

# O direito à saúde revisitado

Entre os ideais da Constituição de 1988 e o drama jurídico atual

THALITA MORAES LIMA

## Sumário

1. Introdução. 2. O direito à saúde “clássico”: os ideais sanitaristas. 3. O direito à saúde vinte e cinco anos depois: o conceito judicializado. 4. Conclusão: qual versão do conceito nos define?

## 1. Introdução

Na teoria literária, o ato de visitar um romance implica uma reflexão global que envolve criação e historicidade – assim ocorreu com grandes clássicos como o legendário *Tristão e Isolda*. Da mesma forma, os conceitos da ordem jurídica também podem sofrer um processo de desconstrução. Significa dizer que tendo a Constituição Federal em 1988 parametrizado o direito à saúde na ordem social, é possível que hoje, após vinte e cinco anos da sua promulgação, haja a utilização e a conservação, pelos decisores, dos elementos já conhecidos do conceito, como integridade e universalidade, mas sob uma apresentação transformada. Em outras palavras, ao se pensar no artigo 196, mesmo com a possibilidade de novas reflexões sobre ele e da adoção de modernos mecanismos de gestão para a saúde pública, o enredo originário, graças à memória da integridade (DWORKIN, 2007, p. 273) e da tradição (ABREU, 2008, p. 1), deve tender a permanecer o mesmo.

O problema é que como o sistema normativo não detém conclusões objetivamente verificáveis, adaptar, sem controle crítico discursivo, a compreensão do texto constitucional já estabelecido, ainda que diante de contextos emergenciais como o da saúde pública, pode significar a alteração, por exemplo, do ponto de partida moral que lapidou o próprio direito, quando da Assembleia Constituinte. Assim, visa-se aqui

Thalita Moraes Lima é advogada, mestra em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) e especialista em Instituições de Direito Público e Direito Privado pela Faculdade de Araraquara (SP).

a entender a progressão de como o direito à saúde tem sido compreendido nestes vinte e cinco anos da Constituição Federal, a partir de dois marcos importantes. A justificativa é que, diante do aumento de número de projetos de lei, de demandas administrativas e de ações judiciais que pleiteiam alguma ação ou serviço de saúde ao Estado, é relevante, para sociedade e para os poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, saber qual conceito de direito à saúde, na ordem jurídica brasileira, conforma uma regra isonômica e, simultaneamente, revela o pacto coletivo de sociedade democrática que vincula – ou, ao menos, que gostaríamos de que vinculasse – a todos nós.

Pressupõe-se que é possível identificar os debates que construíram o sentido do artigo constitucional, que há critérios para o controle crítico das decisões atuais e que um mínimo de estabilidade semântica é condição necessária à previsibilidade, segurança e calculabilidade jurídicas. Para sistematizar o estudo, os objetos aqui são: o próprio texto do artigo 196, marco normativo superior em torno do direito à saúde e a mais atual decisão do Supremo Tribunal Federal, que tem vinculado as demais esferas judiciais e a Administração Pública, ou seja, um *leading case* em torno de demandas sobre saúde. Enquanto a análise do artigo constitucional se mostra um ponto de partida natural, é relevante questionar, por outro lado, o que o Judiciário tem entendido sobre o direito à saúde, uma vez que sua decisão tem amplo impacto coletivo, ainda que a demanda seja originalmente individual. Esses dois constructos são referências ao se pensar em direito à saúde e envolvem um debate político sobre o bem comum, a escolha de distribuição e a alocação de recursos públicos escassos. Em suma, o objetivo é refletir sobre os significados do direito em questão e depois estabilizar seu vocabulário e questões de base, para cotejar e compreender como o discurso

judicante atual maneja as categorias de sentido selecionadas.

## 2. O direito à saúde “clássico”: os ideais sanitaristas

Em 5 de outubro de 1988, o Congresso Nacional, reunido em Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a atual Constituição Federal, cujos dispositivos relativos ao setor de saúde não foram meros resultados de conjuntura, mas produtos de um amplo processo de discussão e politização. Na área da saúde, suas raízes remontam a algumas décadas anteriores, e fortificaram-se no movimento da Reforma Sanitária, que conferiu consistência doutrinária e propôs asserções organizativas e institucionais em relação ao campo da saúde (PIOLA, 2008, p. 97). Assim, considerando que a inscrição do direito à saúde, na Constituição, significa a culminância de um processo de lutas e conquistas do movimento pela democratização da saúde, a intenção deste tópico é contextualizar a compreensão do artigo 196 no processo Constituinte da Saúde (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 31).

Antes da Constituição de 1988, a organização do sistema público de saúde brasileiro era bem diferente do atual, e isso teve impacto no modelo médico e na forma de se compreender à época o direito à saúde. Posteriormente, quando se propuseram formas alternativas conceituais e organizacionais, que acabaram sendo de fato institucionalizadas na nova ordem jurídica de saúde, foi importante delimitar como a saúde era compreendida até a Constituinte. Para estabelecer novos parâmetros, era necessário entender como o campo sanitário funcionava, como se posiciona historicamente e que conceitos e categorias se reputam relevantes, diante da diversidade de conceitos atuais.

Do final do século XIX até a metade dos anos 1970, o *sanitarismo campanhista* era tido

como o modelo hegemônico de saúde. Esse sanitarismo tinha uma inspiração militarista, com um estilo repressivo de intervenção, de combate a doenças de massa, com forte concentração de decisões e com criação de estruturas *ad hoc*. Com o processo de industrialização e o conseqüente declínio do modelo econômico agroexportador, observou-se um movimento simultâneo de esgarçamento progressivo das ações campanhistas e de crescimento da atenção médica da Previdência Social, o que culminou na hegemonização do *modelo médico-assistencial privatista* (MENDES, 1995, p. 20).

Dessa forma, na década de 20, especificamente no ano de 1923, com a Lei Elói Chaves, o sistema de previdência social brasileiro passou a garantir assistência ambulatorial e hospitalar aos trabalhadores formais que contribuíam para a receita de Caixas e Institutos de Aposentadoria e Pensões, conforme a categoria profissional de cada trabalhador: ferroviária, industrial, comercial, bancária etc. O problema é que a maior parcela da população não integrava o mercado de trabalho formal ou era pobre, não estava vinculada a algum sistema de asseguramento e ficava excluída do sistema de saúde e dependente de serviços assistenciais públicos e serviços privados filantrópicos. Por outro lado, apenas uma parcela reduzida da população dispunha de recursos financeiros para pagar o serviço de saúde diretamente do prestador de serviço privado lucrativo (SANTOS; ANDRADE, 2009, p. 779). Assim, além do problema de acesso, marcou o período a dicotomia entre ações de saúde pública e o atendimento clínico individual.

Várias iniciativas governamentais foram desenvolvidas ao longo das décadas de 1970 e 1980, na tentativa de abrandar essa situação discriminatória. Em 1974, por exemplo, a Previdência Social protagonizou nova expansão no atendimento médico-assistencial, com o Plano de Pronta Ação (PPA), e, a partir de 1976, o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (PIASS). Ainda assim, antes do SUS, o sistema de saúde poderia ser caracterizado como excludente, baseado em uma racionalidade securitária, com forte hegemonia privada na oferta e ênfase nas ações de recuperação de saúde, e marcado por segmentações institucional e de clientela, uma vez que o Ministério da Saúde e o então Ministério da Previdência e Assistência Social tinham funções distintas e atendiam a públicos diferentes. Em regra, nesse período, a saúde era tratada como um estado de ausência de doença no indivíduo (HOCHMAN, 1998, p. 50); sua manutenção carecia de uma ação particular e de um complemento dos benefícios previdenciários, cujas ações e serviços sempre foram geridos e estabelecidos por gestores de outras políticas públicas.

Esse modelo médico-assistencial privatista (MELLO, 1977, p. 157-163), também chamado de liberal (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 47)

caracterizou esse período, com o predomínio da natureza discriminatória da política de saúde, já que se evidenciavam as desigualdades no acesso quantitativo e qualitativo entre as diferentes clientela urbanas, e entre estas e as rurais. Dessa forma, é interessante ressaltar que esse modelo tinha como principais características (AGUIAR, 2011, p. 36): o privilégio da prática médica curativa, individual, assistencialista, lucrativa, dispendiosa e especializada, em detrimento da saúde pública; a criação de um complexo médico-industrial, por meio da intervenção estatal; a consolidação da tecnoburocracia estatal e do “universalismo excludente” (MENDES, 1995, p. 23); a contínua expansão da clientela previdenciária; e o desenvolvimento de um padrão de organização da prática médica orientada para a lucratividade do setor de saúde, uma vez que visava à capitalização da medicina e à priorização do produtor privado desses serviços.

Diante desse contexto institucional, e tendo como pano de fundo uma profunda crise econômica, a política de saúde em vigor deparou-se com a incapacidade de combater dilemas coletivos e atender a brasileiros sem cobertura da previdência (LOTTENBERG, 2007, p. 31). Logo, tomaram força as críticas a esse modelo de serviços de saúde, bem como os debates a respeito do papel dos serviços de saúde como componentes do desenvolvimento social e da necessidade de construção de um novo modelo assistencial. Com efeito, espaços tanto políticos quanto institucionais foram abertos para o desenvolvimento do movimento contra-hegemônico da saúde que, nos anos 1980, viria a conformar-se como reforma sanitária brasileira (MENDES, 1995, p. 27). Além dos debates, houve no período uma série de experiências municipais e de universidades, no sentido da universalidade da atenção e integração das ações de saúde, as quais em conjunto resultaram no movimento sanitário.

Desse modo, todo esse projeto reformista do sistema de saúde foi unificado e ganhou identidade política de movimento sanitário ou movimento da Reforma Sanitária – terminologia, aliás, inspirada na experiência italiana, cujo modelo de reforma proposto era parte de uma estratégia contra-hegemônica, dentro do processo de transição política (redemocratização), com fundamento na democratização do Estado, na consciência sanitária, no modelo não individualista e na instituição da saúde como direito (OLIVEIRA, 1989, p. 19). Resumidamente, a Reforma Sanitária defendia alguns pontos doutrinários centrais que foram decisivos para a formulação dos artigos referentes à saúde na nova Constituição (CAMPOS, 1983, p. 60-62).

Mesmo com embates entre os que defendiam os interesses privatistas e os que lutavam pela saúde pública e estatal, essas propostas, discutidas e encaminhadas pelo movimento sanitário, acabaram representando o

conjunto de sugestões e reivindicações que o movimento sanitário apresentou no processo constituinte e que foram inscritas no capítulo da saúde da Constituição de 1988. Ressalta-se que a Reforma Sanitária não se reduz a esse ato ou às modificações técnico-administrativas e organizacionais; ao contrário, revelou importante papel na conjuntura pós-constituinte, com a consolidação do sistema único de saúde.

Nesse contexto, quanto ao processo de elaboração da nova Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde, e conforme o regimento interno aprovado, quatro fases sucessivas ocorreram para a conformação do texto final (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 53-84):

1<sup>a</sup>) na área da saúde, a Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente desempenhou o papel de “porta de entrada” do texto constitucional, cujo trabalho era “ouvir e debater com entidades da sociedade civil, lideranças e dirigentes institucionais as respectivas reivindicações e propostas e, posteriormente, elaborar um relatório que, votado e aprovado, seria apresentado como anteprojeto” (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 59). O objetivo de demonstrar esse processo é justamente ressaltar o fato de que, nessa fase, por meio de audiências públicas, as considerações derivadas da VIII Conferência, da Abrasco, da Cebes e das entidades sindicais reuniam o grupo mais numeroso e convergente, e o único que trouxe propostas de texto, ao passo que os grupos em defesa da prática liberal e da iniciativa privada e as posições dos ministros da Saúde e da Previdência Social apenas apresentaram argumentos e contra-argumentos. E isso foi determinante para a construção de sentido do artigo 196, uma vez que todas as fases ficaram condicionadas a esta.

2<sup>a</sup>) Depois, foi instalada a Comissão da Ordem Social em uma sessão solene, na qual foi feita a entrega oficial dos respectivos anteprojetos ao presidente da Comissão. Interessante é

que houve uma inovação não regimental e foi convidado um representante do movimento civil para fazer uma alocução a respeito das expectativas da sociedade sobre os temas específicos na Constituição. Também nessa fase, de forma não aleatória, a composição da participação popular estava vinculada ao movimento sanitário. Sobreveio, no entanto, um fato: diante da tendência progressista do anteprojeto, os setores conservadores, privatistas, tentaram obstruir a votação para impedir que fosse aprovado no prazo regimental e, conseqüentemente, para que a Comissão seguinte recomeçasse o trabalho desde a origem. Porém, essa estratégia foi evitada e o texto aprovado continuou, mesmo com algumas modificações técnicas, a conter a essência da proposta defendida pelo movimento sanitário, inicialmente, para a Saúde.

3<sup>a</sup>) A Comissão de Sistematização ficou, em seguida, encarregada de elaborar o projeto de Constituição propriamente dito, sem, para tanto, criar novos conteúdos, mas trabalhando a partir dos anteprojetos produzidos nas etapas anteriores. Como outra forma de participação popular, nessa etapa foram apresentadas Emendas Populares previstas regimentalmente e que necessitavam, cada uma, de pelo menos trinta mil assinaturas de eleitores para serem admitidas e merecerem um defensor para ocupar a tribuna da comissão. No entanto, a coleta de assinaturas enfrentou dificuldades, revelando uma fragilidade da Reforma, ou seja, certa distância das entidades realmente populares, de base, na sua prática cotidiana. Os partidos de esquerda e as entidades tradicionais da área, como Cebes, tiveram uma participação importante para conseguir tais votos. Mesmo com algumas mudanças em relação ao projeto inicial, a proposta do movimento, ao final, foi preservada.

4<sup>a</sup>) O projeto de Constituição aprovado pela Comissão anterior, ao ser apresentado ao

plenário da Assembleia Nacional Constituinte, teve sua discussão polarizada entre grupos de interesse públicos e privados. Os setores mais conservadores, ligados aos interesses patronais, ao setor hospitalar privado, às cooperativas médicas, ao setor liberal da medicina e ao governo, não se conformavam com o teor final do texto constitucional. Entretanto, como não havia previsão regimental para a apresentação de substitutivos globais, formou-se um bloco suprapartidário, o “Centrão Democrático”, o qual, alegando manipulação da Constituinte por setores minoritários, propôs um projeto de resolução para mudar o regimento interno, no qual seria possível apresentar emendas substitutivas que pudessem alterar completamente o texto. Tal medida não se viabilizou, e, ao fim, a Constituinte inscreveu na Constituição todas aquelas modificações que o movimento sanitário estava reivindicando havia alguns anos.

Assim, a partir de todo esse contexto de mudanças e críticas em relação ao modelo privatista-assistencialista do sistema de saúde adotado anteriormente, a formulação do texto constitucional foi inteiramente vinculado às propostas e ideias cultivadas pelo movimento sanitário, o qual dependeu relevante ação propulsora nos avanços conceituais e políticos na direção da democratização da saúde. Para entender o direito à saúde na Constituição, explicitado no art. 196, é conveniente desdobrá-lo:

“(1) A saúde é direito de todos e dever do Estado, (2) garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas (3) que visem a redução do risco de doença e de outros agravos (4) a ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.”

Em parte, o artigo constitucional é claro no sentido de preconizar, de forma geral, a ação positiva do poder público para oferecer con-

dições ao gozo e exercício do direito à saúde. Entretanto, esse direito não está plenamente definido e alguns elementos que o constituem também têm seu sentido aberto (SILVA, et al., 2008, p. 265). Assim, é importante saber que princípios doutrinários nortearam tais categorias – entre elas, direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas – presentes no artigo, e que são tratadas como referência necessária ao dispositivo constitucional por toda a literatura pesquisada.

## 2.1. Direito à saúde

A parte (1) do artigo 196, nesse caso, está conectada à noção de direito à saúde e ao próprio núcleo doador de sentido: a saúde como expressão de um processo democrático, não como mercadoria. Ambos os termos têm uma amplitude de sentido na Constituição, e isso “se prende ao fato de a saúde de um povo [acabar por] expressar a organização social e econômica do país” (SANTOS, 1997, p. 245). Assim, vale a pena tratar, um pouco mais detidamente, de cada categoria.

Na história mais recente do sistema de saúde brasileiro – diferentemente do modelo de saúde liberal privatista, no qual a saúde era compreendida como mercadoria –, para o modelo de saúde coletiva, defendido pelo movimento sanitário na atual organização e concepção do sistema de saúde brasileiro, a saúde é entendida como direito de cidadania e expressão de um processo resultante do modo de inserção do indivíduo e dos grupos sociais. Desse modo, como um estado complexo de construção individual e social, a saúde deixa de ser encarada como um bem passível de troca em um mercado, ou como a ausência ou retirada de doença de uma pessoa, como efeito do consumo de medicamentos (LEFEVRE, F.; LEFEVRE, A., 2004, p. 28). Rejeitam-se as visões biologistas,

idealista (OMS) e utilitarista, e é entendida numa perspectiva de uma articulação de políticas sociais econômicas. Logo, “saúde não tem apenas o significado de equilíbrio orgânico, mas é o resultado da qualidade de vida de um povo, das políticas adotadas pelo Estado, não podendo o setor de saúde, exclusivamente, ser responsabilizados pelas condições de saúde da população” (SANTOS, 2003, p. 97).

Em resumo, o debate atual no campo sanitário brasileiro traz uma dimensão importante a ser considerada: o fato de que a sociedade apenas proporciona diferentes oportunidades de saúde e de que é ela mesma que distribui tais oportunidades, não apenas o sistema administrativo de saúde.

Nesse sentido, quanto ao conceito de direito à saúde, nota-se que também há uma pluralidade de sentidos dos quais aquele direito pode revestir-se. Apesar de alguns autores defenderem que uma Constituição verdadeiramente democrática não necessitaria de uma parte dedicada ao tema da saúde, esse direito foi institucionalizado constitucionalmente para demarcar uma luta política e uma garantia cidadã há muito almejada, e para reforçar a compreensão da saúde como uma expressão individual e coletiva da distribuição equânime dos bens públicos – o que faz com que o direito à saúde não seja apenas um dos vários temas e meramente represente um dado setor, mas passe a compor o projeto coletivo, os objetivos da nação (RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 91).

Percebe-se que a compreensão do direito à saúde, na Constituição Federal, decorre de alguns pilares consagrados pelo próprio movimento sanitário. Entre eles, o dever para saúde cabe essencialmente ao Estado, como direito de inclusão na comunidade política e como dimensão pública dos indivíduos, que retoma a mediação entre Estado e sociedade (FLEURY, 1997, p. 32). Entre aqueles pilares,

estão ainda os critérios de justiça igualitária e universal e os limites distributivos, em relação ao acesso aos serviços de saúde. Apesar de os limites distributivos não terem sido explicitados na Constituição, isso não significa que seja impossível presumi-los para o sistema de saúde. Afinal, “há uma matriz definida de pensamento sobre justiça distributiva, que é a matriz do coletivismo igualitário” (NOGUEIRA, 2011, p. 33). Esses pilares e formas de conceber a saúde representam a própria finalidade da norma: resgatar uma dívida social com a cidadania e superar a dicotomia entre ações de saúde pública e o atendimento clínico individual, a partir de uma matriz distributiva de coletivismo igualitário.

Já se observou, à época do movimento reformista, que há limitações ao uso desse direito, pois, por exemplo, haveria deficiências e doenças que não seriam passíveis de prevenção. Dessa maneira, é importante evidenciar que o direito à saúde, com acesso igualitário, assegura que há uma diferença entre equidade em saúde e equidade no consumo de serviços de saúde. As equidades em saúde refletem o grau de igualdades sociais, cujas determinantes são mais complexas, não sendo o acesso aos serviços de saúde suficiente para diminuir as desigualdades no modo de viver e adoecer. A equidade de consumo, por sua vez, não significa todos os recursos disponíveis para todas as demandas feitas, mas sim uma política assistencial que garanta acesso universal e equitativo, representando uma estratégia redistributiva de uma política de proteção social.

O direito à saúde foi incluído, portanto, no conjunto de Direitos Sociais, artigo 6º da CF, no sentido de que, para a administração pública, há a responsabilidade de elaborar programas operacionais que garantam a atenção à saúde de toda a população – e, para a população, a possibilidade de exigir, individual ou coletivamente,

a consecução desse direito. Assim, não se critica, tampouco se nega, que o direito à saúde negado administrativamente pode ser requerido frente ao poder público competente. O que se depreende, entretanto, é que há limites, critérios e princípios a serem seguidos pelo Estado e pelos cidadãos, mesmo porque o direito à saúde como direito social, nas sociedades democráticas, é apenas um capítulo do tema mais abrangente da justiça distributiva (LOPES, 2006, p. 222).

## 2.2. Universalidade

É um instrumento de inclusão social e uma garantia constitucional de acesso às ações e serviços de saúde a todos que respeitem as portas de entrada do sistema (a organização jurídico-administrativa do sistema de saúde), que devem ser definidas pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Ou seja, todas as pessoas, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (renda, sexo, idade etc.), independentemente de vínculo previdenciário ou qualquer tipo de seguro-saúde, têm o direito de viver em condições salubres e de acesso ao sistema público de saúde. “A universalidade do direito de acesso diz respeito ao direito de utilizar o sistema. Este poderá ter regras de funcionamento para ordenar o acesso, (...) desde que não constituam forma explícita ou velada de exclusão” (NOGUEIRA, 2011, p. 112).

Pode parecer um truísmo, mas vale lembrar que o funcionamento do sistema de saúde que vigorava antes da reforma e da nova Constituição era bastante diferente, pois as ações e serviços de saúde eram considerados apenas benefícios previdenciários pontuais e somente a alguns segmentos da classe trabalhadora; muitas pessoas não tinham acesso a tais serviços, a não ser como pagante individual ou como indigente. A universalidade está, desse modo, diretamente vinculada à forma de compreender o sujeito destinatário da norma e complementa o núcleo doador de sentido do artigo constitucional em questão.

A universalidade, inclusive, que rompe com a ideia de racionalidade de seguro que o modelo privatista anterior à Constituição continha. Isso porque a universalidade está atrelada “a um esquema protetivo amplo, moldado a partir da constatação, até certo ponto óbvia, de que sem a superação da miséria e das desigualdades não há bem-estar e nem justiça social” (BALERA, 1989, p. 35). Ou seja, seriam vazios de sentido os artigos constitucionais, como o artigo 196, relativos à proteção social, se não pudessem ser aplicados a todos os cidadãos. Para tanto, é necessário que o Estado adote instrumentos de planejamento de modo que sejam realizados estudos situacionais e propostas de solução dos problemas de cada comunidade.



### 2.3. Integralidade

A integralidade, desde sua concepção e ao longo dos debates ocorridos em meados dos anos 1970 e 1980, era de complexa operacionalização e com várias significações. Conforme a Lei nº 8.090/1990, a integralidade de assistência é um conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, coletivos e individuais, ofertados aos cidadãos pelo sistema público de saúde em todos os níveis de complexidade do sistema. Juntamente com a universalidade, a integralidade é um dos princípios doutrinários do SUS, que condicionam o conceito de direito à saúde, muito embora não venha expressamente prevista no artigo 196. A integralidade, entretanto, não é apenas uma diretriz do SUS, com base constitucional, mas uma bandeira de luta que remonta ao movimento sanitário e que se refere a um conjunto de valores e a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Insere-se no espaço mais amplo de seguridade social, como uma expressão coletiva que ganha forma e expressão no espaço de encontro entre os diferentes sujeitos implicados (GUIZARDI; PINHEIRO, 2004, p. 37). “A integralidade da assistência tem parentesco próximo ao conhecido dito de justiça distributiva: ‘a cada um segundo a sua necessidade’” (NOGUEIRA, 2011, p. 19).

Para haver a integralidade de assistência, é preciso uma articulação entre as ações de prevenção, promoção e recuperação no cuidado prestado aos cidadãos que utilizam os serviços do SUS. Desse modo, os indivíduos não são soberanos para decidir quando desejam consumir os serviços de saúde: buscam-nos quando deles necessitam; além disso, não podem tais ações públicas de saúde ser reservadas “apenas e na quantidade que alguém possa individualmente financiar, mas, na medida da necessidade dos indivíduos e das coletividades” (REZENDE; TRINDADE, 2003, p. 39).

Para tanto, a integralidade da assistência deverá pautar-se em regulamentos técnicos e científicos, protocolos de condutas, limites para a incorporação de tecnologia e protocolos farmacológicos (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 144-145), a serem definidos pela União e Estados, por critérios de efetividade e aceitabilidade social. O padrão de integralidade é pactuado pelo consenso interfederativo e de acordo com os recursos orçamentários (observada a Emenda Constitucional nº 29/2000). Sob esse ponto de vista, a integralidade é um conceito que não admite toda e qualquer medida terapêutica existente ou demandada, seja por paciente ou profissional da saúde. Afinal, os custos da saúde sempre serão crescentes e os recursos, escassos.

É bem verdade que as questões de prioridades e limites de atendimento pelo SUS tendem a ficar obscurecidas pelo primado da integralidade. Em geral, ela exige que as demandas prioritárias sejam determinadas a partir das necessidades de cada caso, e não de regras institucionais gerais. Todavia, diversas prioridades institucionais de atendimento têm sido criadas, ao longo da gestão do SUS, principalmente, por motivos ligados à disponibilidade de recursos. Isto é, ao mesmo tempo em que se estabelecem prioridades, também são definidos limites distributivos, os quais se impõem pela finitude dos recursos. Atualmente o SUS tem a necessidade de criar mecanismos de gestão e planejamento “que tornem mais explícitas suas prioridades e limites assistenciais, fornecendo garantias de atendimento para que seja definitivamente afastada a falsa impressão que pode dar tudo a todos, quando nem sequer consegue tornar público aquilo que garantidamente pode oferecer” (NOGUEIRA, 2011, p. 26).

Logo, os sistemas de saúde não devem, nem podem, ofertar a todas as pessoas a totalidade de serviços disponíveis. Aliás, é nesse sentido que a assistência farmacêutica deve ser e é regulada

por meio de protocolos públicos, “para que o SUS não se transforme numa imensa farmácia pública e quebre o conceito de integralidade da assistência, (...) uma vez que é impossível que o SUS garanta TUDO a todas as pessoas” (SANTOS; ANDRADE, 2007, p. 149). Dessa maneira, alguns sanitaristas apontam que a integralidade da assistência tem sido rompida pelo Poder Judiciário quando concede medidas liminares em ações que visam à garantia do direito à saúde de forma transversa (MARINHO, 2009, p. 107). Consideram que não é possível ao cidadão violar princípios e diretrizes do sistema, via Poder Judiciário, e desrespeitar o princípio da igualdade.

## 2.4. Políticas públicas

Quando o artigo 196 prevê o direito à saúde como um “dever do Estado” não está referindo-se apenas à execução das ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, como algo que, em regra, não tem efeitos visivelmente imediatos. Está, em verdade, consolidando um preceito de grande impacto político: o dever de formular e executar políticas públicas, econômicas e sociais, que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal, integral e igualitário.

As políticas públicas, em regra, podem ser compreendidas como instrumentos de realização de direitos. No entanto, diante das várias maneiras de concebê-las, é necessário parametrizar esse conceito, importante para entender a aplicação do artigo constitucional. Afirmam Silva e Araújo (2010) que, apesar de haver uma predominância inicial do enfoque jurídico ou legalista, e depois do enfoque formalista da administração, nenhum deles consegue oferecer elementos suficientes para o entendimento da maior parte das políticas públicas. Esses autores propõem, assim, uma definição mais ampliada,

em registro situacional, a partir do raciocínio das ciências históricas: as políticas públicas são o conjunto de decisões públicas, situacionais e estratégicas, “que objetiva, por ações e omissões, preventivas ou corretivas, manter ou modificar a realidade social, por meio de objetivos e estratégias de atuação e alocação de recursos necessários para atingir objetivos”, cujos pressupostos de análise são um exame histórico e contextual, uma avaliação abrangente, e processos não reduzidos às construções jurídico-formais (SILVA; ARAÚJO, 2010, p. 26).

Assim, considerando que uma política pública não pode ser entendida senão em referência plurilateral e nas disputas em torno do bem comum (LOPES, 2006, p.128), o direito à saúde vai além do acesso individualizado à assistência médica e aos serviços de saúde, para englobar o conjunto de políticas públicas que visam à melhoria das condições de vida de toda população – uma compreensão social da saúde que não se amolda à mera noção utilitarista de bem-estar e que acaba ficando intimamente ligada a uma visão epidemiológica da determinação social da saúde. A política de saúde é uma política social (art. 6º da Lei nº 8.080/1990), parte integrante da seguridade social, e que, diferente da lógica do seguro, está “calcada no princípio da solidariedade, [pois] seu financiamento é feito por toda a sociedade e a oferta da atenção à saúde e à assistência social é assegurada a todos” (REZENDE; TRINDADE, 2003, p. 40) (art. 194).

Diz-se, então, que as políticas de saúde, a partir da Constituição de 1988, passaram a seguir outra trajetória. Impulsionadas pelo projeto de reforma sanitária, inscreveram-se nos textos jurídico-legais mandamentos inspirados no modelo institucional-distributivo, voltado para a produção de bens e serviços sociais “extra-mercados”, os quais são garantidos a todos os cidadãos universalmente cobertos e protegidos, respeitando mínimos historicamente defendi-

dos de necessidade e condição de vida – ainda que, na realidade, tenham permanecido algumas práticas sociais derivadas de um modelo residual, no qual a intervenção estatal é limitada e *ex-post* aos canais de satisfação das necessidades, como o mercado e a família (MENDES, 1995, p. 81-82).

As ações e serviços de saúde (definidos no art. 200 da CF e no artigo 6º da Lei nº 8.080/1990) são constitucionalmente previstos como de relevância pública (art. 197). Rompem com uma tradição corporativa e ingressam numa linha de reconhecimento de direito de cidadania, na qual a universalidade, a integralidade, a isonomia e a racionalidade na distribuição dos fármacos estão inseridas numa estratégia complexa e abrangente. As medidas necessárias são tomadas de acordo com a segurança dos usuários, com o perfil endêmico da sociedade e não podem ser simplificadas, de maneira que a prestação de um determinado serviço da área de saúde, como o fornecimento de determinado remédio, represente uma ação isolada, não compreendida dentro do sistema único.

A participação da comunidade na definição da política de saúde, no controle de sua execução e na gestão do SUS é uma das características democráticas desse modelo de saúde pública (PEREIRA, 2005, p. 257). Entre as formas de participação social, estão: as conferências de saúde, que avaliam a cada quatro anos a situação da área de saúde e propõem diretrizes para a formulação de políticas públicas; e os conselhos de saúde, os quais atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde (SILVA; ABREU, 2002, p. 7-26).

### **3. O direito à saúde vinte e cinco anos depois: o conceito judicializado**

A Constituição de 1988 cristaliza várias diretrizes para a realização de políticas públicas e prevê ainda uma série de direitos individuais e sociais, em um título dedicado à ordem social. Por sua vez, a cultura jurídica continua operando com a percepção de que o direito também é produzido pelas decisões dos tribunais (CASAGRANDE; FREITAS FILHO, 2010, p. 23). De fato, no Brasil, o Judiciário tem o poder de examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos em todas as esferas de governo, e em todos os níveis de jurisdição. O controle jurisdicional de constitucionalidade em disputas envolvendo o Estado tramita por todos os tribunais regulares, não por cortes administrativas (tribunais superiores de matérias exclusivamente administrativas), e tem o Supremo Tribunal Federal como última instância (LOPES, 2006, p. 224).

Nesse contexto, a grande mudança no quadro institucional brasileiro não está apenas na existência de uma carta de direitos sociais, que já fazia parte inclusive das Constituições de 1946 e 1967, nem no controle

de constitucionalidade, mas na canalização crescente de demandas “políticas” para o sistema judicial (LOPES, 2006, p. 225). Isto porque uma boa parte da discussão jurídica sobre os direitos sociais gira em torno da história de negligência em relação à implementação desses direitos e, principalmente, da atual dificuldade ou lentidão da distribuição de bens comuns pelo processo legislativo e pela Administração Pública, uma vez que são a formulação e a execução das políticas públicas os principais meios de efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional (LOPES, 2008, p. 279).

Na falta dessas duas ordens de solução, tem havido, nas últimas décadas, um crescente movimento no sentido da judicialização da política, na qual a tensão entre práticas distributivas e direito posto se transferiu para os debates judiciais (LOPES, 2004, p. 197-251). Ou seja, o Judiciário envolve-se, mais e mais, na distribuição de custos da produção de bens coletivos, pois enfrenta a questão de ter que dar respostas normativas às demandas, para todos os casos de violação de direitos de bem-estar social (saúde, previdência social e assistência social), de vários grupos sociais que, sob os termos da declaração de direitos fundamentais da Constituição, aspiram a vê-los realizados, e ter exigidas as promessas legislativas. Logo, esse movimento de judicialização trouxe aos tribunais, ao menos em parte, questões que exigem decisões coletivizadas, as quais, em síntese, passam a valer para muitos que não participaram diretamente delas (LOPES, 2004, p. 197).

A proposta aqui, ressalte-se, não é negar às demandas individuais a normatividade e a aplicabilidade do aparato constitucional que garante o direito à saúde, nem contestar a possibilidade e a legitimidade de o Judiciário determinar prestações positivas ao Estado, tampouco discutir a centralidade do juiz na efetividade dos direitos, se ativista ou protagonista, e muito menos verificar o reflexo desse fenômeno na separação de poderes. Trago a questão da judicialização, não como argumento de defesa ou combate, mas como um fato e um ponto de discussão que permeia a definição do direito à saúde e que contextualiza a decisão do Supremo Tribunal Federal. A importância da judicialização é que ela dá nova visibilidade para certas demandas, coloca-as sob a linguagem própria do direito e exige um sistema específico de argumentos e de fundamentação judiciais. As demandas distributivas passam a fazer parte, então, de um contencioso social, isto é, um lugar em que são discutidas sob a égide do direito, mas continuam visando a garantir a cada um sua participação na distribuição dos benefícios (bem comum) e do ônus (impostos, riscos e danos) (LOPES, 2006, p. 134, 165-167).

O propósito deste trabalho não é fazer uma abordagem teórica completa sobre o problema da judicialização, mesmo porque o proble-

ma não está na intervenção judicial, mas na constituição de regra heterônoma judicial em torno da política pública. Diante da fronteira entre várias maneiras de se decidir sobre os direitos sociais – e desse contexto que levou o Judiciário a assumir, querendo ou não, funções distributivas –, há necessidade de analisar o que tem sido decidido recentemente sobre o direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal, que é a instância que vincula as demais esferas judiciais e a Administração Pública. Aliás, a decisão escolhida é uma das decisões que servem de base para a proposta de Súmula Vinculante nº 4; além disso, ela diz respeito ao recurso da decisão da presidência sobre suspensão de tutela antecipada julgada após a convocação da Audiência Pública sobre saúde; é aquela que prevê também alguns argumentos do processo (RE 566.471) sobre o qual foi reconhecida a repercussão geral em matéria de saúde pública (LEIVAS, 2011); e é prevista, além de tudo, como uma das decisões de referência, ao artigo 196, da Constituição anotada (de jurisprudências) e institucional do próprio Supremo.

Em 2010, no auge da discussão sobre a judicialização do direito à saúde, o pleno do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre uma Suspensão de Tutela Antecipada (STA), nº 175, proposta pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal. O que estava em jogo era a possibilidade de se alocar fundo comum (no caso, a saúde pública e suas verbas), pela via da concessão individual de medicamento de alto custo. O caso é sobre uma jovem de 21 anos de idade que apresentava uma patologia chamada Niemann-Pick – Tipo C, uma doença neurodegenerativa rara, a qual teria sua progressão contida apenas com a utilização do medicamento miglustato (Zavesca), orçado em R\$ 52.000,00 por mês, o qual, mesmo detentor de registro na Anvisa, é considerado pela política farmacêutica da rede pública

como fármaco de alto custo, mas que não está contemplado na listagem dos medicamentos excepcionais distribuídos pelo poder público.

Na época, o Ministro Gilmar Mendes ocupava o cargo e, devido à quantidade de recursos similares, convocou Audiência Pública sobre o assunto (que ocorreu em seis sessões, no período de 27 de abril a 7 de maio de 2009). Como resultado, o pedido de suspensão da tutela foi monocraticamente indeferido. Em consequência, a União recorreu mediante Agravo Regimental à decisão que julgou a STA, cujo acórdão também decidiu, mais uma vez, pelo indeferimento pedido de suspensão. Por assentar a questão, é este o acórdão que será objeto de análise aqui.

O principal aqui não é saber se o STF concede ou não medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados em juízo, e sim analisar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração uma reflexão sobre igualdade, justiça distributiva, bem comum e custo social dos direitos. Nesse sentido, trata-se de uma questão de importância prática fundamental saber quais critérios morais e distributivos os juízes utilizam para julgar casos que envolvem decisões políticas, como o direito à saúde. Em outras palavras, as escolhas políticas precisam ser discutidas, assim como a definição de quais valores que agregam a sociedade devem ser priorizados, pois o foco é a possibilidade de discussão crítica dentro de um ambiente democrático. Dessa maneira, mesmo que a decisão seja resultado de um ato de vontade subjetivo do juiz, admite-se a possibilidade de haver um critério decisório que permita o controle crítico das decisões judiciais, até porque o direito conforma a realidade baseado na ideia de consenso e de estabilização de perspectivas mútuas.

Assim, primeiramente, observo que, para fins deste trabalho, não é justificável nem adequado que uma decisão judicial se afaste da

origem histórico-teórica da norma, tal como se pôde verificar na decisão analisada. Isso porque, se o Judiciário vai interpretar e amoldar conteúdo ao direito à saúde, tem de fazê-lo sob um compromisso de coerência com a origem do conceito, ou melhor, em conformidade com a história ou, como defende Dworkin (2007, p. 273), com a integridade. Esse olhar hermenêutico histórico, que busca significado do texto, inclusive na semântica do “não dito”, combina elementos que se realizam temporalmente no presente (RICOEUR, 1994, p. 13-35), mas que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro.

Desse modo, conforme se depreende do acórdão analisado, até pode ocorrer de, no mundo dos fatos, uma decisão afastar-se da construção histórica do dispositivo, mas prescritivamente o ideal é que, como parte importante do critério decisório, sua reflexão básica sobre o sentido do direito à saúde compreenda o ponto de partida estabelecido pelo constituinte para o artigo 196 (LOPES, 2010, p. 323).

Em geral, o STF caracteriza o direito à saúde como um direito subjetivo – considerado um direito de ação absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado e as demais pessoas, e justificado, em síntese, por um interesse pessoal emergencial. Deve-se compreender que o direito subjetivo foi concebido como um interesse protegido (LOPES, 2006, p. 283); é um direito não recíproco que garante a esfera individual, e está diretamente relacionado com o direito de propriedade, de liberdade, e com o individualismo jurídico. O direito subjetivo por excelência funciona quando se trata de duas partes identificadas, isto é, baseia-se nas relações de *trocas individuais*, e, essencialmente, sobre conflitos de *retribuição ou reparação (indenização) de bem divisível* (LOPES, 2008, p. 275). São relações bipolares nas quais a disputa é sobre um bem que não pode pertencer simultaneamente a dois

indivíduos, cujo remédio judicial (conflitos resolvidos por adjudicação – decisão judicial – ou arbitragem) é mais tradicional, assim como a postura do Judiciário em relação a esse direito (de instituição desenhada para dirimir conflitos bilaterais sobre fatos precisos e passados) (LOPES, 1994, p. 128).

O fator que mais interessa aqui é que esse direito subjetivo, no âmbito da justiça como virtude, utiliza instrumentos de *justiça particular comutativa (ou retributiva)*, na qual a distribuição é igual apenas entre indivíduos envolvidos nas trocas de bens ou mercadorias, e a qual dirige os chamados “jogos de soma zero”, ou seja, aqueles em que o resultado pertence integralmente a um vencedor, e a decisão tem, primordialmente, um caráter binário (lícito-ilícito; concessão do medicamento–não concessão) e tendem a decretar ordens cujo cumprimento é na forma tudo ou nada, que avaliam, em suma, apenas duas alternativas. Dessa forma, os direitos subjetivos afirmam-se independentemente dos deveres particulares, o que geraria uma desvinculação entre benefícios e ônus – e, assim, um caráter de potencial irresponsabilidade. A consequência é perversa: o sujeito de um direito subjetivo fundamental pode exercê-lo *contra mundum*, sem que seu direito esteja condicionado ao alcance social de seu exercício; nesse compasso, a solução judicial dos conflitos vai-se deslocando da sua essência coletiva para uma forma de justiça privada (LOPES, 2006, p. 144, 156).

Em contrapartida, os direitos sociais, como o direito à saúde, são compreendidos como direitos de distribuição, direitos a participar de algo comum; quando comparados com os direitos subjetivos, diferem em natureza, utilizam remédios distintos e pedem mediação e negociação. Em outras palavras, eles foram concebidos como interesses não protegidos e para *não* serem fruíveis ou exequíveis indivi-

dualmente, pois de regra realizam-se pela provisão e *partilha dos bens comuns ou de bens escassos*, e têm sua eficácia dependente da atuação concreta do Executivo e do Legislativo, por apresentarem o caráter de generalidade e publicidade, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Em termos contemporâneos, a *justiça particular distributiva*, a partir da qual esses direitos são entendidos, dirige as regras de um “jogo de soma não zero”, baseado em uma igualdade proporcional e cujo resultado é uma forma de participação/cooperação (caráter plurilateral, não binário): o ganhador tem mais, mas não pode excluir o perdedor (LOPES, 2006, p. 253, 128, 146).

Portanto, a justiça distributiva volta-se, como parâmetro de uma melhor decisão possível, para uma solução de compromisso, de modo a tornar possíveis os vínculos de solidariedade social, sob uma reflexão do que pode ser socialmente melhor ou pior no futuro, no curto, no médio e no longo prazo. Por conseguinte, as partes do processo não representam adequadamente os dois únicos interesses possíveis sobre o bem, o direito, porque nesses conflitos distributivos está em jogo a relação entre o todo e as partes (a relação entre o comum e o particular), a divisão ou apropriação individual do fundo social comum, e organização social, apesar de eventualmente trazida em um dado litígio.

Assim, considerando que o direito à saúde, como direito social, só pode ser adequadamente compreendido a partir de uma perspectiva pública e social, não individual, nem mesmo corporativista, surgem problemas ao compreender tal direito como se fosse subjetivo, ou melhor, como aplicável numa outra lógica, comutativa em vez de distributiva. Em outros termos, interpretar o direito à saúde de forma que não seja distributiva poderia implicar a convalidação de entendimentos individualistas e falaciosos sobre o direito, no sentido de que “eu tenho, não devo perder, o que sempre tive deve continuar a ser meu, e as regras que me permitem ter cada vez mais devem ser mantidas, (...) e qualquer limitação ao meu estado de liberdade [e de vida] é uma tirania” (LOPES, 1994, p. 140). Dessa maneira, caso o sistema social, por razões de natureza econômica, política e sociocultural, não consiga distribuir, proporcionalmente, por meio de critérios isonômicos e objetivos, os bens e custos sociais, o Judiciário não poderia alocar esses mesmos ganhos sociais, premiando os espertos, os bem-nascidos, os que têm acesso à jurisdição etc. – porque, nesse caso, naturalmente a aplicação de um juízo de justiça ficaria comprometida (LOPES, 1994, p. 141).

Logo, a solução para o caso do direito à saúde, em determinada dimensão, requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma indenização monetária, mas um fazer ou prover um serviço público. Desse

modo, toda essa análise sobre a justiça e o direito à saúde, nos termos dos direitos sociais e subjetivos, após a exposição do *leading case*, serve para mostrar que há considerações mais complexas e profundas sobre a alocação de recursos e sobre a interpretação do dispositivo constitucional, que geram consequências sérias. Elas deveriam ser debatidas, ou ao menos observadas, pelo Tribunal. Entre elas:

I – O fato de que, às vezes, a distinção entre o comutativo e o distributivo se esfumaça, ou que o conflito distributivo é predefinido como se fosse comutativo (bilateral), existe de modo a facilitar a adjudicação; mas isso não implica a alteração da natureza do conflito: na origem, o problema continua sendo distributivo e demanda soluções correspondentes. Nesse contexto, há uma crítica implícita ao sistema judiciário e sua relação com a democracia, cujo foco estaria na dificuldade da Corte em traduzir as questões relevantes dos direitos sociais nos termos tradicionais de uma disputa judicial. Ao decidir os casos em bases individuais, ou seja, ao criar precedentes em bases individuais, o grande risco é o STF julgar com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva, podendo, até mesmo, invalidar normas (como as diretrizes e protocolos clínicos na decisão em questão) cuja razão de ser é, necessariamente, distributivista e coletiva (LOPES, 2006, p. 227, 134).

II – Devido às teorias de direito subjetivo que dominam a discussão e à dinâmica do processo constitucional bilateral (em geral, construída a partir de um antagonismo dual), não se nota nos argumentos dos ministros o tema da universalidade e o do gozo simultâneo dos direitos e dos custos desses direitos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal mostrou ficar mais à vontade para julgar o caso a favor do indivíduo, e menos sensível para tratar de um problema central do regime democrático: a isonomia universal. Todavia, pela natureza dos conflitos distributivos sobre direitos sociais, dever-se-ia observar que, “em palavras da tradição jurídica, bens coletivos, ou públicos ou comuns são necessariamente fornecidos *ut universi*, e não podem comodamente ser fornecidos (nem custeados) *ut singuli*” (LOPES, 2006, p. 99, 195, 255), sob pena de reforçar uma dinâmica social de exclusões ilegítimas, de não-cooperação e de valorização do particular sobre o público.

III – Caso o Judiciário se permita estabelecer, como uma regra a ser seguida na tomada de decisão judicial, quais terapias e medicamentos devem ser distribuídos caso a caso e, para tanto, previstos dentro da genérica previsão orçamentária para a pasta da saúde – de maneira, portanto, alheia à discricionariedade do administrador, a quem cabe determinar, dentro dos limites de possibilidade do Orçamento, os objetivos do SUS e quais as providências distributivas à vista do bem comum –, a consequência seria uma inadmissível “corrida” judicial, um comportamento multiplicador de



todos aqueles que, em situação idêntica, necessitam de algum tratamento e/ou estão na fila de espera do SUS, e podem fazer o mesmo pedido aos tribunais, impossibilitando, dessa forma, estabelecer um espaço público de respeito. Assim, se alguns pedidos isolados não têm o condão de trazer maiores problemas para as finanças públicas, ao abrirem precedentes, podem acarretar um grande impacto às contas públicas.

IV – Somando todos esses fatores – o uso de mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais protegidos judicialmente para a distribuição de bens comuns; a utilização de lógica e categorias apropriadas ao exercício da justiça comutativa quando o conflito é de justiça distributiva; e a constituição de regras e critérios de decisão que não podem ser replicados a todos e que geram um comportamento social desagregador –, e considerando que os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva, evidencia-se uma consequência dramática: a proteção judicial do chamado “efeito carona”, isto é, um comportamento predatório individualmente racional de maximizar a obtenção do benefício, mas sem o compartilhamento do ônus social, o que claramente proporciona uma distribuição injusta, uma forma de discriminação (retirando de uma determinada classe certos indivíduos. Nessa situação, o direito requerido individualmente costuma ficar atrelado à percepção de “privilegio” ou “imunidade” (isenção) das imposições gerais (direitos e deveres) – as quais foram, em verdade, construídas em sentido inverso: visavam à distribuição *equânime* dos custos e dos recursos do *bem comum*.

Percebe-se, assim, uma distinção entre a percepção da Reforma Sanitária e a dos ministros-relatores do STF. Por conseguinte, um descompasso, uma divergência, na predicação de juízos jurídicos sobre a concessão pública de medicamento de alto custo, de um recurso co-

letivo, pode ser gerado. Se o artigo 196, por um lado, detém um significado descritivo (HARE, 2003, p. 11), analítico e que tende à estabilidade semântica – como se pode ver nas expressões: “direito de todos”, “dever do Estado”, “política pública”, e “serviços de promoção, proteção e recuperação” –, por outro lado, como discurso prescritivo (imperativo) que é, detém ainda um significado avaliatório, o qual, ao contrário do primeiro, necessita de um juízo sobre seu objeto. Desse modo, é sintético, pois sua compreensão sintetiza vários aspectos que não estão necessariamente expressos no preceito constitucional, mas que ainda assim o constituem. Observa-se que os ministros utilizaram, como significado valorativo do direito à saúde, a dignidade da pessoa humana e a melhoria da qualidade de vida.

O problema é que, ao não precisar a extensão do direito e ao gerar determinadas regras decisórias que valorizam a precedência do direito com base em categorias tão abertas de sentido, tornaram o critério de decisão como se fosse vago e indefinido (tendo seus conceitos legais basilares esvaziados), ou seja, impedindo que seja universalizável. E isso porque, na prática, é um critério limitado, que não admite ser compreendido da forma mais abrangente possível, já que depende do orçamento e da distribuição de recursos escassos. Logo, se for entendido como os julgadores propõem, não conseguirá ser aplicável a todos que conseguem acesso à jurisdição (à possibilidade de ajuizar uma ação), e/ou conseguir representação do Ministério Público (que se tem firmado como um ator influente no assunto), quanto mais aos 190.376.496 brasileiros (IBGE, 2011). Nesse sentido, uma vez não universalizável, não é isonômico, tampouco consequencialista (LOPES, 2010, p. 344), pois o ministros acabam por decidir que alguns ganharão sem pensar em quem perderá (*fiat justitia et pereat mundus*) (WANG, 2008, p. 563).

#### 4. Conclusão: qual versão do conceito nos define?

Não é nova, tampouco desconhecida, a teoria de que o processo interpretativo do sistema jurídico se assemelha a um romance, no qual diferentes escritores, em diferentes momentos, contribuem para composição do corpo normativo, respeitando, para tanto, a integridade e a coerência dos capítulos previamente escritos (DWORKIN, 2007, p. 275). Nesse sentido, a Constituição de 1988, como parte essencial do novo romance institucional, consolidou valores e anseios e parametrizou conceitos e as bases determinantes para a formação dos diversos capítulos da ordem social democrática.

Assim, seja pela linguagem que utiliza, compreendido em toda a sua disposição, seja pelo contexto dos direitos sociais que o origina, seja pela luta política dos sanitaristas que pensaram na definição constitucional do direito à saúde, o artigo 196, diferentemente da decisão judicial analisada, apresenta um *sentido coletivo* para o direito em questão, isto é, no preceito normativo há previsão de uma determinada concepção moral desse direito. Dessa maneira, mesmo que o acesso universal e igualitário não tenha sido discutido profundamente pelo Tribunal, nem por isso pode ser refletido no sentido de tudo para todos, e, sim, em uma noção de coletivização da política de garantia à saúde, a qual não parece ser apropriável individualmente como um direito de primeira geração – vale dizer, contra todos –, mas sim *com todos*.

O interessante dessa análise sobre as complexidades filosóficas que envolvem o direito à saúde é a compreensão de que é possível haver um projeto político de sociedade que, muito embora tenha como seu núcleo norteador o indivíduo, consegue perceber os direitos prestacionais de maneira coletivista, ou seja, considera o grupo social e as instituições basilares como elementos primordiais na tomada de decisão, para garantir a chave coletiva de compreensão dos direitos. Logo, caso se restaurasse a definição original (histórica) do direito à saúde, para a definição contemporânea de seu sentido, parece que haveria uma tendência muito forte do dispositivo constitucional de identificar-se com essas posições morais mais coletivistas, o que exigiria uma reflexão em torno não apenas das consequências práticas das decisões judiciais sobre demandas individualizadas, como também um esforço hermenêutico da Corte em tentar definir que valores atualmente contextualizam o direito à saúde, de forma que a isonomia entre os destinatários da norma não seja maculada.

Talvez o conceito clássico ainda possa contribuir muito em nosso ordenamento, antes de ser revisitado. Assim como no enredo de *Tristão e Isolda*, em qualquer versão em que os dois foram retratados, não se sabia se a vida era maior que a morte, tampouco se sabe plenamente, no caso do nosso conceito revisitado, se a concepção judicial contemporânea é a

ideal e se prepondera sobre aquela outrora discutida na reforma sanitária pré-constitucional. Contudo, tal qual a convicção de que o amor é maior que tudo na estória, a luta por um pacto coletivo igualitário, democrático e comprometido deve prevalecer na nossa história – preferencialmente, em todas as suas versões.

## Referências

- ABREU, Luiz Eduardo. *Tradição, direito e política*. Brasília: [s.n.], 2008.
- AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde (SUS): breve história da política de saúde no Brasil. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *SUS: Sistema Único de Saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios*. São Paulo: Martinari, 2011.
- BALERA, Wagner. *A seguridade social na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. *SUS: avanços e desafios*. Brasília: CONASS, 2006.
- CAMPOS, António Correia de. *Saúde: o custo de um valor sem preço*. Lisboa: Livros Técnicos e Científicos, 1983.
- CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 47, n. 187, jul./set. 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FIGUEIREDO, Nébia Maria A. de. *Ensinando a cuidar em saúde pública*. São Paulo: Yendis, 2005.
- FLEURY, Sônia. A questão democrática na saúde. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.
- GUIZARDI, Francini L.; PINHEIRO, Roseni. Quando dádiva se transforma em saúde: algumas questões sobre a integralidade e o cuidado nas relações entre sociedade e Estado. In: MATTOS, Ruben Araujo; PINHEIRO, Roseni. *Cuidado: as fronteiras da integralidade*. São Paulo: HUCITEC, 2004.
- HARE, Richard Mervyn. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Marscherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.
- HOCHMAN, Gilberto. *A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil*. São Paulo: HUCITEC-ANPOCS, 1998.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Sala de imprensa: estimativas das populações dos municípios em 2011*. Rio de Janeiro: IBGE, 2011. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=1961&id\\_pagina=1](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1961&id_pagina=1)>. Acesso em 10 out. 2011.
- LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria C. *Promoção de saúde: a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2004.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo W. *Direitos fundamentais no STF: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O oráculo de delfos: o conselho de estado no Brasil império*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo W.; TIMM, Luciano B. *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

\_\_\_\_\_. *As palavras e a lei: direito, ordem e justiça na história de pensamento jurídico moderno*. São Paulo: 34, 2004.

\_\_\_\_\_. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Faria (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOTTENBERG, Claudio. *A saúde brasileira pode dar certo*. São Paulo: Atheneu, 2007.

MARINHO, Carolina Martins. *Justiciabilidade dos direitos sociais: análise de julgados do direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional*. 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

MELLO, Carlos Gentile de. *Saúde e assistência médica no Brasil*. São Paulo: CEBES-HUCITEC, 1977.

MENDES, Eugênio Vilaça. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *Distrito sanitário: o processo social de mudanças das práticas sanitárias do sistema único de saúde*. 3 ed. São Paulo: HUCITEC-ABRASCO, 1995.

NOGUEIRA, Roberto Passos. Critérios de justiça distributiva em saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Texto para discussão 1591*. Brasília: IPEA, 2011.

OLIVEIRA, Jaime A. Reformas e reformismos: para uma teoria política da reforma sanitária (ou, reflexões sobre a reforma sanitária de uma perspectiva popular). In: COSTA, Nilson do Rosário et al. (Org.). *Demandas populares, políticas públicas e saúde*. Petrópolis: Vozes, 1989.

PEREIRA, Adriana Lemos et al. Programas de atenção à saúde. In: FIGUEIREDO, Nêbio Maria Almeida. *Ensinando a cuidar em saúde pública*. São Paulo: Yendis, 2005.

PIOLA, Sérgio Francisco et al. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Políticas sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. 17 ed. Brasília: IPEA, 2008.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Direito sanitário e saúde pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

RICOEUR, Paul. *Tempo e narrativa*, v. I. Campinas: Papyrus, 1994.

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003.

SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e os serviços de saúde. In: FLEURY, Sonia. *Saúde e democracia: a luta do CEBES*. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

\_\_\_\_\_. Comentários à “Saúde e a nova Constituição: peculiaridades, implicações e perspectivas”. In: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde: promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.

\_\_\_\_\_; ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Vinte anos do SUS: o sistema de saúde no Brasil no século XXI. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, jul. 2009.

\_\_\_\_\_. *SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros*. Campinas: Instituto do Direito Sanitário Aplicado, 2007.

SILVA, Frederico A. Barbosa da et al. A Constituição e a democracia cultural. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Políticas sociais: acompanhamento e análise: vinte anos da Constituição Federal*. 17 ed. Brasília: IPEA, 2008.

\_\_\_\_\_; ARAÚJO, Herton Ellery. *Cultura viva: avaliação do programa arte, educação e cidadania*. Brasília: IPEA, 2010.

\_\_\_\_\_; ABREU, Luiz Eduardo de L. A. Saúde: capacidade de luta: a experiência do Conselho Nacional de Saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Texto para discussão 933*. Brasília: IPEA, 2002.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito FGV*, São Paulo, v. 8, jul./dez. 2008.