tem a responsabilidade abstrata de tratar o destino de cada cidadão com a mesma importância”<sup>222</sup>, “um governo que aceite o que ali chamarei de princípio igualitário abstrato, segundo o qual é preciso tratar igualmente todos os cidadãos”<sup>223</sup>. Ressalte-se, embora não pormenorizemos o mote, a valorização do princípio igualitário abstrato.

Assim sendo, note-se que o tratamento igualitário do Estado para com seus cidadãos é objetivo do Estado de Bem-Estar Social, no qual, como assegurou Rui Barbosa, essa igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida

<sup>220</sup> Aborda-se, aqui, a igualdade muito mais em seu conceito distributivo, ou seja, relativo, de tratar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente na medida da desigualdade, do que em sua definição comutativa, isto é, absoluta, de tratar todos sempre igualmente.

<sup>221</sup> TOULMIN, Stephen. *Os Usos do Argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001 (p. 14).

<sup>222</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (p. 356).

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003 (p. 267).

em que se desigualem. Tal é o princípio<sup>224</sup> que deve reger as relações que são estabelecidas entre o Estado (no caso da APS, o Poder Judiciário) e o particular (no caso da APS, os pacientes).

Com efeito, como nos revela Celso Antônio Bandeira de Melo, em *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, “dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalente”<sup>225</sup>. Em verdade, assim como no cumprimento da lei, no proferimento de sentença, o Judiciário não pode desigualar os iguais.

A Justiça, portanto, tanto quanto o legislador ordinário deve observar a isonomia diante da Constituição e, por conseguinte, promover o tratamento igualitário entre os cidadãos prejudicados pelo dado (D), negativa das obrigações relativas à saúde, tanto os pacientes que judicializaram seu direito, quanto dos pacientes que aguardam administrativamente a fila do SUS andar. Ambos os cidadãos não guardariam em si qualquer razão apta a justificar o tratamento privilegiado dos primeiros.

A despeito de TOULMIN não propor, em sua teoria, qualquer elemento de seu layout do argumento que esteja subjacente aos moduladores de força (às condições de refutação), a nosso ver, acreditamos que seja possível inferir, devido às interdependências entre os elementos, a existência de um apoio (A4) para a condição de refutação (R), o qual se encontra presente dentro dos limites dos discursos da APS, como demonstrado anteriormente com a reprodução das palestras de gestores e de advogados públicos.

O apoio (A4) seria o art. 5º, *caput* e inciso I, da CF/88, conforme o qual, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e

---

<sup>224</sup> MENDES, COELHO & BRANCO afirmam que, quanto ao princípio da isonomia, esse “significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade. Como, por outro lado, no texto da nossa Constituição, esse princípio é enunciado com referência à *lei – todos são iguais perante à lei* –, alguns juristas construíram uma diferença, porque a consideram importante, entre a igualdade *na* lei e a igualdade *diant*e da lei, a primeira tendo por destinatário precípua o legislador, a quem seria vedado valer-se da lei para fazer discriminações entre as pessoas que mereçam idêntico tratamento; a segunda, dirigida principalmente ao intérprete/aplicadores da lei, impedir-lhe-ia de concretizar enunciados jurídicos dando tratamento distinto a quem a lei encarou como iguais” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 – p. 157).

<sup>225</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008 (p. 10).

mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”<sup>226</sup>, o que é, outrossim, cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF/88<sup>227</sup>.

Dentro do apoio (A4), além de alicerce constitucional, encontra-se ainda baldrame na legislação federal, mais delimitadamente, o § 1º, do art. 2º, da Lei 8.080/90, *in verbis*: “o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e *igualitário* às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”<sup>228</sup> (grifo nosso).

Sendo assim, concluímos que a condição de refutação (R) – a qual faz presumir a existência de um qualificador como modulador de força do argumento pró na APS<sup>229</sup> – resume o argumento contra a judicialização da política de saúde, tendo em vista que o que se pretende é, fundamentado no princípio da igualdade que é pedra angular do Estado Democrático e Social de Direito, estabelecer que a força do argumento pró vai até o ponto em que ele começa a implicar violação da isonomia, devendo ser, portanto, limitado.

## LAYOUT DO ARGUMENTO

Garantia (G3):  
as políticas de saúde  
são de responsabilidade da  
União, dos Estados e dos Municípios

<sup>226</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 13/05/2010.

<sup>227</sup> Art. 60, da CF, *in verbis*: “a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II - do Presidente da República; III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros. § 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. § 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. § 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem. § 4º - **Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir**: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; **IV - os direitos e garantias individuais**. § 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>228</sup> BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011..

<sup>229</sup> Expliquemo-nos: não obstante não haja citação expressa de qualquer qualificador como modulador de força na APS, como acontece com a condição de refutação (R) presente nos discursos de advogados e gestores públicos, podemos inferir a presença subjacente do que poderíamos denominar de qualificador (Q) modulando os efeitos do argumento pró. Ocorre que, como há uma exceção representada pela condição de violação do princípio da igualdade, o argumento pró não terá força total, assim: o Poder Judiciário deve atuar, presumivelmente – qualificador (Q) – para garantir o direito à assistência à saúde, desde que não haja violação da isonomia de tratamento que o Estado deve dispensar na abordagem para com seus cidadãos – condição de refutação (R).

Apoio (A3): ↓ arts. 23, II, e 198, da CF/88

Garantia (G2):

o direito à assistência

à saúde é direito fundamental

social com aplicabilidade imediata

Apoio (A2): ↓ arts. 6º e 196, da CF/88

Garantia (G1):

ações acerca da política

pública de saúde devem ser

conhecidas pelo Poder Judiciário

Apoio (A1): → ↓ ← art. 5º, XXXV, da CF/88

Dado (D): → Conclusão (C)

negativa de prestação

o Poder Judiciário deve

das obrigações relativas à saúde

garantir, igualmente,

(medicamento e tratamento do SUS) o direito à promoção da saúde

↑

Condução de Refutação (R):

a atuação do Poder Judiciário

não pode violar o princípio da

igualdade, “furar a fila do SUS”

## 2 O PLANO EXTERNO

### 2.1 A Teoria Integradora

A teoria integradora<sup>230</sup>, como é conceituada por ATIENZA, é a *Teoria da Argumentação Jurídica* desenvolvida por Neil MacCormick. A *Teoria da Argumentação Jurídica* criada por aquele filósofo escocês é considerada uma das mais desenvolvidas teorias da argumentação, juntamente com a de Robert Alexy, no mundo da teoria e da filosofia do Direito que centram foco na questão do método jurídico.

De fato, em conformidade com Manuel Atienza, “dentre as diversas teorias que apareceram nos últimos anos, duas delas (elaboradas por Neil MacCormick e Robert Alexy) são, na minha opinião, as que tem um maior interesses e, talvez, também as que tem sido mais discutidas e tem alcançado uma maior difusão”<sup>231</sup>. Sendo considerada, devido tanto a seu desenvolvimento quanto a sua difusão, uma teoria padrão da *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Com gênese na tradição filosófica e jurídica de David Hume, Herbert Lionel Adolphus Hart e toda a cultura inglesa e escocesa do *Common Law*, aquele Professor de Direito Público da Universidade de Edimburgo propõe uma “teoria institucional do direito”<sup>232</sup>, ou melhor, uma perspectiva pós-positivista do Direito que centra seu foco na análise dos argumentos, mais delimitadamente, dos argumentos jurídicos.

A teoria de MACCORMICK encontra-se exposta no livro *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, de 1978, todavia, seu maior desenvolvimento é na obra *Retórica e Estado de Direito*, de 2005. Considerada uma teoria clara e simples, a teoria maccormiquiana propõe um modelo geral de argumentação jurídica, a partir da observação indutiva de como se desenvolve a argumentação na área do Direito, com a análise de casos julgados concretamente – indo do particular rumo ao universal, indutivamente.

O objetivo da pesquisa argumentativa da teoria integradora é: harmonizar a razão prática kantiana com o ceticismo de Hume; mostrar que uma teoria da razão prática deve completar-se com uma teoria das paixões; construir uma teoria que seja tanto descritiva

<sup>230</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 105).

<sup>231</sup> Tradução minha do original em espanhol: “de entre las diversas teorías que han aparecido en estos últimos años, dos de ellas (elaboradas por Neil MacCormick e por Robert Alexy) son, en mi opinión, las que tienen un mayor interés y quizás también las que han sido más discutidas y han alcanzado una mayor difusión” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 106).

<sup>232</sup> MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 2).

como normativa, que dê conta dos aspectos dedutivos da argumentação jurídica, como dos não dedutivos, dos aspectos formais e dos materiais e que se situe na metade do caminho”<sup>233</sup>.

Decerto, a teoria institucional do Direito encontra-se no meio termo entre os extremos representados pelas teorias do direito ultra-racionalistas (como a de DWORKIN, que admite apenas e tão somente uma única resposta correta para cada caso concreto) e pelas teorias do direito irracionalistas (como a de Alf Ross, que entende ser o Direito fruto da vontade e não da razão, com as decisões jurídicas sendo essencialmente arbitrárias).

Para a teoria integradora, há possibilidade de que sejam encontradas algumas respostas que podem ser consideradas corretas; essas respostas serão consideradas corretas a partir de sua justificação. Tal é a importância de uma teoria da argumentação jurídica, tendo em vista que, corroborando TOULMIN<sup>234</sup>, MACCORMICK entende que a resposta correta deverá ser justificada, racionalmente, quer seja no plano interno (o plano da consistência), quer seja no plano externo (o plano da coerência).

No plano interno, o plano da consistência, MACCORMICK acredita que a justificação ainda seria, pelo menos em grande parte, fornecida pela lógica formal dedutiva, haja vista que, ao contrário do que propõe TOULMIN com sua lógica informal, aquele filósofo escocês entende que muitos argumentos ainda poderiam ser justificados pelo mero uso do silogismo aristotélico matemático – entendimento do qual discordamos, o que nos levou a optar pela teoria toulminiana para analisar a consistência.<sup>235</sup>

MACCORMICK afirma, quanto à justificação por dedução, que “há quem negue que a argumentação jurídica consiga ser estritamente dedutiva. Se essa afirmação é feita no sentido mais rigoroso, com a implicação de que a argumentação jurídica nunca é, ou nunca pode ser, exclusivamente dedutiva em sua forma, nesse caso é claro e demonstrável que essa decisão é falsa”<sup>236</sup>. Assim, em princípio, pelo menos, as decisões jurídicas não só poderiam como deveriam ser justificadas pelo silogismo.<sup>237</sup>

---

<sup>233</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (p. 265).

<sup>234</sup> Assim como aconteceu para TOULMIN, MACCORMICK, igualmente, entende que a justificação ocorre quando razões são dadas a favor de uma decisão jurídica para demonstrar, numa dimensão eminentemente objetiva, que é a que mais se coaduna com o direito.

<sup>235</sup> Em verdade, em nossa pesquisa, chegamos à conclusão de que, a despeito de MACCORMICK, quando analisada como um todo, criar uma teoria da argumentação jurídica considerada mais desenvolvida, TOULMIN, quando da análise do plano interno da consistência, parece haver logrado maiores êxitos, porque suplanta a lógica dedutiva com sua lógica informal, a qual seria a aplicável, como já afirmamos, aos argumentos de razão prática, como os exarados na área do Direito. Isso decorre, em grande parte, pela inclusão de moduladores de força (qualificadores e condições de refutação), os quais são indispensáveis à análise de argumentos substanciais cuja força não é absoluta. Daí nossa opção pela lógica informal, para a análise do plano interno da consistência no Primeiro Capítulo.

<sup>236</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (p. 23).

O posicionamento de justificação objetiva meramente dedutiva rendeu àquele filósofo várias críticas a partir do exemplo por ele fornecido. A partir do caso concreto *Daniels e Daniels v. R. White & Sons Tabard*<sup>238</sup>, MACCORMICK objetiva comprovar a plausibilidade do método jurídico dedutivo para justificar a racionalidade da decisão judicial por meio da análise da consistência, a qual seria facilmente aferível pela lógica formal, pelo menos nos casos considerados fáceis.

A partir da diferença hartiana entre casos fáceis, casos cuja justificação pode ser realizada somente no plano interno da consistência do argumento, e casos difíceis, casos cuja justificação necessite ir além da mera relação entre os elementos do raciocínio, MACCORMICK acredita que aqueles primeiros casos poderiam ser analisados por meio do silogismo lógico-dedutivo: premissa maior (norma) → premissa menor (fato) = conclusão. Destaque-se que os casos são fáceis ou difíceis em dado contexto e não ontologicamente.<sup>239</sup>

Opondo-se a esse juízo, há duas críticas céticas contra a praticidade da aplicação do silogismo: a primeira é a de que o que é feito por MACCORMICK, ao defender a lógica dedutiva, é rearrumar os argumentos do juiz, inclusive, acrescentando dados ao raciocínio jurídico<sup>240</sup>; a segunda é a de que não seria possível, a partir da constatação de um ordenamento jurídico imperfeito, o que afetaria a consistência da premissa normativa, aplicar o raciocínio lógico-dedutivo no direito<sup>241</sup>.

<sup>237</sup> Ainda para MACCORMICK, assim, “às vezes, é possível demonstrar em termos conclusivos que uma determinada decisão é legalmente justificada por meio de um argumento puramente dedutivo” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 – p. 23).

<sup>238</sup> Em conformidade com o próprio MACCORMICK, os dados do caso concreto são os seguintes: “o sr. Daniels foi a um bar e ali comprou uma garrafa de limonada (da marca R. White) e um caneco de cerveja. Levou-os para casa, onde bebeu um pouco da limonada e deu um copo para sua mulher, que também bebeu. Os dois tiveram sensação de ardência e adoeceram. Mais tarde foi determinado que a causa da enfermidade estava no fato de que a limonada que havia consumido estava fortemente contaminada por ácido carbólico. Exames do conteúdo restante da garrafa comprovaram a existência de uma grande proporção de ácido carbólico” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 – p. 23).

<sup>239</sup> A diferenciação entre casos fáceis e casos difíceis não deve ser compreendida, pelo menos na perspectiva da *Teoria da Argumentação Jurídica* desenvolvida por Neil MacCormick, como sendo uma divisão ontológica dos casos. Um caso não é fácil ou difícil em si mesmo, mas sim ele se torna fácil ou difícil em determinada situação, a depender do grau dos questionamentos propostos pelo oponente.

<sup>240</sup> ATIENZA, fundamentado em WILSON, critica a reconstrução em termos lógicos do raciocínio judicial, afirmando que, “quando MACCORMICK traduz a termos lógicos as argumentações do Juiz Lewis J. no caso Daniels, o que está fazendo em realidade é reelaborar a justificação do juiz, sobretudo acrescentando elementos aos que contém o caso em questão. Mas se se lê frase por frase, não há por quê pensar que a decisão pressuponha o modelo lógico-dedutivo manipulado por MACCORMICK”. Tradução minha do original em espanhol: “cuando MACCORMICK traduce a términos lógicos las argumentaciones del juez Lewis J. en el caso Daniels, lo que está haciendo en realidad es reelaborar la justificación del juez, sobre todo añadiendo elementos a los que contiene el fallo en cuestión. Pero si se lee frase por frase, no hay por qué pensar que la decisión presuponga el modelo lógico-dedutivo manejado por MACCORMICK” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 130).

<sup>241</sup> ATIENZA, agora fundado em WELLMAN, critica a possibilidade de aplicação do método jurídico lógico-dedutivo com base na consistência normativa, afinal: “a afirmação de que a aceitação de uma concepção dedutivista do raciocínio jurídico leva ao seguinte dilema. Ou bem afirma-se que no ordenamento jurídico não existem inconsistências lógicas, o que a este autor – e com razão – parece-lhe insustentável. Ou bem aceita-se a existência de tais condicionantes, em cujo caso a tese dedutiva cai por terra, pois a partir de uma série inconsistente de premissas pode-se justificar qualquer coisa”. Tradução minha do original em espanhol: “la afirmación de que la aceptación de una concepción dedutivista del razonamiento jurídico lleva al siguiente dilema. O bien se afirma que en el ordenamiento jurídico no existen inconsistencias lógicas, lo que a este autor – y con razón – le parece insostenible. O bien se acepta la existencia de las contradicciones, en cuyo caso la tesis deductiva cae por tierra, pues a partir de una serie inconsistentes de premisas se puede justificar

Podemos acrescentar a crítica de que, como já observamos no Capítulo Primeiro, o direito está dentro do saber prático, em que predominam – pelo menos – argumentos substanciais, não-analíticos, nos quais a conclusão não está embutida, tautologicamente, nas premissas, de forma que não haveria como realizar a análise de tais argumentos por meio de uma teoria em que a força argumentativa é sempre total, como na lógica formal.

E, afinal, se MACCORMICK tem como um dos pontos de partida de sua teoria integradora o entendimento de HUME de que não decidimos questões morais da mesma forma como examinamos os problemas matemáticos, como ele almeja que a teoria institucional procure inspiração justamente no silogismo lógico-dedutivo das ciências formais? É possível uma racionalidade do saber prático, mas como essa pode ser, huminariamente, lógico-matemática como se parece pretender?

De tal sorte, é problemática a *Teoria da Argumentação Jurídica* maccormiquiana, no que tange à aplicação da lógica formal no plano interno da consistência, daí havemos optado pela lógica informal de TOULMIN para análise da relação entre os elementos da argumentação. A nosso ver, a lógica formal seria de aplicação problemática, mesmo quando restringido seu emprego aos casos considerados fáceis – emprestando a diferenciação que HART<sup>242</sup> faz entre casos jurídicos fáceis e difíceis<sup>243</sup>.

A favor da aplicação da lógica dedutiva no plano interno da consistência por MACCORMICK, todavia, temos o método científico com gênese na teoria popperiana da ciência, qual seja: o falseamento das decisões judiciais que são sempre excepcionáveis. Conjuntamente com o requisito da universalizabilidade da decisão – que será analisado mais adiante –, o falseamento da decisão judicial excepcionável está presente em todos os métodos de justificação racional formulados por MACCOMICK.

A interação entre os métodos do silogismo lógico-dedutivo e do falseamento pela excepcionalidade, que representa, a nosso ver, a salvação da aplicabilidade daquele método científico-matemático, funciona da seguinte maneira: o modelo do silogismo

---

cualquier cosa” (ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 131).

<sup>242</sup> HART exemplifica o que viria a ser um caso fácil, narrando a situação da identificação de determinado sujeito como careca ou não, afirma que “se o sujeito tiver a cabeça ‘brilhante e polida’ ninguém terá dúvidas de que se trata de um careca. Da mesma forma, se a cabeça for completamente coberta por cabelo, não haverá dúvidas de que não se trata. Entretanto, alguém que tenha alguns poucos fios de cabelo, esparsos, espalhados pela cabeça não pode ser enquadrado seguramente no rol dos carecas, como também não o pode no rol dos cabeludos. Se a contenda levasse a algum lugar, essa questão poderia ser discutida para sempre” (HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 8).

<sup>243</sup> Conquanto a diferenciação entre casos considerados fáceis e casos considerados difíceis seja criada pelo jurista positivista inglês HART, em *O Conceito de Direito* – para o qual os casos fáceis seriam aqueles em que não haveria problemas em estabelecer nem os fatos nem a norma a ser aplicada ao caos concreto, restando apenas passar dessas premissas à conclusão –, ela é uma diferenciação bastante utilizada por diversas teorias da argumentação jurídica, como a maccormiquiana. Há ainda quem prefira o termo questões trágicas, como ATIENZA.

maccormiquiano pode ser aplicado nos argumentos práticos do direito, tendo em vista que, não obstante pretenda ser um paradigma absoluto, ele seria com força total para o caso em questão, ao admitir a possibilidade de vir a ser excepcionável.

A excepcionalidade das decisões jurídicas de MACCORMICK desempenha papel análogo ao dos moduladores de força (qualificadores e condições de refutação) de TOULMIN. Ambos seriam instrumentos da tentar lidar a ausência de argumentos absolutos no campo do saber prático do direito: com a excepcionalidade, prevê-se a possibilidade de um novo silogismo a cada caso diferente, já com os moduladores de força, prevê-se a possibilidade de incluir no layout a exceção da regra geral.

Em grande medida, essa foi a razão para adotarmos a teoria da lógica informa toulminiana e não a teoria integradora maccormiquina, para analisar a consistência no Primeiro Capítulo. Acreditamos que os moduladores de força sejam mais eficientes no trato com argumentos do mundo da razão prática do direito, porquanto, por já anteverem excepcionalidades, o layout de TOULMIN pode ser mais generalizado e, conseqüentemente, estará menos sujeito a ser surpreendido com uma exceção do que a lógica dedutiva.

Por outro lado, a *Teoria da Argumentação Jurídica* de MACCORMICK é bastante desenvolvida, quando da análise do plano externo da coerência, tendo em vista que a teoria maccormiquiana, a partir do exame de julgamentos de Tribunais de Justiça britânicos (ingleses e escoceses), objetiva ser uma teoria não só descritiva, mas também prescritiva, ao formular elementos que devem ser considerados quando da análise da justificação racional de um argumento.

De fato, como o requisito da consistência lógico-dedutiva do plano interno ou do primeiro nível é limitado, por vezes, quando o oponente torna o caso difícil, há o imperativo de que a verificação da racionalidade do argumento seja realizada num segundo nível: o plano externo. Nesse plano de exame, intentar-se-á suplantar os problemas

argumentativos encontrados na premissa fática (problemas de prova<sup>244</sup> ou de qualificação<sup>245</sup>) e na premissa normativa (problema de interpretação e de relevância<sup>246</sup>), pela análise silogística.

Esses problemas não afetam a APS do mesmo modo nem da mesma intensidade, haja vista que, como já observamos, não há grandes dificuldades conectadas à premissa fática (menor), uma vez que os dados (D) não foram – pelo menos em sua maior medida – questionados pelo oponente da judicialização da saúde. Isso aclara a maior importância que os problemas conexos à premissa normativa (maior) adquirem para nós, em razão do problema de interpretação que envolve a concessão do direito à promoção da saúde.

MACCORMICK explica que o problema da interpretação é decorrente do fato que de os casos jurídicos, em geral, “depende da leitura da regra ‘Sempre que FO, então CN’ de acordo com uma particular interpretação de FO ou de CN, ou de ambos. Mas essa é uma interpretação equivocada, e há de fato mais que uma interpretação juridicamente aceitável [...] (podemos chamar isso de um ‘problema de interpretação’)”<sup>247</sup>. Afinal, no direito social constitucional à proteção da saúde, o que deve ser entendido por “proteção à saúde”?

O caso jurídico da APS e, com efeito, da distribuição das políticas públicas de saúde é, claramente, um caso difícil, talvez, até mesmo um caso trágico<sup>248</sup>, em que não se apazigua o oponente com um mero silogismo. Ultrapassa-se o primeiro nível interno do raciocínio, pela necessidade de justificar tanto escolha das normas aplicadas e quando da interpretação a que elas são dada. Apelar-se-á, assim, para a coerência normativa para justificar a judicialização do direito sanitário e superar os problemas do silogismo.

<sup>244</sup> Em conformidade com MACCORMICK, o problema de prova relacionado à questão da justificação da premissa fática (menor) acontece quando, “levando em conta todas as provas relevantes e admissíveis, incluindo os elementos trazidos pela própria defesa, não houve prova (ao menos não nos limites aceitáveis pelo Direito) da ocorrência concreta de [algo] tal como alegado na denúncia ou na petição inicial (podemos chamar isso de um ‘problema relacionado à prova’)” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 58).

<sup>245</sup> Segundo a teoria integradora, o problema de qualificação relativo à questão da justificação, outrossim, da premissa fática (menor) ocorre quando “o que foi alegado, não importando o fato de ter ou não sido provado, não pode ser adequadamente caracterizado como um exemplo de concretização de [algo] no sentido próprio exigido pelo Direito (podemos chamar isso de um ‘problema de classificação’, de ‘caracterização’ ou de ‘qualificação’). Quando [algo] consiste em ou inclui uma expressão carregada de carga valorativa, ou ‘conceito jurídico indeterminado’ tal como ‘razoável’, ‘justo’, ‘equitativo’ e outros semelhantes, e quando a questão diz respeito a saber se a conduta em questão foi efetivamente razoável, é melhor considerá-lo o problema respectivo como sendo de ‘avaliação’” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 58).

<sup>246</sup> Conforme a teoria institucional, o problema de relevância ligado à questão da justificação, agora, da premissa normativa (maior) sucede-se quando “o sucesso da pretensão ou da acusação depende de que uma dada leitura das fontes de Direito relevantes gere a regra [dada regra] [...] No entanto, essa norma não pode ser efetivamente extraída dos materiais jurídicos disponíveis como uma concretização ou determinação razoáveis de seu conteúdo (podemos chamar isso de um ‘problema de relevância’; tal como sugerido, trata-se de um problema que surge principalmente nos sistemas de *common law*, ou nas porções não codificadas de outros sistemas jurídicos, como, por exemplo, o Direito administrativo francês, desenvolvido a partir da jurisprudência do *Conseil D’Etat*)” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 58).

<sup>247</sup> MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 58).

<sup>248</sup> A distinção entre os casos fáceis e os difíceis, como já afirmamos, é uma classificação do positivista HART que é muito utilizada por teorias da argumentação jurídica como a maccormiquiana. Por sua vez, os casos trágicos são uma classe criada por ATIENZA, em analogia àquela diferenciação hartiana, para representar os casos em que, ainda que com apelo ao plano externo, nenhuma decisão é cabalmente justificável.

A coerência normativa é o instrumento por meio do qual o proponente poderá justificar uma deliberação que não foi benquista pelo oponente com a mera formulação da consistência silogística. Tal coerência normativa está para as escolhas realizadas quando da justificação da premissa maior (a normativo); assim como a coerência narrativa está para a justificação da premissa menor (a fática). Analogamente ao que existe na prática jurídica brasileira: a coerência normativa está para questões de direito e a narrativa para as de fato.

Como não existem grandes problemas na configuração do fático dado (D) na APS, a coerência que mais nos interessa é a normativa. É ela que justificará a eleição de uma norma ou outra, de uma interpretação ou outra, que foi aplicada no silogismo feito no plano interno. É por meio da coerência normativa que se poderá encontrar uma unidade de sentido nos imperfeitos e incompletos ordenamentos jurídicos de que dispomos para tomar determinações judiciais.

A coerência normativa, uma ideia que muito se aproxima da ideia dworkiana de integridade<sup>249</sup> e de comunidade de princípios<sup>250</sup>, é o instrumento por meio do qual o ordenamento jurídico deixará de ser visto como amontoado de regras desconexas e passará a ser observado com um todo harmonizado pela direção que os princípios nos impõem. Portanto, “uma série de normas, ou uma norma, é coerente se pode subsumir-se sob uma série de princípios gerais ou de valores que, por sua vez, sejam aceitáveis”<sup>251</sup>.

A coerência normativa, que é uma propriedade que se dá ou não – não havendo gradação nela – objetiva, por meio de princípios e de analogias (que, em última instância, também são argumentos considerados por MACCORMICK como sendo principiológicos) harmonizar o ordenamento e, por conseguinte, possibilitar a formulação de uma premissa normativa para o caso concreto. Mas e se consistência e coerência não forem suficientes para justificação de uma determinação?

Isso ainda não significa que o oponente ficará insatisfeito com a justificação do proponente ou que se trate de uma daquelas questões trágicas. MACCORMICK desenvolve mais um requisito: o consequencialismo jurídico. Esse requisito da justificação

---

<sup>249</sup> Para DWORKIN, “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003 – p. 272).

<sup>250</sup> JESUS, MARTINS e ROESLER asseveram que “há uma grande proximidade entre essa ideia e a relação entre integridade e comunidade de princípios proposta por Dworkin” (MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane Roesler; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. “Argumentação Jurídica em Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades”. **Revista NEJ – Eletrônica**, vol. 16, n. 2, pp.234-250, mai-ago, 2011. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3239/2046>. Sítio consultado em 10/10/2011).

<sup>251</sup> Tradução minha do original em espanhol: “una serie de normas, o una norma, es coherente si pueda subsumirse bajo una seria de principios generales o de valores que, a su vez, resulten aceptables” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 118).

racional de uma determinação é um dos elementos mais inovadores da teoria integradora, haja vista que, sem apelar para outros campos do conhecimento humano que não o mundo eminentemente jurídico, MACCORMICK logra êxito na análise de consequências.

O consequencialismo jurídico, um terceiro requisito da teoria institucional, consiste em avaliar as consequências normativas; se elas são ou não valorizadas pelo ordenamento jurídico. A despeito de ser colocado em separado da coerência normativa, o consequencialismo jurídico tem uma relação dialética com o requisito da coerência, uma vez que ambos têm gênese nos princípios, os quais não só tem a função de harmonizar o ordenamento jurídico, mas também de estabelecer as consequências jurídicas valorizadas.

Decerto, os argumentos consequencialista jurídicos, conquanto sejam a última *ratio* argumentativa, são considerados os mais fortes, porquanto, para ATIENZA, tais argumentos são os argumentos decisivos, dentro dos limites estabelecidos por consistência e por coerência.<sup>252</sup> Por isso e pelos fatos de que o consequencialismo jurídico é intimamente relacionado à coerência por ambos decorrem de princípios e de que a argumentação jurídica da APS – como sempre sucede com os debates sobre políticas públicas – ser eminentemente consequencialista, optou-se pelo exame com fundamento no consequencialismo normativo.

Como, quando da análise dos argumentos jurídicos pró e contra da APS, constatou-se um claro problema não resolvido no primeiro plano da consistência, avaliaremos aqueles argumentos pelos critérios do consequencialismo jurídico (relacionado à coerência) e da universalidade da decisão. Afinal, por meio desses instrumentos, poderemos determinar qual seria o grau adequado de introdução da condição de refutação (R) – com seu possível qualificador (Q) – no sistema, formulando uma premissa normativa para tanto.

Destarte, a *Teoria da Argumentação Jurídica* de MACCORMICK é desenvolvida com fundamento em dois principais requisitos: num primeiro momento, num sentido técnico da lógica dedutiva, o argumento jurídico deverá ter avaliado o grau de pertinência entre as premissas e as conclusões desses; num segundo momento, dependente de o argumento haver sido justificado pelo primeiro, o argumento jurídico deve ser justo num sentido de ser compatível e coerente com o ordenamento jurídico e com a realidade<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho**: Teorías de la Argumentación Jurídica. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 115)

<sup>253</sup> Acerca da relação existente entre o plano interno da consistência e o plano externo da coerência, ATIENZA afirma que: “em definitivo, e ainda que MACCORMICK não empregue esta terminologia, o que quer dizer com todo o anterior, é que uma decisão jurídica quando menos tem de estar justificada internamente, e a justificação interna é independente da justificação externa no sentido que a primeira é condição necessária, mas não suficiente para a segunda”. Tradução minha do original em espanhol: “en definitiva, y aunque MacCormick no emplee esta terminología, lo que quiere decir con todo lo anterior es que una decisión jurídica cuando menos tiene de estar justificada internamente, y la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho**: Teorías de la Argumentación Jurídica. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 111).

### 2.1.1 O Consequencialismo Jurídico

O consequencialismo jurídico da teoria integradora encontra-se dentro do segundo nível da análise dos argumentos, situando-se dentro do plano externo da justificação argumentativa. O consequencialismo jurídico da teoria institucional supera o primeiro nível de argumentação, o do plano interno da consistência e da universalizabilidade da decisão (a ser estudado a seguir), ao intentar solucionar o problema de como justificar a eleição de uma ou de outra para aplicar no caso concreto em questão.

Conforme ATIENZA, analogamente ao que acontece na ciência, ao tentar explicar uma ocorrência, um argumento jurídico tem de ter sentido não só em relação aos seus próprios elementos (o que seria a consistência), mas também em relação com a realidade fática e com o ordenamento jurídico paradigma. Lembrando, claramente, os ensinamentos de POPPER<sup>254</sup>, MACCORMICK admite que, embora nenhuma teoria possa ser concludentemente provada por meio da experimentação, é possível escolher uma melhor pelo falseamento<sup>255</sup> das teorias rivais.

De fato, “as decisões jurídicas tem que ter sentido tanto em relação com o sistema jurídico de que se trate como em relação com o mundo (o que significa, em relação com as consequências das decisões)”<sup>256</sup>. A justificação de segundo nível do plano externo, assim, é uma questão aberta, haja vista que os argumentos consequencialistas resultam necessariamente em elementos valorativos e, com efeito, subjetivos. Contudo, há, igualmente, uma certa objetividade, quando da escolha de normas e de consequências.

Ao defender a possibilidade de uma certa objetividade ligada a princípios e a consequências, MACCORMICK contrapõe-se, confessadamente<sup>257</sup>, ao positivismo de Hans

<sup>254</sup> Para POPPER, coadunando-se com o falseamento proposto por MACCORMICK, quando do estudo sobre a teoria da ciência, tem-se que “o método da ciência é o método de conjecturas audazes e engenhosas seguidas de tentativas rigorosas de falseá-las”. Tradução do original em espanhol: “el método de la ciencia es el método de conjeturas audaces e ingeniosas seguidas de tentativas rigurosas de falsearlas” (POPPER, Karl Raimund. **Conocimiento Objetivo**, 2ª Ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1982 – p. 83).

<sup>255</sup> O falseamento é um processo que, não obstante não produza uma única teoria absolutamente correta, encontra as falhas reconhecíveis no estado da arte de então, de maneira a facilitar escolha da melhor teoria entre as rivais, até então não falseada.

<sup>256</sup> Tradução minha do original em espanhol: “las decisiones jurídicas tienen que tener sentido tanto en relación con el sistema jurídico de que se trate como en relación con el mundo (lo que significa, en relación con las consecuencias de las decisiones)” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 117).

<sup>257</sup> É confessadamente, porque, quanto à tese kelseniana da ausência de qualquer lógica das normas, MACCORMICK advoga que, “com imenso respeito, é preciso dizer que Kelsen está errado a esse respeito. Nós não apenas podemos como até devemos aceitar sua tese sobre o ‘ato de vontade’. Mas devemos igualmente rejeitar enfaticamente a tese que Kelsen considera, de forma equivocada, ser seu corolário. Por certo, um ato de decisão, como qualquer outro ato, não é e não pode ser deduzido de certas premissas, quaisquer que sejam elas. Mas isso não significa que conclusões relevantes para a questão ‘qual decisão seria justificável em um dado caso?’ não possam ser derivadas de premissas relevantes e apropriadas” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 73).

Kelsen<sup>258</sup>. Conquanto sua primeira obra de 1978 (*Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*<sup>259</sup>) seja, pelo menos em grande parte, uma resposta as críticas de DWORKIN ao positivismo de HART, MACCORMICK não parece aceitar a ideia de que as decisões jurídicas sejam essencialmente irracionais, em seu livro de 2005 (*Retórica e Estado de Direito*)<sup>260</sup>.

Para MACCORMICK, além do próprio silogismo já representar uma limitação como fator de correção da decisão judicial no âmbito formal, há ainda os requisitos de justificação racional da coerência e do consequencialismo jurídico. De tal sorte, a determinação pode ser um ato de vontade do Juiz de Direito, mas tem de ser um ato que encontre alguma fundamentação racional apta a justificar aquela deliberação jurídica. Fundamentação racional que pode conduzir a múltiplos atos, mas não a todo e qualquer ato.

Na atual etapa da justificação, que depende de o argumento jurídico ter sido considerado consistente (sem contradições entres seus elementos internos)<sup>261</sup>, termos o requisito da coerência, o qual determinar que a premissa normativa construída para o caso concreto tenha sentido não só entre seus elementos, não se contradizendo, mas também em relação ao ordenamento jurídico como um todo. A decisão judicial passará a integrar o sistema jurídico paradigma e, por conseguinte, não pode vir a violá-lo.

O critério da coerência, assim, diz respeito ao entendimento de que o ordenamento jurídico, conquanto não seja perfeito e completo, é harmonizado pela atuação dos princípios, não sendo um mero “amontoado de regras jurídicas desconexas, mas sim como um grupo de normas que fazem sentido quando analisadas em conjunto”. Afinal, o argumento jurídico “é coerente quando o grupo de proposições, tomadas em seu conjunto, faz sentido como um todo”<sup>262</sup>.

O requisito da coerência, portanto, segundo MACCORMICK, é a “compatibilidade axiológica entre duas ou mais regras, todas justificáveis em vista de um

---

<sup>258</sup> Para KELSEN, “a ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pelo norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma ato-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 (pp. 392-393).

<sup>259</sup> MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>260</sup> MACCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 301).

<sup>261</sup> Não obstante a Teoria da Argumentação Jurídica de MACCORMICK seja bem menos procedimentalista do que a de ALEXY, por razões de praticidade e de organização pautada na complexidade do requisito, preferimos seguir a ordem em que os requisitos são apresentados em *Retórica e Estado de Direito*.

<sup>262</sup> MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane Roesler; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. “Argumentação Jurídica em Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades”. *Revista NEJ – Eletrônica*, vol. 16, n. 2, pp. 234-250, mai-ago, 2011. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3239/2046>. Sítio consultado em 10/10/2011.

princípio comum”<sup>263</sup>. Afinal, a coerência maccormiquiana “de um conjunto de normas é função de sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios e valores de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória”<sup>264</sup>.

Corroborando o pensamento de JESUS, MARTINS ROESLER<sup>265</sup> e ATIENZA<sup>266</sup>, a coerência é, pelo menos em grande parte, a análise de argumentos de princípio e, ainda, de argumentos de analogia – os quais não deixam de ser uma argumentação principiológica –, diante tanto da necessidade de harmonizar o ordenamento jurídico paradigma quanto da impossibilidade de que essa harmonia seja conseguida por meio de qualquer outro meio que não o das regras gerais, dos princípios.

Na mesma fase da justificação, encontra-se o consequencialismo, o consequencialismo jurídico, que, em conformidade com MACCORMICK, é a análise e a valoração das consequências jurídicas no mundo à luz das regras gerais estabelecidas pelos princípios do ordenamento jurídico tomado como paradigma. Na determinação da norma a ser aplicada ao caso concreto, devem-se prestigiar aquelas cujas consequências normativas hipotéticas sejam desejadas pelo ordenamento jurídico como um todo conformado por princípios.

Nesse ponto, MACCORMICK desnuda o que entende por argumentação consequencialista, afirmando que “o que eu chamo de direito como argumentação consequencialista é focado não tanto em estimar a probabilidade de mudanças comportamentais, mas na conduta possível e em seu determinado status normativo à luz da

<sup>263</sup> MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 301).

<sup>264</sup> MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 256).

<sup>265</sup> Nesse sentido, JESUS, MARTINS e ROESLER, afirmam que se vê “na teoria de MacCormick, uma cooriginalidade entre coerência e princípio. [...] A argumentação com base em princípios e também por analogia é uma importante aplicação da ideia de coerência na justificação das decisões em casos difíceis. [...] O certo é que, seguindo a teoria de MacCormick, seja argumentando com base em princípios, seja se servindo da analogia, é preciso justificar a solução conectando-a aos princípios e valores que constituem o sistema jurídico como um todo.” (MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Claudia Rosane Roesler; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. “Argumentação Jurídica em Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades”. **Revista NEJ** – Eletrônica, vol. 16, n. 2, pp. 234-250, mai-ago, 2011. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3239/2046>. Sítio consultado em 10/10/2011).

<sup>266</sup> Nessa direção, Manuel Atienza, outrossim, revela que “na ideia de coerência – de coerência normativa – se baseiam dois tipos de argumentos que jogam um papel muito importante na resolução os casos difíceis: os *argumentos a partir de princípios* e os *argumentos por analogia*. [...] Os argumentos por analogia possuem também o mesmo caráter includente pois, em realidade, argumentar a partir de princípios e por analogia não são coisas muito distintas. A analogia não seria mais que um suposto de uso não explícito – ou não tão explícito – de princípios”. Tradução minha do original em espanhol: “en la idea de coherencia – de coherencia normativa – se basan dos tipos de argumentos que juegan un papel muy importante en la resolución de los casos difíciles: los *argumentos a partir de principios* y los *argumentos por analogía*. [...] Los argumentos por analogía poseen también este mismo carácter incluyente pues, en realidad, argumentar a partir de principios y por analogías no son cosas muy distintas. La analogía no sería más que un supuesto de uso no explícito – o no tan explícito – de principio” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – pp. 120-121).

decisão que está sendo considerada”<sup>267</sup>. O consequencialismo maccormiquiano objetiva avaliar o grau de adequação da consequência normativa com os princípios.

De tal sorte, não obstante não seja reconhecido – pelo menos expressamente – por MACCORMICK, ambos, coerência e consequencialismo jurídico, guardam uma íntima relação na teoria integradora, tendo em vista que: o primeiro critério do segundo nível pondera a compatibilidade das normas aplicáveis ao caso concreto com as regras gerais do ordenamento jurídico paradigma; e o segundo requisito do plano externo sopesa, por sua vez, a compatibilidade das consequências normativas daquela aplicação com os princípios.

Como notaremos, na APS, há uma intensa necessidade de justificação, por meio dos critérios da coerência e do consequencialismo jurídico, da opção por uma série de normas e de interpretações. O consequencialismo jurídico relacionado à coerência demonstrará os princípios gerais do direito – no caso, do ordenamento jurídico brasileiro – (MACCORMICK<sup>268</sup> não diferencia, como o faz, por exemplo, DWORKIN<sup>269</sup>, os princípios e os valores, ou diretrizes políticas) que justificam a aplicação de uma norma e não de outra.

Assim sendo, o consequencialismo jurídico é instrumento indispensável para a justificação, agora num caráter mais prescritivo e mais axiológico do que descritivo e do que lógico, da racionalidade da decisão de que o Poder Judiciário deve agir no caso da saúde, para garantir o direito do cidadão, desde que não haja violação do princípio da igualdade. Mas o que viria a ser esse consequencialismo jurídico avaliado no segundo nível ou plano externo da argumentação?

O consequencialismo jurídico é um critério conexo à coerência, a qual argumenta a partir de princípios<sup>270</sup> (coerência normativa), os quais seriam normas gerais que teriam uma função explicativa<sup>271</sup>, ou seja, ajudam a definir o sentido das normas, e uma

<sup>267</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 147).

<sup>268</sup> Em conformidade com MACCORMICK, os princípios e os valores são equivalentes, porque, quando da análise da coerência, os valores não seriam apenas e tão somente os fins que são perseguidos, mas também os estados de coisa que se considera desejável.

<sup>269</sup> Conforme DWORKIN, os valores, ou melhor, as diretrizes políticas, as quais estabelecem fins sociais, seriam sensíveis às preferências, enquanto que os princípios, os quais garantem direitos, não o seriam. Para DWORKIN, diretriz política é o tipo de *standard* que propõe um objetivo que deve ser alcançado, em geral uma melhora em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, destacando-se na sua estrutura o caráter teleológico; já o princípio, em sentido estrito, é a um *standard* que deve ser observado, não porque favoreça ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considera desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão da moralidade, constituindo diretivas de caráter jurídico que necessitam de atividade interpretativa na sua aplicação.

<sup>270</sup> Segundo MACCORMICK, os princípios seriam “as normas gerais conceitualizadas por meio das quais seus funcionários racionalizam as normas que pertencem ao sistema em virtude de critérios observados internamente” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 – p. 201)

<sup>271</sup> Para MACCORMICK, “quanto à explicação: quando estamos em dúvida acerca do correto significado da norma num determinado contexto, uma consulta ao princípio pode nos ajudar a explicar como ela deve ser entendida; também de modo superficial, é possível explicar por que motivo se considera ser válido aderir à norma” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 – pp. 197-198)

função de justificação<sup>272</sup>, isto é, na direção de estabelecer a validade das normas. Os princípios, assim, têm um caráter prescritivo, ao determinar as consequências jurídicas que são valorizadas pelo ordenamento jurídico, o que se reflete na tomada de decisões judiciais.

Com efeitos, o consequencialismo da teoria integradora é um consequencialismo que analisa o plano externo com fundamentos eminentemente jurídicos, haja vista que as consequências desejáveis serão aquelas valorizadas pelos princípios do ordenamento jurídicos. Isso tudo, porque as decisões jurídicas têm de ter sentido não só em relação com o sistema (consistência), mas também em relação com o mundo, com as consequências nesse.

Decerto, olhando para o futuro, deve-se determinar quais as possíveis consequências jurídicas<sup>273</sup> valorizadas pelos princípios do ordenamento jurídico. Essas consequências jurídicas, enquanto aferidoras do grau de correção externa do argumento, não se confundem com o mero resultado da ação, as implicações intrínsecas, mas, sim, são as implicações extrínsecas, indo além do mero resultado da decisão judicial proferida pelo Juiz.

Nesse contexto, quanto às diferenças entre resultados e consequências, ATIEZA esclarece que “o resultado da ação do juiz ao decidir um caso consiste em produzir uma norma válida; o resultado, poderíamos dizer, forma parte do próprio conceito de ação, ainda que uma mesma ação possa ser descrita como produzindo um ou outros resultados. As consequências são os estados de coisa posteriores ao resultado e conectados com ele”<sup>274</sup>.

Por conseguinte, o consequencialismo da teoria institucional não é um consequencialismo de resultado, mas sim um de verdadeiras consequências. Tal consequencialismo, igualmente, não é a valorização de toda e qualquer consequência, tendo em vista que a decisão judicial tomada deve levar em consideração somente as consequências jurídicas daquela, de sorte que o grau de coerência com o estado da arte do ordenamento jurídico vigente possa ser otimizado, sendo o maior possível, ao racionalizá-lo.

Em verdade, o requisito do consequencialismo jurídico deriva da argumentação por princípios realizada no plano externo da coerência. Dessa forma, não haveria como valorizar outras consequências que não as jurídicas, que seriam as únicas

---

<sup>272</sup> Para MACCORMICK, “quanto à justificação: se alguma norma *n* for valorizada em si ou como um meio para um fim almejado, demonstrar que uma norma específica pode ser subordinada a ela corresponde a demonstrar que se trata de uma boa norma a seguir” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006 – p. 197).

<sup>273</sup> MACCORMICK, em seu livro *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* de 1978, usa somente o termo “consequência”, já na obra *Retórica e Estado de Direito* de 2005, preferiu então o termo “consequências jurídicas”.

<sup>274</sup> Tradução minha do original em espanhol: “el resultado de la acción del juez al decidir un caso consiste en producir una norma válida; el resultado, podríamos decir, forma parte del propio concepto de acción, aunque una misma acción pueda describirse como produciendo uno o otros resultados. Las consecuencias son los estados de cosa posteriores al resultado y conectados con él” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 124).

legitimadas pelos princípios norteadores do ordenamento jurídico vigente. O consequencialismo de MACCORMICK não é, assim, o consequencialismo econômico da *Análise Econômica do Direito*<sup>275</sup>, nem de qualquer utilitarismo.

Sendo assim, por meio do exame da coerência dos argumentos jurídicos, com a argumentação por princípios que valorizem as consequências jurídicas, é possível verificar o grau de justificação racional alcançado por uma decisão. Como veremos a seguir, essa análise realizada, no plano externo, é imperativa para que a racionalidade de um argumento jurídico possa ser qualificada, da qual advirá um maior ou menor grau de persuasão dos distintos interlocutores presentes na APS e no mundo jurídico como um todo.

### 2.1.1.1 O Consequencialismo Jurídico na Audiência Pública de Saúde

Os argumentos do consequencialismo jurídico de MACCORMICK são decisivos para a justificação de casos considerados difíceis<sup>276</sup>, como os que envolvem a distribuição do direito à assistência à saúde. Em verdade, a argumentação desenvolvida nos casos de judicialização de políticas públicas, como o da APS, sempre compreende argumentos consequencialistas – com consequências que muitas vezes vão muito além das jurídicas e que, assim, não são relevantes para MACCORMICK.

O consequencialismo jurídico, como já observamos, é elemento central na teoria integradora, tendo em vista que, ainda que MACCORMICK não reconheça isso – pelo menos muito expressamente –, ATIENZA revela que, na justificação racional de uma decisão, o que se produz é uma interação entre argumentos a partir de princípios, argumentos voltados para o passado, e argumentos consequencialistas, argumentos voltados para o futuro.

Gustavo Zagrebelski, para ilustrar, já alertou para o fato de que a doutrina clássica com seus critérios cronológico, especialidade e hierarquia não é mais suficiente para o direito contemporâneo. Para ZAGREBELSKI, “os princípios de justiça vêm previstos na

---

<sup>275</sup> A *Teoria da Análise Econômica do Direito* acredita que as decisões jurídicas devem levar em conta a resposta econômica que elas proporcionem como um todo, utilizando-se do instrumental analítico e empírico da Economia, em especial da microeconomia e da econômica do bem-estar social, para compreender tanto o direito no mundo quanto o mundo no direito, de maneira que seja encontrada a decisão que traga mais benefícios comprovados, economicamente. Corroborando, temos o entendimento de Pedro Mercado Pacheco, que, em seu livro *Análise Econômica del Derecho: Una Reconstrucción*, assevera que a *Análise Econômica do Direito* ou *Law and Economics* “é um movimento contemporâneo que combina as ciências econômica e jurídica numa tentativa de estudo interdisciplinar, tendo como característica comum, sem distinguir tendências e escolas, a aplicação de teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular tanto das instituições particulares como do sistema jurídico em seu conjunto”. Tradução do espanhol: “es un movimiento contemporáneo que combina las ciencias económicas y jurídicas en la tentativa de estudio interdisciplinar, teniendo como la característica común, sin distinguir tendencias y escuelas, la aplicación de teoría microeconómica neoclásica del bienestar para analizar y reformular tanto de las instituciones particulares como del sistema jurídico en su conjunto” (PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico del Derecho: Una Reconstrucción Teórica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994 – p. 25).

<sup>276</sup> Um conceito de caso difícil é o definido por Theodor Viehweg, em conformidade com o qual por aquele se deve entender “toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar”. Tradução minha do original em espanhol: “a toda cuestión que aparentemente permite más de una respuesta y que requiere necessariamente un entendimiento preliminar” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica y Jurisprudencia*. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2007 – p. 57).

Constituição como objetivos que os poderes públicos devem perseguir. O quadro não é estático, voltado em direção ao passado, mas dinâmico e aberto ao futuro”<sup>277</sup>.

Nesse embate, os argumentos do consequencialismo jurídico seriam mais categóricos, haja vista que a argumentação jurídica, dentro dos limites estabelecidos pelos requisitos de consistência e coerência, é basicamente estabelecer consequências que seriam desejáveis pelo ordenamento jurídico. De tal sorte, argumentar que há consequências jurídicas valorizadas pelo ordenamento jurídico decorrentes da escolha das normas que beneficiam sua pretensão é da mais elevada importância.<sup>278</sup>

Destaque-se, outrossim, antes de expormos os argumentos jurídicos consequencialistas da APS, que, embora os argumentos do consequencialismo jurídico não sejam incluídos – pelo menos mais expressamente – por MACCORMICK dentro da coerência, podemos assegurar que eles guardam grande relação com esses, uma vez que, ainda que não expressos, as consequências jurídicas são legitimadas por princípios, os quais, por sua vez, são expressamente presentes dentro da coerência do plano externo.<sup>279</sup>

Passando à análise dos argumentos consequencialistas da APS<sup>280</sup>, devemos asseverar, de pronto, que há: tanto consequências jurídicas desejáveis para a não atuação do Poder Judiciário, quando da negativa de prestação das obrigações relativas à saúde, destacados pelos que argumentam contra a judicialização da saúde; quanto há consequências jurídicas valorizadas para a atuação da Justiça reveladas pelos que argumentam pró judicialização da política sanitária.

Os argumentos consequencialistas jurídicos contra a judicialização da política pública de saúde encontram-se nos discursos dos gestores públicos e dos advogados públicos, sejam esses federais, estaduais e municipais, e se fundamentam no princípio da

<sup>277</sup> ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil*: Ley, Derecho, Justicia. Tradução de Marina Gascón. 8ª Ed. Madrid: Trota, 2008 (p. 93).

<sup>278</sup> Nesse contexto, MACCORMICK afirma, quanto à importância dos argumentos consequencialistas, que “uma parte necessária da justificação dessas sentenças consiste em mostrar que elas não contradizem regras jurídicas validamente estabelecidas. Uma outra parte adicional consiste em mostrar que elas estão apoiadas em princípios jurídicos estabelecidos ou em analogias próximas e razoáveis feitas a partir de regras jurídicas estabelecidas, sempre que algum princípio defensável sustente a relevância da analogia. Mas esses fundamentos de justificação, ainda que sempre necessários, não são de forma alguma sempre suficientes ou conclusivos para favorecer ou afastar uma conclusão possível em um dado caso. *O argumento conclusivo ou definitivo de um caso*, quando ele ainda permanece aberto após esse teste de consistência e coerência, é um argumento sobre as consequências, mas em um sentido de alguma forma diferente daquele que consideramos até aqui” (MACCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – pp. 138-139) (grifo nosso).

<sup>279</sup> Ademais, dentro da divisão mais simples que relaciona a consistência com o plano interno e a coerência com o segundo nível, não haveria justificativa para que o consequencialismo jurídico não fosse incluído dentro daquele segundo critério, porquanto a análise de consequências jurídicas guarda muito mais relação com o mundo do que com os próprios elementos do argumento.

<sup>280</sup> Não obstante MACCORMICK admita uma análise do consequencialismo jurídico em cada área do Direito (como os Direitos Constitucional, Administrativo, Civil etc), realizaremos nossa avaliação no mundo do ordenamento jurídico de tipo superior do Direito Constitucional. Isso porque acreditamos que aquela espécie jurídica represente as opções consideradas mais caras a uma sociedade nos mais dispares ramos do Direito (havendo implicações do Direito Constitucional nos demais Direitos existentes).

autonomia do SUS para estabelecer que a consequência da ação do Poder Judiciário dentro do sistema não é considerada desejável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De fato, conforme o princípio da autonomia do SUS, a consequência jurídica mais desejável pelo ordenamento jurídico brasileiro seria a não intervenção no sistema. Esse princípio encontra, inclusive, apoio positivo no art. 198, I, da CF/88: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo”<sup>281</sup>.

Coadunando-se com o citado apoio constitucional, temos ainda apoios legais no art. 7º, IX, da Lei 8.080/90, para o qual “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo”<sup>282 283</sup>.

Tal descentralização político-administrativa representativa do princípio da autonomia que deve reger o SUS resultaria, por sua vez, em conformidade com as alienas *a* e *b*, do art. 7ª, IX, da Lei 8.080/90, em: “ênfase na descentralização dos serviços para os municípios [e] regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde”. Tais seriam os apoios categóricos, instrumentalizando o layout do argumento fornecido por TOULMIN, contra o resultado de intervenção do Poder Judiciário no SUS, consequência não desejada, juridicamente.

Nesse ponto, José Antônio Dias Toffoli, representante da advocacia pública federal, defendeu que “a preocupação dos gestores do SUS com a excessiva judicialização é com o fornecimento de medicamentos e tratamentos não contemplados nas políticas de saúde [...], porque resulta em ingerência indevida do Poder Judiciário em esfera precípua dos demais

---

<sup>281</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011

<sup>282</sup> BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>283</sup> BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

Poderes do Estado (Estado-Administração)”<sup>284</sup>. Para o então AGU, haveria a violação da real consequência valorizada pelo ordenamento jurídico.<sup>285</sup>

Francisco Batista Júnior, representante dos gestores públicos e presidente do Conselho Nacional de Saúde, afirmou que “é impossível continuarmos com um Sistema que tem um custo significativo e que, em certa medida, inviabiliza financeiramente determinadas gestões – com medicamentos de alto custo, com exames de alta complexidade, com procedimentos especializados – e temos insistido nisso no Conselho de Saúde”<sup>286</sup>. Violando, assim, o princípio da autonomia do SUS e da Administração.

Janaína Barbier Gonçalves, representante da advocacia pública estadual, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, propugnou o entendimento de “que, atualmente, na maioria das decisões judiciais do Brasil, não são observados os protocolos”<sup>287</sup>. Mais uma vez, entendeu-se a que a atuação do Judiciário, concedendo medicamentos e tratamentos, resulta na consequência de ofensa à autonomia do SUS, consequência jurídica não legitimada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Destarte, apercebe-se que, quando da análise dos argumentos consequencialista jurídicos contra, tem-se que o resultado deferimento do pedido por medicamento e/ou por tratamento pelo Poder Judiciário implicaria na consequente violação dos princípios da autonomia e da integridade do SUS, a qual não seria valorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro como apoio na força positiva dos princípios positivados no art. 198<sup>288</sup> da CF/88.

A despeito de ser considerado bastante difícil estabelecer as consequências jurídicas de uma decisão judicial, é logicamente perceptível que a ação da Justiça no SUS não valoriza o princípio da autonomia daquela entidade, não sendo uma hipotética consequência jurídica desejada como seria a manutenção do *status quo* de autonomia do ente. De outro lado, temos os argumentos consequencialistas jurídicos a favor da judicialização.

---

<sup>284</sup> TOFFOLI, José Antônio Dias. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 46).

<sup>285</sup> O atual Ministro do STF afirmou ainda que “é isso o que a União vem defendendo em Juízo, que há uma interferência do Poder Judiciário junto às políticas públicas na área de saúde” (TOFFOLI, José Antônio Dias. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 46).

<sup>286</sup> BATISTA JÚNIOR, Francisco. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 92).

<sup>287</sup> GONÇALVES, Janaína Barbier. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 219).

<sup>288</sup> Art. 198, I, da CF/88, *in verbis*: “as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

O argumento consequencialista jurídico pró judicialização da política pública de saúde, o qual encontra grande fundamento nas palestras proferidas por magistrados, membros do Ministério Público, defensores públicos e OAB, é de que a consequência jurídica legitimada pelo ordenamento jurídico brasileiro seria a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana advinda do resultado concessão do medicamento e do tratamento de saúde.

Decerto, segundo o princípio da dignidade da pessoa humana, a consequência jurídica mais desejada pelo ordenamento jurídico do Brasil seria a melhoria na qualidade de vida do paciente que sofreu o resultado deferimento do pedido por medicamento e/ou tratamento. Esse princípio, assim como aconteceu com o princípio que dá origem às consequências jurídicas dos argumentos jurídicos contra, igualmente encontra apoio constitucional e legal.

No âmbito da Constituição, cite-se o art. 1º, III, da CF/88, que estabelece ser o princípio da dignidade da pessoa humana fundamento da nação, afinal: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; II – a dignidade da pessoa humana”<sup>289</sup>. Ressalte-se a íntima relação existente entre cidadania e dignidade humana para fins de respeito ao homem.<sup>290</sup>

Ainda na CF/88, está positivado, no art. 3º, IV, que “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”<sup>291</sup>; e, no art. 4º, II, que a “República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] prevalência dos direitos humanos”<sup>292</sup>.

Decorrendo desses arrolados dispositivos, a melhor e majoritária doutrina tem entendido que os direitos fundamentais sociais não só tem aplicabilidade imediata como também derivariam da simples natureza humana do indivíduo, o que seria característica dos

---

<sup>289</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>290</sup> Em conformidade com Alexandre César, em *Acesso à Justiça e Cidadania*, a cidadania seria uma decorrência dos direitos humanos, nos quais, clara e expressamente, está inclusa a dignidade da pessoa humana. Em verdade, para CÉSAR, a história dos direitos humanos confunde-se com a história das lutas para libertação do homem. Provando tem-se que “esse caráter pluralista da construção de um novo conceito de cidadania, pautado na efetivação dos direitos humanos, encontra na sociedade contemporânea, mormente na brasileira, quicá por seu caráter semiperiférico, materialização através de inúmeras formas de organizações, mobilização e luta política (CÉSAR, Alexandre. *Acesso à Justiça e Cidadania*. 1ª Ed. Cuiabá: EdUFMT, 2002 – p. 45).

<sup>291</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011

<sup>292</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

direitos fundamentais. Tal posicionamento é comungado, por exemplo, pelo professor SARLET<sup>293</sup>.

Na mesma direção, podemos, outrossim, enumerar os arts. 2º<sup>294</sup>, 7º<sup>295</sup>, da Lei 8.080/90, no âmbito legal, não obstante a referencia desses dispositivos ao princípio da dignidade da pessoa humana seja pela via dos direitos fundamentais. Ressalte-se, todavia, a evidente conexão existente entre o princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e ainda os direitos humanos, tendo em vista que aquele princípio é pedra angular da Constituição que estabelece os direitos fundamentais humanos.<sup>296</sup>

Corroborando os argumentos consequentialistas jurídicos a favor da judicialização da política pública do SUS temos as palestras proferidas pelos representantes da OAB e, em grande parte, da Magistratura. De forma menos manifesta, igualmente, podemos elencar os discursos pronunciados pelos representantes do Ministério Público e da Defensoria Pública, entidades essas que acrescentam, inclusive, outros fundamentos consequentialistas para além do Direito e que, por isso, não foram analisados.

A OAB, representada por Flávio Pansieri, seguiu pelo caminho da “eficácia negativa do direito fundamental à saúde que impede a ação do Estado ou de particulares, que possam reduzir o nível de atendimento – tese esta que se constrói a partir da cláusula de proibição de retrocesso social, construído pela própria conjugação dos objetivos da República com a dignidade da pessoa humana”<sup>297 298</sup> (grifo nosso).

<sup>293</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 (p. 3).

<sup>294</sup> Art. 2º, da Lei 8.080/90, *in verbis*: “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício” (BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>295</sup> Art. 7º, da Lei 8.080/90, *in verbis*: “as ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios: [...] II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema; III - preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral” (BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>296</sup> Não queremos entrar aqui na celeuma que há a respeito dos conceitos referentes aos direitos fundamentais e aos direitos humanos. É interessante notar, contudo, que há desde o entendimento que são categorias estanques com uma diferenciação entre os direitos até o entendimento que considera a distinção mero preciosismo. De toda sorte, não nos interessa a contenda, porque, seja pela diferenciação ou não, é inegável a grande relação que direitos fundamentais e direitos humanos tem com o princípio da dignidade da pessoa humana.

<sup>297</sup> PANSIERI, Flávio. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 66).

<sup>298</sup> PANSIERI, no mesmo sentido do princípio da dignidade da pessoa humana, argumentou com fundamento nos direitos fundamentais, afirmando que, “na ordem constitucional brasileira, os Direitos Fundamentais sociais são submetidos ao regime jurídico das garantias fundamentais e dos direitos individuais disciplinados tanto no capítulo I, II, III, IV, V do título II da Constituição Federal. Todas essas, por sua vez, então, com eficácia e aplicabilidade imediata, tanto numa perspectiva positiva como negativa” (PANSIERI, Flávio. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 64).

A Magistratura, representada por Marcos Coelho Salles da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), afirmou que, “dentro desse contexto, nós temos *a dignidade da pessoa humana*”<sup>299</sup> (grifo nosso). Com tal princípio fundamentando todo o ordenamento jurídico não haveria como existir consequência jurídica mais valorizada para o Direito Brasileiro do que a advinda do resultado concessão de medicamento e de tratamento com a, consequente, valorização da dignidade humana.

Destarte, apercebe-se que, quando da análise dos argumentos consequencialista jurídicos pró, tem-se que o resultado deferimento do pedido por medicamento e/ou por tratamento pelo Poder Judiciário implicaria na consequência valorização da dignidade da pessoa humana, a qual não só é valorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro como apoio na força positiva dos princípios estabelecidos no art. 1º, III, da CF/88<sup>300</sup>.

Assim sendo, conclui-se que os argumentos consequencialistas jurídicos exarados na APS são, em grande medida, favoráveis à judicialização do SUS com o objetivo de atender as demandas por medicamentos e/ou por tratamentos, haja vista que o resultado “provimento” implicaria na consequência jurídica mais valorizada no ordenamento jurídico como um todo: a dignidade da pessoa humana.<sup>301</sup>

Tanto é que, conforme MENDES<sup>302</sup>, a dignidade da pessoa humana é considerada um princípio tanto pré-constituente quanto supraconstitucional, ou melhor, cuja validade independeria de sua positivação no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que ele é fundamento não só do ordenamento – entendido não sua concepção meramente legal –, mas também da Constituição, valendo, portanto, desde antes dessa e para além dessa, como tem sido entendido no atual estado da arte.

A propósito do valor da dignidade da pessoa humana como razão substantiva finalista, Ingo Wolfgang Sarlet assegura que “a relação entre a dignidade da pessoa humana e as demais normas de direitos fundamentais não pode, portanto, ser

<sup>299</sup> SALLES, Marcos Coelho. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 72).

<sup>300</sup> Art. 1º, III, da CF/88, *in verbis*: “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>301</sup> Não obstante MACCORMICK admita uma análise consequencialista jurídica fundada no que é legitimado por cada ramo do Direito – “diferentes ramos do Direito focam em valores ou conjuntos de valores diferentes” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 147) –, fundar-nos-emos numa análise jurídica mais geral, até porque os argumentos do consequencialismo jurídico da APS são, em grande parte, de base, fundamentalmente, constitucional, a qual possui implicações nos mais diversos ramos do direito.

<sup>302</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 150).

corretamente qualificada como sendo, num sentido técnico-jurídico, de cunho subsidiário, mas sim caracterizada por uma substancial fundamentalidade que a dignidade assume em face dos demais direitos fundamentais”<sup>303 304</sup>.

Desde a dignidade de Immanuel Kant<sup>305</sup>, considerando o homem um fim em si mesmo, contrapondo a dignidade àquilo que tem preço, até hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana não perdeu sua autoridade sobre o ordenamento jurídico, uma vez que “os direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos por uma dogmática constitucional singular, emancipatória, marcada pelo compromisso com a dignidade da pessoa humana e, pois, com a plena efetividade dos comandos constitucionais”<sup>306</sup>.

Como o mesmo entendimento adotado por CLÈVE, José Joaquim Gomes Canotilho, igualmente, entende que “a interpretação da Constituição pré-compreende uma teoria dos direitos fundamentais”<sup>307</sup>. De tal sorte que os direitos fundamentais, como o direito fundamental à assistência à saúde deve cumprir sua função com uma força especial expansiva, ou melhor, de uma capacidade de projetar-se, por meio de todos os métodos e as técnicas, na interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico.<sup>308</sup>

Em verdade, o Estado, principalmente o Estado contemporâneo, não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas, sim, deve ser considerado um meio para promoção dos verdadeiros fins em si mesmos que são os seres humanos. Por conseguinte, o Estado, a República Federativa do Brasil, não nasce com o princípio e o objetivo de manter-se, mas, sim, nasce e se mantém com o objetivo principiológico de promover a dignidade humana.

<sup>303</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 (p. 103).

<sup>304</sup> SARLET ainda a respeito da razão final de correção consistente no princípio da dignidade humana, entende que é “nesse contexto que se poderá afirmar, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*, visto que a dignidade da pessoa assume simultaneamente a função de elemento e medida dos direitos fundamentais, de tal sorte que, em regra, uma violação de um direito fundamental estará sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa” (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001 – p. 104).

<sup>305</sup> A dignidade da pessoa humana é muito bem tematizada por KANT, filósofo no qual se baseia André Comte-Sponville para asseverar que ela é “o valor do que não tem preço, nem mesmo valor quantificável objeto não de desejo ou de comércio, mas de respeito. ‘No reino dos fins’, escreve Kant, ‘tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. O que tem um preço pode muito bem ser substituído por alguma outra coisa a título equivalente; já o que é superior a qualquer preço, o que por conseguinte não admite equivalente, é o que tem um dignidade (Fundamentos da metafísica dos costumes, II)” (COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003 – p. 167).

<sup>306</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais". In: **Boletim Científico**: Escola Superior do Ministério Público da União. Brasília: ESMPU, ano II, n. 8, jul – set. 2003 (pp. 152-153).

<sup>307</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993 (p. 505).

<sup>308</sup> Tanto é que, para LUÑO, “os direitos fundamentais são o parâmetro ‘de conformidade com o qual devem ser interpretadas todas as normas que compõem nosso ordenamento’”. Tradução minha do original em espanhol: “los derechos fundamentales son el parámetro ‘de conformidad con el cual deben ser interpretadas todas las normas que componen nuestro ordenamiento’” (LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990 (p. 310).

Sendo assim, o consequencialismo jurídico é, portanto, o instrumento por meio do qual é possível justificar, racionalmente, a eleição de uma interpretação da norma que prevê o direito à assistência médica, diante daquele problema de interpretação previsto por MACCORMICK. Em verdade, o conteúdo daquele direito social constitucional não se encontra nitidamente regulamentado, o que, como observado, demandou que apelássemos para a função explicativa de regras jurídicas desempenhadas pelas diretrizes estabelecidas por consequências jurídicas valorizadas por princípios do ordenamento jurídico do Brasil.

Destarte, constatando-se aquele caráter pré-constituente e suprapositivo do princípio da dignidade da pessoa humana, é mais crível que as consequências que o valorizarem sejam mais almejadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que se refletiria na maior força desse vetor do que daquele que aponta para o norte de autonomia administrativa. Assim, a distribuição de medicamento e/ou tratamentos é o resultado da judicialização do SUS que mais se harmoniza com as consequências pretendidas pelo ordenamento, principalmente, pelo ordenamento de tipo superior do Direito Constitucional – e, em vista dos Direitos Humanos<sup>309</sup>, por que não, também, Internacional<sup>310, 311</sup>.

### 2.1.2 A Universalizabilidade da Decisão

A universalidade da decisão é mais um critério que serve para justificação racional, quando não é suficiente a justificação da lógica informal de TOULMIN para o caso. Para a teoria integradora, considera-se “a universalização como algo essencial à justificação no campo da argumentação prática. Essa tese está alinhada com aquela visão do princípio do Estado de Direito que ressalta seu caráter universalista e, portanto, igualitário”<sup>312</sup>.

O critério da universalidade, assim, como a argumentação fundada no explicado consequencialismo jurídico com sua íntima relação com o critério de coerência,

<sup>309</sup> O art. 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de inúmeras outras referências ao longo do diploma, já traz positivamente o princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*: “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>310</sup> O preâmbulo da Carta de fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), outrossim, já traz positivado o princípio da dignidade da pessoa humana, *in verbis*: “NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Carta das Nações Unidas**, 26 de junho de 1945. Disponível em: [http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>311</sup> É importante notar, todavia, que a decisão resultante de nossa análise dos argumentos jurídicos da APS deve ser considerada correta, mas correta conjuntamente com algumas outras decisões corretas para o caso da judicialização da saúde. Em verdade, devido aos limites da razão prática e não especulativa, MACCORMICK considera, diferentemente de DWORKIN, que há algumas determinações que podem ser consideradas válidas, e não apenas e tão somente uma deliberação.

<sup>312</sup> MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 103).

consiste num requisito de justificação da decisão. Para a teoria institucional, o requisito da universabilidade é o que primeiro deve ser adimplido, depois se cumprindo os requisitos da coerência, relação da decisão com os princípios do ordenamento, e do consequentialismo jurídico, ligação da decisão com a realidade fática – a partir dos princípios da coerência.<sup>313</sup>

O requisito da universabilidade é o que exige que, justificada uma decisão pelo oferecimento razões particulares “X” para o caso concreto “Y”, uma vez, novamente, configurada as circunstâncias “Y”, seja outra vez aplicado o argumento “X”, criando um enunciado normativo universal (premissa normativa do caso concreto). A universabilidade, portanto, nasce com a obrigação do Estado Democrático e Social de Direito de tratar os cidadãos com igualdade.<sup>314</sup>

ATIENZA explica o requisito da universabilidade apelando para o modelo científico, afinal, “de maneira semelhante, explicar cientificamente um acontecimento implica não só mostrar suas causas, mas também sustentar alguma hipótese de tipo geral que enlace as causas com o efeito”<sup>315 316</sup>. Esse é o requisito da universabilidade, considerado análogo ao passo toulminiano dos dados às conclusões justificada pelas garantias, também denominado princípio da justiça formal.

A justificação pela universabilidade é uma exigência da justiça formal, a qual tem dois objetivos: um voltado para o passado, haja vista que um caso concreto de hoje deve ser decidido de acordo com critérios usados para casos julgados anteriormente; outro voltado para o futuro, uma vez que o caso concreto de amanhã deve ser julgado segundo os critérios utilizados na decisão já tomada ontem – desde que, é claro, abordem-se casos concretos com as mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas.

<sup>313</sup> A nosso ver, não seria – pelo menos – de todo acertado assegurar que o requisito da universabilidade deve ser o primeiro a ser cumprido – daí nossa opção por deixá-lo para a última análise –, porquanto como é possível avaliar a universabilidade da decisão tomada, se a premissa normativa criada para o caso ainda pode sofrer câmbios decorrentes dos requisitos subseqüentes (coerência e consequentialismo jurídico)?

<sup>314</sup> Em conformidade com MACCORMICK, a exigência de universabilidade surge, outrossim, com o Estado Democrático e Social de Direito, não só pela obrigação de igualdade, mas também porque a mera subsunção legal não é mais totipotente, afinal “as regras não resolvem tudo por si mesmas, pois problemas de classificação, de avaliação, de interpretação, de relevância e de prova podem surgir, e podem ser apontados pelas partes em processos de todos os tipos. Uma vez que a aplicação do Direito seja problematizada, os problemas que tiverem sido apontados (não importando qual tenha sido a parte a fazê-lo) terão que ser resolvidos” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 105).

<sup>315</sup> Tradução minha do original em espanhol: “de manera semejante, explicar científicamente un acontecimiento implica no sólo mostrar sus causas, sino también sostener alguna hipótesis de tipo general que enlace las causas con el efecto” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho**: Teorías de la Argumentación Jurídica. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 115).

<sup>316</sup> Conforme ATIENZA, há uma íntima relação entre o requisito da universalidade da decisão ou princípio da justiça formal e o passo dos dados às conclusões com justificação nas garantias, afinal: “em definitivo, MacCormick não estaria mais que reproduzindo o esquema de argumentação de Toulmin exposto no capítulo anterior: a favor de uma pretensão ou conclusão tem-se que acrescentar não só razões concretas (os *data* ou *ground*), mas também garantia (*warrant*), que permite o passo das razões à conclusão”. Tradução minha do original em espanhol: “en definitiva, MacCormick no estaría más que reproduciendo el esquema de argumentación de Toulmin expuesto en el capítulo anterior: a favor de una pretensión o conclusión hay que aducir no sólo razones concretas (los *data* o *ground*), sino también la garantía (*warrant*), que permite el paso de las razones a la conclusión” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho**: Teorías de la Argumentación Jurídica. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 115).

Para MACCORMICK, a aplicação dos critérios de uma decisão nos casos que se apresentem sob as mesmas circunstâncias é condição “da racionalidade do sistema de precedentes dependente dessa propriedade fundamental da justificação normativa, dentro de qualquer moldura justificatória: sua universalizabilidade. Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros”<sup>317</sup>.

Nesse contexto, é interessante notar que a universalidade da decisão não se confunde com a generalidade, a despeito de ATIENZA<sup>318</sup> referir-se muitas vezes a uma generalidade da decisão e não à universalidade. A generalidade, ao contrário do princípio da universalização, não contribui da mesma forma para a justificação racional de uma determinação, tendo em vista que é a universalização e não a generalização que respeita a exigência da justiça formal de MACCORMICK.

De fato, generalização e universalização são diferentes, em conformidade com MACCORMICK, porquanto “um fundamento universalizado de julgamento diz ‘Sempre que ocorrer *c* faça *v...*’, enquanto um fundamento generalizado não pode nunca dizer mais do que ‘Frequentemente, se ocorrer *c*, faça *v...*’ ou talvez ‘Quase sempre que ocorrer *c*, faça *v...*’”<sup>319</sup>. Tanto é que o geral não se opõe ao universal, mas sim ao específico; e o universal não se opõe ao geral, mas sim ao particular.<sup>320</sup>

Decerto, tanto uma norma – enquanto preceito normativo criado para um caso – considerada geral, quanto uma norma considera específica podem ser universalizadas, haja vista que a universalidade é um requisito de tipo lógico que guarda relação com o problema de qualificação existente entre ser uma norma geral ou específica. A qualificação da norma como específica ou geral, dependendo de uma (geral) abranger os casos da outra (específica) e mais outros casos, não a classifica como norma universal.

Nesse ponto, é mister observar que, conforme MACCORMICK, os termos geral e específico, ao contrários do vocábulo universal do princípio da universalizabilidade

<sup>317</sup> MACCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 110).

<sup>318</sup> ATIENZA, Manuel. *Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica*. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 115).

<sup>319</sup> MACCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 110).

<sup>320</sup> A propósito, MACCORMICK esclarece que não se deve confundir sua idéia de universalidade com a idéia de generalidade, porque o universal estaria para o particular, bem como o geral estaria para o específico. Complementa, com efeito, que “a idéia de universalizabilidade, mesmo fundada em uma concepção tal de imparcialidade racional, está sujeita a sofrer ataques. Um tal ataque foi lançado por Steven Burton. Segundo sua visão, a minha tese acerca da necessária universalidade, ou, ao menos, da universalizabilidade das razões justificadoras, é superestimada e confunde universalização com generalização. O problema que ele coloca tem origem na relativa ignorância sobre os fatos e na relativa indeterminação de objetivos e valores com a qual qualquer humano encarregado de tomar decisões precisa lidar” (MACCORMICK, Neil, *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 121).

admite diferenças de grau, uma vez que uma norma pode vir a ser mais ou menos geral ou mais ou menos específica. Por sua vez, com a aplicação do princípio da justiça formal, uma norma será ou universal ou particular, mas não mais ou menos universal ou mais ou menos particular, por serem propriedades lógicas e não quantitativas.<sup>321</sup>

Assim sendo, apercebe-se que a universalidade da decisão é um requisito de justificação racional, o qual estabelece que tomada a decisão (X) para o caso (Y), diante de um novo caso (Y'), dever-se-á repetir a decisão (X'). Note-se que tal requisito, de qualquer forma, não causa a violação do princípio da equidade, o qual institui a justiça do caso concreto, tendo em vista que a equidade opõe-se àquela generalidade e não à universalização.

ATIENZA bem explica a relação entre a equidade e a universalidade, ao afirmar que “uma decisão *equitativa* (no sentido técnico desta expressão) implica introduzir uma exceção na regra geral para evitar um resultado injusto; mas o critério utilizado na decisão equitativa tem que valer também para qualquer outro caso nas mesmas características. A equidade, em definitivo, dirige-se contra o carácter geral das regras, não contra o princípio da universalidade”<sup>322</sup>.

Com gênese no princípio da justiça formal, que é reconhecível igualmente na *Teoria da Argumentação Jurídica* de ALEXY<sup>323</sup>, a universalidade da decisão objetiva torna o preceito normativo criado um precedente jurisprudencial que poderá ter uma generalidade falseada pela proposição de exceções pela criativa realidade, mas que não deverá

<sup>321</sup> A respeito, MACCORMICK ainda tece as conseqüentes considerações sobre a questão da conexão entre os termos geral *versus* específicos *versus* universal *versus* particular, consignando que, “no Direito, tanto as regras quanto os princípios são universais – como são as decisões sobre o Direito que justificam decisões particulares. Mas algumas proposições normativas são mais gerais que outras. Os princípios jurídicos são normas bastante gerais, que frequentemente competem com outras normas igualmente gerais em dilemas práticos. As regras jurídicas são tipicamente mais específicas e imediatamente aplicáveis. Contrastes estabelecidos com base nesse eixo de ‘geral e específico’ conduzem a questões diferentes daquelas que surgem com referência ao par de termos mutuamente excludentes ‘universal V particular’. São termos e conceitos que desempenham papéis diferentes em uma teoria geral da justificação jurídica. Generalizações, no sentido de afirmações generalizadas sobre princípios, têm um papel especial na justificação jurídica. Tais afirmações de princípios são bem mais gerais em seus termos que o tipo de decisões que discutimos até agora. A generalidade, como esta observação demonstra, é uma questão de grau” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo:Elsevier, 2008 – p. 125).

<sup>322</sup> Tradução minha do original em espanhol: “una decisión equitativa (en el sentido técnico de esta expresión) implica introducir una excepción en una regla general para evitar un resultado injusto; pero el criterio utilizado en la decisión equitativa tiene que valer también para cualquier otro caso de las mismas características. La equidad, en definitiva, se dirige contra el carácter general de las reglas, no contra el principio de la universalidad” (ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 – p. 116).

<sup>323</sup> MACCORMICK e ALEXY, que lançam as obras que são as bases de suas teorias da argumentação jurídica (*Argumentação Jurídica e Teoria do Direito* do primeiro e *Teoria da Argumentação Jurídica* do segundo) no mesmo ano de 1978, representam facetas da mesma moeda, o primeiro para o *Common Law* inglês e o segundo para o *Civil Law* romano-germânico. Tanto é que ambos comungam do princípio de justiça formal, devido à influência compartilhada de HARE. Assim como na teoria integradora, ALEXY entende que “todo orador que aplique um predicado F a um objeto a tem de estar preparado para aplicar F também a todo outro objeto que seja semelhante a a em todos os aspectos importantes” (ALEXY, Roberto. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. Landy Editora: São Paulo, 2001 – p. 187). Para ALEXY, assim, a universalidade da decisão é regra básica do discurso prático geral e, conseqüentemente, do discurso prático jurídico.

deixar de intentar universalizar a decisão tomada, ao aplicar a regra geral para os casos gerais e a específica para os específicos, universalizando-os.<sup>324</sup>

Sendo assim, a universalizabilidade da decisão é requisito para justificação racional<sup>325</sup>, haja vista que justificar, racionalmente, a decisão de um caso difícil depende de que a decisão tomada não só tenha sentido em relação ao ordenamento jurídico como um todo (consistência), mas também que ela, diante da realidade fática, valorize os objetivos principiológicos daquele sistema (coerência), até o ponto em que aquela decisão possa ser aplicada em todos os casos iguais que possam vir a existir.

Tal é o porquê de, embora a universalidade seja considerada um critério do plano interno próximo da consistência, ela é analisada, no presente trabalho, como último requisito de justificação racional. Isso, uma vez que primeiro deve ser formulada a premissa normativa do caso concreto, levando em consideração consistência, coerência e consequência, para então verificar a possibilidade de universalização da premissa da decisão elaborada.<sup>326</sup>

### 2.1.2 A Universalizabilidade da Decisão na Audiência Pública de Saúde

A universalização da decisão tomada, quando da judicialização das políticas pública de saúde, é ponto central, a nosso ver, para a configuração da justificação racional. A partir da direção assinalada pelo consequencialismo jurídico de que o ordenamento jurídico brasileiro enseja decisões com resultados que valorizem o princípio da dignidade da pessoa humana, há que se estabelecer um critério igualitário para distribuição dessa justiça racional.

Nesse contexto, tem sido desenvolvido o senso comum fundado no princípio da universalidade, o qual foi instrumentalizado pelos mais diferentes interlocutores, desde os que argumentam contra a judicialização, por exemplo, os gestores públicos – que teriam grande interesse em limitar a ação da Justiça na independência do Executivo –, até mesmo os que argumentam a favor da judicialização, a exemplo do Ministério Público – que teria grande interesse na judicialização do SUS.

<sup>324</sup> ALEXY e MACCORMICK compartilham a influência do filósofo Richard Mervyn Hare, o qual, desde antes das teorias da argumentação jurídica institucional e habermasiana, já asseverava que “julgamentos morais são, eu concludo, universalizáveis num único sentido, a saber, que eles resultam em julgamentos idênticos para todos os casos idênticos nas suas propriedades universais”. Tradução do original em inglês: “moral judgements are, I claim, universalizable in only one sense, namely that they entail identical judgements about all cases identical in their universal properties” (HARE, Richard Mervyn. **Moral Thinking**. Oxford: Clarendon Press, 1981 – p. 108).

<sup>325</sup> Para MACCORMICK, o princípio da universalidade é condição não só *sine qua non* como também *per quam* para a justificação racional de uma decisão, porquanto “não há nenhuma justificação sem universalização; a motivação não precisa de universalização; a explicação requer generalização. Para que fatos particulares – ou motivos particulares – possam ser *razões justificadoras*, eles têm que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*). Isso se aplica à argumentação prática de forma bastante geral, e a argumentação jurídica é um campo da argumentação prática” (MACCORMICK, Neil, **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 131).

<sup>326</sup> A universalização depende muito, por exemplo, da possibilidade de universalizar as consequências jurídicas da decisão, o que somente poderá ser verificado depois do conhecimento de quais sejam as consequências jurídicas daquela.

BELTRAME afirma que, “quanto à obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde [...] sem o pedido que tenha sido feito previamente à administração pública, devemos dizer que isso traz como consequência a quebra de princípio do SUS, da integralidade assistencial e do acesso com Justiça. Uma eventual obrigação dessa natureza traz consigo uma grande injustiça, na verdade. Por meio de ações judiciais, seria garantido acesso mais rápido a partes dos SUS para quem não utiliza o SUS”<sup>327</sup>.

SOUZA, representante do MP, corroborando o gestor do MS, assegurou que “além de alguns entes da federação não cumprirem a aplicação do mínimo de recursos previstos na Emenda Constitucional nº 29 e da ineficiência dos medicamentos de controle sobre a aplicação dos recursos federais repassados aos gestores, fatores que potencializam o indiscutível subfinanciamento da saúde pública, não podemos esquecer que os recursos são finitos e as necessidades infinitas, de modo que não se pode dar tudo a todos”<sup>328</sup>.

A própria Magistratura já entende que “satisfazer necessidades individuais das pessoas portadoras de doenças graves e que precisam de tratamentos específicos resulta, indiretamente, no sacrifício do direito de muitos outros cidadãos igualmente dependentes do sistema público de saúde. Sob tal circunstância, é imperioso alcançar posição equilibrada, a partir da qual seja possível analisar todas as implicações das decisões judiciais, sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos”<sup>329</sup>.

Igualmente, continuou o Ministro MENDES, na mesma seção da Audiência Pública, a primeira, ao afirmar que “em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que tem nome, que tem suas histórias, que tem uma doença, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do SUS”<sup>330</sup>.

Tal *sensus communis* que vem sendo desenvolvido na razão prática jurídica tem fundamento no princípio da igualdade ou princípio da isonomia, assim como a já problematizada condição de refutação (R) do layout toulminiano do argumento. O princípio igualitário estabelece-se não só contra o Estado, enquanto legislador, o que é um brocardo

---

<sup>327</sup> BELTRAME, Alberto. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 59).

<sup>328</sup> SOUZA, Antônio Fernando Barros e Silva. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 38).

<sup>329</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 6).

<sup>330</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Audiência Pública:** Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 33).

assaz de vezes repetido na doutrina e na jurisprudência, mas também contra o Estado, enquanto juiz, ao exigir tratamento igualitário em sentenças e em acórdãos.<sup>331</sup>

O princípio hipotético da igualdade encontra apoio categórico, como nos afirmaria TOULMIN, no art. 5º, *caput* e inciso II, da CF/88, *in verbis*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”<sup>332</sup>.

De fato, desde a origem do Estado de Direito, e principalmente do Estado Democrático e Social de Direito com suas políticas públicas de promoção do bem-estar social, que a igualdade – seja a igualdade comutativa ou absoluta em alguns casos, seja a igualdade distributiva ou relativa, em outros – é buscada como fundamento da relação entre os Estados e os particulares.

A igualdade que abordamos, na questão do direito à promoção da saúde, é a igualdade relativa ou distributiva, tendo em vista que o tratamento deve ser diferenciado: deve-se proporcionar medicamento e tratamentos àquela pessoa que deles necessite. Como Rui Barbosa já afiançou, quanto à igualdade, essa “consiste em tratar os desiguais de maneira desigual, na medida em que se desigualem”<sup>333</sup>. Com a diferença justificando, racionalmente, a diferenciação.

O objetivo de instituir uma igualdade de tratamento do Estado para com os particulares é, inclusive, o maior ponto de contato – a nosso ver –, entre a *Teoria do Direito como Integridade* de Ronald Dworkin e a *Teoria da Argumentação Jurídica* de MACCORMICK – e, como visto no Capítulo Primeiro, também em relação a TOULMIN. ATIENZA, até mesmo, qualifica a teoria maccormiquiana pelo mesmo adjetivo, “integradora”<sup>334</sup>.

Comprovando com as palavras do próprio MACCORMICK, em conformidade com o qual, “Ronald Dworkin afirma que o direito mais básico dos seres humanos é serem tratados com igual consideração e respeito pelos órgãos do Estado. Nós

---

<sup>331</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008 (p. 93).

<sup>332</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

<sup>333</sup> BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elos, 1964 (p. 17).

<sup>334</sup> ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003 (p. 114).

podemos certamente concordar que consideração (ou ‘cuidado’) e respeito são fundamentais para o Direito, tanto quanto é a honestidade, e esta importa tanto quanto aqueles outros valores”<sup>335</sup>. Decorrente desse juízo, há o critério da universalizabilidade.

Decerto, ainda que uma decisão judicial ou de razão prática geral seja consistente (ou seja, que haja relação entre seus dados e suas conclusões sem saltos argumentativos) e ainda seja coerente com o consequencialismo jurídico pretendido pelos princípios ordenamento jurídico vigente (isto é, que os resultados da decisão produzam consequências valorizadas principiologicamente), aquela decisão precisará poder ser universalizada: poder ser aplicada a todos os casos que, abstratamente, sejam judicializados.

No caso da judicialização das políticas públicas de saúde, devido ao fato de que os recursos são escassos e de que as demandas são vorazes, como reconhecido pelo *Parquet* – que é proponente e não oponente da judicialização – não há como dar tudo a todos. Nesse ponto, o critério da universalizabilidade da decisão tem produzido o maior de todos os sentidos comuns – a nosso ver –, na linguagem da argumentação jurídica, seja dentro da APS, seja nos demais meios jurídicos.

Tal igualdade de tratamento proporcionada pelo critério racional da universalidade de uma decisão, quanto do caso da distribuição do direito à assistência médica, é maior ponto de justificação de todo o sistema argumentativo que gira em torno do direito à sanitário. A exigência de universalidade, portanto, estabelece um critério racional e objetivo de distribuição de um direito, transformando o direito à assistência de saúde em um direito-condição, condicionado à universalização.

Em verdade, é irracional idealizar que não haja escassez de recursos econômicos e médicos e que, com efeito, não haja decisões alocativas difíceis ou até mesmo trágicas. Acreditar que o Estado possa sempre prover toda e qualquer prestação de saúde parece-nos mais uma questão de fé<sup>336</sup> do que um problema de razão. Por conseguinte, é de difícil justificação decisões judiciais que não superam a mera *prima facie* e deferem pedidos por considerarem que há o direito subjetivo à saúde, em julgamentos de “tudo ou nada”.

AMARAL já alertou para aquele perigo, considerando “ser dificilmente defensável um direito ‘absoluto’, à saúde, ou melhor, ao tratamento médico adequado, ao menos sem que se fundamente o critério de opção na colisão desse ‘direito’ com normas constitucionais como a isonomia, a impessoalidade e a motivação, que demandam a adoção de

---

<sup>335</sup> MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo:Elsevier, 2008 (p. 154).

<sup>336</sup> “Fé” foi tomada, aqui, com o significado dado aos Hebreus, como sendo “a certeza de coisas que se esperam, a convicção de fatos que se não vêem” (He 11,1) (BÍBLIA. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ª Ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993 (p. 184).

critérios claros e sindicáveis na alocação de recursos escassos<sup>337</sup>. Previu, portanto, o embate entre o direito à assistência à saúde e o princípio da igualdade.

A universalizabilidade da decisão, comungada por HARE, ALEXY e MACCORMICK, é condição não só *sine qua non* como também *per quam* para a justificação racional das prestações de saúde pela autoconsciência da necessidade de justiça formal. Observe-se que chegamos a uma conclusão, no plano externo da coerência analisada maccormicamente, bastante alinhada à conclusão apresentada no plano interno da consistência avaliada toulminianamente, mas com melhores resultados ainda.

De fato, o critério da universalização é o meio pelo qual se deve encontrar o ponto ótimo de intromissão da condição de refutação (R), que advoga pela não violação do princípio da igualdade ou da isonomia no tratamento dos pacientes pelo SUS, no argumento que defende a judicialização das políticas públicas de saúde. No grau adequado de universalização, o sistema do layout argumentativo torna-se não só consistente, mas também coerente.

Assim sendo, pela análise da APS, entendemos que, no atual estado da arte, a racionalidade que justificaria a concessão de um medicamento e/ou de um tratamento estaria condicionada à possibilidade de universalização daquela decisão a todos os pacientes que, abstratamente, poderiam vir a judicializar seus direitos no Poder Judiciário. Interessante observar que o estado encontrado na APS não dista do estado da técnica como um todo, dentro da *Teoria da Argumentação Jurídica*.

Nesse ponto, AMARAL, expondo o senso comum desenvolvido no atual estado da técnica, ao tematizar que critérios jurídicos que deveriam ser utilizados no trato com recursos escassos, em casos das chamadas decisões trágicas de ATIENZA, entendeu que “a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macro justiça”<sup>338 339</sup>.

<sup>337</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 18).

<sup>338</sup> AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha**: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009 (p. 18).

<sup>339</sup> Provando a compatibilidade entre os estados da arte encontrado na APS e na *Teoria da Argumentação Jurídica*, assim como reproduzimos o entendimento de AMARAL, reproduzimos, outrossim, a afirmação de Luís Roberto Barroso, em conformidade o qual se desenvolveu “certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso da judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é o direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria” (BARROSO, Luís Roberto. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 252).

Sendo assim, o senso comum que tem sido desenvolvido é o de que o princípio da universabilidade é o instrumento por meio do qual é possível encontrar o ponto ótimo de intromissão da condição de refutação (R) na regra geral do layout do argumento apresentado no plano interno da consistência de valorização do direito à promoção da saúde. Mas como o requisito da justiça formal poderia contribuir para a justificação racional do sistema argumentativo?

A questão e a resposta são do próprio MACCORMICK, afinal, “quando é *justificável* aplicar essa categoria às nossas explicações sobre os eventos, e como nós deveríamos aplicá-la? Minha própria resposta é novamente popperiana— atribuições razoáveis e justificáveis de efeitos a certas causas exigem o recurso a generalizações não refutadas, e são tão mais bem justificadas quanto mais completamente forem corroboradas e quanto mais intensamente estiverem sujeitas ao risco de falsificação”<sup>340</sup>.

Decerto, a realidade fática é muito mais criativa que a mente humana, de modo que seria impossível positivar todas as circunstâncias nas quais se reconheceria um caso concreto apto a alijar a regra geral por ser uma excepcionalidade. A resposta da teoria integradora a isso é sempre estar aberta à surpresa, de maneira que sempre possa haver a possibilidade de, de forma racional, reconhecer um caso concreto como uma exceção, considerando que a regra geral e a exceção são conformadas a um tempo e a um lugar.

No caso da APS, isso expressa que, dentro de processo de falseamento da regra geral de que deve ser concedido o pedido por medicamento e por tratamento em prestígio do direito à proteção da saúde, a condição de refutação (R) será configurada por tornar falsa aquela premissa no caso de determinado medicamento e/ou tratamento, pela impossibilidade de universalização da consequência jurídica de valorização da dignidade da pessoa humana constata em dados época e local.<sup>341</sup>

De tal sorte, não há uma decisão correta e perfeita para todos os casos de judicialização da saúde, tendo em vista que essa deverá ser encontrada pela exigência de justiça formal, a qual está sempre adstrita às possibilidades, por exemplo, dos recursos escassos existentes para determinados sociedade e Estado. Destarte, prudência é mister no julgamento dos casos de judicialização do SUS, para que a decisão judicial seja falseada, justificando-se racionalmente por meio da universalidade sempre excepcionável do caso concreto em questão.

---

<sup>340</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p. 128).

<sup>341</sup> Como nos ensina COMTE-SPONVILLE, “é falsificável todo enunciado possivelmente refutável pela experiência” (COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003 – p. 238); e o falseamento é experimento do laboratório do tempo e dum lugar.

## CONCLUSÃO

Concluimos, por meio da análise dos argumentos jurídicos exarados na Audiência Pública de Saúde pró e contra a judicialização do direito à assistência à saúde, que ambos podem ser considerados argumentos consistentes. Por meio do layout do argumento de TOULMIN, constatou-se que não há saltos argumentativos na fundamentação das conclusões pretendidas, havendo, inicialmente, uma adequação entre os elementos dos argumentos e seus resultados.

No plano interno, verificou-se que a fundamentação da conclusão (C) de que o Poder Judiciário deve agir para garantir o direito à promoção da saúde do paciente contra o Estado enceta com o oferecimento dos dados (D) de que há negativa de prestação das obrigações relativas à saúde por parte da Administração Pública. Dados esses que, apresentados pelos proponentes da judicialização das políticas públicas de saúde, não são negados pelos oponentes daquela judicialização.

A partir de tal dado (D), os proponentes apresentam as consequentes garantias: a garantia de conhecimento (G1) que estabelece que o Judiciário deve conhecer, ou seja, analisar as ações judiciais, haja vista que nenhuma lesão ou ameaça a direito deve ser alijada da apreciação judicial com apoio no art. 5º, XXXV, da CF/88<sup>342</sup>; a garantia de provimento (G2) que institui que a Justiça deve conceder os pedidos por medicamento/tratamento, pois a saúde é direito fundamental social (art. 6º, da CF/88<sup>343</sup>).

Ademais, positivou-se, igualmente, a garantia de procedimento (G3) que estabelece o modo como será deferido aquele pedido, isto é, com o reconhecimento da solidariedade passiva entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios na responsabilidade pelo SUS. Garantia hipotética que encontra apoio categórico no art. 23, II, da CF/88<sup>344</sup>, havendo, ainda, proposta de Súmula Vinculante da Defensoria Pública da União tramitando no STF, a qual encontra com andamento suspenso.

<sup>342</sup> Art. 5º, XXXV, da CF/88, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

<sup>343</sup> Art. 6º, da CF/88, *in verbis*: “**são direitos sociais** a educação, a **saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

<sup>344</sup> Art. 23, II, da CF/88, *in verbis*: “**é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**: I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público; II - **cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência**” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011) (grifo nosso).

Por sua vez, os argumentos jurídicos contra a judicialização das políticas pública de saúde, devido àquela ausência de negação dos dados (D) – os quais são reconhecidos, inclusive, pela maior chefe da Administração Pública, a Presidenta ROUSSEFF –, têm sua consistência dependente de sua integração com o todo do sistema argumentativo, uma vez que poderiam ser considerados argumentos falaciosos quando tomados isoladamente. Uma falácia decorrente da ausência modulação do grau de força do argumento.

A consistência dos argumentos contra depende, assim, de sua interação, como condição de refutação (R), ao layout do argumento jurídico pró. Isso tudo, tendo em vista que deverá haver atuação judiciária, desde que essa não resulte no tratamento de cidadãos, em condições iguais, de maneira desigual pelo Estado, porque todos os cidadãos-pacientes possuem o mesmo direito à proteção da saúde, não se podendo violar o princípio da igualdade ou da isonomia apoiado no art. 5, II, da CF/88<sup>345</sup>.

No plano externo, por meio da análise, com teoria integradora desenvolvida por MACCORMICK, objetivou-se suprir a insuficiência do mero exame do critério da consistência para avaliação de casos difíceis pela lógica informal toulminiana. Assim, por meio do requisito do consequencialismo jurídico intentou-se construir uma premissa normativa para o caso da judicialização do direito à promoção da saúde. Afinal, qual o conteúdo jurídico daquele direito?

Havendo um claro problema de interpretação da extensão do conteúdo do direito, verificou-se que existem: tanto consequências jurídicas valorizadas pelo princípio da autonomia do SUS, com origem no resultado não concessão do medicamento/tratamento; quanto consequências normativas desejáveis pelo princípio da dignidade da pessoa humana, com gênese no resultado deferimento do medicamento/tratamento. A opção por qualquer das normatividades levaria a uma resposta considerada racional e fundamentada.

Todavia, em decorrência das características da pré-constitucionalidade, da suprapositividade, bem como da de vetor hermenêutico, deve-se considerar que o ordenamento jurídico tem uma diretriz mais forte direcionada para a valorização da dignidade da pessoa humana. Portanto, o direito à assistência à saúde tem de ser interpretado por meio da diretriz de que seu conteúdo deve ser considerado o mais amplo possível, no escopo do atual estado da arte em que se encontra o Estado Democrático e Social de Direito.

---

<sup>345</sup>Art. 5º, I, da CF/88, *in verbis*: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011).

Sem embargo, constituída aquela diretriz, o senso comum que tem sido desenvolvido, em torno do critério da universalização da decisão da consistência, é o de que há uma condição para a procedência dos pedidos: que a decisão tomada para o caso concreto individual (a microjustiça) possa ser aplicável a todos casos iguais que, abstratamente, venham a ser judicializados (macrojustiça). Sendo essa uma exigência do próprio Estado de Direito que impõe um tratamento isonômico da Administração para com os cidadãos.

Considerado ponto de contato entre diferentes teorias pós-positivistas do direito, como demonstrado entre a *Teoria da Argumentação Jurídica* e a *Teoria do Direito como Integridade*, o tratamento isonômico do Estado (leia-se SUS) para com os cidadãos (leia-se pacientes) é um imperativo do Estado de Bem-Estar Social, de forma que qualquer tratamento diferenciado deve ser fundamentado e, outrossim, estendido a todos aqueles que se encontrem dentro da mesma condição diferenciadora.

Destarte, apercebe-se que o princípio da justiça formal do requisito da universalizabilidade da decisão é instrumento fundamental para a harmonia do sistema argumentativo, porquanto é ele que ajudará a encontrar o ponto ótimo de intromissão daquela condição de refutação (R) na regra geral de dever de atuação judicial. Por meio do processo de falseamento, diante da realidade sempre mais criativa que os homens, deve-se observar se o caso é de regra geral ou específica, com uma universalidade sempre excepcionável<sup>346</sup>.

Positivada a regra geral pelo princípio, a garantia do direito à assistência à saúde, deve-se admitir surpreender-se com a possibilidade de ela ser falsa para um determinado caso, oportunidade em que será comprovada a presença de um caso que é condição de refutação, exceção essa que deve ser universalizada juntamente com sua regra geral.<sup>347</sup> Mas como deve dar-se tal processo de falseamento pela universalidade excepcionável? Essa é uma questão central que ainda carece de uma boa pesquisa.

No entanto, algumas luzes já têm sido lançadas sobre a melhora na qualidade do debate, para otimizar o processo de falseamento de uma universalidade excepcionável. Há propostas no sentido de que as ações judiciais sejam decididas em processos coletivos (macrojustiça). Privilegiando, portanto, a resolução do problema

<sup>346</sup> Quanto à universalidade sempre excepcionável, MACCORMICK afirma que “não há nenhuma justificação sem universalização; [...] a explicação requer generalização. Para que fatos particulares – ou motivos particulares – possam ser *razões justificadoras*, eles têm que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible*). Isso se aplica à argumentação prática de forma bastante geral, e a argumentação jurídica é um campo da argumentação prática” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 – p. 131).

<sup>347</sup> Em conformidade com a teoria institucional maccormiquiana, “é isso que a ‘justificação’ significa para os presentes propósitos nas formas ilustradas e expostas anteriormente, essa apresentação de razões como razões públicas utilizadas por agentes estatais comprometidos com uma justiça imparcial em todos os casos necessariamente é caracterizada pela universalidade, ainda que excepcionável (*defeasible*)” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo:Elsevier, 2008 – p. 132).

encontrado na política pública de saúde como um todo, ou seja, de todos os cidadãos por ela atingidos, facilitando a configuração da universalização tanto da norma geral quanto da configurada excepcional.<sup>348</sup>

Uma segunda proposição para a justificação racional do sistema de saúde pública, além de que as decisões não sejam tomadas com base num único caso individual (microjustiça), é que as decisões judiciais sejam tomadas, conciliatoriamente, com a oitiva do gestor público representante da Administração, o qual deve informar acerca da possibilidade de universalização da decisão.<sup>349</sup> Assegurando-se, imperiosamente, a transparência dos dados para que ao cidadão-paciente seja oferecida a oportunidade de contraditá-los.<sup>350</sup>

Tais métodos jurídicos ajudariam a encontrar a universalidade sempre excepcionável mais ou menos exaustiva, que é mister para justificação racional das políticas públicas de saúde, afinal:

a variedade de circunstâncias humanas é tal que nunca podemos estar absolutamente certos de termos antevisto cada possibilidade, o que significa que estar aberto a surpresas (e á responder a elas de forma inteligente) é uma simples questão de sabedoria prática. Ninguém deveria contentar-se com a certeza *ex ante* de ter encontrado a regra de decisão perfeita e completa, capaz de estabelecer cada qualificadora concebível e cada condição capaz de modificar as conclusões quanto a seu objeto. A universalizabilidade jurídica de uma pessoa prudente resume-se a uma universalidade excepcionável (*defeasible*).<sup>351</sup>

<sup>348</sup> Na APS, são colhidas observações que corroboram essa proposição, citem-se as de Luís Roberto Barroso, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, conforme o qual: “o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir desse momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade” (BARROSO, Luís Roberto. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 250).

<sup>349</sup> Proposição essa que se coaduna com a manifestação do Procurador BARROSO, segundo o qual “esta fórmula – com o respeito devido e merecido a quem pensa diferente – da judicialização individual favorece, como regra geral, quem tem mais informação, mais esclarecimento, mais acesso, seja advogado, seja a Defensoria Pública. Eu acho que a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a idéia de universalização e a idéia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais” (BARROSO, Luís Roberto. **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 250).

<sup>350</sup> Iniciativas como a do Portal da Transparência (<http://www.portaltransparencia.gov.br>) são de grande valia para a correção do sistema, para que uma das partes, o paciente, não seja hipossuficiente por ausência de dados informativos e, assim, possa provar a desídia da Administração Pública com o sustento do SUS. De tal sorte, possíveis litigâncias de má-fé por parte do Estado, quanto à possibilidade de universalização da decisão, poderiam ser contraditadas e refutadas.

<sup>351</sup> MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008 (p.124)

## REFERÊNCIAS

### I – Bibliografia

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 1ª Ed. São Paulo: Landy, 2001.

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

ATIENZA, Manuel. **Las Razones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elos, 1964.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2ª Ed. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm). Sítio consultado em 11/08/2011

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

BRASIL. **Lei 5.689**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

BRASIL. **Lei 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Sítio consultado em 11/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Regimento Interno**: [atualizado até julho de 2011] – consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2011. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF\\_Julho\\_2011.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Julho_2011.pdf). Sítio consultado em 11/08/2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAVALCANTI, Hylda. **Demandas de Saúde Passam de 112 Mil em Todo o País**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/portal/noticias/10118-demandas-de-saude-passam-de-112-mil-em-todo-o-pais>. Sítio consultado em 11/08/2011.

CÉSAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. 1ª Ed. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. "A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo para uma Dogmática Constitucional Emancipatória". In: **Uma Vida Dedicada ao Direito: Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. "A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais". In: **Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília: ESMPU, Ano II, n. 8, jul – set. 2003.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DELGADO, José Augusto. "Ativismo Judicial: o Papel Político do Poder Judiciário na Sociedade Contemporânea". In: **Processo Civil Novas Tendências: Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr.** 1ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ROUSEFF, Dilma. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/imprensa/entrevistas/entrevista-exclusiva-concedida-pela-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-ao-programa-fantastico-da-rede-globo-brasilia-df>. Sítios consultados em 11/09/2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 2003.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FLOOD, Colleen M.; GAGLE, Lance & GOSTIN, Lawrence O.. "Introduction Legislating and Litigating Health Care Right around the World". In: **The Journal of Law, Medicine and Ethics**. v. 33, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral das Obrigações**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 2, 2008.

HARE, Richard Mervyn. **Moral Thinking**. Oxford: Clarendon Press, 1981.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. 2ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass. R.. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. 1ª Ed. New York, Norton & Co., 1999.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). "Vinte Anos da Constituição de 1988: o que Significaram para a Saúde da População Brasileira". In: **Políticas Sociais: Acompanhamento e Análise**. Brasília, n. 17, v. 1, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 7ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes. 1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane Roesler; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. "Argumentação Jurídica em Neil Maccormick: Caracterização, Limitações, Possibilidades". **Revista NEJ – Eletrônica**, vol. 16, n. 2, pp.234-250, mai-ago, 2011. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3239/2046>. Sítio consultado em 10/10/2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *et all.* **Audiência Pública**: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Cultura, v. 1, 1997.

LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em : [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm). Sítio consultado em 11/08/ 2011.

\_\_\_\_\_. **Carta das Nações Unidas**, 26 de junho de 1945. Disponível em: [http://unicrio.org.br/img/CartadaONU\\_VersoInternet.pdf](http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersoInternet.pdf). Sítio consultado em 11/08/2011.

PACHECO, Pedro Mercado. **El Análisis Económico del Derecho**: una Reconstrucción Teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

POPPER, Karl Raimund. **Conocimiento Objectivo**, 2ª Ed., Madrid: Tecnos, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 7ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica y Jurisprudencia**. 2ª Ed. Madrid: Civitas, 2007.

ZAGREBELSKI, Gustavo. **El Derecho Dúctil**: Ley, Derecho, Justicia. Tradução de Marina Gascón. 8ª Ed. Madrid: Trota, 2008.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

## II – Processos Judiciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE556.471/RN**. Recurso Extraordinário. Requerente: Estado do Rio Grande do Norte. Requerido: Carmelita Anunciada de Souza. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=566471&classe=RE&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Sítio consultado em 11/10/ 2011.

## III – Sítios Consultados

[http://www.genzyme.com.br/thera/az/br\\_p\\_tp\\_thera-az.asp](http://www.genzyme.com.br/thera/az/br_p_tp_thera-az.asp). Sítio consultado em 11/08/ 2011.

<http://www.py2gea.com.br/saude%20e%20cia/mucoviscidose.html>. Sítio consultado em 11/08/2011.

<http://www.portaltransparencia.gov.br>. Sítio consultado em 11/08/2011.