

# A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E DOS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 6º E OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PREVENÇÃO<sup>1</sup>

Márcia Rosa de Lima<sup>2</sup>

Sumário: 1.Introdução. 2. Os direitos fundamentais do Art. 6º. Da Constituição Federal de 1988. 3. A judicialização perante o STF. 4.A confusão entre o direito à saúde e o direito à vida. 5. Os princípios da prevenção e da precaução segundo Sunstein, Juarez Freitas e Montague 6. conceitos dos princípios. 7. Aplicabilidade do princípio da precaução 8. A diferenciação segundo Juarez Freitas, Montague e Sunstein 9. Conclusão.10. Bibliografia



## 1. INTRODUÇÃO:

Este artigo pretende fazer uma verificação<sup>3</sup>, singela, da

---

<sup>1</sup> Este texto tem por base trabalhos apresentados nas disciplinas de Direito Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais no Direito Público e no Direito Privado I e II, ministradas pelo Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet durante o ano de 2009 no Curso de Doutorado do Pós-graduação da PUCRS.

<sup>2</sup> Procuradora do Município de Porto Alegre, atuando na Procuradoria de Dívida Ativa, doutoranda e mestre em direito pela PUCRS, área de concentração Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado, professora no Curso de Especialização em Direito Municipal da Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre e no Curso de Direito das Faculdades Rio-grandenses.

<sup>3</sup> A forma adotada nesta pesquisa foi de busca no site do STF(www.stf.jus.br ).

judicialização dos direitos sociais postos no art. 6º. da Constituição Federal(1988) perante o Supremo Tribunal Federal(STF) no ano de 2009. A verificação será apenas quantitativa(por seus próprios termos), tentando obter um diagnóstico acerca quais direitos sociais tem reclamado a intervenção do Poder Judiciário na sua efetivação.

A escolha por esta instância do Poder Judiciário Brasileiro deve-se a sua função primeira de atender e dar concretude às normas e princípios constitucionais. Assim, se a pretensão é dimensionar a importância de um tema proposto pela Constituição é neste órgão que devemos verificar a sua presença.

Considerando os direitos postos no art. 6º. da CF/88(Educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados) imagina-se que a educação, a saúde e a moradia devam ser aqueles com maior solicitação de prestação por parte do Estado. Veremos, a seguir se esta suspeita se confirma.

João Luiz M. Esteves em sua obra "Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal"<sup>4</sup> fez um corte de análise no ano de 1996, mas salientou haver especial interesse na verificação da jurisprudência daquele Tribunal a contar de julho de 2002 tendo em vista os ministros para lá nomeados a partir daquela data. A ansiedade mencionada por este Autor se justifica pela familiaridade dos Ministros no que se refere ao Direito Público. Apresenta também uma justificativa de mérito, a qual transcrevemos por comungarmos com o mesmo pensamento ao elaborarmos o presente texto<sup>5</sup>:

*“Conhecer processos concretizadores dos*

---

<sup>4</sup> ESTEVES, João Luiz M., Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Método, 2007(coleção prof. Gilmar Mendes), p. 94

<sup>5</sup> Deixe-se claro que o presente artigo não tem na pretensão de ser tão intenso e extenso quanto o de João Luiz Esteves, posto que a sua pesquisa foi bem mais alargada e minuciosa.

*direitos fundamentais sociais no ambiente jurisdicional significa também saber a forma como o Judiciário recebe e trata as questões relativas à subjetividade e à aplicabilidade desses direitos. É necessário, pois, estudar a amplitude que lhes é dada e os mecanismos que lhes possa dar efetividade.”*

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO ART. 6º. DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:

Para que tenhamos presente de quais direitos sociais estaremos falando transcrevemos o artigo balizador:

*“Art.6º. São direitos sociais a educação, a saúde, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)<sup>6</sup>”*

Lembra João Luiz Esteves que, ao lado dos Poderes Legislativo e Executivo, o Judiciário deve atuar de modo objetivo na efetivação dos direitos fundamentais sociais. Essa atuação deve ser ampla, aferindo se as políticas públicas estão sendo desenvolvidas e, mais do que isso, se estão atingindo os objetivos previstos na Constituição. Nessa direção, o Poder Judiciário deve atuar de forma ativa, suprindo “omissões legislativas e executivas, redefinindo políticas públicas quando ocorrer inoperância de outros poderes<sup>7</sup>”

Nessa perspectiva, o Poder Judiciário – por meio da atuação de seus juízes, desembargadores e ministros – vem se tornando, em boa medida, o garantidor da efetivação dos

<sup>6</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05/10/1988 com redação alterada pela Emenda Constitucional no. 26, de 2000

<sup>7</sup> ESTEVES, João Luiz M. Obra citada, p. 75-76.

direitos fundamentais. Nesse contexto, os juízes têm decidido sobre inúmeras questões, tais como o fornecimento de remédios à pessoa portadora de enfermidades; o direito de acesso de crianças à sala de aula; o direito de o deficiente ter acesso a prédios públicos, etc. O *guardião das promessas*<sup>8</sup> passa a desempenhar, assim, outra função, qual seja a de concretizar direitos fundamentais.

Nos termos de João Luiz Esteves<sup>9</sup> “*os direitos prestacionais podem incorporar tanto direitos sociais quanto individuais, dos quais se podem citar como exemplo direitos sociais prestacionais aqueles arrolados no art. 6º. da CF, e como direitos individuais prestacionais, a maior parte daqueles arrolados no art. 5º., que exigem, da parte do Estado, a manutenção de enorme aparelhamento administrativo, judiciário e policial para a sua efetividade e garantia*<sup>10</sup>”.

O Ministro Gilmar Mendes em decisão proferida em SS 3690/CE<sup>11</sup> em sua fundamentação prescreveu o que segue:

*“A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. As divergências doutrinárias quanto ao efetivo âmbito*

---

<sup>8</sup> GARAPON, Antoine. O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

<sup>9</sup> ESTEVES, João Luiz M, ob.cit, p. 61

<sup>10</sup> No mesmo sentido Ingo Wolfgang Sarlet, em Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 55, 2002, p. 48

<sup>11</sup> SS 3690 / CE – CEARÁ, SUSPENSÃO DE SEGURANÇA, Julgamento: 20/04/2009, Presidente: Min. GILMAR MENDES

de proteção da norma constitucional do direito à saúde decorrem, especialmente, da natureza prestacional desse direito e da necessidade de compatibilização do que se convencionou denominar de “mínimo existencial” e da “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*). Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), mas também uma proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) (Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechtswirkungen um Verhältnismässigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatsrechts, JuS, 1989, p. 161.*). Nessa dimensão objetiva, também assume relevo a perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento (*Recht auf Organization und auf Verfahren*), que são aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos e procedimentos indispensáveis à sua efetivação. Ressalto, nessa perspectiva, as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazer escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a

*sério os direitos significa levar à sério a escassez” (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.). Embora os direitos sociais, assim como os direitos e liberdades individuais, impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positivos), quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nesse sentido, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do financeiramente possível. Em relação aos direitos sociais, é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão.”(grifos nossos)*

Desta exposição doutrinária judicializada pode-se depreender o caráter prestacional e protetivo dos direitos sociais elencado na nossa Constituição Federal, principalmente do art. 6º.

### 3 A JUDICIALIZAÇÃO PERANTE O SUPREMO

## TRIBUNAL FEDERAL

Para verificarmos a assertiva de que os direitos sociais mais pleiteados são a educação, a saúde e a moradia há que se verificar junto ao Supremo Tribunal Federal, lugar primeiro da discussão constitucional no Brasil.

Deste modo partiremos dos dados obtidos junto ao site do Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup> e as expressões utilizadas estão abaixo listadas e advieram dos termos do art. 6º. Da Constituição federal de 1988.

Assunto	Acórdãos	Decisões Monocráticas	Decisões da Presidência	Questão de ordem	Repercussão geral
Direitos sociais <sup>13</sup>	24	127	21	0	0
Art. 6º. Da CF/88	26	297	20	0	4
Educação	31	241	25 <sup>14</sup>	0	1
Saúde	67	544	223	0	2
Trabalho	231	1631	55	0	4
Moradia	2	30	4	0	0
Lazer	0	8	1	0	0
Segurança	139	1782	253	6	1
Previdência Social	17	299	11	1	1
Assistência aos desamparados <sup>15</sup>	0	0	1	0	0

A expressão “proteção à maternidade e infância” foi pesquisada sob três formas: a) proteção à maternidade e infância; b) proteção à maternidade; c) proteção à infância. Em quaisquer das formas se obteve o mesmo resultado: nenhuma decisão catalogada.

<sup>12</sup> Diga-se que a pesquisa no site do foi realizada considerando o lapso temporal de 01/01/2009 a 05/12/2009.

<sup>13</sup> Foram inseridas decisões em 24 informativos do STF.

<sup>14</sup> Ver nota de rodapé referente ao termo “assistência aos desamparados”.

<sup>15</sup> O número de 01(uma) decisão da presidência neste termo não corresponde à realidade, pois verificando a decisão referida(STA 318/RS, julgamento em 20/04/2009, Min. Gilmar Mendes) localiza-se este termo na transcrição do art. 6º. Da CF. O assunto tratado é a disponibilização de transporte escolar por parte do Estado do Rio Grande do Sul para atender o direito à educação.

Considerando todos os termos que compõem o art. 6º. da Constituição Federal/88 temos 487, acórdãos, 4535 decisões monocráticas, 573 decisões da Presidência, 7 questões de ordem e 9 com reconhecimento de repercussão geral.

Diga-se que houve a audiência pública para a discussão acerca de ações afirmativas (discussão de cotas para ensino superior) cuja origem é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 186 e do Recurso Extraordinário 597.285/RS<sup>16</sup> e esta foi solicitada pelo Ministro relator Ricardo Lewandowski. Aqui o direito fundamental em questão é o da educação.

O entendimento da abrangência e conteúdo de cada um destes direitos sociais postos no art. 6º. da CF/88 é de suma importância para a efetivação perante o Estado brasileiro, sendo desejável uma análise robusta por parte da suprema corte do país. Diante disto foi proposta e aprovada a Emenda Constitucional n.º 45/2004 onde foi introduzido no direito brasileiro o instituto da repercussão geral através do §3º no art. 102 da Constituição, o qual diz:

*“art. 102:....§3º - No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”*

A regulamentação deste dispositivo constitucional foi efetuada pela Lei n.º 11.418, de 19 de dezembro de 2006, acrescentando no Código de Processo Civil os arts. 543-A e 543-B. O parágrafo primeiro do art. 543-A aborda os requisitos de conhecimento da repercussão geral. A finalidade é reconhecer a existência, ou não, de questões relevantes do

---

<sup>16</sup> O andamento pode ser verificado através do site do STF ([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)) processos/audiências públicas/ ação afirmativa. Último acesso em 08.08.2012.



ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa.

Uma das motivações para a criação deste instituto é a diminuição de demandas individuais perante o Poder Judiciário, uma vez que verificou-se a repetição de pleitos com fulcro no mesmo dispositivo constitucional. A idéia é retirarem-se as causas com jurisprudência já consolidada, matérias sumuladas e de natureza idêntica, permitindo que os feitos com repercussão (grau de relevância) e interesse coletivo possam ser analisados e decididos pela Suprema Corte.

Dessa forma, se a questão jurídica em debate estiver restrita às partes do processo e aos seus interesses, não terá espaço para o Recurso Extraordinário. Para que seja reconhecida a repercussão geral é necessário que a questão em conflito, o objeto da lide, seja também uma preocupação da coletividade, ou seja, saia do conflito entre partes e envolva a comunidade ou parte dela.

O juízo negativo de admissibilidade, ou seja, a rejeição da repercussão geral necessita do voto de dois terços dos membros da Corte Suprema. Logo, compete a oito dos onze ministros a recusa do pleito, somente o Plenário do STF poderá rejeitar a matéria, cabendo-lhe decidir pelo conhecimento do recurso extraordinário por falta de repercussão geral da questão constitucional nele ventilada.

Diante disto é interessante notarmos que com relação aos direitos sociais foram reconhecidas em nove(09) ocasiões a repercussão geral do pleiteado perante o STF. Por outro lado, note-se que apesar de haver catalogação para a existência de súmulas e de súmulas vinculantes, nenhum destes assuntos as possuem até o momento.

#### 4. A “CONFUSÃO” ENTRE DIREITO À SAÚDE E DIREITO À VIDA:

Em decisão da Presidência do STF<sup>17</sup>(20/11/2009), o Min. Gilmar Mendes, analisando pedido de suspensão de tutela antecipada proposta pelo Estado da Bahia para o fim de não dispensar o medicamento MYOZYME ao Autor(Francisco de Pinho dos Santos) portador da doença de POMPE, reconheceu o caráter constitucional da discussão posta no feito em atenção aos direitos sociais(saúde) garantidos nesta esfera.

Após longa fundamentação(e apresentação de argumentos teóricos robustos) decidiu pela impossibilidade de conceder a suspensão:

“Inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei n.º 8.437/1992, verifico que a suspensão da decisão representa *periculum in mora* inverso, podendo a falta do medicamento solicitado resultar em *graves e irreparáveis danos à saúde e à vida do paciente*. Assim, não é possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a adoção da medida excepcional de suspensão de tutela antecipada. Ante o exposto, indefiro o pedido de suspensão. Publique-se. Brasília, 20 de novembro de 2009. Ministro GILMAR MENDES Presidente”

Considerando o volume de demandas acerca do assunto “direito à saúde” o Presidente do STF determinou a realização de audiência pública, realizada em 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, com a participação de especialistas da área(tanto do direito como da medicina) e sociedade civil através de entidades representativas.<sup>18</sup> Além desta houve a audiência pública da ADPF 54(discussão acerca da

---

<sup>17</sup> STA 361/BA – suspensão de tutela antecipada, julgamento em 20/11/2009

<sup>18</sup> A íntegra desta audiência pública pode ser acessada através do site do STF([www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)) processos/audiências públicas/saúde. Último acesso em 05.12.2009 para a elaboração do texto. Considerando que se trata de transcrição de ato já realizado não há modificação posterior.

possibilidade de realização de aborto de feto anencefálico<sup>19</sup>), a qual também discutiu o direito à vida(do feto e da mãe) e à saúde(principalmente da mãe).

No citado pedido de suspensão de tutela antecipada(STA 361/BA<sup>20</sup>) o Min. Gilmar Mendes faz referência às discussões sobre o tema direito à saúde e utiliza tal como fundamento de sua decisão já transcrita:

“O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) “direito de todos” e (2) “dever do Estado”, (3) garantido mediante “políticas sociais e econômicas (4) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos”, (5) regido pelo princípio do “acesso universal e igualitário” (6) “às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. A doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial. *O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo.* Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro *as decisões*

---

<sup>19</sup> Também acessável pelo site retro mencionado com modificação para ADPF 54.

<sup>20</sup> STA 361/BA – suspensão de tutela antecipada, julgamento em 20/11/2009

*judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. Em 5 de março de 2009, convoquei Audiência Pública em razão dos diversos pedidos de suspensão de segurança, de suspensão de tutela antecipada e de suspensão de liminar em trâmite no âmbito desta Presidência, com vistas a suspender a execução de medidas cautelares que condenam a Fazenda Pública ao fornecimento das mais variadas prestações de saúde (fornecimento de medicamentos, suplementos alimentares, órteses e próteses; criação de vagas de UTIs e leitos hospitalares; contratação de servidores de saúde; realização de cirurgias e exames; custeio de tratamento fora do domicílio, inclusive no exterior, entre outros). Após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, entendo ser necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil. Isso porque, na maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas.”(grifos nossos)*

Esta rápida análise feita pelo Presidente do STF, e ressaltada por nós na transcrição acima, demonstra que efetivamente as decisões proferidas pelo Judiciário em

demandas que envolvem a saúde, “modificam” a política do ente federativo diretamente envolvido na lide. E, por outro lado, vê-se(nos próprios termos da decisão do Ministro) que o elemento “vida” é preponderante nas decisões onde o indivíduo pleiteia uma prestação(seja serviço ou entrega de medicamento) com fulcro no direito à saúde.

A confusão existente entre vida e saúde nas demandas judiciais ficam por demais evidentes. O deferimento de um pedido contra a fazenda pública sempre, ao fim e ao cabo, são feitos considerando a possibilidade de manutenção da vida do Autor. Dificilmente vamos encontrar alguma antecipação de tutela que seja deferida sem considerar o risco de vida(ou de morte) do Autor.

Mesmo quando o pedido é de internação para o tratamento de desintoxicação por uso de drogas o elemento vida prepondera sobre a questão do direito à saúde do beneficiado pela internação. A questão do risco de ofensa à vida de outrem ou à própria (seja por ameaça de suicídio ou pelo uso da droga em si) é o que prepondera.

Assim o que se percebe é que o bem tutelado é a vida e não propriamente a saúde. Apresentamos como exemplo um trecho de decisão do Tribunal do Rio Grande do Sul<sup>21</sup>, onde o Autor pleiteava uma cirurgia bariátrica(redução de estômago):

*“No caso concreto, é a vida humana que está periclitando em termos de seu mínimo existencial (manutenção da saúde), razão pela qual se impõe medidas de eficácia objetiva a resguardar e*

---

<sup>21</sup> APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO (DIREITO À SAÚDE). AÇÃO ORDINÁRIA. REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. OBESIDADE MÓRBIDA.NÃO RESTANDO COMPROVADA DE FORMA EFICAZ A ENFERMIDADE E A NECESSIDADE DO TRATAMENTO MÉDICO, É DE SER INDEFERIDO O PROCEDIMENTO CIRÚRGICO.APELAÇÃO PROVIDA. PREJUDICADO O REEXAME NECESSÁRIO, POR MAIORIA. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL, Nº 70021864954, MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, APELANTE - IZOE CESAR ROCHA SANCHEZ, APELADO

*promover tal interesse público indisponível, tal como a de determinar que o Estado preste imediatamente a pretensão deduzida, quando for o caso efetivamente. “*

Quando as perícias médicas conseguem demonstrar que o medicamento pleiteado pelo Autor pode ser substituído por outro sem trazer-lhe prejuízo, ou melhor, conseguindo manter-lhe a vida com qualidade, a substituição vem sendo deferida

Na mesma STA<sup>22</sup> em comento temos a seguinte explicação:

*“O segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa hipótese, podem ocorrer, ainda, duas situações distintas: 1º) o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente; 2º) o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os*

---

<sup>22</sup> STA 361/BA – suspensão de tutela antecipada, julgamento em 20/11/2009

*medicamentos disponíveis e as respectivas doses. Assim, um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico vigente. Ademais, não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível.”(grifos nossos)*

Abramovich assevera que o “direito à vida” pode ser usado como estratégia para o cidadão assegurar os demais direitos:

*“El uso del derecho a la vida para proteger intereses amparados por derechos sociales ha sido otra estrategia de protección indirecta de derechos económicos, sociales y culturales, utilizada en el nivel doméstico y que podría aplicarse asimismo en los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. En el sistema europeo también se ha utilizado el derecho a la vida como una forma de proteger intereses vinculados al derecho a la salud y de exigir al Estado obligaciones positivas de protección.”<sup>23</sup>*

No caso do direito à saúde esta “confusão” entre eles(direito à saúde e direito à vida) é muito mais simples de ser verificado e admitido. O fio que separa as duas percepções é muito tênue.

Se o pleito é da realização de um procedimento cirúrgico

---

<sup>23</sup> ABRAMOVICH, Víctor.,Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos, *Print version* ISSN 1806-6445, Sur, Rev. int. derechos human. vol.2 no.2 São Paulo 2005, Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados

ou de um exame para diagnóstico, como pode-se dizer que a sua não realização em nada afetará a permanência da vida do Autor da lide.

E dentro disto há que se ter presente que não é o direito à saúde que determinará o deferimento de uma tutela antecipada, mas sim o medo da perda da vida pela não realização de um exame, de um procedimento ou ingestão de um medicamento.

## 5. OS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO SEGUNDO SUNSTEIN, JUAREZ FREITAS E MONTAGUE

Atualmente, trazidos do Direito Ambiental, os princípios da prevenção e da precaução estão na fundamentação das decisões judiciais onde a lide discute, precipuamente, o limite da obrigação da administração pública em prestar um serviço para atender direitos fundamentais. O mais comentado é o direito fundamental à saúde, embora pelo dito acima, verifica-se que pode não ser o direito fundamental mais efetivamente discutido perante o STF.

Entre Cass Sunstein e Juarez Freitas há uma divergência fundamental no que tange à utilização do princípio da prevenção: o primeiro afirma que o “princípio é literalmente paralisante – proibindo inação, regulação rígida e mesmo ações intermediárias<sup>24</sup>,” uma “forma mal elaborada de proteção desses objetivos<sup>25</sup>,” (proteção à saúde e meio ambiente) e o segundo que tal princípio é “dotado de eficácia direta” e estabelece a “obrigação de adotar medidas antecipatórias ...e proporcionais”<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup>SUNSTEIN, Cass R.. (PARA) *ALÉM DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO*, Tradução de: Marcelo Fensterseifer, Martin Haerberlin e Tiago Fensterseifer. Revista Interesse Público 37, ano VIII, 2006, Porto Alegre, Notadez, p. 119

<sup>25</sup> Sunstein, ob. Cit., p. 120

<sup>26</sup> Juarez Freitas no livro *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p.140, e no livro *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, p. 101



O Prof. Juarez Freitas afirma no livro *Discricionariedade...*<sup>27</sup> (acima referido) que tal princípio é “dotado de eficácia direta e imediata, estabelece(não apenas no campo ambiental), mas nas relações de administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentalmente temidos.”(grifo nosso)

Para Montague o princípio da precaução é uma “nova forma de tomar decisões sobre meio ambiente e saúde”(new way of making decisions about environment and health), é centrada na prevenção dos danos(one focused more on preventing harm). Diga-se que o texto analisado é uma resposta às críticas(11 pontos) ao princípio da precaução e a partir disto é que são feitas as assertivas do Autor.

Ressalte-se que tanto Montague como Sunstein mencionam que o uso de tal princípio não é explícito nos Estados Unidos, e no dizer de Montague, a “velha forma” ainda encontra-se presente e esta diz que tudo pode ser feito desde que não seja ilegal levando a litígios que duram décadas e com dispêndio de milhares de dólares, pois é necessário provar o dano. Nesta via as ações alternativas somente são necessárias após a ocorrência(e comprovação) do dano<sup>28</sup>. Um exemplo desta atuação seria a questão da utilização do chumbo em tintas e na gasolina, bem como a questão do uso do amianto, referido por Montague. Neste modo de agir e pensar o ônus de provar o dano é do lesado. Apesar da ratificação de tratados e declarações, como a do Rio/1992 os Estados Unidos ainda não atuam em conformidade com tal princípio.

## 6. CONCEITOS DOS PRINCÍPIOS:

---

<sup>27</sup> Freitas, Juarez. “Discricionariedade...”, p.101.

<sup>28</sup> Esta perspectiva também aparece na resposta á crítica 2 a qual afirma que a precaução não é necessária, que o atual sistema de regulamentação atua bem e que não há necessidade de mudar.

Sunstein<sup>29</sup> refere a existência de dois princípios(ou versões): fraco e forte. A fraca autorizaria a regulação “*mesmo se não pudermos estabelecer uma conexão definitiva...*”; a forte diz que “*...então decisões devem ser tomadas de modo a prevenir tais atividades de ser conduzidas a menos e até que evidência científica demonstre que o dano não ocorrerá.*”<sup>30</sup>

Na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento em 1992 foi definindo no princípio 15 da Carta e afirma sua função como:

*“...a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este princípio afirma que a ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prever este dano.”*

Segue-se a esta a Declaração de Wingspread(1998), a qual afirma que o princípio deve ser “implantado” quando uma atividade represente ameaças de danos à saúde humana ou ao meio-ambiente. E em 2004,através da Convenção de Estocolmo sobre Poluentes Orgânicos Persistentes o princípio é mencionado como base para a proteção da saúde humana e do meio ambiente.

Conforme Montague<sup>31</sup> temos três elementos comuns a formulação do princípio da precaução:

1. “se temos uma razoável suspeita de ocorrência de danos(*If we have reasonable suspicion of harm*)
2. acompanhada de incerteza científica, e em seguida (*accompanied by scientific uncertainty, then*)
3. todos temos o dever de agir para evitar os danos(*we all have a duty to take action to prevent harm*)”

---

<sup>29</sup> Sunstein, obra cit., p.. 127

<sup>30</sup> Sunstein, obra cit., p. 129

<sup>31</sup> É parte da resposta à crítica 1 a qual afirma que não faz sentido o princípio da precaução tendo em vista suas muitas maneiras de afirmação.

Há que se fazer diferenciação entre o princípio da precaução e o da prevenção. Para o prof. Juarez Freitas a diferença é sutil e reside no grau estimado de probabilidade de ocorrência<sup>32</sup>, sendo que o princípio da prevenção leva a administração pública para “o dever incontornável de agir preventivamente”, sendo que “o ponto relevante é que não se admite a inércia administrativa perante o dano previsível.”

Devemos ressaltar que esse Autor, desde o resumo do artigo “Princípio da Precaução: vedação de excesso e de inoperância” informa que vincula a precaução aos princípios da proporcionalidade e da motivação aos quais a boa administração pública deve estar atenta.

“A motivação compensa a insegurança da dúvida circunstancial”<sup>33</sup> Este dever de motivar retira o receio da ausência de indícios justificadores da medida adotada com fundamento na precaução. “Em síntese, o exercício da precaução requer motivação consistente: os fundamentos de fato e de direito para as decisões estatais de precaução são de rigorosa inafastabilidade.”<sup>34</sup>

No dizer do Prof. Juarez quando o assunto é direito ambiental “não se admite inércia do estado<sup>35</sup>” e apresenta nos elementos de fundo: “a) alta e intensa probabilidade(certeza) de dano especial e anômalo; b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitá-lo; e c) o Estado arca com o ônus de produzir a prova da excludente reserva do possível ou de outra excludente do nexo de causalidade”

Outro princípio que deve atuar em conjunto com o da precaução é o da proporcionalidade em sentido estrito. Quem afirma isto é o Prof. Juarez Freitas afirmando que esta última cláusula decorre do “reconhecimento de que os meios podem

---

<sup>32</sup> Em todos os textos referidos: “O controle...”, p. 140, Discricionariedade...”, p. 103,

<sup>33</sup> Freitas, Juarez. Princípio da precaução..., p. 39

<sup>34</sup> Freitas, Juarez. Obra cit., p. 40

<sup>35</sup> Freitas, Juarez. Obra cit., p. 35

*ser idôneos para atingir o fim, contudo desproporcionais em relação ao custo/benefício.(...) a proporcionalidade indaga pelo preço a pagar, no caso da precaução. Faz a conta do lucro e da perda, ao apurar se os ônus interventivos não são desmesurados.”<sup>36</sup>*

Depois desta análise conjunta o Autor sintetiza nos seguintes termos<sup>37</sup>:

*“À vista disso, no que concerne à harmonia do princípio constitucional da precaução com o princípio da motivação e sob o crivo do tríplice teste da proporcionalidade, vital possuir em mente que: a) a aplicação direta e imediata do princípio da precaução nada mais deve acarretar do que a hierarquização governada pelos princípios e direitos fundamentais<sup>74</sup>; b) embora autônomo, o princípio da precaução deve ser compreendido entrelaçadamente com os demais, isto é, relativo e considerado superior às regras, por definição; c) a efetividade do princípio da precaução supõe o Poder Público animado por carreiras de vínculo institucional típico, na perspectiva do Direito Administrativo Ambiental mais de Estado do que governativo; e d) deve ser amplamente sindicada a conduta estatal (omissiva ou comissiva), com a noção clara de que o princípio da proporcionalidade veda ações excessivas e inoperância. Com tais vetores assentes, força inferir a responsabilidade objetiva<sup>75</sup> e proporcional do Estado no tocante às condutas omissivas (falta de precaução) ou comissivas (excesso de precaução). De passagem, útil reter que, na seara ambiental, a responsabilidade do*

---

<sup>36</sup> Freitas, Juarez. Obra cit., p. 44

<sup>37</sup> Freitas, Juarez. Obra cit., p. 44

*Estado não será meramente subsidiária, mas solidária.”*

Com estas ponderações as críticas feitas por Sunstein (e também as respondidas por Montague) podem ser minoradas e até mesmo dirimidas.

## 7 .APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO:

Este princípio é mais corriqueiramente mencionado quando da discussão de direito ambiental, sendo que a saúde humana ali aparece como em sentido lato e não específico na busca de um procedimento ou medicamento sob prescrição médica.

Sunstein menciona que a política ambiental na Alemanha, desde meados de 70, está baseada no *vorsorgeprinzip* (prontidão/princípio da precaução), e classifica como intervencionista (p. 121). Faz menção a existência de pelo menos 14 documentos internacionais<sup>38</sup>.

Este Autor afirma que: *“o princípio da precaução parece muito sensato, até sedutor.(...) Isto faz sentido para gastar recursos ao prevenir uma chance pequena de desastre - considere os altos custos, pecuniários ou não, que são gastos para reduzir o risco de ataques terroristas(...). O princípio da precaução deve também ser visto como um apelo para um tipo de seguro regulatório(...) Apesar disto insisto que o princípio*

<sup>38</sup> Sunstein, obra cit., p. 121/123.

1982: Carta Mundial para a Natureza das Nações Unidas: primeiro reconhecimento internacional;

1987: segunda Conferência Internacional de proteção do Mar do Norte

1992: Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento

1992: Convenção-quadro das Nações Unidas sobre mudanças climáticas

1995: Declaração Final da Primeira Conferência Européia sobre Mares em Risco

1998: Declaração de Wingspread

1997: tratado da União Européia

2000: Comissão Européia

2000: Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança da Convenção sobre Diversidade Biológica

*da precaução não pode ser defendido plenamente nesses termos, simplesmente porque riscos estão por todos os lados das relações sociais. Qualquer esforço para ser universalmente precavido vai se tornar paralisante, proibindo todos os passos imagináveis, incluindo nenhum passo também.*<sup>39</sup>”

Poder-se-ia dizer que o princípio da precaução está presente na nossa Constituição nos arts. 196, 225, 227, sendo que os núcleos estariam nas seguintes expressões:

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

*Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações....*

*Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão....”*

Na área da saúde o Prof. Juarez Freitas cita como exemplo de utilização do princípio da precaução a não liberação de medicamentos sem a segurança mínima quanto

---

<sup>39</sup> Sunstein, obra cit.,p. 123

aos efeitos colaterais, o que torna necessário um lapso de tempo entre a sua apresentação ante a administração pública (no caso a ANVISA, administração pública federal) e a sua colocação no mercado visando a utilização pelos cidadãos. É o dever de cautela. Até porque, conforme este Autor, para a aplicação deste princípio “*o dano se afigura somente provável, a partir de indícios e presunções*”<sup>40</sup>.

O atual conceito de saúde pública *não é na origem um conceito científico, mas uma idéia comum, ao alcance de todos*<sup>41</sup>

Se aceitarmos o argumento posto na crítica de número 8<sup>42</sup> analisada por Montague (de que o princípio da precaução prevê um papel intrusivo para o governo, sem precedente ou legitimidade) teremos um governo inoperante, apenas ratificador da atitude do poder privado. Não admitir-se-ia qualquer regulamentação de atividade privada, mesmo que em benefício da comunidade. O dever do estado proteger desapareceria.

## 8. A DIFERENCIAÇÃO SEGUNDO JUAREZ FREITAS, MONTAGUE E SUNSTEIN:

Das leituras feitas é possível depreender que a diferenciação para a aplicabilidade do princípio da precaução está na interpretação deste, se prudente, como mencionado pelo prof. Juarez Freitas.

A crítica colocada em sétimo lugar no texto de Montague é de que tal princípio é baseado em valores e emoções e não na ciência. Pois bem, a percepção da possibilidade de danos não é

<sup>40</sup> Freitas, Juarez, Princípio da precaução, ... p. 37

<sup>41</sup> Dallari, Sueli Gandolfo, Ventura, Deyse de Freitas Lima, O princípio da precaução, dever do estado ou protecionismo disfarçado?, São Paulo Perspectiva, vol. 16, April/June 2002

<sup>42</sup> Montague, criticism 8: The precautionary principle envisions an intrusive new role for government, one without precedent or legitimacy.

resultado de emoções. A valoração faz parte do Homem, a vida, sua qualidade, são elementos presentes em toda e qualquer decisão tomada de forma individual. Não há porque o mesmo não ocorrer quando se trata de definição de política pública, a qual atingirá um contingente de pessoas. Há que se hierarquizar os bens e projetar as consequências das decisões tomadas hoje. Nisto não há elemento que diminua a coerência do princípio.

Na resposta à crítica de número 3, a abordagem da precaução pretende atingir risco zero, o que é impossível<sup>43</sup>, Montague aponta a intenção da precaução, a diminuição dos riscos de ocorrência de danos, a questão posta neste princípio é “como pode-se evitar o dano?”

Quando é dito que é uma anti-ciência tendo em vista a questão da incerteza científica, deve-se anotar que a diferença desta para a velha forma, no dizer de Montague, é a consequência do olhar sobre tal incerteza. Na velha forma é uma luz verde (como não há certeza de que ocorrerá dano vamos em frente, corremos o risco). Com o olhar do princípio da precaução é um sinal de alerta (amarelo ou até mesmo vermelho). O autor entende que na base da ciência sempre há a incerteza.

Talvez uma das críticas mais contundentes é a enumerada em quinto lugar: o princípio impedirá o progresso, se tal estivesse em vigência quando da criação do automóvel não o teríamos criado... Montague infere que o necessário é a discussão e a criação de alternativas menos danosas para o desenvolvimento. A solução de substituição do cavalo em 1900 talvez pudesse ter sido menos danosa, se mais discutida.

Contudo, também temos que considerar que a discussão acontece em um determinado tempo e baseia-se nas informações científicas e tecnológicas conhecidas naquele

---

<sup>43</sup> Montague, Peter. “Answering...: criticism 3: The precautionary approach aims to achieve zero risk, which is impossible.



momento, portanto se hoje aplicarmos o princípio da precaução sobre decisões do passado, podemos “condenar” soluções que à época não poderiam ter sido diferentes. O ponto central é o uso das informações disponíveis para alcançarmos a melhor solução.

A crítica 6 (*Precaution will stifle innovation and destroy job.*) guarda relação com a 5 no momento em que menciona a inibição de inovações e novos empregos. Acerta Montague quando contradita tal crítica afirmando que com os questionamentos hoje postos surge a necessidade de maior estudo e apresentação de alternativas e desta forma abre-se o mercado da pesquisa e de novas criações.

O Prof. Juarez Freitas, em certa medida concorda com Sunstein, afirmando que devem ser coibidos os excessos e deste modo é de se rejeitar a versão forte do princípio da precaução, considerando que nesta medida este o seria incoerente, dado que permitiria, ação e inação.<sup>44</sup> E, adiante alerta: “*Precaução em demasia é não-precaução*”<sup>45</sup>.

Porém deixa claro o entendimento de que “*o princípio da precaução, congruente e fundamentado, determina uma inovadora lógica de atuação do Estado: a lógica das estratégias prudentes de longo prazo.*”<sup>46</sup>

## 9. CONCLUSÃO

Qual a conclusão a que podemos chegar verificando os números acima apresentados? Porque não temos um número equivalente na busca dos direitos sociais listados no art. 6º. parece-nos fácil de responder.

Num Estado onde a prestação do serviço público da saúde ainda precisa ser buscado pela via judicial não temos

<sup>44</sup>Freitas, Juarez, Princípio da precaução...p. 38

<sup>45</sup> Freitas, Juarez, Princípio da precaução...p. 39

<sup>46</sup> Freitas, Juarez, Princípio da precaução...p. 40/41

como possuir grandes demandas em busca do lazer. Este é um direito que se torna “supérfluo” em relação aos demais.

Se o trabalho não está protegido suficientemente, talvez a moradia fique em segundo plano pois o cidadão não terá como cumprir os compromissos financeiros advindos da obtenção deste direito(aluguel, CDRU, taxas, IPTU, ...)

Será que podemos dizer que inexistem problemas na prestação de alguns dos direitos sociais elencados no art. 6º?

Ou será que a realidade brasileira faz com que alguns direitos sociais se mostrem mais prementes e desta forma estes são mais buscados pelos cidadãos e assim, verificando-se a ineficiência do Estado na sua prestação, a solução judicial é buscada?

A impressão colocada na introdução deste artigo, de que apenas alguns dos direitos sociais são buscados perante o Poder Judiciário Superior é verdadeira.

Contudo, a verificação mostrou que os direitos mais presentes na catalogação do Supremo Tribunal Federal não são aqueles mencionados na Introdução(saúde, educação, moradia).

Se considerarmos apenas o volume de decisões monocráticas teremos a Segurança e o Trabalho como “campeões” de pleitos. Por outro lado se observarmos as decisões da Presidência temos novamente a segurança em primeiro lugar, seguida, de perto, pela saúde.

Devemos ressaltar que esta verificação deu-se considerando a catalogação do próprio Supremo Tribunal Federal e não uma leitura de cada um dos textos numericamente mencionados.

Chama a atenção a inexistência de ações catalogadas como proteção à maternidade e à infância, mas devemos ressaltar que estes direito estão vinculados, em sua grande parte, à saúde, à educação e à previdência social.

Consideramos inevitável concluir que não temos ainda um diagnóstico preciso da judicialização dos direitos sociais na

busca pelo cumprimento do dever de prestação destes direitos por parte do Estado(lato senso).

Existem temas elencados no art. 6º. que são mais prementes em seu cumprimento na nossa realidade.

Aqui, mais uma vez, nos valem das palavras de Esteves<sup>47</sup>:

*“Todos os órgãos estatais, nos quais se inclui o Judiciário, têm função política. A argumentação de que o Judiciário é um órgão estatal incumbido de uma função meramente jurisdicional, incompatível com a atividade política atribuída ao Legislativo e ao Executivo-, e que por esse motivo deve permanecer estritamente submetido a uma interpretação que ‘revele’ o direito contido nos pressupostos legais, doutrinários e jurisprudenciais, dando-lhe uma característica de neutralidade diante das posições políticas que envolvem o conjunto da sociedade -, somente teria sentido em uma construção jurídico-ideológica que tentasse esconder a existência da discricionariedade da jurisdição.”*

Diga-se que com o entendimento de que o princípio da precaução é um dever de agir para o Estado(dentro das referências postas pelo Prof. Juarez Freitas) a responsabilidade civil do estado também se modifica, sendo suficiente o questionamento e prova de que não realizou as medidas de precaução devidas e aí surgirá o nexos de causalidade gerador do dever de indenizar a quem sofreu o dano<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> ESTEVES, João Luiz M. ob. Cit., p. 74

<sup>48</sup> Ver Juarez Freitas, Princípio da precaução..., p. 45: *“Quer no exame das condutas comissivas, quer no controle das condutas omissivas, mister sobrepassar a indagação privatista acerca da prova da imperícia, da imprudência, da negligência ou da intencionalidade de provocar dano. Basta verificar se as medidas exigíveis de precaução, que deveriam ter sido tomadas tempestivamente, não o foram. Em caso afirmativo, o nexos causal estará formado. Não se trata de culpa presumida, nem de imputação objetiva de culpabilidade, todavia de afirmar a indiferença de prova da*

Uma das maneiras de entendermos melhor a aplicabilidade e o alcance do princípio da precaução é problematizando.

Suponhamos a situação de um indivíduo que pretende estar diagnosticado com obesidade mórbida.

Tal doença não tem o caráter transmissivo da Gripe A, contudo a necessidade de atenção por parte do ente público formalizador da política pública mostra-se cabível pelo risco de complicações(ou comorbidades) que podem gerar ônus ao sistema(complicações que gerem internações hospitalares, realização de exames, necessidade de próteses, etc), nos termos do art. 196 da Constituição Federal/88.

Pelo sistema de saúde vigente no Brasil(o qual pode-se dizer público em sua maioria, seja pela universalidade, seja pela gratuidade) houve uma hierarquização de situações de saúde para orientar o gestor no cumprimento de suas obrigações.

Um momento importante é o da escolha pelo poder público. Quando se fala em precaução voltada ao meio ambiente fica bem presente a questão da qualidade ou sua melhoria. Quando abordamos tal princípio em relação à saúde, há uma aparente dificuldade em percebermos isto.

Dáí a tentativa de visualizarmos a aplicação através do problema(obesidade mórbida). Qual(ou quais) procedimentos são exigíveis do poder público como carecedor de política pública? O que orienta o gestor público na sua escolha de atendimento?

Existem dois pontos fundamentais: o sistema e o indivíduo. O sistema deve ser pensado no momento das definições de custeio tendo em vista as consequências financeiras do não atendimento desta demanda, o Estado deve

---

*culpa individual ou anônima na apuração do liame proporcional de causalidade. Trata-se de sutileza que faz toda a diferença na afirmação efetiva e eficaz do princípio constitucional da precaução."*

considerar o princípio da precaução inteligindo qual o tratamento(ou medicamento) – atitudes, menos onerosas ao sistema considerando aquela doença. E aqui o menos oneroso pode não significar o mais barato...

E do ponto de vista individual o Estado deve determinar atitudes do órgão executor da medida de saúde para que a garantia à saúde não fique apenas com característica emocional. Se alguém pede um procedimento cirúrgico de redução de estômago em face de obesidade mórbida, cabe ao Estado proteger o paciente determinando que não sejam suprimidas etapas de preparação para tal processo.

Em certa medida é o estado protegendo o indivíduo de sua própria emoção que pretende a cura de sua enfermidade, aceitando toda e qualquer possibilidade.

Acontece que nem todas as pessoas tem condições de serem submetidas ao procedimento com sucesso e pode acontecer de irem à óbito por não terem passado por todas as etapas de preparação e ou verificação de caso.

Pensando nestes dois pontos cabe ao Estado criar um programa específico onde os ritos e cuidados estão pré-definidos, garantindo saúde segura. Evitando riscos.

Deste modo entendo que é desejável a aplicação do princípio da precaução quando a Administração Pública realiza suas escolhas em saúde pública, principalmente num sistema de saúde público, como o brasileiro. Por certo que nenhum dos princípios pode ou deve ser usado isoladamente e em se tratando de aplicabilidade ao direito fundamental á saúde, é importante a sua conjugação com a proporcionalidade.



## 10. BIBLIOGRAFIA:

- ABRAMOVICH, Víctor, *Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: Herramientas y aliados*; Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos, *Print version* ISSN 1806-6445, Sur, Rev. int. direitos human. vol.2 no.2 São Paulo 2005
- BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 05.10.2009, com redação alterada pela Emenda Constitucional no. 26, de 2000;
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Último acesso em 05.12.2009;
- ESTEVES, João Luiz M., *Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Método, 2007(coleção prof. Gilmar Mendes)
- FREITAS, Juarez. *Discricionariiedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, Cap. VI, *O direito fundamental à boa administração pública e os princípios da prevenção e da precaução*, 2ª. Ed, Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 99/113.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 4ª. Ed., Malheiros Editores Ltda., 2009, p. 138/144
- FREITAS, Juarez. *O princípio da precaução: vedação de excesso e de inoperância*, Revista Interesse Público 35, Ano VII, 2006, Porto Alegre, Notadez
- GARAPON, Antoine. *O Juiz e a Democracia: o guardião das promessas*. Trad.: Maria Luíza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- MONTAGUE, Peter. *Answering the Critics of Precaution* (Draft 3, April 17, 2004) <http://www.rachel.org/library/getfile.cfm?ID=378>: As menções, em português, a este texto são resultado de uma tradução livre da Autora, auxiliada pelo Google tradutor
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos*

*fundamentais*, 10<sup>a</sup>. Ed., revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na ordem constitucional brasileira*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre: Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 25, n. 55, 2002.

SUNSTEIN, Cass R.. *(Para) Além do Precaução*, Tradução de: Marcelo Fensterseifer, Martin Haerberlin e Tiago Fensterseifer. Revista Interesse Público 37, ano VIII, 2006, Porto Alegre, Notadez.