

O direito à saúde no Brasil e a teoria da reserva do possível como falácia à sua efetivação¹

Germano Schwartz
Vitor Rieger Teixeira

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo verificar como a teoria da reserva do possível vem sendo utilizada, no Brasil, na efetivação do direito fundamental à saúde. A partir desse pressuposto, procura verificar as possibilidades de transplante de teorias oriundas de países estrangeiros para a realidade jurídico-social brasileira. Com isso, intenta demonstrar que o direito à saúde não pode ser limitado em função de um discurso jurídico que se baseia em uma falácia (a reserva do possível), preservando-se, assim, o sentido original do texto constitucional.

Palavras-chave: Direito à Saúde. Reserva do Possível. Teoria dos Sistemas Sociais Autopoieticos.

The right to health care in Brazil and the reserve of the possible theory as a fallacy for its effectiveness

ABSTRACT

This paper's purpose is to check the way the constitutional theory of the "reserve of the possible" is being implemented in Brazil in regard to the fundamental right to health care. Based on this, it purports to verify the possibility of transplanting foreign theories to Brazilian socio-juridical reality. Its aim is to demonstrate that the right to health care cannot be limited by a juridical discourse based on a fallacy ("the reserve of possible"), thus preserving its original constitutional meaning.

Keywords: Health Law. Reserve of the Possible. Autopoietic Systems Social Theory.

Germano Schwartz Pós-Doutor em Direito (University of Reading). Doutor em Direito (Unisinos) com estágio doutoral na Université Paris X – Nanterre (Centre de Théorie du Droit). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da ULBRA Canoas. Coordenador do Curso de Direito da ESADE – Laureate International Universities. Professor do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha. Pesquisador da UnP. E-mail germano.schwartz@esade.edu.br

Vitor Rieger Teixeira é bacharelando em Direito (ULBRA). Bolsista PIBIC/CNPq.

¹ Artigo resultante de pesquisa financiada pelo CNPQ em sede de PIBIC na Universidade Luterana do Brasil. Originou-se do projeto de pesquisa intitulado "A Teoria do Direito Aplicada aos Direitos Fundamentais: do positivismo à autopoiese do Direito", vinculado ao grupo de pesquisa CNPQ "Constitucionalismo e Direitos Fundamentais" e à linha de pesquisa "Direito do Estado e Direitos Fundamentais" do PPGD-ULBRA/Canoas.

1 INTRODUÇÃO

Desde sua positivação,² enquanto direito fundamental no Brasil até o presente momento, pode-se dizer que o direito à saúde passou por várias fases, típicas de sua jovialidade. Não se pode categorizá-las. Contudo, em função dos debates que seguiram à sua inclusão no texto constitucional, várias discussões/dúvidas foram resolvidas pelos Tribunais.

Paradoxalmente, o fato de os Tribunais terem atuado no sentido da preservação do direito à saúde, ao mesmo tempo em que contribuiu para sua maior efetividade, trouxe à tona um discurso de que essa mesma “judicialização da saúde” torna, hoje, inviável a atuação judicial sob pena de ruptura do Sistema Único de Saúde. Mostra da relevância dessa discussão foi a realização da Audiência Pública, promovida pelo Supremo Tribunal Federal,³ sobre a temática. A lista dos assuntos debatidos⁴ girou em torno da legitimidade da atuação dos magistrados (e de seus limites) na busca da efetivação da saúde por intermédio do Direito.

Sob o argumento irrefutável de que os direitos sociais necessitam de aportes financeiros, a teoria da reserva do possível no direito à saúde assumiu grande espaço nos debates jurídicos. O propósito do presente artigo centra-se na análise das falácias construídas para desqualificar a necessária intervenção do Judiciário – quando provocado – na proteção do direito fundamental à saúde.⁵

2 O USO DAS FALÁCIAS NOS ARGUMENTOS (JURÍDICOS) E A DISTORÇÃO DA REALIDADE

O Direito pode ser entendido a partir de vários enfoques. Dentro da delimitação objetivada, opta-se por analisar o papel da construção dos argumentos e suas consequências na (re)construção de uma “realidade” específica: o direito à saúde e sua necessária conexão com a finitude de recursos.

² Para uma análise da evolução histórica da positivação do direito à saúde em solo pátrio, veja-se SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.40 e seguintes.

³ “A Audiência Pública, convocada pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do sistema único de saúde, nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009”. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acessado em 09 de maio de 2009.

⁴ Foram debatidos, entre outros, os seguintes pontos: **(a)** Responsabilidade dos entes da federação em matéria de direito à saúde; **(b)** Obrigação de o Estado fornecer prestação de saúde prescrita por médico não pertencente ao quadro do SUS ou sem que o pedido tenha sido feito previamente à Administração Pública; **(c)** Obrigação de o Estado custear prestações de saúde não abrangidas pelas políticas públicas existentes; **(d)** Obrigação de o Estado disponibilizar medicamentos ou tratamentos experimentais não registrados na ANVISA ou não aconselhados pelos Protocolos Clínicos do SUS; **(e)** Obrigação de o Estado fornecer medicamento não lícitado e não previsto nas listas do SUS; **(f)** Fraudes ao Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguntas>. Acessado em 30 de maio de 2009.

⁵ Sobre a saúde enquanto direito fundamental, veja-se a obra de FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

É fato que, após longo período de naturalismo e empirismo absoluto no Direito, o estudo da argumentação vem tomando destaque⁶ com a abertura hermenêutica. A argumentação torna-se necessária ao operador do Direito. A simples aplicação da norma jurídica não satisfaz às expectativas normativas da sociedade.

A retórica tem como escopo o convencimento do interlocutor. Destarte, desde a antiguidade reconhece-se que a *argumentatio* é a parte mais importante da arte retórica, pois se destina a produzir credibilidade dos pontos de vista arrolados.⁷

Nessa linha de raciocínio, argumentar é a técnica (ou arte) em que se busca persuadir por intermédio do discurso, que, por seu turno, pode ser definido em três elementos: o locutor (a pessoa que fala), o interlocutor (ouvinte) e o assunto que se fala. Também pode ser dividido em três tipos: deliberativo, judiciário e demonstrativo. Embora apresentem peculiaridades diversas, por serem destinadas a públicos diferentes, essas três espécies de discurso têm como objetivo principal o ato de convencer, ou seja, de levar o ouvinte a crer no discurso proferido.

Há, ainda, correntes que afirmam: o argumento possui uma função maior que apenas convencer. Seu real objetivo é levar o ouvinte a agir de acordo com o que lhe foi articulado. Esse entendimento é possível em alguns casos, principalmente no Judiciário. Ali os argumentos servem de instrumento para a decisão do juiz. Entretanto, Rodriguez⁸ ensina que há uma diferença relevante entre o crer e o agir a partir do discurso. É o exemplo do fumante. Mesmo convencido dos males do cigarro, segue com o hábito, visto que existem fatores externos (como a dependência química) que lhe fazem seguir com o uso do tabaco.

É necessário fazer algumas considerações entre o argumento e a verdade. Não se pode comparar o Direito a uma ciência exata. Na Matemática, por exemplo, é possível apenas um resultado verdadeiro para um determinado cálculo. A ciência jurídica não comporta a código verdadeiro/falso. Essa binariedade advém do sistema da ciência.⁹ O Direito opera, como quer Luhmann,¹⁰ sob o código *Recht/Unrecht*. Isso significa, de antemão, que os problemas de direito à saúde, necessariamente, dentro do Poder Judiciário, devem ser decididos com base nos critérios de decisão do Direito.¹¹

Rodriguez¹² exemplifica a questão com um fato ocorrido em um plenário do Judiciário. Naquele local, o promotor exibiu uma prova (um laudo da polícia técnica).

⁶ A Teoria da Argumentação Jurídica é especialmente profícua. Dentre vários autores, reporte-se, especialmente, ante sua grande repercussão no Direito, à obra de ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989

⁷ FERAZ JR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001. p.318.

⁸ RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.24.

⁹ LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de La Sociedad*. Mexico : Iberoamericana, 1996, p.125.

¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997, p.165-170.

¹¹ SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.186-187.

¹² RODRÍGUEZ, *Argumentação jurídica*, 2005. p.21

Ela demonstrava a existência de 99% de chances da culpa do réu. Então o defensor, em tréplica, pergunta aos presentes se eles comeriam uma bala de hortelã retirada de um pacote com outras cem, sabendo que dentre elas apenas uma continha um veneno letal. Nesse caso, pode-se perceber que não existe verdade absoluta. Ambos têm parcelas de verdade/observação. Existe um concurso de argumentos. Predomina o mais convincente.

É por isso que existem argumentos capazes de convencer embasados em premissas falsas. Desde os tempos de Aristóteles, estudiosos têm encontrado argumentos persuasivos que levam o interlocutor a conclusões falsas. São as falácias. Mauri Hartmann, a propósito, conceitua-as da seguinte forma

[...] Não há unidade de significação do termo “falácia”. É comum usá-lo no sentido de crença, opinião ou juízo falso. [...] Há argumentos que são flagrantemente incorretos e que não têm poder persuasivo algum. Porém, existem outros, de igual forma incorretos, que podem convencer quando não avaliados com a perspicácia lógica. Estes últimos são convencionalmente chamados de falácias.¹³

Uma das características do argumento é conter premissas verossímeis. A falácia, ou seja, *a falha* do argumento, ocorre com a quebra da verossimilhança. Nesse sentido, o uso de falácias no Direito tem a característica de afastar o ouvinte de uma conclusão. Desse modo, não é difícil perceber que as falácias, quando utilizadas, podem levar a conclusões (decisões) indevidas, que são produzidas e se reproduzem com base em uma distorção da realidade.

É correto que o Direito não comporta o código binário verdadeiro ou falso. Todavia, quando há teses concorrentes, a que se fundamenta em uma falácia resta desconectada de seu suporte fático. Assim, o argumento falacioso assume vantagem sobre os outros pela desnecessidade de possuir premissas verdadeiras. A falácia seduz o interlocutor desatento com um argumento que não corresponde à verdade. Faz com que esse ouvinte, quando Juiz, tome decisões incompatíveis com o entorno (*Unrecht*), quebrando a necessidade de uma unidade distintiva entre Direito e Não-Direito.

Defende-se, aqui, que uma falácia atualmente utilizada no direito à saúde é a denominada teoria da reserva do possível. Diz-se isso porque, da forma como ela vem sendo discutida no sistema jurídico, fica revestida de uma falsa lógica. Daí, portanto, o fato de que sua operatividade exige atenção do operador do Direito.

3 OS PRESSUPOSTOS DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

Com o fim da ditadura militar, o Brasil iniciou a redemocratização. Como uma das etapas da instalação da democracia, instalou-se Assembleia Constituinte que resultou

¹³ AZEREDO, Vânia Dutra de (coord.); PIOVESAN, Américo; SARTORI, Carlos Augusto; Hartmann, Mauri; TILLET, Paulo Cezar. *Introdução à lógica*. Ijuí: Unijuí, 2000. p.197.

na Constituição Federal de 1988, acolhedora de vários e novos direitos individuais e coletivos. Visando a dar maior efetividade ao texto constitucional, o constituinte incumbiu ao Poder Judiciário a função de atuar, sempre que provocado, quando existir lesão ou ameaça de lesão a tais direitos.

Inegavelmente, os direitos sociais que a Constituição Cidadã abarcou geram custos. Diante dessa situação, passados mais de 20 anos da promulgação da Carta Magna, a reserva do possível vem ganhando destaque e protagonizando um debate bastante específico na inovação da saúde enquanto direito fundamental consagrado pelo artigo 196 da Constituição Federal de 1988.

Segundo a teoria da reserva do possível, a satisfação dos direitos, especialmente os sociais, está relacionada com as possibilidades econômicas do Estado, tornando-se, assim, um limite para a efetividade dos direitos fundamentais prestacionais. O argumento é empregado no sentido de que o custo de determinados direitos supera os valores disponíveis pelo Erário.

A reserva do possível ganha fôlego com a tese da escassez de recursos.¹⁴ O argumento afirma, em abreviado, que, enquanto as necessidades a serem satisfeitas são ilimitadas, os recursos – orçamentários – são finitos. São necessários critérios para efetivação dos direitos sociais. O Estado não tem como garantir “tudo a todos”.

Esses argumentos não são novos. Já constavam do texto de decisões judiciais, no mínimo, desde 1998

O direito à saúde previsto nos dispositivos constitucionais citados pelo agravante, arts. 196 e 227 da CF/88, apenas são garantidos pelo Estado, de forma indiscriminada, quando se determina a vacinação em massa contra certa doença, quando se isola uma determinada área onde apareceu uma certa epidemia, para evitar a sua propagação, quando se inspecionam alimentos e remédios que serão distribuídos à população, etc., mas que quando um determinado mal atinge uma pessoa em particular, caracterizando-se, como no caso, num mal congênito a demandar tratamento médico-hospitalar e até transplante de órgão, não mais se pode exigir do Estado, de forma gratuita, o custeio da terapia, mas dentro do sistema previdenciário.¹⁵

No julgado citado, percebe-se uma limitação da saúde em razão dos recursos financeiros do Estado. Segundo o Relator, a preocupação do Estado deve estar centralizada apenas no que tange à proteção da saúde coletiva, obtida por meio de políticas públicas. Nesse entendimento a “judicialização da saúde” para casos particulares deveria ser afastada.

¹⁴ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

¹⁵ Agravo de Instrumento 48. 608-5/4, julgado em 11.02.1998, unânime. TJSP, 9ª Câmara de Direito Público, Des. Rui Cascaldi. Disponível em: <http://esaj.tj.sp.gov.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=1280378>

Verifica-se, pois, que o grande pressuposto da teoria da reserva do possível no direito à saúde é a alegação de que o Estado não possui recursos para fornecer determinada prestação positiva, em razão de um cenário de escassez. Dentro desse quadro, cabe a ele, o Estado, tentar fazer o máximo possível em um ambiente de impossibilidades fáticas.

3.1 A origem alemã da teoria

É importante contextualizar as raízes do argumento utilizado pelos Tribunais brasileiros. Ele veio de uma realidade diferente em um contexto específico e bastante próprio. A partir da década de 1950, a busca por cursos superiores cresceu exponencialmente na Alemanha, fazendo com que o Estado Alemão, que até então garantia acesso universal às universidades públicas, adotasse uma série de medidas para restringir o acesso às academias.

Uma das políticas implantadas pela República Alemã, em 1960, foi a denominada *Numerus Clausus*. Ela limitava o número de vagas em determinados cursos superiores como Medicina, Direito e Farmácia. Insatisfeitos, os estudantes que não lograram acesso a algumas faculdades de Medicina, ajuizaram ação contra o Estado, sustentando que a medida violava o artigo 12 da lei Fundamental Alemã,¹⁶ que protegia a livre escolha da profissão, local de trabalho e centro de formação.

A Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*) estabeleceu que as prestações exigidas do Estado pelos particulares estão condicionadas à razoabilidade, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade. O ato sentencial confirmou que não era possível disponibilizar um número ilimitado de vagas nas Universidades, visto que ultrapassava os limites do possível obrigar o Estado a uma prestação acima do exigível.

Segundo Leivas,¹⁷ dois direitos podem ser identificados no *decisum*: o direito *prima facie*, de exigir o direito subjetivo ao ingresso; e o direito de requerer um aumento geral da capacidade das faculdades. Segundo o autor, a reserva do possível só desobrigou o Estado do primeiro direito, e não de todas as suas obrigações prestacionais.

Diante do exposto, pode-se asseverar que a teoria da restrição orçamentária aplicada no direito subjetivo brasileiro à saúde é uma adaptação da jurisprudência Constitucional Alemã (*Der Vorbehalt des Möglichen*), que, em julgamento (BverfGE nº 33, S. 333.) do *numerus clausus I*, reconheceu a reserva do possível quanto ao direito *prima facie* supracitado.

Desde já, é possível perceber as diferenças entre o introito e o cabo da aplicação da reserva do possível. Originalmente aplicada ao direito à educação – de nível

¹⁶ Artigo 12, alínea I: "Todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação. O exercício profissional por ser regulado pela lei ou com fundamento em uma lei."

¹⁷ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.98.

superior – em um país de primeiro mundo, é, atualmente, utilizada no direito à saúde de um país periférico. Dessa maneira, resta a pergunta: é possível tal “transplante” da teoria sem o uso de falácias?

3.2 Custos dos direitos sociais e a finitude dos recursos

Como afirmado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 elencou diversos direitos. Dentre eles, arrolou os direitos fundamentais sociais, inclusive, reconhecendo, pela primeira vez, o direito à saúde.¹⁸ Tais direitos foram integrados no capítulo II, do Título II da Carta Política.

A simples inserção da regra da saúde como direito de todos e dever do Estado não resolveu o problema da saúde no Brasil. Trouxe várias incertezas aos operadores do Direito, desacostumados com a novidade. Assim, por determinado período, prevaleceu o entendimento perante os Tribunais de que a saúde na Constituição Federal se tratava de mera norma programática, ou seja, que seu conteúdo apenas expressava um valor a ser buscado por toda a coletividade, sem possibilidade de modificação do *status quo* mediante intervenção do Poder Judiciário.

Entretanto, o direito à saúde é direito fundamental e, assim sendo, possui aplicabilidade imediata.¹⁹ Isso significa que a saúde pode ser entendida também como direito subjetivo, capaz de ser pleiteada no Judiciário. No Brasil, o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal, é o dispositivo que garante a imediata aplicabilidade dos direitos fundamentais. Esse é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. – O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. – O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema

¹⁸ SCHWARTZ, *Direito à Saúde...*, 2001, p.40 e seguintes.

¹⁹ Para análise mais completa do assunto, veja-se SCHWARTZ, Germano. *O tratamento Jurídico...* p.129.

da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. – O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. – O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.²⁰

O acórdão, paradigmático, é muito criticado por ter sido a porta aberta para a “judicialização” sanitária. Gize-se, todavia, que essa não é uma característica exclusiva do Direito brasileiro. O direito à saúde está presente na maioria dos ordenamentos jurídicos. O problema não reside, portanto, na positivação ou na possibilidade de o Poder Judiciário colaborar na efetivação ao direito à saúde. Ele repousa no uso das falácias.

Nessa linha de raciocínio, concorda-se com Barreto,²¹ quando ele afirma existirem três falácias políticas²² sobre os direitos humanos (saúde)²³ e sociais, que, conjugadas com o que denominou de falácias teóricas, acabam por excluir os direitos sociais dos direitos fundamentais.

Essas falácias, em síntese, são argumentos que fazem os direitos sociais perderem sua característica de “valores supremos da ordem constitucional”. Dentre as falácias

²⁰ RE 271286 AgR / RS – RIO GRANDE DO SUL. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 12/09/2000. Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=REAgR.SCLA.%20E%20271286.NUME.&base=baseAcordaos>

²¹ BARRETO, Paulo Vicente. Reflexões sobre os direitos Sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²² As falácias políticas apontadas por Barreto são: **(a)** “os direitos sociais são direitos de segunda ordem”; **(b)** “os direitos sociais dependem de uma economia forte”; **(c)** “o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários”.

²³ Como direito humano, a saúde está expressa no artigo 25 da Declaração dos Direitos do Homem: “Todo o homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, (...) em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda de meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”. O conteúdo da declaração internacional levou o Brasil, bem como diversos outros países, a adotar a matéria no texto constitucional como uma obrigação do Estado, conforme preceitua artigo 196 da Constituição Federal, nos seguintes termos: “A saúde é direito de todos e dever do Estado”. Na mesma senda, o artigo 2º da Lei n.º 8.080/90, dispõe que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”.

políticas evidenciadas pelo autor, encontra-se o argumento de que “o custo dos direitos sociais supera os recursos orçamentários”. Tal falácia trata exatamente da reserva do possível

[...] Outro argumento falacioso refere-se ao custo dos direitos sociais. Chamada, também, da falácia da “reserva do possível”, representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo. Vestida de uma ilusória racionalidade, que caracteriza a “reserva do possível” como limite factico à efetivação dos direitos sociais prestacionais, esse argumento ignora em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais.²⁴

A partir da crítica de Barreto, pode-se perceber que a reserva do possível ataca apenas os direitos de segunda geração, embora os direitos civis e políticos – de primeira geração – também gerem custos. Nesse contexto, é possível concluir que a reserva do possível limita apenas os direitos que exigem prestações positivas por parte do Estado, e não a todos que causem custos, mostrando-se, preliminarmente, falaciosa.

A saúde, como direito social subjetivo, também gera gastos. Logo, está limitada pela reserva do possível. Convém, nesse ponto, elaborar um questionamento quanto à aplicação de um fator restritivo no direito à saúde: até que ponto o Estado pode-se omitir diante de um direito ligado à vida e à integridade do ser humano? Fazendo isso ele não deixaria de cumprir sua função original (ser um Estado Democrático de Direito)?

4 A FALÁCIA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO À SAÚDE

A saúde está abraçada aos bens mais importantes do ser humano: a vida, a integridade física e a dignidade. Por se tratarem dos bens máximos do homem, acabaram tornando-se os valores supremos do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, é dúbia a priorização da economia quando tais valores estão em risco. Procura-se, agora, a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, evidenciar e atacar as falácias mais comuns que pretendem garantir a manutenção da grande falácia, a própria reserva do possível.²⁵

A partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, a sociedade pós-moderna e hipercomplexa pode ser representada por um grande sistema social que engloba diversos subsistemas. Cada sistema busca reduzir a complexidade do ambiente, diferenciando um dos outros por meio de sua distinção entre unidade e entorno. Com isso, há diferenciação funcional e se torna possível a autopoiese.

²⁴ BARRETO, Reflexões sobre os direitos Sociais... p.120-121.

²⁵ Há uma grande falácia: a própria teoria da reserva do possível. Com ela, reproduzem-se falácias menores. Revestem a primeira de uma falsa lógica. Esses “pequenos” argumentos falaciosos garantem a existência e a reprodução da teoria. Caso fossem percebidos, a reserva do possível seria refutada do sistema jurídico.

Cada sistema autopoietico é fechado, e, em sua membrana, está localizado o código – clausura operativa – e os mecanismos que buscam reduzir a complexidade do entorno. Ocorre que os sistemas sociais, ao mesmo tempo, são abertos, pois há uma abertura cognitiva por meio da qual ocorre a comunicação entre os sistemas.

Assim, pode-se afirmar que os sistemas sociais são abertos, pois se comunicam e dão sentido aos ruídos provenientes do exterior do sistema, contudo, simultaneamente, são fechados, pois o sentido dado a tal interação é fornecido por operação própria de cada sistema. São cognitivamente abertos e operativamente fechados.

A autopoiese de cada sistema constitui-se na capacidade de o sistema auto(re) produzir sua estrutura e seus elementos do interior, motivado pela comunicação do exterior. Assim, a autopoiese só é possível quando a comunicação penetra no sistema pela abertura cognitiva e, uma vez no interior, o sistema opera com base nos mecanismos e no código que cada sistema (re)produz, trabalhando em um ciclo constante.

Nessa ótica, na reserva do possível, verifica-se a interação entre três sistemas autopoieticos: o sistema jurídico, o sistema econômico e o sistema sanitário. O Direito funciona sob o código *Recht/Unrecht*, ou seja, preocupa-se em definir aquilo que é Direito e o que não é Direito. O sistema jurídico recebe a comunicação proveniente dos outros sistemas. Atua, no entanto, com suas estruturas (Lei, Poder Judiciário), baseando-se em suas operações internas (jurisprudência, comunicações, discursos jurídicos.) a fim de fornecer uma decisão que será o Direito de uma parte e, paradoxalmente, o Não-Direito de outra.

A decisão é o elemento básico do sistema jurídico, distinguindo o Direito dos demais sistemas e garantindo a autopoiese do sistema jurídico. A decisão só é possível a partir dos ruídos do entorno, da comunicação dada pela abertura cognitiva, que traz tudo o que deve ser decidido, e que somente é decidido com base em uma operação jurídica interna. Dessa forma, as questões do Direito são resolvidas/decididas com fundamento na operatividade interna do sistema jurídico.

No sistema econômico, a clausura operativa é o Pagamento/Não-Pagamento. Os pagamentos são rápidos e sucessivamente substituídos por outros pagamentos, já que só existirão pagamentos se houver outros para garantir os mesmos. Para a autopoiese do sistema econômico, é necessária a abertura cognitiva, configurada pela necessidade. O dinheiro – atualmente o crédito também possui a mesma função – é o que torna a reprodução do sistema econômico viável, visto que factibiliza os pagamentos, a fim de satisfazer as necessidades.

Observe-se que a função do sistema econômico não é a satisfação das necessidades, mas sim a manutenção dos pagamentos. Se fossem satisfeitas todas as necessidades, o sistema econômico (entendido como sistema de pagamentos) restaria extinto.

O direito à saúde surge do acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e sanitário. Quando a Saúde integra o conteúdo das normas do Direito, nasce o direito à saúde, que deve decidir com a mesma operatividade do interior do Direito, devendo atuar sob o mesmo código, o *Recht/Unrecht*.

Logo, a questão da escassez de recursos pertence ao sistema econômico, enquanto o direito à saúde, que surge da criação de normas que regulam a saúde, deve ser decidido com base na lógica do sistema jurídico. Essa é a dedução possível por intermédio da teoria dos sistemas sociais autopoieticos,²⁶ reforçando o caráter falacioso da teoria da reserva do possível aplicável ao direito à saúde no Brasil. Há outras.

4.1 Há falta de recursos?

Quando se busca uma prestação sanitária pela via judicial, no Brasil, o argumento da reserva do possível é empregado pelo Poder Público como forma de se desobrigar de fornecer acesso à saúde. Esse aspecto rotineiro por si só já gera dúvidas quanto à validade do argumento, pois leva a duas conclusões possíveis: o Estado não tem dinheiro para nenhuma prestação – mesmo aquelas de menor custo – ou que a falta de recursos é mero instrumento de retórica a fim de exonerar o Estado de um dever constitucional.

Em que pese o Direito não ter a lógica de uma ciência exata, a ciência jurídica utiliza-se de um método específico relativo à sua operatividade sistêmica: a prova e a fundamentação. Ocorre que, do modo como vem sendo arguida, carecem as provas da falta de recursos orçamentários. Na mesma esteira, o Julgador tem que motivar sua decisão, fundamentar, sendo imprescindível que reconheça a escassez de recursos concretamente para cogitar a hipótese da aplicação da reserva do possível. E, aos que entendem que falta de recursos é fato incontroverso no Brasil, Sarlet averba que:

[...] Há estudos atuais comprovando, categoricamente, que a união não gasta em nenhuma rubrica orçamentária aquilo que foi disponibilizado pelo orçamento, inclusive na área da saúde. Há provas cabais de Estados que não investem naquilo que foi imposto pela união no direito à saúde.²⁷

O financiamento do setor público de saúde é, em sua maior parte, composto pela receita gerada por impostos e por contribuições sociais. O Brasil possui uma carga tributária elevada, chegando, em 2008, a 35,8% do Produto Interno Bruto Brasileiro. Contudo, lembra-se de que o Brasil não possui sistema de saúde de Primeiro Mundo, conforme demonstra a 125^ª (centésima vigésima quinta)²⁸ posição no ranking mundial de saúde da Organização Mundial de Saúde de 2000, em um total de 193 países. Nesse

²⁶ Para maiores detalhamentos sobre os a teoria dos sistemas autopoieticos no Direito, consulte-se ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; JEAN, Clan. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Para uma análise específica da aplicação da teoria dos sistemas no direito à saúde veja-se SCHWARTZ, O *Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*, 2004.

²⁷ Fala do especialista Dr. Ingo Sarlet, no discurso realizado em 27 de abril de 2009, contribuindo para a audiência pública de saúde promovida pelo STF. Disponível para *download* na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudenciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acessado em 30 de maio de 2009.

²⁸ SCHWARTZ, *Direito à Saúde...*, 2001, p.60 e seguintes.

ranking, como na comparação de muitos critérios sociais, o Brasil fica atrás da maioria dos países da América do Sul.

Embora a carência do setor social, a economia segue em caminho inverso, pois a economia brasileira está entre as dez maiores do mundo, alcançando um PIB de quase um trilhão de reais. Ademais, o Brasil apresenta hoje a mais forte economia sulamericana. Assim, muito embora tenha uma economia em ascensão, a transferência de recurso ao setor social (sanitário) segue em baixa.

Muito se diz sobre os investimentos do setor público de saúde e, do modo como se argumenta, a saúde figura no papel de “devorador” dos orçamentos públicos. Entretanto, ao analisarem-se os dados do Ministério do Planejamento quanto à evolução dos gastos sociais, verifica-se que o gasto com a saúde, de 1995 a 2008, cresceu 298%, números menores que a cultura, que, por seu turno, cresceu 363%, e do que a previdência, o emprego e o trabalho, que evoluíram mais 400%.

Mais: para o orçamento da saúde, o artigo 55 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias obriga que 30% do valor arrecadado pela seguridade social devem ser destinados ao setor da saúde. Além disso, como parte da seguridade social, a saúde possui recursos alocados mediante o orçamento das esferas de governo e de contribuições sociais. Tais contribuições advêm: do empregador – da folha de salários e de outros rendimentos do trabalho pagos a empregado, mesmo sem vínculo empregatício, da receita ou faturamentos (COFINS) e do lucro; do trabalhador – e segurados pela previdência social; da receita de concursos e prognósticos (Loterias); e do importador – ou de quem a lei a ele equiparar.

Ressalta-se que mesmo com todas as contribuições previstas, os dados atuais da Organização Mundial da Saúde demonstram que o Brasil está abaixo da média nas escalas mundial e americana de gasto em saúde em relação ao Produto Interno Bruto.²⁹

Resta a dúvida: o Estado não tem dinheiro ou não repassa devidamente o dinheiro? Quem deve provar ausência? O Estado, como defende Sarlet: “...O ônus da demonstração, o ônus da prova da falta de recursos é do poder público; o ônus da necessidade do pedido é do particular.”³⁰ No entanto, infelizmente, tal prova não é produzida nos processos judiciais brasileiros.

Como se vê, a ausência da comprovação da ausência de recursos estende ainda mais a falácia. De qualquer maneira, entende-se que o orçamento, mesmo se (as provas evidenciam o contrário) escasso, não se equipara à saúde em nível de importância, não podendo interferir na operatividade do Direito.

²⁹ O último informativo da Organização Mundial de Saúde reporta que, em 2006, o gasto com saúde em proporção ao Produto Interno Bruto no Brasil alcançou 7,5%, enquanto a escala mundial é de 8,7%. A região das Américas obteve o maior nível de gastos em saúde, correspondente a 12,8% do PIB. Disponível em: http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS09_Table7.pdf Acessado em 20 de Maio de 2009.

³⁰ Fala do especialista Dr. Ingo Sarlet, no discurso realizado em 27 de abril de 2009, para a audiência pública de saúde promovida pelo STF. Disponível para *download* na íntegra em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>

4.2 É possível “transplantar” a realidade alemã ao Brasil?

A reserva do possível, como já mencionado, é fruto da jurisprudência Constitucional da Alemanha. No entanto, insta frisar que existem diferenças entre as realidades brasileira e alemã, que impossibilitam a aplicação da reserva do possível em terras Tupiniquins.

Salienta-se que o “transplante” de uma tese originalmente criada em outro país precisa ser “compatível” com a realidade do local adotante. Nesse sentido, já há crítica bem estruturada quanto aos riscos da aplicação de teorias estrangeiras no Brasil a partir do Direito Comparado, que foi desenvolvida, paradoxalmente, por Krell,³¹ um professor alemão radicado no Brasil. Veja-se a lição do autor

[...] A interpretação dos direitos sociais não é questão de “lógica jurídica”, mas de consciência social de um sistema jurídico como um todo. É questionável a transferência de teorias jurídicas que foram desenvolvidas em países centrais do chamado “Primeiro Mundo”, com base em realidades culturais, históricas e, acima de tudo, socioeconômicas completamente diferentes³²

Embora o Direito brasileiro tenha-se espelhado diversas vezes no Direito alemão, o mesmo não pode ocorrer com os direitos sociais, visto que esses pouco se apresentam na Lei Fundamental Alemã. Dois são os motivos que fizeram com que os Direitos Fundamentais Sociais não fossem positivados no ordenamento jurídico germânico: o primeiro está relacionado com à experiência negativa vivenciada com a Constituição de Weimar, onde, embora positivados, tinham pouca força, sendo cadeirados como de menor importância; o segundo, e mais importante, foi o equilíbrio entre liberais e social-democratas presentes no Conselho Constituinte à época, que tornou a Alemanha um Estado Social sem a positivação de direitos sociais.

Mais importante é referir que na Alemanha – e em demais países centrais –, onde há um sistema de saúde evoluído, combinado com efetivas políticas de bem-estar-social e uma sociedade mais igualitária, a presença dos direitos sociais – e do direito à saúde – na Constituição não se apresenta tão necessária. Sem embargo, Krell afirma que “os problemas de exclusão social no Brasil de hoje se apresentam numa intensidade tão grave que não podem ser comparados à situação de países-membros da União Europeia”.³³

Ocorre que o Estado Alemão não desenvolveu seus preceitos com base em uma realidade como a brasileira, de expressiva desigualdade social e na qual significativa parcela da população não possui acesso a condições dignas de vida. No Brasil, torna-se necessária a possibilidade da “judicialização” dos direitos fundamentais

³¹ Tal crítica se encontra em: KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

³² KRELL, Andreas Joaquim. Controle judicial das serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.51.

³³ *Ibidem*. p.53.

para que o Poder Judiciário possa auxiliar na sua concretização quando o Executivo falha ou se omite.

De fato, a mera positivação do direito à saúde não gera garantia de efetividade. Contudo, segue-se aqui o mesmo entendimento de Luhmann.³⁴ Um direito humano só é reconhecido através do seu descumprimento. A publicização da sua inefetividade gera a afirmação futura do direito. É necessária a inscrição dos direitos humanos na Carta Política, ainda que eventualmente – no Brasil o melhor termo seria “frequentemente” – sejam violados, pois tal ato enseja em uma busca por seu cumprimento no futuro. Em países periféricos como o Brasil, é fato que ocorre maior descumprimento dos direitos humanos, refletindo-se em uma consequente/paradoxal maior busca pela concretização das garantias.

Ademais, faz-se necessário explanar quanto às diferenças entre as matérias em que foi utilizada a reserva do possível no Brasil e na Alemanha. Enquanto, no país europeu, a discussão se deu em torno do acesso à universidades, em solo brasileiro o Judiciário vem decidindo sobre uma questão muito mais importante: o direito à saúde. Óbvio está que o grau de importância é mais elevado, precipuamente, em razão da própria da relação saúde/vida.

Giza-se que o Estado ficou obrigado com a saúde, nos moldes do artigo 196 da Carta Política. Quando o Poder Público fica omissivo, a ponto de ensejar a morte dos titulares do direito à saúde, manifesta-se uma situação em completo descompasso com o ordenamento jurídico brasileiro, vedador da pena capital. Mesmo nos casos em que não leve à morte, a não-concretização do direito à saúde gera sofrimento e dor.

4.3 Há orçamentos acima do direito à saúde?

A existência do argumento da reserva do possível depende, sobremaneira, de um sistema social extrajurídico, a Economia. Embora as decisões de alocação de recursos para saúde pertençam ao sistema político, o cenário de escassez (financeira) que pressiona o direito à saúde (decisões sobre a saúde) advém do sistema econômico. Surgem, assim, duas possibilidades: o Direito pode ceder ou refutar a pressão do sistema econômico.

O movimento *Law and Economics* possui autores que afirmam a necessidade de as questões do sistema jurídico serem decididas com base na Economia. Nessa ótica, a reserva do possível prospera no sistema jurídico, limitando até os direitos mais fundamentais do homem, como a saúde. Assim, o Direito cede à pressão proveniente do sistema econômico. Timm sintetiza

[...] em primeiro lugar, porque a Economia é a ciência que descreve de maneira superficialmente o comportamento dos seres humanos em interação no mercado,

³⁴ LUHMANN. *O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramento*. Traduzido por Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Themis, Fortaleza, v.3, n.1, 2000. p.158.

que é tão importante para a vida real em sociedade. Em segundo lugar, porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos. Em terceiro lugar, a Ciência Econômica preocupa-se com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender ilimitadas necessidades humanas – que é um problema-chave quando se falam de direitos sociais ou mais genericamente fundamentais.³⁵

Permite-se discordar do entendimento firmado por Timm, quanto aos motivos apresentados para atar a Economia ao Direito. Em que pese a onipresença e a importância do mercado, entende-se, em uma perspectiva sistêmica, que a lógica do sistema econômico não pode interferir no sistema jurídico.

Diz-se isso porque cada sistema social deve manter a sua autopoiese. A autopoiese da Economia não pode ser a do Direito! A operatividade interna do Direito não é a mesma da Economia. O Direito deve decidir com base no Direito, devendo refutar a pressão econômica em suas decisões. Eis a impossibilidade da aplicação da reserva do possível através de uma observação autopoietica: a escassez é o ruído do sistema econômico dado pela abertura cognitiva. O Direito deve rechaçar tal ruído para proteger a saúde e a vida.

Contra a lógica autopoietica apresentada, mas seguindo a linha dos defensores do *Law and Economics*, Amaral³⁶ defende que o direito à saúde deve considerar os custos ao fazer suas decisões. Sua proposta é que sejam feitas “decisões trágicas”, a fim de maximizar os benefícios a um grande grupo de pessoas, enquanto parcela menor (cujas assistências demandam mais recursos financeiros) deixariam de ser amparadas pelo direito à saúde.

A fórmula apresentada pelo doutrinador é simplista: se os recursos – financeiros – são escassos, ou seja, se com eles não é possível satisfazer a todos, o Estado deve fixar critérios para atender a um maior número de pessoas com o valor que seria gasto por poucos, admitindo que os que necessitam de tratamentos de alto custo são a minoria. Para essa minoria apontada as decisões tornar-se-iam trágicas.

Entretanto, pode-se demonstrar a falácia do argumento com uma situação hipotética: se o tratamento de uma pessoa alcançar o mesmo custo que o tratamento de dez pessoas, a quem o Estado deve fornecer assistência? A todos em função dos princípios da integralidade³⁷ e igualdade do sistema de saúde brasileiro.

³⁵ TIMM, Luciano Benetetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.55-68.

³⁶ AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. de Janeiro: Renovar, 2001, p.141-142.

³⁷ O princípio está expresso no artigo 198, inciso II, da Constituição Federal e no artigo 7º, inciso II, da Lei 8.080/90.

Ademais, o cidadão não pode perder a tutela do direito à saúde apenas pela má sorte de possuir uma doença cujo tratamento é mais caro que a média. Nesse contexto, pode-se extrair da Carta Magna a ideia da “assistência aos desamparados”. Ela, contudo, em nenhum momento, utiliza a tese do “abandono dos *mais* desamparados”. Mas e se os recursos são insuficientes? Krell responde à questão afirmando que “se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do homem: sua vida, integridade física e saúde.”³⁸

Resumindo: a economia não pode ser tratada como hierarquicamente superior à saúde, modificando e influenciando as decisões do Direito. O direito fundamental deve suplantar a lógica econômica, não por razões falaciosas e sim porque tal é a operatividade própria do sistema jurídico no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reserva do possível no direito à saúde consiste em uma teoria embasada por argumentos falaciosos. Não se trata, por si só, de uma falácia una, mas sim, de uma reunião de argumentos falhos. Procurou-se evidenciar e atacar alguns dos argumentos menores que sustentam e permitem a reprodução da grande falácia – a própria teoria – nos Tribunais brasileiros.

A reserva do possível não expressa argumento tão robusto. Partindo da premissa de que a tese da escassez de recursos é o ponto de partida para a aplicação da reserva do possível, visto que se não existissem limites (escassez) não seria preciso definir aquilo que é possível, há que se admitir a necessidade da comprovação da ausência de recursos no caso concreto. Essa comprovação é necessária, em razão da instauração da dúvida quanto aos limites orçamentários do Estado.

Ainda que comprovada a ausência de recursos e, em entendimento divergente do posicionamento expressado aqui, se permitido o transplante da aplicação da reserva do possível ao Brasil, a teoria esbarraria em questão maior: a impossibilidade de limitação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Ocorre que o cidadão já possui esses direitos como parte de sua fundamentalidade. O ordenamento jurídico não pode negá-los sob pena de retrocesso social.

Por fim, a partir da análise dos sistemas sociais autopoieticos, ainda que brevemente, só há um sistema social se ele possuir uma função única. O Direito deve dizer o que é Direito e o que não é Direito, e faz isso decidindo com base em seus critérios específicos. A economia busca a constante manutenção dos pagamentos. Indevido é, portanto, que o Direito assuma a função do sistema econômico. Caso isso ocorra, haverá dois sistemas com a mesma funcionalidade e, com isso, a complexidade do sistema social, ao invés de diminuir, restaria acrescida.

³⁸ KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial...*, 2002, p.52-53.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de la Argumentacion Juridica*. trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de estudos Constitucionales, Madrid, 1989.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha. Em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARISTÓTELES. *Arte retórica*. São Paulo: Ediouro, 1998.
- AUDIÊNCIA Pública do Supremo Tribunal Federal – Dívidas. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=perguntas>. Acessado em 30 de Maio de 2009.
- AUDIÊNCIA Pública do Supremo Tribunal Federal – Saúde. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acessado em 09 de Maio de 2009.
- AZEREDO, Vânia Dutra de (coord.); PIOVESAN, Américo; SARTORI, Carlos Augusto; HARTMANN, Mauri; TILLET, Paulo Cezar. *Introdução à lógica*. Ijuí: Unijuí, 2000.
- ESTATÍSTICAS Mundiais 2009: gasto em salud. http://www.who.int/whosis/whostat/ES_WHS09_Table7.pdf Acessado em 20 maio 2009.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2001.
- FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- KRELL, Andreas Joaquim. *Controle judicial das serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.25-60.
- KRELL, Andreas Joaquim. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *La Ciencia de La Sociedad*. Mexico : Iberoamericana, 1996.
- LUHMANN, Niklas. *O Paradoxo dos Direitos Humanos e Três Formas de seu Desdobramentos*. Traduzido por Ricardo Henrique Arruda de Paula e Paulo Antônio de Menezes Albuquerque. Themis, Fortaleza, v.3, n.1, 2000.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; JEAN, Clan. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. *Argumentação jurídica: Técnicas de persuasão e lógica informal*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2008.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à Saúde : efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano. *O Tratamento Jurídico do Risco no Direito à Saúde*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.