

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE
NO SUS: LIMITES E POSSIBILIDADES**

**PIRACICABA – SP
2014**

VINÍCIUS PACHECO FLUMINHAN

**A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO
ÂMBITO DO SUS: LIMITES E POSSIBILIDADES**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, em
cumprimento à exigência para obtenção do grau de
mestre.

Prof. Dr. José Antonio Remédio / Unimep
Orientador

Prof. Dr. Antonio Isidoro Piacentin / Mackenzie
Examinador

Prof.(a) Dr.(a) Wilson Lavorenti / Unimep
Examinador(a)

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Luciene Cristina Correa Ferreira CRB-8/8235

F646j Fluminhan, Vinícius Pacheco.
A judicialização do direito à saúde no SUS: limites e possibilidades
/Vinícius Pacheco Fluminhan. – Piracicaba, SP: [s.n.], 2014.
187 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito / Programa de Pós- Graduação
em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba, 2014.

Orientador: Dr. José Antonio Remédio.

Inclui Bibliografia

1. Constituição Federal. 2. Políticas Públicas. 3. Sistema Único de Saúde. I.
Remédio, José Antonio. II Universidade Metodista de Piracicaba. III Título.

CDU 34

Dedico a dissertação a todos os que lutam pela melhoria na área da saúde pública no Brasil.

Agradeço à Unimep e à CAPES, pelo financiamento.

Ao Professor Dr. José Antonio Remédio, pela oportunidade oferecida e pela confiança em mim depositada.

À Luciana, minha esposa, e à Solange, minha mãe, pelo apoio incondicional nas horas mais difíceis.

RESUMO

A dissertação procura investigar os principais aspectos constitucionais ligados à judicialização das políticas do sistema único de saúde. Projetado para suscitar uma reflexão crítica sobre a jurisprudência na matéria, o trabalho pretende aprofundar o raciocínio jurídico comumente utilizado na jurisprudência partindo de três premissas: (a) um resgate histórico da formação do direito à saúde no Brasil; (b) a atual dogmática dos direitos fundamentais; (c) os princípios constitucionais fortemente relacionados à saúde pública. A análise de tais premissas revela que a jurisprudência tem atuado de forma frágil e instável, pois as inconsistências oriundas das decisões judiciais decorrem de raciocínios jurídicos que não apenas se afastam dos princípios constitucionais específicos do SUS mas que também colocam em risco a democracia e a igualdade. A dissertação tem como objetivo demonstrar que a superação desses conflitos é possível através das tutelas de caráter coletivo na medida em que elas preservam melhor os princípios democrático e igualitário. Neste sentido, o trabalho procura estabelecer uma tipologia das demandas envolvendo a saúde pública mediante critérios objetivos e constitucionalmente justificáveis, a fim de que as decisões tomadas pelo Poder Judiciário na alocação de recursos do SUS não se afaste dos parâmetros fixados pela Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Direitos Fundamentais; Direitos Difusos e Coletivos; Sistema de Seguridade Social; Sistema Único de Saúde; Políticas Públicas; Judicialização; Tutela Coletiva; Princípios Constitucionais; Hermenêutica.

ABSTRACT

This dissertation seeks to investigate the main constitutional aspects in respect to the public health system lawsuits. Projected to suscitate a critical reflexion about the decisions of the Courts, this work intends to deepen the juridical reasoning most often used by the Courts through three premises: (a) an historical study about the origins of the right to health in Brazil; (b) the present fundamental rights' dogmatic; (c) the constitutional principles related to the public health. The analysis of these three premises reveals that the Courts have worked in a fragile and unstable way. The contradictions showed by the judicial decisions come from juridical reasonings that not only withdraw from the constitutional principles about the public health system, but also that put democracy and equality at risk. The objective of this work is to demonstrate that all conflicts related above can be overcome through the collective lawsuits, since they better preserve democracy and equality. At the end, this dissertation seeks to establish a catalogue of the different kinds of lawsuits so the Courts can make decisions about the public health system resources without withdrawing from the parameters fixed by the Constitution.

KEYWORDS: Constitutional Law; Fundamental Rights; Social Security System; Public Rights; Public Health System; Collective Lawsuits; Constitutional Principles; Hermeneutics.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
1. A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE E DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL.....	14
1.1. Da Colônia à República.....	15
1.2. Saúde sim, mas não para todos.....	21
1.3. A reviravolta da saúde em 1988.....	31
2. PRESSUPOSTOS DOUTRINÁRIOS PARA O ESTUDO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	39
2.1. A saúde como direito fundamental.....	40
2.1.1. Breve histórico dos direitos fundamentais.....	40
2.1.2. O conceito de direito fundamental	49
2.2. Eficácia e efetividade do direito à saúde pública.....	56
2.2.1. A doutrina de José Afonso da Silva.....	57
2.2.2. A doutrina de Luis Roberto Barroso.....	62
2.2.3. A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet.....	66
2.3. A saúde como direito ou interesse individual, coletivo e difuso.....	72
2.3.1. Precisão terminológica: direitos ou interesses?.....	72
2.3.2. A definição legal dos direitos ou interesses transindividuais.....	76
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA.....	83
3.1. A importância dos princípios: conceito, função e classificação.....	84
3.2. A Ordem Social e a Seguridade Social.....	92
3.2.1. Ordem Social: bem-estar e justiça sociais.....	92
3.2.2. O Sistema de Seguridade Social: conceito e princípios	94

3.2.2.1. Universalidade.....	97
3.2.2.2. Seletividade e Distributividade.....	99
3.2.3. A Saúde Pública.....	101
3.2.3.1. Assistência integral.....	102
3.2.3.2. Prioridade à prevenção.....	105
3.2.3.3. Gestão democrática.....	109
3.2.3.4. Atendimento igualitário.....	111
4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SUS: LIMITES E POSSIBILIDADES.....	115
4.1. Poder Judiciário, democracia e políticas públicas	116
4.2. Crítica à jurisprudência: incerteza, insegurança e incoerência	123
4.2.1. A retórica na jurisprudência: o que é um direito público subjetivo?.....	124
4.2.2. Igualdade de acesso... Mas para quem?	129
4.2.3. As vãs diretrizes democráticas: o direito à vida não é de todos?	134
4.2.4. A prioridade para a prevenção: desacertos e ausência de limites	139
4.2.5. Integralidade de quê?	144
4.3. A tutela coletiva como forma de legitimação das demandas contra o SUS.....	150
4.3.1. Síntese da crítica à judicialização excessiva das políticas do SUS.....	151
4.3.2. A superação da crítica pela tutela coletiva.....	158
5. CONCLUSÃO	171
REFERÊNCIAS	179

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou para a população brasileira muito mais do que a volta da liberdade e do regime democrático. Ela trouxe consigo a esperança de construção de uma sociedade mais justa, mais solidária e menos desigual, trazendo em seu bojo um amplo rol de direitos e garantias fundamentais capazes de transformar tais promessas em realidade.

O acolhimento vigoroso de direitos sociais revelou a opção do constituinte pelo modelo de Estado de Bem-Estar Social, cujas diretrizes apontam para uma participação ativa do Estado na garantia de condições mínimas de existência digna para o ser humano, dentre as quais as prestações devidas pelo Sistema de Seguridade Social nas áreas da previdência social, assistência social e saúde.

Todas elas já vinham sendo mantidas pelo Estado mesmo antes de 1988, mas com certa precariedade e muita desigualdade. Os planos previdenciários oferecidos não cobriam todas as necessidades dos beneficiários, e pior, não abrangiam toda a população. De outro lado, a insuficiência de recursos financeiros impedia a melhoria no sistema. A promulgação da Constituição mudou radicalmente esse quadro.

A área da saúde ganhou atenção especial durante a Assembléia Constituinte. Se até então nem todos os brasileiros tinham direito à assistência médica gratuita, incluindo terapias, medicamentos, exames, cirurgias e consultas, a aprovação da Carta de 1988 e sua posterior regulamentação geraram profunda reformulação do direito à saúde. Após a implantação do Sistema Único de Saúde toda a população passou a ser protegida e o plano de cobertura tem sido ampliado progressivamente desde então.

Dos direitos sociais previstos na atual Constituição o direito à saúde foi, sem dúvida, o que ganhou maior impulso em comparação com a realidade social vivida até aquele momento. A população brasileira vive hoje a experiência de ter acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde de forma gratuita e ainda participa da construção da saúde pública elaborando propostas e discutindo juntamente com os gestores a utilização dos recursos.

O programa de assistência do SUS contempla desde meras consultas clínicas até procedimentos de alta complexidade, dispensa medicamentos simples e também os de alto custo, protege o indivíduo não só na cura mas também em atividades de prevenção. Tem compromisso real com a meta de universalização do atendimento em todos os sentidos.

Todavia, convive também com problemas estruturais por conta da insuficiência de recursos para o atendimento de todas as demandas. Embora algumas tentativas já tenham sido feitas por diferentes governos para incrementar o financiamento do SUS, a exemplo da vinculação das despesas da saúde com as receitas de determinados impostos (EC 29/00) e da arrecadação de recursos pela CPMF (EC 21/99, EC 37/02 e 42/03), ainda não é possível oferecer à população um sistema de saúde universal em toda a plenitude.

Isso não leva à conclusão, porém, de que as promessas da Constituição de 1988 foram vãs. O SUS nasceu efetivamente em 1990 e vem sendo implantado aos poucos. Não ficou apenas no plano da teoria. Dada a sua enorme extensão, a passagem da teoria à prática naturalmente pressupõe um caminho longo e cheio de obstáculos. Requer sucessivas medidas estatais num processo de avanços e recuos na implantação dos direitos. Envolve erros e acertos nas escolhas políticas. Exige revisão de posições anteriormente tomadas e propostas para o futuro. Um documento jurídico como a Constituição não transforma a sociedade da noite para o dia. Leva tempo.

Entretanto, à medida que as incapacidades financeiras e técnicas do SUS passaram a gerar insatisfação na população, as controvérsias envolvendo o direito à saúde começaram a se tornar cada vez mais frequentes nos Tribunais, os quais, por sua vez, embora num primeiro momento manifestassem dúvidas a respeito da eficácia plena das normas constitucionais relacionadas ao tema, iniciaram pouco a pouco uma intervenção cada vez mais incisiva nas políticas públicas da área.

O resultado desse fenômeno é uma jurisprudência que tem acolhido maciçamente as pretensões individuais de usuários do SUS a respeito de bens e serviços não incluídos entre aqueles oferecidos pelo Poder Público. As políticas públicas deixaram o seu palco tradicional – o Poder Executivo e o Legislativo – e tornaram-se tema de debate em todas as Cortes do país, fazendo com que as discussões de caráter eminentemente técnico e político fossem judicializadas por ganharem a atenção e atuação também dos Juízes.

À primeira vista, a judicialização não se choca com as funções reservadas ao Poder Judiciário, responsável por interpretar a Constituição e dar o máximo de efetividade às suas normas. Todavia, a questão não é tão simples. Partindo-se da premissa de que os recursos financeiros na área da saúde são limitados – e esse é um pressuposto fundamental do trabalho – a judicialização das políticas do SUS acaba transferindo ao Poder Judiciário deliberações de natureza política que deveriam contar com a participação de toda a sociedade. Transfere também escolhas técnicas que pressupõem conhecimento especializado no assunto para que haja uma boa estratégia na aplicação dos recursos.

O resultado dessa intervenção judicial acentuada é que toda a população de uma comunidade, de um município ou de um estado sofre as conseqüências de decisões que contrariam as diretrizes anteriormente estabelecidas de forma democrática e técnica pelos demais poderes. O fato do Poder Judiciário envolver-se em questões de natureza política não implica, por si só, em desvio de sua missão constitucional. Mas sua intervenção deve respeitar não apenas o princípio democrático como também os critérios eleitos pelo constituinte para a aplicação dos recursos do SUS.

As mudanças trazidas pela atual Constituição na área da saúde foram de tal monta que obviamente não seria possível se concretizar a universalização plena num simples piscar de olhos. Para muitos brasileiros, as novidades da Carta de 1988 significaram a passagem da absoluta ausência de assistência médica para uma presença maior do Estado buscando melhorar a saúde da população. A preservação dessa melhoria, contudo, dada a insuficiência de recursos, não permite que o sistema ofereça todo e qualquer tipo de assistência aos usuários.

Guardadas as devidas proporções, o debate jurídico frente a tais controvérsias não difere em essência da terrível cena de um naufrágio. Vidas e mortes se alternam diante da real impossibilidade de salvamento de todos pela escassez de condições materiais, devendo-se optar pelo sacrifício de uma vida para a conservação das outras ou o sacrifício das outras para a conservação de uma vida. Trata-se de uma ponderação cruel, incômoda e inquietante, mas não menos real que as deliberações que os gestores do SUS fazem antes de suas decisões. Uma ponderação que em geral tem sido ignorada pelos Tribunais.

Não se pretende aqui defender que parece mais intuitivo, mais racional, ou pior, mais econômico sacrificar apenas uma vida em detrimento das demais. A analogia feita acima pode até sugerir isso, mas é evidente que vidas não são apenas números. Vidas são vidas e não há bem jurídico maior do que elas. A equação colocada na analogia com o naufrágio não se resolve de forma matemática. Há muita ponderação em jogo. É desnecessário afirmar que a meta prioritária numa situação como aquela, pelo menos num primeiro momento, é a preservação da vida de todos!

Contudo, o problema surge quando em meio às tentativas de solução do conflito parte-se da premissa de que a chance de preservar a vida de todos está fora das opções. Esse é o ponto para o qual gostaríamos de chamar atenção e que tem sido deixado de lado pela jurisprudência. O nó górdio da maioria das demandas envolvendo o SUS é justamente a escassez de recursos aliada à necessidade de escolhas políticas e técnicas sendo feitas por Juízes. Como o orçamento é um só para o atendimento de todos os programas, a

oferta de “tudo” para apenas um usuário ou de “mais um pouco” do que estava programado, pode significar infelizmente o “nada” ou o “menos um pouco” para os demais.

Esse nó raramente é mencionado nas decisões judiciais. Em verdade, os Tribunais sequer esboçam tentativas de desatá-lo porque tem sido cada vez mais freqüente o uso excessivo da retórica pelos julgadores. Argumentos emocionais e apelativos já se tornaram rotina. E tudo isso ao lado de leituras desatentas do texto constitucional, ora por serem parciais e desarticuladas do restante da Carta, ora por estarem totalmente desvinculadas da construção histórica do SUS e do significado real dos seus princípios estruturantes.

O quadro acima relatado merece profunda reflexão. A nosso ver, o direito à saúde tem sido tratado sem uma preocupação científica por boa parte da doutrina e da jurisprudência. Embora as ciências jurídicas pertençam a um campo do conhecimento atrelado à cultura e à natureza humana, com bases epistemológicas diferentes das ciências exatas, elas devem ao menos procurar fazer a sua “pregação” a partir de demonstrações lógicas, de princípios verdadeiros e de raciocínios coerentes, deixando de lado manifestações emotivas.

O racionalismo na aplicação do Direito não pode se deixar abater pela estigmatização da pureza kelseniana – mal compreendida, por sinal – porque a neutralidade exigida na aplicação da lei tem por objetivo valorizar a segurança jurídica e os pactos estabelecidos pela sociedade¹. É uma racionalidade que pode parecer fria à primeira vista, mas que está atrelada à certeza do direito e à previsibilidade inerente ao discurso científico.

O requerido tratamento científico à matéria, por outro lado, não significa que o Direito deva ser estático e que à sociedade não esteja reservada a chance de impulsionar mudanças importantes para a revisão das políticas públicas na área social. Não há qualquer contradição entre a crítica à jurisprudência emotiva do direito à saúde e os avanços que o SUS pode experimentar a partir do fenômeno da judicialização. Basta que o Judiciário atue em estrita observância aos parâmetros constitucionais aplicáveis à matéria.

Além da importância de se resguardar os princípios democrático e igualitário nas decisões judiciais, a aplicação dos recursos do SUS deve ser feita a partir dos critérios previstos de forma expressa no capítulo dedicado à Seguridade Social na Constituição (capítulo II do Título VIII). Deve atender ao maior número possível de pessoas priorizando interesses difusos e coletivos.

Consequentemente, conforme será demonstrado ao longo do trabalho, as tutelas coletivas são as formas de judicialização que melhor atendem às exigências

¹ Esta, aliás, foi uma das motivações do mestre de Viena na elaboração da Teoria Pura do Direito.

constitucionais de proteção do direito à saúde. A possibilidade das decisões terem eficácia “*erga omnes*” e o fato dos legitimados ativos representarem interesses de uma coletividade fazem com que as decisões judiciais em processos desta natureza se mostrem mais condizentes com a principiologia aplicável ao SUS.

A proposta do trabalho, portanto, é mostrar essa relação de pertinência entre os princípios constitucionais informadores do SUS e a judicialização de suas políticas através das tutelas coletivas. Para tanto, ele foi dividido em quatro capítulos para tratar por etapas toda a argumentação necessária para justificar essa relação de pertinência e ao mesmo tempo colocar freios – ou pelo menos estimular reflexões mais profundas – sobre a avalanche de demandas individuais que o Poder Público tem sofrido na área da saúde.

No primeiro capítulo procurou-se fazer uma pesquisa histórica sobre o direito à saúde no Brasil. Como as idéias não surgem de uma inspiração exclusivamente mental desatrelada de suas circunstâncias históricas, sentimos a necessidade de analisar todas as etapas da formação do direito à saúde pública no país. Suspeitamos inicialmente que não seria possível compreender o verdadeiro sentido de qualquer dispositivo da Constituição de 1988 sem um resgate histórico detalhado sobre o tema, e de fato, essa suspeita foi depois confirmada com algumas imprecisões encontradas na jurisprudência a respeito do significado de princípios constitucionais importantes a respeito do SUS.

Em seguida, o trabalho estabelece uma revisão de conceitos importantes para o trato da matéria a fim de superar algumas aporias deixadas pela doutrina quanto à definição de ‘direito fundamental’. Como a retórica dos Tribunais se vale bastante das imprecisões conceituais da dogmática constitucional, buscou-se aclarar o significado de direito fundamental, a estrutura das normas que veiculam direitos fundamentais, a eficácia dos direitos fundamentais e os critérios para a estipulação dos diferentes graus de eficácia. O trabalho tomou como parâmetro as doutrinas de José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso e Ingo Wolfgang Sarlet, procurando visualizar nelas uma evolução em prol da efetivação do direito à saúde pública.

O terceiro capítulo reúne os princípios constitucionais que amparam – ou pelo menos deveriam amparar – as demandas judiciais entre usuários do SUS e o Poder Público. Primeiramente, procurou-se compreender a ascensão dos princípios de direito na dogmática constitucional de formulação mais recente. Em segundo lugar, com base nas modernas lições de hermenêutica constitucional, estabeleceu-se uma metodologia de aplicação dos princípios da Constituição. Em seguida, o trabalho apresenta o significado de alguns princípios constitucionais do SUS com forte apoio na história da saúde no Brasil e nas ciências médicas.

O quarto capítulo seleciona alguns julgados que comprovam a existência de enormes distorções conceituais e má compreensão de princípios da Constituição que são essenciais à judicialização do SUS. A síntese da crítica à jurisprudência reduz as contradições dos julgados a duas grandes dificuldades – a preservação da democracia e da igualdade. Em seguida, procurou-se demonstrar que a tutela coletiva é capaz de superar as aporias colocadas pelos princípios democrático e igualitário.

Por fim, partindo-se da premissa de que o fenômeno da judicialização do direito à saúde pública tem sua legitimidade assegurada pelas formas de tutela coletiva, procurou-se estabelecer critérios objetivos e cientificamente plausíveis para a intervenção judicial no SUS. Adotando-se uma ordem de prioridades quanto aos bens e serviços passíveis de judicialização, buscou-se sistematizar uma pauta de atuação do Poder Judiciário que parece mais condizente com a principiologia da Carta de 1988.

A sistematização feita ao final do trabalho, conquanto sujeita a correções e complementações pela comunidade jurídica, não deixa de ser um guia razoável para identificarmos quando o direito à saúde goza de eficácia plena e quando isso não ocorre. Ela oferece critérios objetivos e constitucionalmente justificáveis para essa identificação. Longe de querer esgotar o assunto, a intenção do trabalho é basicamente suscitar uma reflexão sobre os limites e possibilidades de judicialização do direito à saúde pública. As sugestões e críticas são sempre bem recebidas.

* * *

1. A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE E DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

É lição comezinha que o estudo da história permite não só compreender melhor o presente como também projetar as transformações sociais futuras. O verdadeiro sentido de alguns dispositivos da Constituição Federal que tratam da saúde não pode ser apreendido sem o apoio da história. Os avanços e retrocessos da saúde no Brasil fazem parte de um processo que se desenvolveu ao longo de séculos e precisa ser compreendido para sabermos precisamente onde estamos e para onde vamos.

A proposta deste capítulo é mostrar, primeiramente, quais foram as etapas percorridas pelo Estado Brasileiro na promoção da saúde e, em seguida, mostrar quais foram as forças políticas e técnicas envolvidas na construção do capítulo dedicado à saúde na Constituição Federal de 1988. Muitos dados não estão expressos na Carta, mas estão presentes nas suas entrelinhas e lançam luz sobre o conteúdo normativo dos princípios constitucionais relacionados à matéria. Embora esses princípios ganhem contornos próprios da doutrina e da jurisprudência, pensamos que devem ser compreendidos pelo sentido que a própria história lhes deu. Dêem atender as causas que os geraram e gerar os efeitos que foram idealizados na sua origem.

Assim, tendo em vista que o foco principal do trabalho é analisar o fenômeno da intervenção judicial nas políticas de saúde, procuramos neste capítulo levantar dados relevantes para responder questões relacionadas a esse ponto. De que forma os serviços de saúde se tornaram disponíveis para toda a população? Por que a medicina curativa deve estar aliada à medicina preventiva? Existe uma razão técnica para o atendimento prioritário à prevenção? Qual o significado político de uma gestão democrática?

Conforme se verá ao longo do trabalho, são questões intimamente ligadas aos princípios da universalidade do direito à saúde, do acesso igualitário, da integralidade no atendimento e da gestão democrática. Vejamos então as respostas que foram encontradas.

1.1. Da Colônia à República

“Em todo o mundo há doenças e enfermos, e em poucas partes dele se acham médicos”

(João Pedro Xavier de Monte. *O Homem médico de si mesmo*, 1760)

Falar de saúde no Brasil-colonial não é necessariamente falar de médicos, remédios ou hospitais. Nem tampouco de medidas preventivas eficazes no combate a doenças. Mas como já dizia o historiador romano Plínio (o Velho), autor de *História Natural*, obra do século I d.C, “houve povos sem médicos, mas nunca houve povos sem medicina”². No caso do Brasil-colonial a máxima de Plínio encaixa-se perfeitamente.

É escassa a bibliografia a respeito da presença de médicos e instituições médicas no Brasil durante o século XVI, até porque durante a primeira metade deste período a população ainda era composta basicamente por indígenas e a Metrópole ainda iniciava o processo de povoamento para a exploração das riquezas naturais da colônia.

Entretanto, se por aqui não havia profissionais durante os séculos XVI e XVII, era marcante a presença de pessoas experimentadas na arte da cura de pessoas enfermas, tais como as benzedadeiras, as parteiras e os boticários. Segundo Ana Carolina Viotti, essas pessoas “praticavam curas baseadas em suas experiências com ervas, no conhecimento hereditário de mezinhas, na imitação de procedimentos médicos correntes (...) e até mesmo com alguma leitura de obras de cirurgia, mas, essencialmente, sem uma formação direcionada para o exercício da Medicina”³.

Por se tratar de um saber muito mais popular do que científico, a cura praticada por essas pessoas preocupava a Coroa portuguesa. Prova disso é a repressão rigorosa aos boticários não licenciados, tanto no Brasil quanto em Portugal, conforme se observa nas regras do Título CIX das Ordenações Manuelinas (1521). Em termos normativos, talvez essa seja a medida de governo mais relevante na proteção da saúde na época, já que a ação fiscalizatória da atividade médica era seguida de duras penas aplicadas por um tribunal composto de “médicos aprovados pela Universidade de Coimbra, que de três em três anos

² Conforme Ana Carolina de Carvalho Viotti. *As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)*. UNESP, 2012, p. 21

³ VIOTTI, 2012, p. 21.

visitavam as boticas que houvesse no distrito da sua comissão”⁴. O objetivo das Ordenações Manuelinas era evitar danos cometidos por charlatães e pessoas não licenciadas a oferecer tratamento aos doentes.

As Ordenações Filipinas (1604), por sua vez, previam exatamente o mesmo tipo de controle sobre a atividade médica no seu Título LXXXIX. Mas em virtude das condições sociais e sanitárias da Colônia é bem provável a regra não era seguida com rigor. Embora as primeiras Santas Casas de Misericórdia tenham sido instaladas no Brasil ainda no século XVI, não se tem notícia de médicos oferecidos gratuitamente pela Coroa aos enfermos necessitados. Portanto, esse quadro não deixava de ser um estímulo à continuidade dos práticos na arte de curar. Não havia médicos, mas havia a prática da cura.

O próprio padre José de Anchieta relata que os jesuítas recém-chegados ao Brasil, a pretexto de obedecerem aos mandamentos de sua Ordem - que pregava a caridade e o auxílio aos enfermos – empreendiam a prática médica apesar da proibição imposta pela Coroa. O jesuíta afirma em uma das suas correspondências que “mesmo os portugueses parecem que não sabem viver sem nós outros, assim em suas enfermidades próprias como de seus escravos: em nós outros têm médicos, boticários e enfermeiros; nossa casa é botica de todos, poucos momentos está quieta a campainha da portaria”⁵. As boticas dos jesuítas com suas receitas de sucesso funcionavam como verdadeiras farmácias na época e gozaram de muito prestígio até meados do século XVIII.

Assim, pode-se dizer que neste período a promoção da saúde passava pela atividade dos ‘práticos’ na arte médica. Nem todos podiam pagar um profissional licenciado. Nem todos tinham a sorte sequer de viver próximo a um deles. O cirurgião português José Antonio Mendes, que esteve no Brasil tratando de mineiros, explica que a procura freqüente por profissionais não diplomados (fato observado por ele no século XVIII) ocorria porque os indígenas, os escravos e muitos colonos não podiam gastar com os médicos e cirurgiões, e outros não podiam ter acesso aos profissionais pelas grandes distâncias em que moravam⁶.

Dada a escassez de médicos diplomados no Brasil, os boticários e os profissionais experimentados exerceram seu ofício com tal intensidade que, curiosamente, com o passar do tempo, as experiências medicinais vulgares influenciaram até os próprios profissionais diplomados. Segundo a historiadora Ana Carolina Viotti, a ausência de profissionais da saúde e a constante necessidade de combater os males explicam não apenas o

⁴ VIOTTI, 2012, p. 23.

⁵ Conforme VIOTTI, 2012, p. 42.

⁶ Conforme VIOTTI, 2012, p. 25.

recurso da população aos práticos como também a difusão de terapêuticas híbridas, e mesmo a valorização das curas não-oficiais pelos diplomados da medicina⁷.

Por outro lado, poucas foram as ações governamentais na matéria durante o século XVII. As já mencionadas Ordenações Filipinas até expressavam certa preocupação de natureza preventiva quanto à saúde do povo ao atribuírem às Câmaras Municipais o dever de zelar pela limpeza pública, mas a realidade social contrariava a boa intenção da lei. As cidades foram surgindo sem qualquer planejamento sanitário e o ambiente insalubre passou a ser um fator desencadeante de doenças. Havia uma preocupação normativa com essa medida preventiva, mas não havia necessariamente a própria prática preventiva.

A falta de medidas governamentais de saneamento na colônia chegou a ser apontada como causa da primeira epidemia relatada por um médico no Brasil. Após ser questionado pelo governador da província de Pernambuco a respeito dos males que haviam atingido a região nos últimos anos do século XVII, o lusitano João Ferreira da Rosa, formado pela Universidade de Coimbra, apontou em seu relatório a existência de barricas de carne podre na cidade e a propagação de males pelo ar, recomendando que se mantivessem fogueiras acesas por trinta dias com ervas cheirosas – murta, incenso, almecega, bálsamo, óleo de copaíba e galhos de aroeira e erva cidreira – para restabelecer a salubridade na província⁸.

O relato do médico João Ferreira Rosa evidencia que o Brasil nesta época sofria a falta de medidas sanitárias nas cidades emergentes. Ao mesmo tempo a Colônia carecia de profissionais técnicos. É curioso notar, a propósito, que as Câmaras Municipais de Minas Gerais em meados do século XVIII buscam instalar um curso superior de Medicina em Ouro Preto, mas têm o projeto barrado pelo Conselho Ultramarino sob o fundamento de que a proposta “podia relaxar a dependência que as colônias deviam ter ao Reino”⁹. Os interesses políticos de colonização falavam mais alto do que a saúde da população!

O país carecia também de normas voltadas para a promoção da saúde. Embora a administração portuguesa tivesse recebido duras críticas de Antonio Ribeiro Sanches, médico lusitano autor de *Tratado da Conservação da Saúde dos Povos*, em 1755, não houve qualquer mudança ao longo do século XVIII neste particular. O trabalho do referido médico ressalta a necessidade de leis e outras medidas de governo para a preservação da saúde dos colonos. Consciente da importância do papel do governo, afirmou que

⁷ VIOTTI, 2012, p. 25.

⁸ João Ferreira da Rosa *apud* VIOTTI, 2012, p. 126-127.

⁹ Roberto Machado *apud* GALVÃO, M. A. M. *Origem das políticas de saúde pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930*, p. 14.

toda a Ciência da Medicina será de pouca utilidade: porque será impossível aos Médicos, e aos Cirurgiões, ainda doutos, e experimentados, curar uma Epidemia, ou outra qualquer doença, numa cidade, onde o Ar for corrupto, e o seu terreno alagado. Nem a boa dieta, nem os mais acertados conhecimentos nestas artes produzirão os efeitos desejados sem primeiro emendar-se a malignidade da atmosfera, e impedir os seus estragos (...) os governos aprendem com perfeição como deve ser edificada uma cidade, uma praça, um templo, ou outro qualquer edifício público com toda a majestade, distribuição, e ornamento, mas não vemos praticadas as regras que contribuem à conservação da saúde¹⁰.

Os relatos dos médicos lusitanos nos permitem concluir, numa perspectiva histórica, que pelo menos até a segunda metade do século XVIII a Coroa portuguesa não tinha um projeto de saúde para o Brasil. Embora situações pontuais de epidemia fossem atacadas oportunamente e houvesse algum controle sanitário nas regiões portuárias, não existia um programa global e continuado no combate às causas das doenças. Não havia um trabalho de prevenção, não havia técnicos nem mesmo normas capazes de alterar esse quadro social.

A fama da cidade do Rio de Janeiro na Europa em fins do século XVIII confirma essa situação caótica, pois era conhecida como uma das mais belas e também mais pestilentas da América¹¹. A fama não era obra do acaso. Referindo-se a esse período histórico, Gilberto Freire relata que devido à ausência de fossas nas casas, era prática comum na época os negros carregarem barris repletos de urinas e fezes à cabeça, por longos canais até as praias ou córregos onde despejavam esses materiais, muitas vezes sujando-se a si próprios e levando doenças para dentro das senzalas (onde a higiene já era precária), para depois, por consequência, levá-las também para dentro da casa grande¹². Um ciclo vicioso totalmente favorável à insalubridade.

As doenças na cidade do Rio de Janeiro eram tão freqüentes e intensas que a Coroa portuguesa, preocupada, chega a enviar representantes ao Brasil no final do século XVIII para constatar o estado de saúde da população e identificar as causas das doenças. O médico Antonio Joaquim de Medeiros, um dos doutores questionados na ocasião, relata causas naturais como a umidade e o calor, mas sobretudo a falta de higiene por conta da urbanização precária, apontando especificamente como problemas a falta de calçamentos, a

¹⁰ Antonio Nunes Ribeiro Sanches *apud* VIOTTI, 2012, p. 86.

¹¹ Antonio Joaquim de Medeiros *apud* VIOTTI, 2012, p. 87.

¹² Gilberto Freire. *Casa Grande e Senzala*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006, p. 96.

presença de pântanos, a falta de canalização de fontes, pouca circulação de ar pelos edifícios, ruas estreitas e imundas, enfim, um ambiente propício para a propagação de doenças¹³.

Apesar da descoberta das causas técnicas para a insalubridade do Rio de Janeiro, o quadro só começa a mudar com a vinda da família real ao Brasil em 1808. Neste mesmo ano, três atos de Dom João VI são marcantes. O primeiro deles é a criação da Escola de Medicina na Bahia. O segundo é a criação da Escola de Medicina, Anatomia e Cirurgia do Rio de Janeiro¹⁴. O terceiro é a criação da Provedoria de Saúde com a instalação de uma polícia voltada para a regulamentação e fiscalização dos padrões de higiene urbana. Tais medidas propiciam o aumento do número de médicos no Brasil e colocam o conhecimento científico a serviço das políticas da Coroa.

Em reforço às mudanças empreendidas no início do século XIX, o Brasil passa a ter um panorama jurídico mais favorável à proteção da saúde após tornar-se independente. A Constituição Imperial de 1824 representa bem essa mudança. Em meio aos direitos civis direcionados aos cidadãos brasileiros, ela proporciona um destaque para a saúde ao prever no art. 179, XXIV a garantia de condições salubres no trabalho (“Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos cidadãos”) e no art. 179, XXXI a garantia de auxílios do Império em situações emergenciais (“A Constituição também garante os socorros públicos”). A figura dos socorros públicos será de grande valia neste período.

Por outro lado, a abertura do curso de medicina no Rio de Janeiro e a conseqüente presença de profissionais diplomados na área propiciam a criação da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro, em 1829¹⁵, que nasce com o propósito de ser a guardiã da saúde pública no país. Pautada pela ciência e vendo nas medidas preventivas uma forma racional e eficiente de promoção da saúde, promove mudanças voltadas para a salubridade do meio urbano.

Entre outras contribuições valorosas, a entidade apresenta amplo programa de medidas preventivas para benefício da coletividade: formula propostas de estímulo à higiene e ao saneamento; critica a ineficácia da polícia sanitária; sugere a implantação da educação física para crianças; denuncia a falta de hospitais; estabelece regulamentos para as farmácias e sugere, ainda, a criação de cemitérios para evitar o enterro de corpos no interior de igrejas.

¹³ Relato posteriormente publicado no jornal ‘O Patriota’, em 1816, edição n.º 03 *apud* Viotti, p. 87.

¹⁴ Atual Faculdade Nacional de Medicina da UFRJ.

¹⁵ A entidade teve seu nome alterado para Academia Imperial de Medicina, em 1835, e depois para Academia Nacional de Medicina, em 1889, logo após a proclamação da república. Exerce suas atividades acadêmicas até hoje.

Enfim, coloca em prática medidas até então negligenciadas pelos governos¹⁶. Inobstante o seu empenho, a polícia médica é incapaz de prevenir epidemias no Rio de Janeiro como, por exemplo, o surto de febre amarela em 1849.

Não havia em meados do século XIX um planejamento estratégico do governo imperial na área da saúde. Pelo contrário, o que se vê muitas vezes é a atuação pontual do Imperador calcada principalmente na garantia de “socorros públicos” prevista na Constituição de 1824¹⁷. Os projetos da Sociedade de Medicina e Cirurgia, por sua vez, não atingiam todos os cantos do Império. O ideal de combate às causas das doenças nos moldes por ela traçados era de difícil concretização por questões financeiras. Procurava-se muito mais remediar do que prevenir.

Apesar de na primeira metade do século XIX o Brasil já contar com a presença de escolas de medicina e profissionais diplomados, podemos afirmar que não houve neste período uma diretriz sanitária de âmbito nacional. Em relação ao Brasil-colonial e os primeiros anos de Império, podemos destacar como dados históricos importantes a escassa presença de profissionais diplomados na área da saúde e uma tímida atuação governamental.

Portanto, de 1500 a 1889 não houve atendimento médico amplo e gratuito para a população. O serviço era prestado por particulares ou por entidades filantrópicas, como é o caso das Santas Casas de Misericórdia, mas sem qualquer tipo de garantia. Por conseqüência, não se pode falar em atendimento igualitário. Na verdade, em termos de saúde pública, a nossa história tem início apenas com a vinda da família real em 1808 e mesmo assim com as dificuldades que relatamos acima, dentre as quais a negligência por não se priorizar as medidas preventivas como forma racional e eficaz de preservação da saúde da população.

* * *

¹⁶ NUNES, E. D. *Sobre a história da saúde pública: idéias e autores*. Revista Ciência & Saúde Coletiva, n.º 02, volume 05, 2000, p. 255.

¹⁷ Pode-se citar como exemplos os Decretos 533/1850, 752/1851, 798/1851, todos expedidos com o objetivo de promover aportes financeiros para o controle de epidemias, em especial a grande epidemia de febre amarela de 1849 no Rio de Janeiro.

1.2. Saúde sim, mas não para todos

*“Meu sertão vai se acabando, nessa vida que o devora,
Meu agreste vai secando, e com ele vou secar (...)
Se doente sem remédio, remediado está...”*

(Gonzaguinha. Pobreza por pobreza¹⁸, 1968)

Com olhar crítico sobre as condições sociais no país, sobretudo no sertão nordestino, Gonzaguinha reproduz na sua música as mesmas agonias tantas vezes cantadas por seu pai décadas antes. A música se refere ao agreste, mas estar remediado mesmo sem remédio não era um fenômeno apenas regional na década de 1960. No período republicano a saúde passa a ser tema de destaque, mas o que se vê ao longo de quase um século no processo de melhorias na área é um país inteiro muito parecido com o sertão nordestino.

Na transição do século XIX para o século XX as plantações de café dão lugar às indústrias e o crescimento urbano se acelera. Esse novo perfil da economia brasileira proporciona situações até então inexistentes. A industrialização dá origem a uma nova classe social – o operariado – que passa a trabalhar e habitar em condições precárias de higiene. Se o quadro sanitário que fecha o período anterior à república não era bom por ter passado longe das prioridades do governo imperial, agora ele se torna uma questão importante nos governos republicanos.

O século XX é aberto com muitos desafios e conta com a ascensão de sanitaristas importantes como Adolfo Lutz, Vital Brazil, Emílio Ribas e Oswaldo Cruz, este último Diretor Geral de Saúde Pública, em 1903¹⁹, responsável pela erradicação de epidemias no Rio de Janeiro. A presença de cientistas à frente de cargos públicos importantes impulsiona a medicina preventiva como técnica de proteção à saúde da população.

Mas essa mudança de gestão era ainda limitada à capital federal. As campanhas de prevenção não ocorriam em todo o país. Conseqüentemente, a pobreza, a falta de investimentos e a insalubridade urbana ainda faziam vítimas até mesmo em regiões com relativo desenvolvimento econômico e social²⁰. Esses fatos revelam que o país já havia acordado para o problema da saúde mas ainda buscava um planejamento estratégico. A

¹⁸ A música ‘*Pobreza por pobreza*’ foi uma das finalistas do 1º Festival Universitário de Música Popular do Rio de Janeiro, em 1968.

¹⁹ Cargo equivalente ao atual Ministro da Saúde.

²⁰ Como exemplo temos a cidade de São Paulo, que viveu um surto de gripe espanhola em 1918 com reflexo em aproximadamente 2/3 da população, provocando o registro de 5.331 óbitos, entre eles o do presidente eleito Rodrigues Alves.

Constituição Federal de 1891 não trouxe qualquer dispositivo relacionado à saúde. Conforme Madel Therezinha Luz, “até 1920 não se observa uma clara definição de política de saúde por parte do Estado”²¹.

Em 1920, é criado o Departamento Nacional de Saúde²² com o objetivo de implantar uma política de saúde em nível nacional, tendo à sua frente Carlos Chagas como primeiro diretor e responsável pela aprovação do Decreto n.º 15.003/1921, amplo regulamento de promoção da saúde através de fiscalização na produção de gêneros alimentos, controle de entrada de pessoas e mercadorias nos portos, instituição de delegacias de saúde e polícia sanitária, normas sobre abastecimento de água, tratamento de esgoto, inspeção de farmácias e propaganda de remédios.

Todavia, em meio ao processo de implantação de uma política de saúde começam a despontar divergências entre os técnicos da área. Embora todos tivessem em comum a pretensão de universalizar a saúde à população, o debate se polariza entre o discurso sanitarista, de um lado, preocupado com a prevenção das doenças, e o discurso da medicina curativa, de outro, voltada para as práticas de manutenção e restabelecimento da saúde. Em verdade, a saúde da população não dependia de nenhum dos dois pontos de vista tomados isoladamente, mas da integração de ambos. Essa divergência, contudo, ainda duraria décadas.

A política de saúde proposta pelo Decreto de Carlos Chagas possuía dois aspectos negativos: estabeleceu regras e atribuições ao Departamento Nacional de Saúde apenas no território do Distrito Federal e restringiu para o Estado o dever de zelar pela saúde da população apenas na ótica preventivista. Desta forma, ao elencar como atribuições do DNS o fornecimento de soros, vacinas e alguns medicamentos à população, o Decreto omitiu-se em relação à assistência individual curativa (à exceção dos morféuticos e outros doentes que necessitam isolamento), deixando assim um vácuo no atendimento médico curativo.

Paralelamente a tudo isso, as primeiras décadas do século XX são marcadas por movimentos de greve que reivindicam principalmente aumento de salários e melhores condições de trabalho²³. Neste sentido, as conquistas coletivas da classe operária em relação às condições de trabalho de certa forma englobam reivindicações voltadas à proteção da saúde. O movimento sindical neste período, embora ainda incipiente, obtém relativo êxito nessas reivindicações e impulsiona uma crescente expansão da assistência médica voltada

²¹ LUZ, M. T. *As instituições médicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979, p. 56.

²² Esse órgão federal equivale ao nosso atual Ministério da Saúde.

²³ ANTUNES, R. L. C. *O que é sindicalismo*. 16ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 53.

apenas aos trabalhadores. O processo tem início com a edição da Lei Eloi Chaves²⁴, criada para atender os empregados das companhias de transporte ferroviário:

Art. 9º Os empregados ferroviários, a que se refere o art. 2º desta lei, que tenham contribuído para os fundos da caixa com os descontos referidos no art. 3º, letra *a*, terão direito: 1º, a socorros médicos em casos de doença em sua pessoa ou pessoa de sua família, que habite sob o mesmo teto e sob a mesma economia; 2º, a medicamentos obtidos por preço especial determinado pelo Conselho de Administração (...)

De acordo com a Lei Eloi Chaves, a assistência médica e previdenciária dependiam da criação, pelas empresas do ramo, de entidades previdenciárias denominadas ‘Caixas de Aposentadoria e Pensão’. Várias empresas do setor criaram suas CAP’s. O que se observa na política de saúde, em seguida, é a gradual extensão da Lei Eloi Chaves para empresas de outros setores. E assim, de empresa em empresa, foram criadas ao todo 183 Caixas de Aposentadoria e Pensão no país²⁵.

Mas esse modelo ainda estava longe de atender satisfatoriamente a classe trabalhadora, pois as Caixas de Aposentadoria e Pensão não estavam presentes em todos os setores da economia e, mesmo quando autorizadas para novos setores, eram criadas apenas pelas grandes empresas. Portanto, enquanto os trabalhadores de grandes empresas tinham sua entidade previdenciária os demais permaneciam desamparados.

Ciente deste quadro de desigualdade, o Estado inicia uma gradual concentração das CAP’s em novas entidades denominadas ‘Institutos de Aposentadoria e Pensão’. Assim, com a edição do Decreto n.º 22.872/33, a cobertura previdenciária dos trabalhadores adota novo critério de admissão, passando da vinculação a determinada empresa para a vinculação à determinada categoria profissional. A partir desse momento o trabalhador não precisava mais de uma entidade previdenciária criada pela empresa onde trabalhava. O simples fato de pertencer a uma categoria profissional já seria o bastante para vinculá-lo a um IAP. Por conseguinte, foram criados ao todo seis IAP’s na década de 1930, todos eles garantindo essencialmente o mesmo tipo de assistência médica: consultas, assistência hospitalar, cirúrgica e socorros farmacêuticos²⁶.

²⁴ Embora seja assim conhecida, trata-se do Decreto Legislativo 4.682, de 24/01/1923.

²⁵ LEITE, C. B. *A proteção social no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1978, p. 30.

²⁶ O Decreto n.º 22.872/33 criou o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos. Em seguida, vieram o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Comerciantes (Decreto n.º 24.273/34), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários (Decreto n.º 24.615/34), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Industriários (Lei n.º 367/36), o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Servidores do Estado (Decreto-lei n.º 288/38) e o Instituto de

As conquistas trabalhistas no período foram sentidas no ordenamento jurídico a tal ponto que a Constituição Federal de 1934 registrou grandes conquistas na área social. Em relação à saúde, pela primeira vez se estabelecem as atribuições estatais na área ao se prever que sua proteção seria da competência da União e dos Estados (“Art. 10, II – Compete concorrentemente à União e aos Estados cuidar da saúde e assistência públicas”). Além disso, a referida Carta consagra a garantia de assistência médica e sanitária aos trabalhadores:

Art. 121 (...)

§1º – A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...)

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante (...) e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte.

O novo perfil constitucional justifica o processo gradual de criação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão a partir de 1934, pois o que se buscava era realmente atender a uma quantidade cada vez maior de trabalhadores. O quadro não se altera com a Constituição Federal de 1937, que é outorgada com normas protetivas aos trabalhadores sem olvidar a assistência médica, como se observa no seu art. 137, I (“A legislação do trabalho observará, além de outros, os seguintes preceitos: (...) I - assistência médica e higiênica ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta, sem prejuízo do salário, um período de repouso antes e depois do parto”).

É visível o avanço na proteção jurídica à saúde. Todavia, em que pese a manifestação do interesse estatal no setor, a assistência previdenciária mostra-se sempre atrelada à figura do trabalhador. A exemplo do que já se via desde a edição da Lei Eloi Chaves, a criação do SAMDU – Serviço de Assistência Médica Domiciliar e de Urgência da Previdência Social, através do Decreto-lei n.º 6.905/1944, depois regulamentado pelo Decreto n.º 27.664/49, destina-se também apenas aos segurados e beneficiários dos Institutos de Aposentadoria e Pensão.

Portanto, duas observações são necessárias nesta fase da história da saúde no Brasil. Em primeiro lugar, as melhorias ocorridas nas primeiras décadas do século XX não implicaram necessariamente uma ação estatal direta na prestação dos serviços médicos e congêneres. As melhorias surgiram sempre na forma de novas atribuições impostas

Aposentadoria e Pensão dos Empregados em Transportes e Cargas (Decreto-lei n.º 651/38), que posteriormente incorporou o IAP dos Operários Estivadores.

legalmente às entidades previdenciárias de natureza privada então existentes²⁷. Em segundo lugar, as melhorias não atingiam a população como um todo. Havia assistência médica sim, mas apenas para o trabalhador e seus dependentes.

Uma consequência desta política é a consolidação de um conceito de saúde ligado apenas à presença/ausência de doença na população, desprezando-se por completo o questionamento acerca das condições globais de vida dos indivíduos e a relação delas com a presença/ausência de doenças. Consagra-se assim uma supervalorização da assistência médica curativa (consultas, cirurgias, internações e medicações). Praticamente não se fala em medicina preventiva.

Com a criação do Ministério da Educação e Saúde no final dos anos 1930, institui-se por força da Lei n.º 378/37 um importante fórum de discussão: a Conferência Nacional de Saúde, instância de consulta e orientação do governo federal que existe até hoje. A 1ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1941, suscita, não por acaso, debates e conclusões que apontam justamente para o erro estratégico nas políticas de saúde quando priorizam a medicina curativa em detrimento da medicina preventiva. As conclusões do encontro parecem ter refletido na Constituição Federal de 1946, que se refere aos direitos dos trabalhadores no art. 157, VIII e XIV, mencionando expressamente a importância da medicina preventiva:

Art. 157 A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão nos seguintes preceitos, além de outros que visem a melhoria da condição dos trabalhadores: (...)
VIII - higiene e segurança do trabalho; (...)
XIV - assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante.

Trata-se de uma evolução mas a disposição constitucional continua restrita aos trabalhadores, o que evidentemente contradiz qualquer política de saúde voltada para toda a população. Nada obstante as conclusões da 1ª CNS, o Brasil continua tendo uma orientação preponderantemente assistencial e curativa, separada da análise das condições gerais de vida da população, tais como a alimentação saudável, a higiene, a renda mínima e a salubridade do meio urbano. Valoriza-se a saúde apenas em relação ao atendimento médico-hospitalar de combate à doença. Os governos não agem de forma prudente com as medidas que evitam o surgimento da doença.

²⁷ Embora criadas por impulso estatal e recebessem, pelo menos em teoria, recursos financeiros advindos da União, essas entidades nasceram da união de trabalhadores e empresas e assim se desenvolveram até a criação do INPS em 1966. Não foram dídivas do Estado.

A visão curativista da saúde trouxe algumas conseqüências ruins para o país. Conforme relata Rita Barradas Barata, as décadas de 1930 a 1950 foram marcadas por grandes surtos epidêmicos. No caso do Estado de São Paulo, na década de 1940, há registros de malária, tracoma e febre amarela em áreas rurais, e de leptospirose, meningite, sarampo, tuberculose e difteria nas áreas urbanas. Todas com números altamente preocupantes. Ao final desse período um novo perigo começa a fazer a sua aparição: a poliomielite²⁸. E pior: na década seguinte novos registros epidêmicos são encontrados em relação às mesmas doenças!

Em 1954, talvez pelo quadro acima relatado, surge o Código Nacional de Saúde (Lei 2.312/54), através do qual o Estado finalmente assume seu dever de proteger a saúde da população e admite a importância de programas sanitários como forma de prevenir a doença. Finalmente, em termos normativos, percebe-se que o governo conclui ser insuficiente uma medicina apenas curativa. Segundo afirmaria anos depois o Ministro da Saúde Almeida Machado, adepto da medicina preventiva, “bem poderíamos, em vez de gastar dinheiro com exames de fezes, gastar dinheiro com saneamento. Cinqüenta mil exames de fezes custam 100 mil cruzeiros, e com este dinheiro, podem ser construídas 200 fossas”²⁹.

Todavia, o governo não parece dar a importância que o novo código merece porque a sua regulamentação ocorre apenas sete anos depois através do Decreto 49.974-A, de 21/01/1961. O código era uma promessa. Uma promessa que não se cumpriu. Prova disso é que a 3ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1963 (quase dez anos depois), ainda discutia a elaboração de um plano nacional de saúde calcado no desenvolvimento social e nas ações preventivas. Na ocasião, o próprio Ministério da Saúde encaminhou relatório oficial para os debates no evento apontando a necessidade de elaboração de um plano nacional que contemplasse atividades médico-sanitárias que beneficiassem o maior número possível de pessoas a custos mais reduzidos.

No fundo, as dificuldades surgem justamente por conta do dualismo entre a medicina preventiva e medicina curativa e os interesses econômicos que estão por trás desse dualismo. A verdade é que as indústrias farmacêutica e hospitalar se “beneficiam” com as doenças, ao passo que o corporativismo da classe médica procura fortalecer a medicina privada³⁰. O ponto de equilíbrio entre as duas vertentes é de difícil consenso. A Constituição

²⁸ BARATA, R. *Cem anos de endemias e epidemias*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Volume 05. Número 02. ABRASCO: Rio de Janeiro, 2000, p. 340.

²⁹ MACHADO, A. *apud* CUPERTINO, F. *População e saúde pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 99.

³⁰ Conforme será mostrado adiante, essa situação fica mais nítida durante a constituinte em 1987-1988.

Federal de 1967, por sua vez, não define claramente qual dos modelos deve preponderar, limitando-se apenas a garantir proteção à saúde da classe trabalhadora:

Art. 158. A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria, de sua condição social: (...)

IX - higiene e segurança do trabalho; (...)

XV - assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva.

Na prática, o que se vê na década de 1960 é um fortalecimento cada vez maior dos Institutos de Aposentadoria e Pensão. Num primeiro momento, eles têm seus planos de benefícios uniformizados pela Lei n.º 3.807/60, cujo art. 22 mantém a assistência médica. Em seguida, essas entidades são reunidas numa autarquia denominada Instituto Nacional de Previdência Social - INPS, criada pelo Decreto-lei n.º 72/66. A partir daí desenvolve-se de forma mais intensa uma medicina assistencial curativa ainda atrelada à figura do trabalhador e de seus dependentes.

Conforme apontou a 3ª Conferência Nacional de Saúde, o sistema que se vinha de implantar, além de ser estrategicamente equivocado, era injusto por excluir da proteção os cidadãos sem trabalho formal. Os trabalhadores rurais, por exemplo, ficaram excluídos do sistema previdenciário até a edição da Lei n.º 4.214/63, criadora do FUNRURAL, que permitiu assistência médica aos rurais mas de um forma bem precária³¹. O doméstico esteve desamparado até a edição da Lei n.º 5.859/72. Continuaram sem cobertura médica estatal os desempregados, os estudantes, donas de casa, os trabalhadores informais, enfim, todos aqueles que não tinham filiação ao INPS como segurado ou como dependente. Para esses, a assistência só chegava de duas formas: pelo amparo de instituições filantrópicas ou pela medicina privada.

A partir do final da década de 1960, as políticas de saúde foram fortemente centralizadas no executivo federal. Como o país passava por uma ditadura militar, as opiniões alternativas ao discurso oficial eram duramente reprimidas. Segundo Madel Luz, neste período os defensores da medicina preventiva e integral, aliada aos aspectos sócio-econômicos da população, são mantidos sob controle, havendo, a partir de 67-68, no âmbito das instituições de previdência social, até mesmo a instauração de inquéritos administrativos para averiguação de críticas aos programas institucionais por parte de seus dirigentes³².

³¹ A escassez de recursos do FUNRURAL levou o Estado a criar o PRO-RURAL através da Lei Complementar n.º 11/71. Todavia, nem assim o quadro foi alterado.

³² LUZ, 1979, p. 118.

Durante o regime militar, por iniciativa do então Ministro da Saúde Leonel Miranda, tenta-se instituir um Plano Nacional de Saúde em 1968. Porém, como as idéias que norteavam o plano beneficiavam basicamente o setor privado (através de uma saúde eminentemente assistencial), o plano não tem a unanimidade nem mesmo no interior do governo e é denunciado por não atender às reais necessidades da população. Ele negligenciava quase que por completo a medicina preventiva. Carlos Gentile de Mello, assessor no Ministério da Saúde entre 1967 e 1968, comenta a proposta afirmando que

era um plano que tinha por objetivo fundamental regulamentar, melhorar a remuneração médica e das instituições de saúde privada (...) não fazia referência uma vez sequer a níveis de saúde da população (...) era um plano de remuneração médica e não um plano nacional de saúde (...) acabava-se com a medicina preventiva³³.

Muitas entidades civis como sindicatos, universidades e associações médicas apontavam para o erro de se universalizar a medicina assistencial em detrimento dos serviços de saúde pública e da melhoria das condições sociais da população. Como forma de minimizar a falta de cobertura aos desamparados pelo sistema, o Decreto n.º 68.806/71 cria a CEME – Central de Medicamentos, órgão ligado à Presidência da República e responsável por fornecer medicamentos a pessoas carentes a preços acessíveis. Em seguida, a Lei n.º 6179/74 estende a assistência médica do INPS aos idosos acima de 70 anos e aos inválidos sem cobertura previdenciária. Mas o universo de pessoas beneficiadas em ambas as normas é ainda restrito. Não há universalização da assistência.

O quadro construído até 1974 mostra um certo descaso com a medicina preventiva e integral. Não é por acaso que este ano é marcado pelo aumento da mortalidade infantil, pelo aumento dos índices de desnutrição, pela eclosão de epidemias e o ressurgimento de doenças endêmicas. Sente-se a necessidade de um sistema nacional de saúde para superar essa dicotomia construída ao longo de décadas. Era preciso também superar os impasses financeiros e políticos que norteavam a área da saúde. Era o momento de convocar a Conferência Nacional de Saúde e ouvir os especialistas. E foi assim que em 1975 surgem quase ao mesmo tempo a Lei n.º 6.229/75, criando o Sistema Nacional de Saúde, e a realização da 5ª Conferência Nacional de Saúde, cujo tema foi justamente a referida lei.

No discurso de abertura do evento, o Presidente Ernesto Geisel admite que as políticas de saúde até então acolhidas pelo Estado eram nefastas. Afirma também que nos

³³ MELLO, C. G. de C. *apud* LUZ, 1979, p. 134.

últimos decênios havia se caracterizado a insuficiência de coordenação e de entrosamento entre entidades e agentes de saúde, o que explicava em parte a baixa produtividade global do setor³⁴.

As conclusões do evento revelam uma total precariedade na administração da saúde. O relatório final aponta que o país carece de estatísticas; que não possui um programa bem definido de combate às doenças transmissíveis; que os recursos humanos e técnicos eram escassos; que havia descoordenação das ações de combate epidemiológico por partes dos órgãos da administração pública; e por fim, que todas as instâncias federativas enfrentavam um sério problema: a "inexistência de normas de direito positivo, atualizadas, que estabeleçam obrigações às pessoas e instituições, em matéria de vacinas e notificação compulsória de doenças"³⁵.

A Lei n.º 6.229/75 tenta colocar ordem neste caos e distribui de forma mais clara as competências dos órgãos responsáveis pela proteção à saúde, deixando as medidas de caráter coletivo e preventivo ao Ministério da Saúde e o atendimento médico individualizado e curativo a cargo do Ministério da Previdência Social. A Lei n.º 6.229/75 reconhece que a doença e a estrutura social são duas faces da mesma moeda, acolhendo assim a tese de que a atenção à saúde deveria ser integral. Institucionaliza-se assim a idéia de que não se pode identificar a saúde apenas com a ausência da doença, porquanto as condições sociais e econômicas da população também são fatores que gradua o seu nível de saúde.

Mas os mecanismos para a implantação da tese ainda não existiam. Os debates a esse respeito surgem e são estimulados com a criação do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde - CEBES, em 1976, editor da revista "Saúde em Debate" e responsável por denunciar iniquidades sociais bem como o formato perverso da assistência à saúde, inclusive pela falta de uma gestão mais democrática no setor³⁶.

Conquanto benfazeja em alguns aspectos, a Lei n.º 6.229/75 não expandiu a assistência médica. O INAMPS atende apenas os beneficiários do INPS. Percebe-se que a proteção social não poderia mais ficar atrelada à existência ou não de CTPS assinada ou às situações excepcionais da Lei n.º 6.179/74. Começa a despontar uma idéia de assistência à saúde para toda a população. Neste sentido, a comissão de saúde da Câmara dos Deputados, com apoio do CEBES, realiza o 1º Simpósio Nacional de Política de Saúde, em 1979, evento

³⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 5ª Conferência Nacional de Saúde* (1975)

³⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE, *Relatório Final da 5ª Conferência Nacional de Saúde* (1975)

³⁶ Tanto o CEBES quanto a sua revista existem até hoje e o seu papel crítico na construção de um sistema de saúde eficiente e justo continua o mesmo.

no qual surge pela primeira vez a idéia de um sistema único de saúde com acesso universal e gratuito.

A proposta de um sistema único é estudada pelo Governo Federal e o projeto recebe o nome de 'Prevsáude'. Porém, segundo Eleutério Rodriguez, que na época atuou no planejamento do Ministério da Previdência e Assistência Social, as pressões exercidas pelo setor privado, nomeadamente as organizações de classes representativas da saúde privada, como a ABRAMGE (Associação Brasileira de Medicina de Grupo) e a AMB (Associação Médica Brasileira), impediram o avanço da idéia³⁷. Uma tentativa de mudança radical só seria levada a efeito durante a assembléia constituinte em 1987.

* * *

³⁷ RODRIGUEZ NETO, E. *Saúde – promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003, p. 38.

1.3. A saúde na Constituição de 1988

*É... a gente quer valer o nosso amor
a gente quer valer nosso suor
a gente quer valer o nosso humor
a gente quer do bom e do melhor
a gente quer carinho e atenção
a gente quer calor no coração
a gente quer suor mas de prazer
a gente quer é ter muita saúde...*

(Gonzaguinha. *É*. 1988)

O mesmo Gonzaguinha que vinte anos antes lamentava o descaso com a saúde da população agora muda o tom. Transforma sua música em instrumento de reivindicação. É época de redemocratização, é hora de soltar a voz e discutir os rumos do país. A população quer ter voz ativa e quer ter muita saúde também. Esses dois aspectos são os marcos das mudanças que começariam já na constituinte e se concretizariam depois na Constituição Federal de 1988.

Os debates em torno das políticas de saúde retomaram sua força após a criação do CEBES. Muitos profissionais da área mantiveram o discurso de reivindicação de melhorias sociais, pugnando por novas diretrizes para uma política nacional e pela democratização no setor. Embora sofresse repressão do regime militar, o movimento sanitário formado no âmbito do CEBES manifestava-se em conferências, simpósios, palestras e ganhava adeptos às idéias da medicina preventiva e social. Esse conjunto de idéias e profissionais teria participação histórica na 8ª Conferência Nacional de Saúde realizada em 1986.

O evento contou com a participação efetiva de quase todas as instituições que atuavam no setor, além de entidades representativas da sociedade civil, de grupos profissionais e de partidos políticos, reunindo ao todo, mais de 4.000 participantes³⁸. O tema do encontro foi “Saúde na Constituição” e sua importância pode ser medida pelo próprio discurso de abertura do então Presidente José Sarney, para quem a 8ª CNS deveria constituir-se “numa verdadeira pré-constituinte da Saúde”³⁹. E o espírito realmente foi esse.

Ao contrário das edições anteriores, a conferência foi realizada em ambiente democrático. Além disso, o encontro conseguiu aprovar seu relatório final e emitir conclusões

³⁸ As conferências anteriores reuniam um número bem menor de participantes, que em geral dependiam de convites oficiais para se fazerem presentes com voz ou apenas como ouvintes. Dado o contexto político da década de 1980, a 8ª CNS proporcionou um amplo debate sobre a saúde.

³⁹ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 53.

obtidas com alto grau de consenso entre os participantes. Sobre o direito à saúde, chegou-se à conclusão de que as modificações na área não poderiam limitar-se apenas a melhorias de ordem administrativa e financeira, mas deveriam envolver também a ampliação do próprio conceito de saúde para tomar a amplitude do conceito preconizado pela Organização Mundial da Saúde⁴⁰.

Neste sentido, o relatório final recomenda que o exercício pleno do direito à saúde depende do trabalho em condições dignas, de boa alimentação para todos, de moradia higiênica, de qualidade no meio ambiente, de acesso universal e igualitário. Por isso, a 8ª CNS define o direito à saúde para subsidiar a assembléia constituinte como “a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os seus níveis, a todos os habitantes do território nacional”⁴¹. O acesso universal e igualitário foi proposto com a ressalva de que a universalização de cobertura da população começasse “pelas áreas carentes ou totalmente desassistidas”⁴². Além disso, a idéia de universalização deveria ser acompanhada de condições dignas de vida ao cidadão.

No que tange ao acesso aos serviços de saúde, o relatório aponta claramente quais são os critérios para a universalidade do direito à saúde. Segundo o referido documento, o acesso universal e igualitário deve ser compreendido como “atendimento de qualidade compatível com o estágio de desenvolvimento do conhecimento e com recursos disponíveis”⁴³, não se podendo perturbar o acesso da coletividade aos serviços por conta de reivindicações individuais baseadas em tratamentos/procedimentos cuja eficácia não esteja comprovada de forma segura. Neste sentido, o relatório registra expressamente que contraria o acesso universal e igualitário qualquer perturbação individual que interfira nos recursos disponíveis à coletividade, já que o atendimento deve estar baseado nas condições financeiras reais de um sistema que deve atender a todos.

Outra conclusão importante do encontro é a superação da dicotomia prevenção-cura através da idéia de integralização das ações e serviços de saúde. O atendimento integral deve ser compreendido como a síntese entre a medicina preventiva e a medicina curativa. O

⁴⁰ Segundo o Preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde, a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades.

⁴¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde* (1986).

⁴² MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde* (1986). Deve-se lembrar que o relatório da 5ª Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1975, havia apontado que em 40% dos municípios brasileiros a população rural não possuía qualquer infra-estrutura médica, ou seja, nenhuma unidade de atendimento, nenhum médico e nenhum insumo.

⁴³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde* (1986).

país não conseguia construir uma relação harmônica entre os dois modelos de medicina desde 1500. Por outro lado, o modelo curativo predominou durante quase todo o século XX e resultou em estatísticas que apontaram baixa qualidade de saúde da população brasileira, contrariando o alto volume de gastos no setor e comprovando que eles foram pouco eficientes por terem sido estrategicamente mal aplicados.

Daí porque nas conclusões constantes do relatório da 8ª CNS encontramos expressamente a recomendação para que o sistema de saúde da nova ordem constitucional fosse regido, entre outros princípios, pela “integralização das ações, superando a dicotomia preventivo-curativo”⁴⁴. Portanto, o sentido do ‘atendimento integral’ debatido pelos técnicos durante o encontro relaciona-se à conciliação entre a assistência individual curativa e as medidas (individuais ou coletivas) de prevenção das doenças.

A gestão democrática e descentralizada do setor é uma reivindicação que também consta no relatório final do encontro. O sentimento de todos os participantes da 8ª CNS é de apelo não só à redemocratização do país como também pelo debate amplamente democrático na gestão da saúde pública. As recomendações da conferência visam institucionalizar aquilo que praticamente inexistiu durante o regime militar. A sociedade deve ter direito de participar da definição dos rumos da saúde.

As conclusões da 8ª CNS foram examinadas no 1º Congresso Brasileiro de Saúde Coletiva, promovido pela ABRASCO – Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, também em 1986, onde se discutiu qual seria o conteúdo normativo da saúde na constituinte. O objetivo do evento era justamente encaminhar uma proposta de texto para a futura Constituição e sua conclusão foi consensual e bem objetiva: recomendou-se a adoção integral das diretrizes da 8ª CNS pela assembléia constituinte.

Iniciado o processo constituinte, duas características chamam muito a atenção. Primeiramente, a elaboração do texto inicial para debates não foi tarefa exclusiva dos parlamentares constituintes. Conforme Eleutério Rodriguez, observador atento dos trabalhos da constituinte, “bem ou mal, pouco ou muito, houve uma participação direta de outros segmentos da sociedade na definição dos rumos, das teses e dos preceitos que passaram a integrar a nova Constituição”⁴⁵. Em segundo lugar, o processo de discussão não foi iniciado a partir de um projeto⁴⁶. O procedimento de elaboração do texto baseou-se na oitiva de toda a

⁴⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde* (1986).

⁴⁵ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 20-21.

⁴⁶ O projeto Afonso Arinos trazia proposta de texto para a Constituição, mas foi descartado pelo Presidente da República. Durante os trabalhos iniciais da Constituinte, os parlamentares também optaram por não examinar um

sociedade e nas propostas já previamente organizadas por ela e também pelo próprio Estado. Desta forma, na área da saúde o texto constitucional foi nascendo debate após debate.

Segundo o Regimento Interno da assembléia constituinte, os trabalhos deveriam seguir quatro fases: (1) elaboração dos textos inicialmente pelas Subcomissões, inclusive mediante a realização de audiências públicas; (2) aprovação pelas Comissões Temáticas; (3) aprovação pela Comissão de Sistematização; (4) discussão e votação pelo Plenário⁴⁷. Esse *modus operandi* da constituinte, dando vazão à significativa participação popular, muito contribuiu para que a Carta de 88 fosse batizada de cidadã.

Como o movimento sanitário já estava bem organizado em suas propostas desde os primeiros debates do CEBES, a primeira versão do texto por ele apresentada reproduzia muitas das diretrizes que constaram do Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), tais como a idéia de um sistema único, a gratuidade, a universalidade, a integralidade, a importância da medicina preventiva, a gestão democrática e a mudança conceitual segundo as diretrizes da Organização Mundial de Saúde.

Por outro lado, conforme pesquisa feita por Eleutério Rodriguez na época com 25 parlamentares que compunham a subcomissão de saúde, mais da metade não possuía uma proposta específica para a área, mais da metade não conhecia a fundo as propostas da 8ª CNS e, lamentavelmente, menos da metade estava participando daquela subcomissão por vontade própria⁴⁸. Esse quadro político no interior da subcomissão realçou ainda mais o papel da sociedade brasileira ali representada basicamente por três grupos: técnicos dos Ministérios da Saúde e da Previdência e Assistência Social; médicos ligados às entidades representativas do movimento sanitário; e os interesses corporativos ligados à saúde privada.

Mas dos três grupos principais, o movimento sanitário era o que possuía o discurso mais coerente e convergente. Além de ser eminentemente técnico – posto que elaborado por sanitaristas – resultava dos sucessivos debates democráticos, em ambiente acadêmico, iniciados desde a criação do CEBES e consolidado nas conclusões consensuais da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Nos dizeres de Rodriguez Neto

pode-se considerar que a área da saúde foi o setor que conseguiu chegar à Assembléia Nacional Constituinte com a proposta mais discutida, legitimada e completa e que continha o ideário do

anteprojeto de Constituição, preferindo elaborar um texto original a ser discutido ao longo de meses através de 8 comissões subdivididas em 24 subcomissões. Dos 559 constituintes, 58 eram da área da saúde.

⁴⁷ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 58.

⁴⁸ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 60.

movimento sanitário, já explicitado desde 1979 no 1º Simpósio Nacional de Políticas de Saúde⁴⁹.

A participação efetiva da sociedade civil na constituinte, em relação à área da saúde, foi determinante na aprovação do texto inicial da Subcomissão de Saúde. Ele reproduzia essencialmente tudo o que constava na proposta da ABRASCO, esta baseada, por sua vez, nas conclusões da 8ª Conferência Nacional de Saúde⁵⁰.

Mas a aceitação das diretrizes do movimento sanitário não foi tão pacífica. Após a aprovação do texto na subcomissão de saúde, o anteprojeto foi discutido e aprovado com certa turbulência na Comissão da Ordem Social. Segundo Eleutério Rodrigues,

face à tendência progressista desse anteprojeto, a exemplo de outras comissões temáticas, os setores conservadores tentaram obstruir a votação para impedir que o anteprojeto fosse aprovado no prazo regimental. Dessa forma, a Comissão de Sistematização (etapa seguinte) começaria do 'zero'. Para evitar que isso acontecesse, acabou por ser realizado um acordo entre os setores progressistas para que todos retirassem suas emendas e o texto pudesse ser votado em tempo, o que ocorreu a despeito de várias tentativas contrárias⁵¹.

Na Comissão da Ordem Social, a saúde foi tratada juntamente com a Previdência e a Assistência Social. O anteprojeto adotou o já consagrado conceito de 'seguridade social' que acabou sendo preservado até o final. A idéia parecia adequada para o fortalecimento dos direitos sociais, pois esses três componentes de proteção social estariam interligados justamente para ganhar tratamento mais destacado na Constituição. Trata-se de conceito ligado ao Estado de Bem-Estar Social que envolve uma tendência à universalização e ampliação dos benefícios, sob responsabilidade do Estado, sem uma relação necessariamente direta entre contribuição e benefício como ocorre no seguro comum⁵².

Apesar das manobras dos parlamentares contrários ao anteprojeto, este acabou sendo aprovado na Comissão de Seguridade Social com as diretrizes essenciais da 8ª CNS. Após o encaminhamento para a Comissão de Sistematização começaram as dificuldades na

⁴⁹ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 51.

⁵⁰ Analisando-se o texto da ABRASCO e o texto final da Constituição de 1988, ambos apresentados por Eleutério Rodrigues Neto na obra *Saúde – promessas e limites da Constituição*, observa-se que a única derrota significativa do movimento sanitário foi a proposta de um financiamento independente e suficiente para a saúde. A sua rejeição pela constituinte, contudo, levou o Congresso Nacional anos depois à criação do IPMF, depois CPMF e à Emenda Constitucional 29, revelando assim que o movimento sanitário tinha uma preocupação legítima na época da constituinte.

⁵¹ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 68.

⁵² RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 66.

aprovação. A partir deste momento, segundo o Regimento Interno da Assembléia Constituinte, a Comissão de Sistematização não poderia criar novos conteúdos para a elaboração de um projeto a ser levado ao Plenário. Deveria tão somente reunir os anteprojetos das comissões temáticas. Embora houvesse a possibilidade de apresentação de emendas pelos parlamentares, a Comissão de Sistematização procurou apenas compilar os anteprojetos das comissões temáticas.

É nesta etapa que os conflitos começaram a surgir, pois o cumprimento do Regimento Interno levaria à aprovação integral do texto defendido pela Comissão de Seguridade Social. Como nesta fase ainda se permitia a apresentação de emendas populares e sua defesa pública diante da Comissão de Sistematização, os setores contrários ao anteprojeto da Comissão de Seguridade Social procuraram atacá-lo apresentando emendas globais ou substitutivos. Todavia, devido à atuação do movimento sanitário, inclusive com a apresentação e defesa de uma emenda popular⁵³, o texto final da Comissão de Sistematização, embora com algumas perdas, conseguiu manter os pontos mais importantes da proposta inicial aprovada pelas duas comissões anteriores.

Os setores conservadores não se conformavam com o teor do texto aprovado pela Comissão de Sistematização, considerado por demais avançado no campo das conquistas sociais e insuportavelmente estatizante. Na fase final da constituinte (Plenária), embora não houvesse permissão no regimento interno da assembléia, começam a surgir emendas globais ou emendas substitutivas. O conflito se acirra. Os setores contrários ao projeto da Comissão de Sistematização não detinham os instrumentos regimentais para derrubar os dispositivos com os quais não concordavam⁵⁴.

O texto básico a ser emendado tinha que ser o da Comissão de Sistematização. A rejeição do projeto da Comissão de Sistematização só poderia ocorrer mediante a apresentação de emenda substitutiva para cada item do projeto e a respectiva aprovação com o voto de duzentos e oitenta constituintes. Como a tarefa seria dificilmente realizável nos prazos regimentais, o chamado grupo do “Centrão”, valendo-se de uma circunstancial maioria, decidiu propor um projeto de resolução para mudar o próprio Regimento Interno (o que de fato acabou ocorrendo) com duas finalidades: (1) permitir a apresentação de emendas substitutivas globais, alternativas ao projeto da Comissão de Sistematização; (2) criar o

⁵³ Defendida pelo sanitarista Sérgio Arouca, na época presidente da Fundação Oswaldo Cruz e com grande experiência acadêmica na área de Saúde Pública como ex-docente da Faculdade de Ciências Médicas da Unicamp e da Escola Nacional de Saúde Pública.

⁵⁴ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 75.

chamado “pedido de preferência”, permitindo assim que uma emenda global alternativa tivesse preferência na votação⁵⁵.

O Centrão conseguiu, num primeiro momento, alterar o regimento interno já na fase de Plenária para tentar impor um projeto substitutivo e passar por cima de todos os debates técnicos e políticos ocorridos democraticamente nas fases anteriores. E num segundo momento, efetivamente trouxe um projeto substitutivo para discussão. Segundo Rodriguez Neto, que acompanhou todo o processo constituinte de perto, estava assim formado “o rolo compressor que poderia pôr abaixo todo o trabalho anterior e, nessa etapa, aprovar uma Constituição completamente diferente, e até oposta à que vinha sendo construída”⁵⁶.

Apesar do ‘golpe’ regimental, o projeto do Centrão manteve boa parte das diretrizes anteriormente fixadas. Muitos pontos ainda foram negociados. Os parlamentares partiram do consenso de que as negociações deveriam adotar como limites para perdas e ganhos os dois projetos, o aprovado na Comissão da Ordem Social e o do Centrão, a fim de se estabelecer acordos que evitassem a colocação do tema em votação, o que seria arriscado para ambas as partes. O movimento sanitário, apoiado por sindicatos, conselhos profissionais e universidades manteve firme sua posição de defender o núcleo essencial do projeto anteriormente aprovado. Pequenas concessões ocorreram de ambos os lados, mas na essência as principais diretrizes do texto inicial foram aprovadas.

Foi uma vitória da sociedade brasileira. O texto constitucional referente à saúde é obra de um amplo exercício da cidadania, de manifestação coletiva da sociedade, confirmada pelo consenso dos parlamentares dentro do ambiente de democratização então vivido pelo país. As principais teses da 8ª CNS e do movimento sanitário vão assim parar no texto da Constituição Federal de 1988.

Ao contrário do que se tinha visto no país até então, pela primeira vez a proteção à saúde torna-se um direito de todos os cidadãos sem distinção. A universalidade e o acesso igualitário são conquistados. Além disso, a nova Carta vincula as políticas sociais e econômicas à área da saúde, aproximando assim o sistema de saúde brasileiro ao conceito de saúde preconizado pela OMS. Une a medicina preventiva à curativa. Valoriza a prevenção por ser a forma mais racional e mais barata de evitar a doença. Institucionaliza-se a gestão democrática e descentralizada da saúde.

Após quase 500 anos de história, o Brasil chega ao seu ponto máximo de proteção normativa da saúde. Esse direito passa a ser universal, com atendimento integral e

⁵⁵ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 74.

⁵⁶ RODRIGUEZ NETO, 2003, p. 76.

prioridade para as ações de prevenção. Sua gestão estimula a cidadania, os movimentos sociais e a democracia. É como se a voz de Gonzaguinha soasse um pouco todos os dias nos postos de saúde, clínicas e hospitais confirmando as expectativas da composição musical de 1988:

*É...
A gente quer viver pleno direito
A gente quer viver todo respeito
A gente quer viver uma nação
A gente quer é ser um cidadão....*

* * *

2. PRESSUPOSTOS DOUTRINÁRIOS PARA O ESTUDO DO DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 procurou inovar radicalmente as normas voltadas à proteção social. Conforme se observa na sua topografia, o registro simbólico dessa mudança de paradigma pode ser visto na indicação dos direitos básicos da cidadania antes mesmo da apresentação dos deveres civis e das regras estruturais do Estado. A redação adotada pelo constituinte sugere uma proeminência dos direitos que garantem uma vida digna ao cidadão.

A proteção social almejada pela Carta perpassa diversos direitos previstos no art. 6º, entre eles a assistência à saúde, além de outros que se encontram dispersos em seu texto. Todos eles têm em comum o fato de serem denominados de fundamentais pela doutrina, categorização esta que implica um regime jurídico próprio com peculiares efeitos decorrentes da sua aplicação (ou não) pelo Estado.

O propósito deste capítulo é fazer um aprofundamento conceitual dos direitos fundamentais a fim de esclarecer onde se localizam na Constituição, qual o seu significado para o restante do ordenamento jurídico, qual é a estrutura de suas normas e quais são seus possíveis efeitos. Pretende-se, portanto, investigar os limites da sua aplicabilidade dentro do panorama constitucional brasileiro.

A jurisprudência e a doutrina apresentam variantes na delimitação do regime jurídico aplicável aos direitos fundamentais. O direito à saúde não passa imune a essa instabilidade conceitual. Por isso, faz-se necessário o levantamento de alguns aspectos teóricos que nos permitam responder determinadas perguntas com alguma precisão. Por que o direito à saúde é fundamental? As normas de direito à saúde são sempre auto-aplicáveis? Qual é o critério para a auto-aplicabilidade?

Além disso, tendo em vista que o trabalho enfoca a crescente judicialização no setor, as perguntas acima devem ser acompanhadas de outras igualmente importantes. O direito à saúde é subjetivo? Nas demandas envolvendo o SUS o interesse individual tem prioridade sobre o coletivo? A proteção à saúde na perspectiva individual possui limites? As respostas pressupõem uma abordagem teórico-conceitual dos direitos fundamentais. É isso que passamos a fazer.

2.1. A saúde como direito fundamental

2.1.1. Breve histórico dos direitos fundamentais

A expressão ‘direitos fundamentais’ não é a única utilizada pelos doutrinadores e pela jurisprudência. A própria Constituição adota terminologia diferente para referir-se à mesma categoria de direitos quando utiliza expressões como ‘liberdades individuais’, ‘liberdades públicas’, ‘direitos humanos’ e ‘direito público subjetivo’. Essa variação, contudo, não deve levar necessariamente a uma variação semântica. Mesmo assim convém primeiramente fazer aqui um esclarecimento de ordem terminológica.

A expressão ‘direitos humanos’ tem sentido próprio que a difere dos ‘direitos fundamentais’. Aquela é reservada para as reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem que se encontram presentes nos documentos internacionais, enquanto esta é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas inscritos em diplomas normativos de cada Estado⁵⁷. Pode haver eventuais pontos de contato entre ambas as categorias mas não se pode daí afirmar que existe uma identidade plena entre elas.

Por sua vez, a expressão ‘direito público subjetivo’, tal como se demonstrará com mais profundidade ao longo do trabalho, pressupõe para o seu titular a existência de um poder de exigir o cumprimento do direito em questão, poder este que tem o respaldo de uma sanção que lhe assegura o cumprimento. Ora, esta característica nem sempre acompanha os direitos fundamentais. Podemos encontrar direitos fundamentais não qualificados de ‘subjetivos’. Portanto, embora haja eventuais pontos de contato entre os dois conceitos também aqui não existe uma identidade.

As demais expressões indicadas acima (‘liberdades públicas’ e ‘liberdades individuais’) parecem ter o mesmo conteúdo semântico dos direitos fundamentais. Todavia, considerando que alguns direitos fundamentais podem ser aplicados nas relações privadas, a expressão ‘liberdades públicas’ acaba ficando incompleta. Por outro lado, uma vez que existem também direitos fundamentais difusos, a expressão ‘liberdades individuais’ mostra-se insuficiente. Logo, não se pode falar também numa identidade plena entre as duas expressões e a locução ‘direitos fundamentais’.

⁵⁷ MENDES, G. F.; COELHO, I.; BRANCO, G. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 278.

Como a terminologia adotada pela Constituição de 1988 no Título II ('Dos Direitos e Garantias Fundamentais') refere-se a 'direitos fundamentais', ganhou a preferência da doutrina e parece ser mais adequada porque supera os problemas apontados acima. Mas de onde surgiram os direitos fundamentais e como se desenvolveram ao longo da história?

Esses direitos nasceram paralelamente à formação e consolidação do Estado Moderno e envolvem, numa primeira perspectiva, exatamente a relação entre governantes e governados e a necessidade de limitação dos poderes daqueles para maior liberdade destes.

Esse processo de imposição de limites possui registros já na Europa Medieval através do uso dos forais e das cartas de franquia pelos senhores feudais como forma de conter os abusos de monarcas. O exemplo mais eloqüente desses documentos é a *Magna Carta* de 1215, elaborada para conter os conflitos entre barões e o monarca inglês João Sem-Terra. O documento, segundo Ingo Sarlet

inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos direitos consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o habeas corpus, o devido processo legal e a garantia da propriedade⁵⁸.

A tendência de limitação aos poderes reais ingressa na Europa Moderna mediante documentos que constituem verdadeiras declarações de direitos, como ocorre na Inglaterra com a *Petition of Rights* (1628) e depois com a *Bill of Rights* (1689), ambas com o propósito de limitar os poderes dos monarcas ingleses, como se verifica nos itens 1 e 5 desta última declaração (tradução nossa)⁵⁹:

- 1 - Que é ilegal a faculdade que se atribui à autoridade real para suspender as leis ou seu cumprimento.
- 5 - Que os súditos tem direito de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões e perseguições sofridas por esta causa.

Diferentemente dos documentos medievais, a *Bill of Rights*, não foi elaborada para servir apenas a um grupo seletivo de barões feudais ingleses. Ela menciona a importância do princípio da legalidade sem especificar seus beneficiários. Prevê o direito de petição para

⁵⁸ SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41.

⁵⁹ Item 1 no original: *That the pretended power of suspending laws, or the execution of laws, by regal authority, without consent of parliament is illegal.*

Item 5 no original: *That it is the right of the subjects to petition the king, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal.*

todos os súditos. E o mesmo caráter expansivo de destinatários é encontrado nos demais itens. Portanto, essa declaração marca sensível progresso na construção dos direitos fundamentais na medida em que se refere de forma genérica às liberdades públicas e assim beneficia a “totalidade dos cidadãos ingleses”⁶⁰.

A busca pela liberdade adentra o século XVIII e inspira dois fatos políticos marcantes: nos EUA, a Declaração de Independência (1776); e na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). A declaração norte-americana tem como destinatário um determinado povo colonizado que procura sua independência, enquanto que a francesa tem como foco todo “o gênero humano”⁶¹. Daí a afirmação de Boutmy de que “foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações; foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram”⁶².

Ambas as declarações funcionam como um divisor de águas na história dos direitos fundamentais porque malgrado o avanço observado na *Bill of Rights* – que procurou generalizar os direitos a todos os cidadãos – não se constata até as declarações do século XVIII a efetiva constitucionalização das liberdades consideradas fundamentais pelos súditos. A passagem dos direitos declarados para documentos solenes dotados de força jurídica se materializa efetivamente após as revoluções francesa e norte-americana.

A idéia de uma Constituição como documento formal capaz de dar proteção aos cidadãos surge, a propósito, na própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“Art. 16. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”) e retrata bem a preocupação dos revolucionários com a configuração jurídica das conquistas políticas. Não por acaso, após a declaração norte-americana surge a Constituição da Filadélfia (1787) e, no caso dos franceses, a Constituição Francesa (1791).

Conquanto diferentes no aspecto filosófico, ambas as constituições consagram essencialmente a liberdade do indivíduo diante do Estado. As reivindicações anteriormente declaradas como a liberdade de ir e vir, a liberdade de opinião e expressão, a liberdade de usar e dispor dos bens, a legalidade criminal, a legalidade processual, a liberdade política e a igualdade perante a lei tornam-se direitos respeitados pelo próprio Estado. São liberdades que

⁶⁰ SARLET, 2009, p. 43.

⁶¹ BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 562.

⁶² BOUTMY *apud* BONAVIDES, 2010, p. 562.

se traduzem na “abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo”⁶³.

As lições de franceses e americanos apontam para um novo formato na relação entre Estado e indivíduo, reconhecendo-se a partir de então que o indivíduo primeiramente possui direitos e, depois, deveres perante o Estado. Há o reconhecimento de que o este, mesmo tendo direitos em relação ao indivíduo, deve exercê-los procurando sempre realizar o objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos. O Estado não existe por si e para si. Existe em função do indivíduo e para servi-lo.

Desta forma, as liberdades políticas aos poucos se fizeram presentes também em outros textos constitucionais pelo mundo⁶⁴. Mas uma etapa importante ainda haveria de acontecer. Os direitos estavam inscritos num documento jurídico cuja superioridade em relação aos demais não estava ainda institucionalizada. Era preciso que a Constituição, como norma fundante do Estado e das suas relações com os cidadãos, tivesse sua supremacia no ordenamento jurídico reconhecida pelo próprio Estado.

Neste sentido, o célebre julgamento *Marbury vs Madison* pela Corte Suprema dos Estados Unidos, em 1803, exerceu papel importante para o reconhecimento da superioridade das normas constitucionais e, conseqüentemente, dos direitos fundamentais nelas inscritos. Na ocasião, considerando-se garantidores da supremacia constitucional, os juízes norte-americanos declararam a inconstitucionalidade de todas as normas estatais que atentassem contra a Constituição. Segundo Dimitri Dimoulis, o episódio “constituiu um importantíssimo passo na construção do constitucionalismo e da própria dogmática dos direitos fundamentais”⁶⁵.

A formação histórica dos direitos fundamentais, entretanto, não se encerra nas revoluções americana e francesa. O pensamento liberal que procura proteger os indivíduos frente ao Estado é apenas uma dimensão dos direitos denominados fundamentais. A demarcação de “uma zona de não-intervenção do Estado e de uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”⁶⁶ foi uma conquista importante nas relações entre indivíduo e Estado. Mas uma outra geração de direitos já se encontrava em fase embrionária.

Voltando nosso olhar para o século XIX, é possível identificar na segunda metade deste período o surgimento de graves problemas sociais nas sociedades industrializadas. É uma época marcada pelo liberalismo econômico e pelo desenvolvimento

⁶³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 267.

⁶⁴ Alguns princípios liberais ressoaram na nossa Constituição Imperial de 1824.

⁶⁵ DIMOULIS, D; MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 13.

⁶⁶ SARLET, 2010, p. 46.

desenfreado do capitalismo. A substituição do homem pelas máquinas e a exploração desmedida da mão-de-obra trouxeram como consequência um quadro de grandes distorções sociais. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

a máquina reduzia a necessidade de mão de obra, gerando a massa dos desempregados. E, portanto, baixos salários. Ademais, as condições de trabalho nas fábricas, minas e outros empreendimentos eram extremamente ruins, tanto para o corpo como para o espírito. Nada impedia o trabalho de mulheres e crianças em condições insalubres (...) A classe trabalhadora se viu numa situação de penúria. Ou mesmo de miséria.⁶⁷

A herança filosófica europeia do século XVIII que perpassa o início do século XIX deixou a ideologia de intervenção mínima do Estado na liberdade e na propriedade dos indivíduos. O influxo de idéias liberais não permite a intervenção do Estado na economia. Enquanto isso o sistema capitalista via no trabalho humano uma mercadoria como outra qualquer sujeita à lei da oferta e da procura. O resultado da omissão do Estado liberal não poderia ser outro senão aquele descrito por Manoel Gonçalves Ferreira Filho.

Mas se a inércia estatal trouxe consequências sociais nefastas para o ser humano, o contraste entre a miséria da classe operária e a riqueza do industrial seria justamente o substrato para o surgimento de novas idéias sobre a sociedade e o Estado. A crítica de Karl Marx no *Manifesto Comunista*, publicado em 1848, revela bem essa dicotomia ao afirmar que os trabalhadores nas fábricas “são organizados como tropas. Como soldados do exército industrial, são colocados sob o comando de uma hierarquia perfeita de oficiais e sargentos (...) escravos da classe burguesa e do Estado burguês (...)”⁶⁸. O aparecimento do proletariado com suas mazelas, de um lado, e o amplo domínio da burguesia capitalista, de outro, revelam uma contradição com enorme potencial conflituoso que obrigaria o Estado a dar uma resposta.

A crítica marxista chamou a atenção para o fato de que as conquistas liberais do século XVIII situavam-se apenas no plano da ideologia. A igualdade traduzida no lema da Revolução Francesa não era capaz por si só de permitir uma condição social minimamente digna para a classe operária. A igualdade liberal almejada pela burguesia emancipada no século anterior trazia um sentido meramente formal, uma vez que a igualdade perante a lei não implicava necessariamente a igualdade do ponto de vista sócio-econômico.

⁶⁷ FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 60.

⁶⁸ MARX, K.; ENGELS, F. *O Manifesto Comunista*. Tradução de Maria Lúcia Como. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, p. 20.

Neste sentido, segundo Marx, não seria pelo Estado e pelo Direito que o proletariado atingiria sua emancipação. Na crítica marxista ambos eram vistos como instrumentos de opressão a favor do capital. De qualquer forma, é inegável a influência do pensamento de Marx para as grandes mudanças nas funções estatais a partir do século XIX, já que a sua crítica abalou o pensamento liberal e deixou evidente que a inércia do Estado diante do desenvolvimento desenfreado do capitalismo seria a ruína do ser humano.

O Estado então passa a ser um ator importante no equilíbrio da tensão entre capital e trabalho. Sai da sua posição cômoda de garantidor do direito de propriedade para intervir na ordem econômica e promover condições sociais minimamente dignas a todos os indivíduos. Como diz Eduardo Carlos Bittar,

a reflexão propriamente marxista e a reflexão da fase pós-marxista serão legados à humanidade, de inestimável valor para a criação da consciência acerca dos problemas sociais mais intestinos dos regimes de exploração, bem como uma denúncia revolucionária das bases da dominação econômica, e a bandeira para a conquista dos direitos sociais⁶⁹.

As contradições entre capital e trabalho não passaram despercebidas pela Igreja Católica, que também se viu obrigada a enfrentá-las na célebre Encíclica *Rerum Novarum* (1891). O documento assinado pelo Papa Leão XIII admite que os progressos da indústria alteraram as relações entre operários e patrões produzindo “riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão”⁷⁰ e, ainda, que o resultado final deste progresso seria “um temível conflito”⁷¹ difícil de resolver.

A Encíclica defende a propriedade privada e refuta as idéias essenciais do socialismo, mas procura conciliar os pólos em conflito propondo a intervenção do Estado nas relações de produção como forma de facilitar uma possível convivência harmônica entre o proletariado e o capital. Ela menciona também que o Estado deve preocupar-se com os trabalhadores e proceder de modo que dos bens que eles proporcionam à sociedade lhes seja dada uma parte razoável, como habitação e vestuário, e que possam viver à custa de menos trabalho e privações.

O raciocínio desenvolvido no documento papal quanto aos benefícios devidos ao proletariado leva à conclusão de “que o Estado deve favorecer tudo o que, de perto ou de

⁶⁹ BITTAR, E. C.; ALMEDIJA, G. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 312.

⁷⁰ PAPA LEÃO XIII. *Encíclica Rerum Novarum*. 1891. Disponível em http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_po.html

⁷¹ PAPA LEÃO XIII (1891).

longe, pareça de natureza a melhorar-lhes a sorte”⁷², e que, em casos de iniquidade, trabalho excessivo ou condições que atentam contra a sua saúde, “é absolutamente necessário aplicar em certos limites a força e autoridade das leis”⁷³.

Começa a se vislumbrar neste momento uma outra dimensão de direitos fundamentais relacionada agora com a atuação do Estado diante das barbáries produzidas pelo capitalismo, com o propósito de garantir aos cidadãos prestações sociais de proteção no trabalho, de proteção previdenciária, de assistência social e de saúde. Trata-se de um rol de direitos que se diferencia das liberdades políticas conquistadas pelas revoluções americana e francesa, uma vez que aqui se pressupõe uma obrigação de fazer do Estado e não uma obrigação de não-fazer típica dos direitos de primeira geração.

O surgimento dos direitos sociais revela, portanto, “uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas”⁷⁴ que também merecem espaço no catálogo dos direitos considerados fundamentais. São “direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas”⁷⁵, inaugurando assim uma nova função para o Estado e com ela uma segunda dimensão para os direitos fundamentais.

Lançadas as bases político-filosóficas para o desenvolvimento dos direitos sociais, observa-se no século XX o aparecimento de várias Constituições que consagram direitos sociais, sobretudo nos países envolvidos nas duas grandes guerras, onde tais direitos exercem uma função diretiva importante para a reconstrução de níveis satisfatórios na economia e na proteção social.

Posteriormente, o reconhecimento dos direitos sociais atinge nível global através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, promulgada pela Assembléia Geral da ONU no dia 10 de dezembro de 1948. O documento faz alusão à proteção ao trabalho, à sindicalização, ao lazer, à educação, à vida cultural, à previdência social e à saúde (artigos XXII a XXVII), e ainda prevê no item 1 do artigo XXV que

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez,

⁷² PAPA LEÃO XIII (1891).

⁷³ PAPA LEÃO XIII (1891).

⁷⁴ SARLET, 2009, p. 47.

⁷⁵ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 267.

velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.⁷⁶

Embora não se trate de documento dotado de coercibilidade – posto que depende da adesão formal de cada Estado – seu caráter simbólico gerou o acolhimento jurídico interno em diferentes países. Em 16 de dezembro de 1966, a Assembléia Geral da ONU aprova o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que também recebe a adesão de muitos Estados, inclusive o Brasil, e acaba tendo suas recomendações transformadas em normas cogentes⁷⁷.

A atuação do Estado nas relações sociais e econômicas proporciona uma classificação dos direitos fundamentais em duas categorias bem definidas. Primeiramente, na terminologia de Georg Jellinek, mencionada por Gustavo Branco, tem-se uma primeira dimensão de direitos fundamentais caracterizados por um dever de não-interferência estatal no espaço de autodeterminação do indivíduo. São por isso chamados de ‘direitos de defesa’. De outro lado, tem-se uma segunda dimensão cuja nota distintiva é justamente o comportamento oposto do Estado, isto é, sua intervenção para garantir aos indivíduos condições capazes de satisfazer suas necessidades básicas. Daí serem chamados de ‘direitos a uma prestação’⁷⁸.

Essa segunda dimensão dos direitos fundamentais, por sua vez, pode ser desdobrada em prestações devidas pelo Estado no sentido ‘jurídico’ ou no sentido ‘material’. Segundo Gustavo Branco, essa distinção é necessária porque ou o Estado simplesmente se vale do seu poder de império para proteger determinado bem jurídico através da atividade legislativa, ou procura proteger o cidadão mediante a oferta concreta de bens ou serviços considerados básicos como saúde, educação e proteção previdenciária.

A evolução dos direitos fundamentais nos permite falar ainda de uma terceira dimensão, sobretudo a partir da célebre conferência de Karel Vasak, em 1979, na abertura dos cursos do Instituto Nacional dos Direitos do Homem, quando fez referência à importância da proteção ao meio ambiente, à paz e outras reivindicações de caráter humanitário para o século

⁷⁶ Assembléia Geral da ONU. *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Disponível em <http://www.onu.org.br/>

⁷⁷ O Brasil aderiu formalmente ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apenas em 1992, embora algumas Constituições brasileiras já adotassem formas de proteção social semelhantes às exigidas pelo referido pacto.

⁷⁸ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 267. Isso não significa, todavia, que entre os direitos sociais desta segunda dimensão não possamos encontrar liberdades políticas típicas relacionadas a uma abstenção estatal, como é caso do direito de greve ou da liberdade de associação sindical, entre outras.

seguinte⁷⁹. Tais bens jurídicos constituiriam uma nova dimensão para os direitos fundamentais por não valorizarem propriamente o indivíduo mas sim toda a humanidade.

Em alusão ao lema da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), Vasak se refere na conferência a cada um dos valores defendidos na revolução francesa ligando-os às conquistas já feitas pela humanidade quanto aos direitos políticos de primeira dimensão (liberdade) e aos direitos sociais de segunda dimensão (igualdade), havendo ainda nítida relação entre a fraternidade e o surgimento cada vez mais maciço de direitos baseados num laço de solidariedade de todo o gênero humano.

Segundo ele, a existência de direitos que interessam diretamente a todos os povos, como o direito à paz, o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito ao desenvolvimento e o direito ao patrimônio comum da humanidade, permitem uma categorização destacada no catálogo dos direitos fundamentais⁸⁰, até porque, ao contrário dos outros, a sua titularidade é difusa. Conforme esclarece Ingo Sarlet,

a nota distintiva destes direitos da terceira dimensão reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.⁸¹

Essa breve apresentação da evolução histórica dos direitos fundamentais permite concluir o direito à saúde faz parte desta categoria de direitos. Ele surge no bojo das reivindicações socialistas do século XIX, é mencionado na Encíclica *Rerum Novarum* e desponta depois na Declaração da ONU de 1948. A assistência à saúde é serviço que deve receber especial atenção do Estado, de preferência com intervenção direta na sua prestação, razão pela qual esse direito vem depois inscrito em várias Constituições pelo mundo e também no Brasil.

Se o direito à saúde pode ser considerado fundamental do ponto de vista histórico, precisamos compreender como a doutrina constitucional sistematizou conceitualmente a matéria. Em especial, impõe-se compreender como a doutrina nacional realiza essa organização conceitual a partir da nossa referência que é a Constituição Federal de 1988. É isso que passamos a fazer.

⁷⁹ BONAVIDES, 2010, p. 564.

⁸⁰ FERREIRA FILHO, 2010, p. 75-76.

⁸¹ SARLET, 2009, p. 49.

2.1.2. O conceito de direito fundamental

A doutrina constitucional apresenta variantes conceituais que dificultam uma definição segura do que sejam os direitos fundamentais. As tentativas de definição não estão isentas de problemas semânticos e estruturais, mormente quando os autores se valem de critérios diferentes para a construção do conceito. Não obstante, a investigação acerca do caráter fundamental do direito à saúde depende de uma definição consistente e objetiva do que vem a ser um direito fundamental.

Apesar das dificuldades relatadas acima, é possível colhermos conceitos formulados por constitucionalistas de destaque na doutrina nacional a fim de extrair elementos essenciais em comum que nos permitam chegar próximo de uma definição isenta de problemas semânticos e que ao mesmo tempo mantenha coerência com a Constituição Federal de 1988.

Não se trata de tarefa simples. Tampouco seu interesse é meramente acadêmico. O acolhimento da saúde no catálogo dos direitos fundamentais gera como consequência necessária a aplicação de um regime jurídico próprio desta categoria de direito para a saúde. Portanto, desvendar de forma precisa o conceito de direito fundamental é atividade teórica de enorme importância prática.

Como ponto de partida, é preciso esclarecer que o direito à saúde aparece em dispositivos esparsos ao longo Título VIII ('Da Ordem Social') da Constituição, mas tem sua regra-matriz no art. 6º da Carta, localizado no capítulo II ('Dos direitos sociais'), integrante do Título II ('Dos direitos e garantias fundamentais'), com a seguinte redação:

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.

A pesquisa conceitual abrange seis doutrinadores que se empenharam na elucidação da matéria. O constitucionalista Paulo Bonavides não chega a apresentar conceito próprio em seu Curso de Direito Constitucional e menciona, inclusive, a enorme dificuldade para se chegar a uma definição satisfatória de direitos fundamentais. Com apoio nas obras de Konrad Hesse e Carl Schmitt, ressalta a importância do critério formal para se chegar a uma definição, afirmando, que os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança por serem imutáveis ou por

terem mudança dificultada, mas ao mesmo tempo o autor lembra que do ponto de vista material o conceito varia conforme a ideologia, os valores e a modalidade do Estado⁸².

A interferência da ideologia realmente acarreta problemas para qualquer tratamento científico que se pretenda dar ao direito. Essa problemática não passou despercebida aos olhos de Hans Kelsen e à sua proposta de desenvolver uma teoria “purificada de toda a ideologia política”⁸³. A despeito de toda a discussão sobre a possibilidade ou não de um tratamento neutro da ciência jurídica, o fato é que as premissas atentas de Paulo Bonavides tornam inócuas qualquer tentativa de uma definição precisa sobre os direitos fundamentais. Conquanto prudentes as colocações do mestre, não nos afigura impossível ao menos uma sistematização minimamente aceitável quanto à definição de um direito fundamental.

Na obra *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins afirmam que direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁸⁴. O conceito dos renomados autores, todavia, pode ser objeto de reflexão crítica quando afirma que os direitos fundamentais são ‘público-subjetivos’ e reduz tais direitos àqueles ‘contidos em dispositivos constitucionais’.

Segundo a noção clássica de Hans Kelsen, a essência do direito subjetivo reside no fato da ordem jurídica conferir a um indivíduo o poder de fazer valer, através de uma ação, o cumprimento deste dever por outra pessoa; é o poder de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento de uma sanção anteriormente prevista como reação à inércia de quem deveria cumprir o dever jurídico⁸⁵.

Ora, nem sempre há uma sanção prevista para o descumprimento de todos os deveres reflexos aos direitos fundamentais. Na citada obra, Dimoulis e Martins mencionam que apesar do art. 5º, §1º da Constituição deixar claro que os direitos fundamentais não são simples declarações políticas ou promessas vãs, o dispositivo refere-se apenas às normas “definidoras” de direitos, não sendo possível assim a sua aplicação plena no caso dos direitos

⁸² BONAVIDES, 2010, p. 561.

⁸³ KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Prefácio à primeira edição.

⁸⁴ DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 40.

⁸⁵ KELSEN, 206, p. 153.

sociais quando a definição for dada de forma insuficiente. Admitem, assim, que nem todas as situações envolvendo os direitos sociais são passíveis de uma garantia efetiva.

Portanto, a conceituação de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins proporciona certa instabilidade lógico-científica. Das duas uma: ou os direitos sociais são realmente público-subjetivos porque passíveis de um gozo pleno, conforme a definição sugere, ou eles não podem ser considerados direitos fundamentais por não se enquadrarem na definição. Não há espaço para que os direitos sociais sejam (como de fato são na obra dos autores) considerados direitos fundamentais e ao mesmo tempo não se encaixem na própria definição proposta por não terem sempre uma dimensão subjetiva.

A tentativa de defini-los sob a ótica da sua dimensão subjetiva é ousada, mas nos remete ao problema da eficácia das normas de direito fundamental, onde não raro se tem as maiores polêmicas acerca do conceito mais adequado para os direitos fundamentais. A indicação de um caráter subjetivo para tais direitos é um caminho que pode ser válido desde que acompanhado das ressalvas pertinentes quanto às múltiplas situações em que não se vislumbra propriamente um verdadeiro direito subjetivo no catálogo dos direitos fundamentais. Como se verá adiante, os demais doutrinadores não adentram essa seara no campo conceitual e preferiram tratar do tema da eficácia separadamente.

Outro aspecto merecedor de observação quanto ao conceito de Dimoulis e Martins diz respeito à redução dos direitos fundamentais apenas aos dispositivos contidos no texto constitucional. Como será abordado mais adiante, o art. 5º, §2º da Constituição traz cláusula de abertura para direitos fundamentais criados por tratados internacionais que recebem adesão do Estado Brasileiro. Portanto, neste aspecto a definição parece ficar incompleta por não mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais serem reconhecidos pela via do direito internacional.

José Afonso da Silva ressalta em seu *Curso de Direito Constitucional Positivo* a enorme dificuldade para a obtenção de um conceito preciso de direitos fundamentais, haja vista a diversidade, as transformações e as constantes ampliações desses direitos. Mesmo assim, aponta a seguinte definição: “São situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”⁸⁶.

Ciente da possibilidade de variação do conteúdo semântico de tais direitos conforme a ideologia política, na linha do que já atentamente observara Paulo Bonavides, José Afonso opta por uma definição delimitada pelo direito positivo. Embora o conceito seja

⁸⁶ SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 178.

blindado pelo que já está positivado, a referência feita à dignidade da pessoa humana parece resolver de forma satisfatória a abertura material que a própria Constituição brasileira prevê no art. 5º, §2º, razão pela qual o autor procura também definir o significado da expressão ‘dignidade da pessoa humana’ afirmando que ela se identifica com “aquelas situações sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”⁸⁷.

A indicação genérica de que são situações jurídicas subjetivas não nos remete à mesma dificuldade encontrada no conceito de Dimitri Dimoulis porque o mestre das Arcádias faz uma ressalva importante. Ao retomar lição de Rui Barbosa quanto à diferença entre ‘direitos fundamentais’ e ‘garantias fundamentais’⁸⁸, José Afonso reconhece que apenas “as garantias constitucionais – e não os direitos fundamentais – é que são os autênticos direitos públicos subjetivos no sentido da doutrina clássica”⁸⁹. Ademais, conforme veremos no próximo tópico do trabalho, o mestre dedica considerações à questão da eficácia das normas constitucionais de forma paralela (em obra própria)⁹⁰ ao conceito apresentado linhas atrás.

Na obra *Direitos Humanos Fundamentais*, Manoel Gonçalves Ferreira Filho confere tratamento conceitual distinto entre os direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos individuais) e de segunda dimensão (direitos sociais). Com relação aos primeiros, afirma que “são direitos subjetivos (...) são poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos”⁹¹. Para o outro grupo, embora também ‘subjetivos’ na linguagem do mestre, “não são meros poderes de agir – como é típico das liberdades públicas de modo geral – mas sim poderes de exigir”⁹².

A distinção feita por Ferreira Filho parece reconhecer que os direitos sociais encontram certa dificuldade de aplicação imediata em sua plenitude. Embora o autor não aprofunde o tema na obra, a variação nos conceitos para os direitos das duas dimensões mencionadas revela que o mestre presume a existência de uma diferença estrutural entre ambos. O termo ‘subjetivo’ é utilizado nos dois casos, mas enquanto os direitos de primeira dimensão garantem um agir reconhecido e protegido pela ordem jurídica, os de segunda dimensão permitem o pleito pelo cidadão mas, ao que parece, desacompanhados da cogência típica das liberdades públicas.

⁸⁷ SILVA, 2001, p. 178.

⁸⁸ BARBOSA, R. *apud* SILVA, J. A., 2001, p. 185, “devemos separar, no texto da lei fundamental, as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições asseguratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder”.

⁸⁹ SILVA, 2001, p. 188.

⁹⁰ Referimo-nos ao clássico livro *Aplicabilidade das normas constitucionais*.

⁹¹ FERREIRA FILHO, 2010, p. 46.

⁹² FERREIRA FILHO, 2010, p. 67-68.

Gilmar Ferreira Mendes, Gustavo Branco e Inocência Mártires Coelho, por sua vez, na obra *Curso de Direito Constitucional*, relatam todas as dificuldades para uma definição precisa dos direitos fundamentais. Mencionam a tentativa de conceituação pelo viés do positivismo, na linha de José Afonso da Silva, mas ressaltam a necessidade também de uma definição material pela abertura feita pela própria Constituição no art. 5º, §2º, a qual, na visão dos autores, deve ser construída à luz da dignidade da pessoa humana⁹³.

Neste sentido, apontam as dificuldades em tal empreitada por conta do subjetivismo presente na expressão ‘dignidade da pessoa humana’, além do fato de alguns direitos fundamentais ampararem igualmente pessoas jurídicas. A proposta dos autores é traçar as características dos direitos fundamentais e dar-lhes, através desses caracteres, seus contornos conceituais. Embora esses caracteres sejam abordados com maestria na obra, ela não traz uma definição precisa do que sejam direitos fundamentais.

Por fim, outra referência importante na doutrina é a obra de Ingo Wolfgang Sarlet intitulada *A eficácia dos direitos fundamentais*. Mesmo admitindo a dificuldade de sistematizar uma teoria dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o autor procura construir uma definição capaz de abranger genericamente todos os direitos que pertencem a essa categoria.

As dificuldades decorrem da falta de uniformização da terminologia pelo constituinte de 1988 e da polêmica sobre alcance da regra inscrita no art. 5º, §1º da Carta. Além disso, como o conteúdo do catálogo dos direitos fundamentais é variado e foi deixado aberto pelo constituinte (art. 5º, §2º), Sarlet afirma que o estabelecimento de critérios abstratos e genéricos para a identificação dos direitos fundamentais constitui desafio enorme para a doutrina constitucional.

Todavia, aponta algumas premissas importantes calcadas em três evidências presentes na própria Constituição, capazes de sugerir a idéia de unidade para a formação de uma categoria própria de direitos denominados ‘fundamentais’. Que evidências são essas? Em primeiro lugar, a existência de cláusulas pétreas protegendo esse núcleo de direitos (art. 60, §4º, IV)⁹⁴. Em segundo lugar, o regime de aplicabilidade imediata das normas desse núcleo (art. 5º, §1º). Em terceiro lugar, a impossibilidade de uma definição meramente formal de direitos fundamentais por conta da abertura material prevista na Carta (art. 5º, §2º).

⁹³ MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 304.

⁹⁴ Essa premissa, contudo, não goza de unanimidade na doutrina consultada. Enquanto Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que todas as dimensões de direitos fundamentais gozam da prerrogativa da cláusula pétrea, Dimitri Dimoulis e Paulo Bonavides não estendem tal característica para os direitos de segunda dimensão (sociais).

Por outro lado, ciente de possíveis problemas conceituais por conta da polêmica sobre o caráter subjetivo (ou não) de todos os direitos do catálogo de direitos fundamentais, Ingo Sarlet evita incluir no conceito o problema da eficácia. Assim, considerando os parâmetros mencionados acima e baseando-se na doutrina de Robert Alexy, define direitos fundamentais como

todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal.⁹⁵

Estabelecendo a abertura material no conceito, Ingo Sarlet complementa a explicação quanto ao conteúdo e significado dos direitos que seriam capazes de integrar o catálogo dos direitos fundamentais a partir de duas diretrizes. Primeiramente, assevera que o art. 5º, §2º inclui os direitos sociais na medida em que o constituinte referiu-se expressamente aos ‘direitos e garantias expressos nesta Constituição’, não tendo restringido o alcance do dispositivo apenas ao capítulo I do Título II.

Em seguida, atento à necessidade de estabelecer o critério para a estipulação de novos direitos decorrentes do regime e dos princípios previstos na Constituição, nos termos do art. 5º, §2º, CF, aponta o princípio da dignidade da pessoa humana, que embora prene de subjetivismo, possui contornos precisos na visão do autor a partir de quatro significados possíveis: a) como direito de autodeterminação da pessoa; b) como proibição da “coisificação” humana, condição esta que retira do ser humano sua qualidade de sujeito de direitos (integridade física); c) como garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família (assumindo relevo aqui os direitos sociais); d) como isonomia, princípio necessário para evitar tratamentos discriminatórios arbitrários.

A definição sugerida por Ingo Wolfgang parece delimitar de forma satisfatória o conceito de direito fundamental. Além de utilizar um critério formal para englobar no conceito as disposições positivadas na Constituição com essa rubrica, o constitucionalista não abre mão de adotar também um critério material para superar as complexas questões deixadas

⁹⁵ SARLET, 2009, p. 77.

pelos arts. 5º, §2º e 60, §4º, IV, da Carta, procurando fazer isso com apoio num conceito bem objetivo quanto ao princípio da ‘dignidade da pessoa humana’.

Uma vez esclarecido o conceito de direito fundamental, é preciso responder a seguinte pergunta: o direito à saúde é fundamental? A presença do direito à saúde no art.6º da Constituição de 1988 justifica, por si só, a sua inclusão no catálogo de direitos fundamentais, pois o dispositivo encontra-se localizado no capítulo II (‘Dos direitos sociais’), que por sua vez integra o Título II da Carta, cujo objetivo é justamente tratar dos direitos e garantias fundamentais. Desta forma, pela topografia da Carta, a abertura material prevista pelo constituinte mostra-se pertinente aos direitos previstos no art. 6º.

Como o constituinte menciona a proteção à saúde em outros dispositivos presentes no Título VIII, dedicado integralmente a dar os contornos necessários ao Estado de Bem-Estar Social, pode-se concluir também por este viés de análise que a saúde é um direito fundamental. Neste sentido, a própria evolução histórica dos direitos fundamentais mostra que chamado *Welfare State* marca uma época de plena ascensão dos direitos sociais, entres eles o da assistência à saúde, nascendo dali a concepção de que este direito é condição essencial para uma vida digna do ser humano tal como preconizado na Declaração da ONU de 1948.

De outra banda, ainda que alguma dúvida houvesse no direito constitucional positivo brasileiro quanto ao enquadramento correto do direito à saúde, esse direito certamente teria espaço garantido no catálogo dos direitos fundamentais pela abertura material propiciada pelo constituinte. Conquanto sujeito a alguma variação conceitual, o princípio da dignidade da pessoa humana recomenda a garantia de condições adequadas de vida para o indivíduo e sua família, algo que inegavelmente guarda íntima relação com o direito à saúde. Portanto, não resta a menor dúvida de que a saúde é um direito fundamental.

A conclusão deste tópico, entretanto, não faz da saúde necessariamente um direito subjetivo do cidadão. Não por acaso, as definições doutrinárias vistas acima deixam a questão da eficácia dos direitos fundamentais para tratamento científico à parte justamente pela falta de uma uniformidade neste tema. Portanto, se podemos afirmar que conceitualmente o direito à saúde é fundamental, não é possível afirmar ‘a priori’, todavia, que ele goza de aplicabilidade em toda a sua plenitude nos moldes das liberdades políticas de primeira dimensão. Por isso, passamos agora a investigar como se dá a eficácia do direito à saúde.

2.2. Eficácia e efetividade do direito à saúde pública

*Nas favelas, no Senado
 sujeira pra todo lado
 ninguém respeita a Constituição
 mas todos acreditam no futuro da nação
 Que país é esse?*

(*Que País é Este?* Legião Urbana, 1987)

O desrespeito à Constituição e a pergunta feita pelo Legião Urbana revelam o sentimento de um povo frustrado por não vivenciar a capacidade transformadora de suas Constituições. É ao menos intuitivo para o leigo que uma Constituição é feita para ser respeitada. Trata-se de norma jurídica como todas as demais. Mas o que explicaria então o fato de muitos direitos positivados nas Constituições brasileiras não terem saído do papel durante décadas?

Esperar um futuro melhor para a nação sem respeitar a Constituição parece um contra-senso. Por isso, o mesmo espanto que levou o Legião Urbana a refletir a respeito desta incoerência atingiu também a teoria constitucional, que procurou e ainda procura justificar as contradições entre a redação da Constituição e a realidade social.

Em se tratando de direitos sociais, a distância entre teoria e prática tende a ser ainda maior. No caso do direito à saúde, o seu gozo pleno seria apenas uma meta a ser alcançadas na forma de programas de longo prazo? Em quais prazos? Ou será que em algumas situações ele pode ser exercido em sua plenitude? Em caso afirmativo, o que definiria exatamente essas situações?

Como ponto de partida para tentar responder tais questões, urge analisar, além da regra-matriz prevista no art. 6º da Constituição, também o disposto no seu art. 196:

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.

As dúvidas sobre a eficácia do direito à saúde geralmente voltam-se à leitura do art. 196 da Carta, pois o texto se refere claramente a ‘direitos’ e ‘deveres’, sugerindo a idéia de um direito público subjetivo do cidadão à saúde. Mas o dispositivo se vale de uma redação típica de norma programática quando procura explicar os meios pelos quais a assistência à saúde será prestada (“mediante políticas sociais e econômicas”).

A doutrina nacional procura dar respostas para a questão da eficácia dos direitos sociais, mormente na área da seguridade social, e assim o faz por vezes com boa dose de ideologia que acaba politizando o debate. Dimitri Dimoulis resume bem esse quadro da hermenêutica constitucional afirmando que

juristas e políticos que adotam posições nitidamente político-ideológicas neoliberais (conservadoras, do ponto de vista de uma interpretação constitucional que visa a garantia do status quo ante social) rejeitam o caráter ‘dirigente’ da Constituição, condenam a ‘inflação de direitos’ e principalmente a extensão dos direitos sociais (...) e autores que adotam posições ‘socialmente progressistas’ reclamam da falta de efetivação dos direitos fundamentais e principalmente dos direitos sociais⁹⁶.

Segundo Dimoulis, o caráter programático de alguns direitos previstos na Constituição e a espera demasiadamente tolerante pela atuação do legislador fazem parte de uma tradição que predominou na França pelos séculos que se seguiram à revolução de 1789 e influenciou o pensamento constitucional mundial, inclusive o Brasil, onde por muito tempo as normas de conteúdo programático foram vistas tão somente como um manifesto político, uma espécie de sugestão do constituinte para a atuação posterior do legislador.

Todavia, analisando a evolução na doutrina nacional nos últimos cinquenta anos, é possível tratar do tema em termos mais técnicos a fim de esclarecer de forma satisfatória qual é a eficácia que os direitos sociais possuem, especialmente o direito à saúde. O acompanhamento das etapas desta evolução, representada em nossa pesquisa por três constitucionalistas de épocas diferentes, se não oferece uma resposta definitiva para o tema ao menos constrói uma hermenêutica mais racional que minimiza a polarização das ideologias políticas em jogo.

2.2.1. A doutrina de José Afonso da Silva

Na clássica obra *Aplicabilidade das normas constitucionais*, publicada primeiramente em 1967, José Afonso da Silva defende a tese de que todas as normas constitucionais possuem algum grau aplicabilidade, isto é, todas têm capacidade para produzir efeitos em algum grau. O objetivo do autor naquela ocasião era justamente dar destaque para as normas constitucionais de cunho programático.

⁹⁶ DIMOULIS; MARTINS, 2012, p. 25.

A tese não se referia especificamente às normas que veiculam direitos fundamentais, mas sim a qualquer norma constitucional. Como muitos dos direitos sociais – foco do nosso trabalho – estiveram presentes nas Constituições brasileiras anteriores como normas programáticas, pode-se afirmar que a doutrina de José Afonso da Silva inaugura uma nova visão sobre a eficácia de tais direitos e merece ser revisitada.

Na clássica obra mencionada, o autor ressalta primeiramente que a análise quanto à eficácia das normas constitucionais deve ter como parâmetro a possibilidade de sua aplicação sem qualquer consideração de ordem sociológica. Trata-se da ‘eficácia jurídica’ e não da ‘eficácia social’. Esta última se refere ao fato da norma ser realmente obedecida e aceita pela sociedade, enquanto aquela leva em consideração a norma constitucional no seu aspecto meramente formal.

A teoria de José Afonso procura perquirir como e em que condições a norma constitucional é capaz de gerar efeitos a partir de si mesma, e ao contrário, como e em que condições ela depende de outros atos legislativos. O doutrinador pretende ir além da lição constitucional norte-americana, reproduzida por Rui Barbosa, que já distinguia do ponto de vista da aplicabilidade as normas ‘auto-aplicáveis’ (*self-executing*) das normas ‘não auto-aplicáveis’ (*not self-executing*).

Desta forma, a clássica obra publicada em 1967 propõe-se a abrir caminho para uma sistematização mais completa e mais crítica a respeito da aplicabilidade das normas da Constituição, pois, segundo esclarece o autor

a classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito, à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existências, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade⁹⁷.

A premissa básica de sua tese é de que a existência de normas na Constituição destituídas de imperatividade constitui contra-senso inaceitável para a dogmática constitucional. Conforme salienta o mestre,

não se nega que as normas constitucionais têm eficácia e valor jurídico diversos umas de outras, mas isso não autoriza recusar-lhes juridicidade. Não há norma constitucional de valor meramente moral ou de conselho, avisos ou lições (...) Todo princípio inserto numa

⁹⁷ SILVA, J. A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75.

constituição rígida adquire dimensão jurídica, mesmo aqueles de caráter mais acentuadamente ideológico-programático⁹⁸.

Portanto, José Afonso admite que todas as normas constitucionais são sempre executáveis (aplicáveis) até onde possam, ou seja, até onde encontrarem seus próprios limites. Deste modo, a questão a ser elucidada pela dogmática acerca da eficácia jurídica adquire outra dimensão. O aprofundamento teórico volta-se então ao esclarecimento de quais são os limites de aplicabilidade (exeqüibilidade) de uma norma constitucional. Segundo a sistematização feita pelo mestre das Arcádias, as normas constitucionais podem ser de três espécies em função da sua aplicabilidade, a saber: normas de eficácia plena, normas de eficácia contida e normas de eficácia limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas consideradas completas no conteúdo que procuram exprimir na redação adotada pelo constituinte. A complementação dada pela legislação infraconstitucional parece-lhe supérflua para exprimir tudo o que ela objetivava. De fato, quando a norma constitucional estabelece com precisão qual a conduta positiva ou negativa a seguir, quais os interesses e situações que almeja tutelar, estando tudo isso descrito de forma suficiente em seus termos, pode-se considerar que é dotada de eficácia plena por conter todos os requisitos e elementos necessários para a sua incidência direta⁹⁹.

Estando satisfeitas as condições mencionadas acima a norma poderá ser considerada de eficácia plena. Por conseqüência, “desde a entrada em vigor da constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular”¹⁰⁰. O seu efeito, portanto, é imediato a partir do momento em que ocorre seu ingresso no ordenamento jurídico.

As normas de eficácia contida, por sua vez, guardam identidade com as de eficácia plena mas delas se diferenciam pela exigência expressa que fazem para uma intervenção futura do legislador. Por isso, enquanto o legislador não expedir norma restritiva de seus efeitos a sua eficácia é plena, mas logo que ocorra a intervenção do legislador a plenitude da sua aplicabilidade pode ser restringida.

Como se vê, as normas classificadas como de eficácia contida também prevêm com precisão qual a conduta positiva ou negativa a seguir, quais os interesses e situações que almeja tutelar. Tudo está descrito de forma suficiente para que elas tenham

⁹⁸ SILVA, 2009, p. 76.

⁹⁹ SILVA, 2009, p. 99.

¹⁰⁰ SILVA, 2009, p. 101.

eficácia plena, como de fato elas têm. Todavia, o próprio constituinte deixa “margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos do que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados”¹⁰¹.

As normas de eficácia limitada, por sua vez, são aquelas que têm aplicabilidade dependente de legislação integrativa. É o legislador infraconstitucional que vai lhes conferir executoriedade plena mediante leis complementares ou ordinárias. É na legislação infraconstitucional que encontraremos com precisão as condutas e situações que merecem a tutela da ordem jurídica. A aplicabilidade da norma de eficácia limitada fica vaga e indefinida por conta da ausência de detalhamento nos termos adotados pelo constituinte, sugerindo assim que a intervenção do legislador infraconstitucional é necessária para a produção de todos os seus efeitos.

Dentro dessa última espécie, José Afonso vislumbra duas subespécies que guardam em comum a dependência de normas infraconstitucionais. A primeira subespécie compreende aquelas normas constitucionais que exigem lei integrativa para a organização e regulação de órgãos ou entidades. São “aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuição de órgãos, entidades ou institutos, para o que o legislador ordinário os estruture em definitivo, mediante lei”¹⁰². Essa subespécie recebe a denominação técnica de normas de eficácia limitada de ‘princípio institutivo’.

A segunda subespécie compreende aquelas normas constitucionais que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica para a construção do bem comum. São aquelas através das quais o constituinte “limitou-se a traçar os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (...) visando à realização dos fins sociais do Estado”¹⁰³. Essa subespécie recebe a denominação técnica de normas de eficácia limitada de ‘conteúdo programático’.

Conforme mencionamos, o objetivo da obra de José Afonso era mostrar que as normas de eficácia limitada (de princípio institutivo ou de conteúdo programático) possuem eficácia jurídica, ainda que em grau diferente dos demais grupos, porquanto são normas jurídicas como quaisquer outras. Não são apenas conselhos, avisos, sugestões ou recomendações. A preocupação do autor na década de 1960 era justificar tecnicamente a eficácia jurídica das normas de conteúdo programático, a fim de retirá-las de uma posição de inércia que impedia a ação transformadora da Constituição sobre a realidade social. Sua tese

¹⁰¹ SILVA, 2009, p. 116.

¹⁰² SILVA, 2009, p. 126.

¹⁰³ SILVA, 2009, p. 138.

pretendia, pois, superar o marasmo dos direitos sociais veiculados por normas de conteúdo programático nas Constituições brasileiras anteriores. Normas que nunca saíam do papel.

Mas como podem as normas de eficácia limitada terem eficácia jurídica se dependem da legislação infraconstitucional? José Afonso da Silva apresenta várias situações que comprovam a eficácia de tais normas. Primeiramente, elas são capazes de revogar toda a legislação pretérita que com elas sejam incompatíveis; em segundo lugar, elas condicionam a legislação futura provocando a inconstitucionalidade de leis ou atos que venham feri-las; em terceiro lugar, estabelecem um dever para o legislador ordinário e informam qual é a concepção do Estado em relação aos fins que ele deve alcançar; e por fim, elas constituem um sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas em geral¹⁰⁴.

Conquanto as normas programáticas tenham eficácia jurídica, José Afonso da Silva ressalva que são diferentes as situações subjetivas criadas por elas conforme a espécie a que pertençam. Assim, conclui que as normas de eficácia plena quase sempre geram direitos subjetivos, o mesmo ocorrendo com as normas de eficácia contida. Todavia, com as normas de eficácia limitada o direito subjetivo é no mínimo duvidoso.

No caso das normas de eficácia limitada, especificamente de tipo programático, a situação jurídica subjetiva corresponde apenas a um dever jurídico imposto ao Poder Legislativo, para que ele se conforme aos comandos constitucionais na sua tarefa de legislador; ao Poder Executivo, para que ela exerça sua atividade discricionária sem desviar-se dos fins estabelecidos na Constituição; e ao Poder Judiciário, para que exerça o controle de constitucionalidade dentro das possibilidades de eficácia mencionadas acima. As normas programáticas

certamente protegem um interesse geral, mas não conferem aos beneficiários desse interesse o poder de exigir sua satisfação; não delimitando seu objeto, nem fixando sua extensão, não fornecem os meios para sua realização antes que o legislador cumpra o dever de completá-las com providências executivas. No máximo, aí se verifica um interesse simples, não exigível positivamente pelos eventuais beneficiários, que podem ter uma expectativa de sua concretização através da legislação integrativa ou de outra atividade do Poder Público¹⁰⁵.

¹⁰⁴ SILVA, 2009, p. 164.

¹⁰⁵ SILVA, 2009, p. 176.

No seu entender, muitos direitos sociais encontram dificuldade de superação do caráter abstrato e incompleto das normas que os definem, ainda concebidas como programáticas, e acabam sendo impedidos de se realizarem na prática. Especificamente no caso da saúde, o mestre vê na regra-matriz do art. 196 uma norma programática e afirma que o ‘dever do Estado’ deduzido no dispositivo não impõe propriamente uma obrigação jurídica, embora traduza um princípio e uma finalidade que requerem uma política estatal pertinente à satisfação dos fins indicados na Constituição.

Mesmo admitindo a importância da hermenêutica que procura ver um verdadeiro direito subjetivo no direito à saúde, José Afonso da Silva esclarece os limites e as possibilidades de aplicação das normas de direitos sociais previstos no art. 6º da CF afirmando que são aplicáveis até onde possam, ou seja, até onde as instituições permitam de fato. Por isso, “o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado”¹⁰⁶, mas tal intervenção, segundo o autor, deve ocorrer nos limites das “instituições existentes”¹⁰⁷.

Embora não veja nos direitos sociais veiculados por normas de conteúdo programático verdadeiros direitos subjetivos, o caráter inovador das idéias de José Afonso da Silva abriu caminho para o desenvolvimento posterior do tema pela doutrina constitucional. Foi um passo importante para retirar os direitos sociais programáticos da sua posição tradicional de inércia. Era o início de outras transformações importantes na dogmática dos direitos fundamentais.

2.2.2. A doutrina de Luis Roberto Barroso

O constitucionalista Luis Roberto Barroso escreve a obra *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas* no bojo do processo de redemocratização do país, na década de 1980¹⁰⁸, e tem como proposta ir além dos resultados alcançados por José Afonso da Silva no que diz respeito à força normativa da Constituição, inclusive quanto às normas de caráter programático.

Conforme esclarece no prefácio do seu trabalho, sua preocupação voltava-se para “o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos seus comandos, ou seja, com a sua efetividade”. Seu objetivo era “introduzir de forma radical a juridicidade no direito

¹⁰⁶ SILVA, 2009, p. 165.

¹⁰⁷ SILVA, 2009, P. 165.

¹⁰⁸ A primeira versão do texto foi publicada em 1987 na forma de trabalho para fins de titulação de livre-docência na UERJ, vindo a ser publicada posteriormente na versão comercial em 1990.

constitucional brasileiro e substituir a linguagem retórica por um discurso substantivo, objetivo, comprometido com a realização dos valores e dos direitos contemplados na Constituição”¹⁰⁹.

Admitindo que existe sempre um antagonismo entre o dever-ser tipificado na norma e o ser da realidade social, antagonismo que se não existisse tornaria a norma jurídica absolutamente desnecessária, Barroso refuta a suposição, difundida e equivocada, de que o Direito deve se limitar a expressar a realidade dos fatos. Para ele, ao contrário, a função de apenas expressar a realidade seria a própria negação do Direito, porquanto o desprezo da sua força transformadora infirma logicamente os motivos que levaram ao seu nascimento.

Segundo o jurista, o poder constituinte concentra uma energia que cria ou recria o Estado. Assim, a Constituição passa a representar “não apenas a positivação do poder, como também a indicação dos valores jurídicos supremos, firmando diretrizes e programas que devem nortear a atuação do governo e da sociedade”¹¹⁰. Parafraseando Piero Calamandrei, Barroso afirma que de fato as Constituições consistem realmente em uma polêmica contra o passado e em um programa de reformas em direção ao futuro. Portanto, não servem apenas para retratar a realidade. Ao contrário, procuram transformá-la.

Tendo este princípio condutor na sua dogmática, Barroso procura desvendar os motivos pelos quais o Direito se mantém inerte. Nesta linha, apoiando-se nas lições de Karl Loewenstein, criador da classificação das constituições em *normativa*, *semântica* e *nominal*, elenca três causas de ineficácia das normas constitucionais:

Em certos casos, ela se apresenta desde o primeiro momento como irrealizável. De outras vezes, o próprio poder constituído impede sua concretização, por contrariar-lhe o interesse político. E ainda, um preceito constitucional frustra-se em sua realização por obstáculos opostos por injunções de interesses de segmentos econômica e politicamente influentes ¹¹¹.

Em seguida, retomando a distinção feita por José Afonso da Silva entre ‘eficácia jurídica’ e ‘eficácia social’ das normas constitucionais, assevera que o foco para uma nova dogmática constitucional deve ser a eficácia social. Aduz que não se trata mais de cogitar se uma norma constitucional no aspecto formal (sua redação, seus contornos, seus elementos) pode encontrar aplicabilidade por si mesma, mas sim de saber se os efeitos

¹⁰⁹ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. Prefácio à nona edição.

¹¹⁰ BARROSO, 2009, p. 70.

¹¹¹ BARROSO, 2009, p. 60-61.

possíveis de uma norma constitucional efetivamente se produzem na realidade. Barroso dá um passo importante na dogmática constitucional inserindo nela o conceito de ‘efetividade’, ou seja, a própria “realização do Direito”.¹¹².

A realização do Direito (efetividade), contudo, exige a indicação da sua possibilidade. Como se opera a concretização de todos os comandos constitucionais se a inércia do Poder Público deixa as normas programáticas sem complemento? Como fazer para avançar em relação à doutrina de José Afonso da Silva?

Barroso parte da premissa básica de que todas as normas jurídicas revestem-se de imperatividade. A norma constitucional é tão jurídica como as outras. O fato de nem sempre apresentarem o mesmo grau de cogência não infirma tal postulado. Em seguida, tendo como foco a eficácia social (efetividade), propõe a seguinte classificação das normas constitucionais: (a) normas de organização; (b) normas definidoras de direitos e (c) normas programáticas.

O primeiro grupo (*normas de organização*) não se dirige diretamente à disciplina do comportamento humano. São disposições voltadas primordialmente à estruturação do Estado que procuram definir a forma de governo, o sistema de governo, a criação dos órgãos estatais e suas competências, entre outras de conteúdo semelhante. As normas deste grupo possuem um efeito constitutivo imediato das situações que enunciam.

O segundo grupo (*normas definidoras de direitos*), refere-se especificamente aos direitos fundamentais. São disposições que têm por conteúdo a disciplina da conduta humana e estão divididas em quatro grandes categorias na Constituição de 1988: direitos individuais, direitos políticos, direitos sociais e direitos difusos. Segundo Barroso, a dificuldade no tratamento dogmático deste segundo grupo reside na polissemia que o termo ‘direito’ carrega.

Para ele, o sentido próprio do termo ‘direito’ identifica-se com a noção de que a norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento, formando entre elas um vínculo. Barroso amolda o termo ‘direito’ à acepção tradicional de ‘direito subjetivo’, afirmando que se trata de posição jurídica distinta de outras em função da

presença, cumulada, das seguintes características: a) a ele corresponde sempre um dever jurídico; b) ele é violável, ou seja, existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever; c) a ordem jurídica coloca à disposição de seu titular um meio jurídico –

¹¹² BARROSO, 2009, p. 82.

que é a ação judicial – para exigir-lhe o cumprimento, deflagrando os mecanismos coercitivos e sancionatórios do Estado¹¹³.

Adotando esse sentido à palavra ‘direito’ – que se mostra coerente com o postulado da imperatividade das normas jurídicas em geral – decorre que esse segundo grupo de normas constitucionais atribui para os seus beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas, exigíveis do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma, se não forem prestadas espontaneamente¹¹⁴.

Por fim, o terceiro grupo (*normas programáticas*) reúne disposições que contemplam certos interesses e indicam os fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade. Por serem projeções do constituinte para um progresso contínuo dentro das possibilidades fáticas existentes, “delas não resulta para o indivíduo o direito subjetivo, em sua versão positiva, de exigir uma determinada prestação”¹¹⁵. Todavia, fazem nascer um direito subjetivo ‘negativo’ de exigir do Poder Público que se abstenha de praticar atos que contravenham os seus ditames. Segundo Barroso, as normas programáticas possuem alguns efeitos imediatos como a revogação de atos normativos anteriores que contrariem a Constituição e a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos com ela incompatíveis editados posteriormente. Além disso, ainda que programáticas, servem como fonte valorativa para a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

A preocupação com a efetividade instiga a hermenêutica constitucional a aumentar o campo de possibilidades na concretização dos direitos fundamentais. Quando Barroso classifica as normas definidoras de direitos como normas que criam situações jurídicas imediatamente desfrutáveis por seus beneficiários percebe-se no seu pensamento um claro avanço para a eficácia dos direitos fundamentais, já que assume a existência de ‘direitos subjetivos’ nas normas que veiculam tais direitos.

A determinação semântica do termo ‘direito’ é essencial para a boa dogmática porque, segundo Barroso, o constituinte utilizou o termo de forma inadvertida em alguns casos e afastou-se assim da técnica e da coerência exigidas na sistematização de um texto constitucional. Por consequência, o termo é encontrado na Constituição de 1988 em

¹¹³ BARROSO, 2009, p. 100.

¹¹⁴ BARROSO, 2009, p. 101.

¹¹⁵ BARROSO, 2009, p. 114.

“hipóteses que investem o jurisdicionado em posições jurídicas inteiramente distintas”¹¹⁶, ora se referindo a normas definidoras de direitos, ora se referindo a normas programáticas.

As situações prontamente desfrutáveis pelo titular do direito, segundo o autor, podem ser de três tipos: (a) a exigência de um ‘não-fazer’ por parte do Estado ou outro destinatário eventual; (b) a exigência da edição de norma infraconstitucional integradora, cuja inércia é remediada com mecanismos que a própria Constituição oferece; (c) a exigência de prestações positivas do Estado. Nos três casos tem-se situações jurídicas imediatamente desfrutáveis (direitos subjetivos).

Especificamente no que diz respeito à saúde as conclusões não são diferentes, pois o autor chega a mencionar expressamente o art. 196 da Carta e elogia o protagonismo do Poder Judiciário que procura dar efetividade a esse direito¹¹⁷. Portanto, sua obra desponta como um marco importante na evolução da eficácia dos direitos sociais no país. Ela complementa, no campo da eficácia social, aquilo que José Afonso da Silva já defendia no campo da eficácia jurídica.

2.2.3. A doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet

Na obra *A eficácia dos direitos fundamentais*, publicada pela primeira vez em 1998, Ingo Wolfgang Sarlet procura estudar a eficácia dos direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira à luz do art. 5º, §1º da Constituição de 1988. Ao prever a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, o dispositivo trouxe complexidade ao tema e exigiu respostas dos juristas quanto à possibilidade de se extrair posições jurídicas subjetivas diretamente da Carta.

Preliminarmente, o autor estabelece um acordo semântico quanto ao termo ‘eficácia’ a fim de situar seu pensamento dentre as demais doutrinas. Neste sentido, entendendo que o estudo da ‘eficácia jurídica’ difere do estudo da ‘eficácia social’, posto que se dirigem a objetos diversos, Ingo Sarlet adota para o termo ‘eficácia’ o mesmo conceito de José Afonso da Silva, a saber, “a possibilidade (no sentido de aptidão) de a norma vigente (juridicamente existente) ser aplicada aos casos concretos e de – na medida de sua aplicabilidade – gerar efeitos jurídicos”¹¹⁸.

¹¹⁶ BARROSO, 2009, p. 109.

¹¹⁷ O autor defende critérios objetivos para a judicialização no setor conforme será demonstrado adiante.

¹¹⁸ SARLET, 2009, p. 240.

Em seguida, resgatando as lições de autores como José Horácio Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva, Celso Bastos, Carlos A. Britto e Maria Helena Diniz, percebe que há entre eles a tese comum de que todas as normas constitucionais possuem eficácia, embora seja possível sustentar-se uma graduação da eficácia em diferentes tipos de normas constitucionais. Desta forma, embora haja diferenças específicas nas classificações adotadas pelos autores mencionados, em todas as doutrinas

destacam-se dois grupos de normas, quais sejam, aquelas que dependem, para a geração de seus efeitos principais, da intervenção do legislador infraconstitucional e aquelas que, desde logo, por apresentarem suficiente normatividade, estão aptas a gerar seus efeitos e, portanto, dispensam uma *interpositio legislatoris*¹¹⁹.

A partir desta constatação, Sarlet desenvolve um raciocínio assentado sobre três premissas para elucidar o problema da eficácia dos direitos fundamentais na doutrina. A primeira premissa é sua consideração sobre a posição topográfica do art. 5º, §1º da Carta. A localização do dispositivo no capítulo I do Título II não leva necessariamente à conclusão de que ele é aplicável apenas ao referido capítulo, uma vez que literalmente o constituinte utilizou a formulação genérica ‘direitos e garantias fundamentais’ sem restringir, portanto, o seu alcance (“§1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”).

Além disso, por interpretação teleológica e sistemática também se chega à mesma conclusão na medida em que outros direitos de fundamentalidade formal inquestionável comprovam a sua auto-aplicabilidade, como é o caso dos direitos políticos, dos direitos de nacionalidade e de alguns direitos sociais como a liberdade de associação sindical, embora estejam todos fora do capítulo I do Título II. Deste modo, seja por mera interpretação literal, seja pelo viés da teleologia e da visão sistemática da Constituição, é evidente que o art. 5º, §1º se estende a outros direitos fundamentais.

A segunda premissa do autor é a tese segundo a qual a eficácia de alguns dispositivos pode variar conforme a técnica de positivação utilizada pelo constituinte. Da mesma forma que as normas constitucionais em geral manifestam-se por técnicas distintas de positivação dentro do texto da Constituição de 1988, “também as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais não constituem, no que diz com este aspecto, um complexo homogêneo”¹²⁰. Na doutrina estrangeira, aliás, como lembra o mestre gaúcho, existem até

¹¹⁹ SARLET, 2009, p. 251.

¹²⁰ SARLET, 2009, p. 258.

propostas de classificação da eficácia dos direitos fundamentais de acordo com a sua forma de positivação.

Assim, é preciso ter em mente que existe uma conexão entre a técnica de positivação de um determinado direito fundamental e a sua respectiva eficácia jurídica. Portanto, a carga eficaz será diversa em se tratando de normas de natureza programática ou em se tratando de forma de positivação que permita, desde logo, o reconhecimento de direito subjetivo ao titular do direito fundamental.

A terceira premissa do raciocínio do autor é a tese de que a eficácia do direito fundamental varia conforme a função exercida por ele. Valendo-se das idéias de Georg Jellinek, Sarlet classifica os direitos fundamentais em dois grandes grupos: ‘direitos de defesa’ ou ‘direitos de prestação’. Os primeiros “se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados interesses individuais”¹²¹, enquanto os demais vinculam-se ao papel ativo do Estado de Bem-Estar Social e à obrigação deste em “colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material”¹²². A partir desta classificação, segundo Sarlet, é possível que a carga eficaz dos direitos fundamentais varie conforme se esteja a falar de direitos que exigem abstenção do Estado ou de direitos que exigem um comportamento ativo do Estado.

Com base nas premissas acima, Ingo Sarlet fecha o raciocínio concluindo que embora a Constituição Federal de 1988 preveja a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, não se pode afirmar ‘a priori’ que todo direito fundamental tenha aplicabilidade imediata. De qualquer forma, em virtude da específica atenção do constituinte aos direitos fundamentais quando previu a sua aplicabilidade imediata no art. 5º, §1º, Sarlet propõe que o referido dispositivo gere “uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (...) presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais”¹²³. Propõe ainda, à guisa de conclusão, o entendimento de que todas as normas de direitos fundamentais constituam mandados de otimização aos poderes públicos, incumbindo-lhes, segundo esta perspectiva, a tarefa e o dever de extrair das normas que consagram os direitos fundamentais a maior eficácia possível¹²⁴.

Tomando-se então como referência a tradicional classificação funcional de Jellinek, pode-se afirmar, no caso dos direitos de defesa, que “a lei não se revela

¹²¹ SARLET, 2009, p. 168.

¹²² SARLET, 2009, p. 185.

¹²³ SARLET, 2009, p. 271.

¹²⁴ SARLET, 2009, p. 271.

absolutamente indispensável à fruição do direito”¹²⁵, uma vez que seu conteúdo recebeu normatividade suficiente na própria Constituição ou “pode ser objeto de determinação por via de interpretação”¹²⁶. Para os direitos de defesa, Sarlet conclui que

a presunção em favor da aplicabilidade imediata e a máxima da maior eficácia possível devem prevalecer, não apenas autorizando, mas impondo aos juízes e tribunais que apliquem as respectivas normas aos casos concretos, viabilizando, de tal sorte, o pleno exercício destes direitos (inclusive como direitos subjetivos)¹²⁷.

Os direitos à prestação, por outro lado, possuem baixa densidade normativa e por isso dependem muitas vezes de circunstâncias de natureza socioeconômica por conta do custo que sua eficácia plena envolve. Num primeiro olhar, tais características levariam à aceitação de que seriam meras normas programáticas. Todavia, conforme as conclusões de Sarlet, todas as normas definidoras de direitos fundamentais exigem uma presunção de aplicabilidade imediata e um dever de maximização por parte do poder público. A dificuldade que resta é saber em que medida tais direitos à prestação tornam-se subjetivos, ou seja, em que condições tornam-se exigíveis.

No caso dos direitos à prestação, embora as conclusões sobre a eficácia dependam da análise do caso concreto, a diretriz da doutrina de Sarlet é que os direitos fundamentais à prestação sejam otimizados até onde puderem pelo Poder Público. Conforme apontou em outro estudo sobre a eficácia dos direitos sociais na Constituição de 1988,

a melhor exegese da norma contida no art. 5º, §1º, de nossa Constituição, é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que, por esta razão, pode ser considerada como uma espécie de mandado de otimização (maximização), isto é, que estabelece para os órgãos estatais a tarefa de reconhecerem, à luz do caso concreto, a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais¹²⁸.

Especificamente para o caso da saúde, a doutrina de Ingo Sarlet aponta que as opiniões contrárias à efetivação deste direito pelo Poder Judiciário não possuem sustentação quando está em jogo a preservação do bem jurídico maior que é a vida humana. O autor lembra que a atual Carta reservou lugar de destaque à vida ao estabelecer para o Estado um

¹²⁵ SARLET, 2009, p. 277.

¹²⁶ SARLET, 2009, p. 275.

¹²⁷ SARLET, 2009, p. 279.

¹²⁸ SARLET, I. W. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, Volume I, n.º 01, Abril de 2001. Salvador, p. 29.

dever de proteção quase absoluto na preservação desse direito (vedando a pena de morte a não ser em caso de guerra regularmente declarada), dever que não pode ser lido separadamente do direito à saúde. Com apoio nesta diretriz, afirma que

principalmente no caso do direito à saúde, o reconhecimento de um direito originário a prestações, no sentido de um direito subjetivo individual a prestações materiais (ainda que limitadas ao estritamente necessário para a proteção da vida humana), diretamente deduzido da Constituição, constitui exigência inarredável de qualquer Estado¹²⁹.

Como se vê, suas colocações apontam para a possibilidade das normas constitucionais referentes ao direito à saúde propiciarem por si mesmas posições jurídicas subjetivas. O autor faz uma ressalva importante neste aspecto, com base nas lições de Robert Alexy, quando define que o parâmetro para a efetivação do direito à saúde diretamente da Constituição é a idéia de um padrão mínimo de segurança, padrão este, aliás, que não pode afetar de forma substancial outros princípios constitucionais relevantes.

Mas dada a presunção de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais bem como a necessidade de sua maximização pelo Poder Público, o constitucionalista, novamente com apoio em Alexy, aponta que a ausência de recursos públicos só poderia justificar a omissão do Estado se este comprovasse, em confronto com demandas específicas na área da saúde, a necessidade de priorizar outras demandas vinculadas ao mínimo existencial¹³⁰. E assim, afirma categoricamente que

ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana, já que esta constitui a razão de ser da própria comunidade e do Estado, além de ser o pressuposto para a fruição de qualquer direito fundamental. Negar ao particular o acesso ao atendimento médico-hospitalar gratuito, ou mesmo o fornecimento de medicamentos essenciais, certamente não nos parece a solução mais adequada (ainda que intocáveis o princípio da reserva do possível e/ou da reserva parlamentar em matéria orçamentária)¹³¹.

Com a doutrina de Ingo Sarlet a eficácia dos direitos fundamentais parece atingir o ápice entre os constitucionalistas brasileiros. Assim, pelo menos do ponto de vista da dogmática dos direitos fundamentais, torna-se pequena a distância entre a teoria e a prática. A

¹²⁹ SARLET, 2009, p. 325.

¹³⁰ SARLET, 2009, 2009, p. 351.

¹³¹ SARLET, 2001, p. 36.

intervenção cada vez maior do Poder Judiciário na aplicação da Carta, fazendo com que ela seja respeitada, tal como questionava o Legião Urbana, abre um novo horizonte para o futuro da nação. Um horizonte de superação dos contrastes da realidade social brasileira que procura extrair dos aspectos institucionais positivos o máximo que eles têm a oferecer para a construção de uma vida melhor no presente.

* * *

2.3. A saúde como direito ou interesse individual, coletivo e difuso

O direito à saúde pública não se materializa apenas de maneira individualizada. Não se resume apenas ao atendimento clínico do cidadão num posto de saúde qualquer. Ele pode ter outras dimensões. Pode referir-se a serviços prestados em benefício de uma determinada comunidade ou até mesmo de toda a população brasileira. Portanto, dependendo do objeto da prestação do serviço de saúde, é possível vislumbrar por parte do Estado o atendimento a um direito ou interesse individual, coletivo ou difuso no âmbito do Sistema Único de Saúde.

A insuficiência de recursos financeiros no SUS e as estratégias formuladas pelos técnicos e especialistas produzem a necessidade de tomada de decisões sobre quais bens e serviços merecem atenção prioritária. As escolhas políticas feitas pelo gestor muitas vezes geram conflitos de interesses nas três diferentes formas de exercício do direito à saúde.

Por isso, é preciso desvendar os contornos conceituais dos direitos individuais, coletivos e difusos para bem compreendê-los no âmbito da saúde. Por que o legislador refere-se não só a ‘direitos’ mas também a ‘interesses’? O que define um direito individual? Quais são as características dos direitos coletivos? O que é um direito difuso? A elucidação desses pontos é indispensável para que tenhamos condições de responder mais à frente outras perguntas fundamentais: os direitos coletivos e difusos à saúde sobrepõem-se à perspectiva individual desse direito? Por quê? O contrário é possível? Por quê?

2.3.1. Precisão terminológica: direitos ou interesses?

A primeira questão que merece resposta é saber o motivo pelo qual o legislador refere-se igualmente a ‘direitos’ e ‘interesses’. A adoção de ambos pelo legislador e pela doutrina sugere uma relação íntima que praticamente os tornam sinônimos. Entretanto, embora os termos recebam tratamento jurídico equivalente eles têm originalmente sentidos diferentes. O tratamento isonômico conferido pelo legislador é justificado pela evolução das relações sociais e das formas de tutela judicial reconhecidas atualmente pelo Estado.

O regime democrático permite que a sociedade participe da formação e manutenção de novos direitos pelo Estado. A democracia favorece o reconhecimento de que interesses considerados socialmente relevantes pela população devem ser passíveis de tutela pelo Estado antes mesmo de seu acolhimento formal. Neste sentido, os termos ‘direito’ e ‘interesse’ nem

sempre puderam ser vistos como sinônimos na órbita jurídica. Num regime democrático, porém, o uso indistinto de ambos se explica por serem os dois igualmente tutelados: o primeiro, por já ter o crivo do Estado; o segundo, pela abertura política oferecida à sociedade. Vejamos mais a fundo por que é correto falarmos em ‘direitos’ e ‘interesses’.

Etimologicamente, o termo interesse (*quod inter est*) transmite a idéia de vantagem. Segundo Rodolfo Camargo Mancuso, “o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”¹³². De acordo com o sentido comum, interesse é aquilo que está presente a um objeto qualquer e que o torna atraente, por conta de algum valor, a uma pessoa ou grupo. Neste sentido comum, os interesses estão tecnicamente apartados do mundo jurídico. Podem existir como manifestação de um indivíduo qualquer, mas sem efeitos ainda no plano do direito. Todavia, quando transcendem a esfera do indivíduo e ganham maior importância passam a existir como manifestação de uma coletividade, constituindo assim “aquilo que a sociedade entende por bem comum”¹³³.

A manifestação coletiva de interesses pode merecer a atenção do Estado e receber dele acolhimento formal. Uma vez adquirido o contorno jurídico necessário pela tutela estatal originam-se os ‘direitos’ no sentido subjetivo do termo. Tem-se então posições de vantagem para os cidadãos, pois os direitos subjetivos são acompanhados por uma sanção previamente estabelecida para o caso de eventual afronta, recusa ou desconhecimento por parte de terceiros, ou do próprio Estado. A diferença entre os meros interesses (sem conteúdo jurídico) e os direitos é bem sintetizada por Rodolfo Mancuso:

os interesses simples caracterizam-se pela circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado (...) Diante de tais interesses a postura estatal é de indiferença (...) Ao contrário, os direitos subjetivos compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado, sobretudo através da ação judicial, mas também de atos de conservação e de formalização perante órgãos públicos¹³⁴.

Em suma, interesses originalmente individuais e sem muita expressão coletiva podem, num momento posterior, transcender a esfera individual e difundir-se pela sociedade de tal forma que o Estado acabe reconhecendo-os formalmente, dando origem a direitos

¹³² MANCUSO, R. C. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 25.

¹³³ MANCUSO, 2011, p. 33.

¹³⁴ MANCUSO, 2011, p. 76.

subjetivos porque passíveis de tutela judicial. Esta diferenciação é importante para compreender a evolução conceitual dos termos *interesse* e *direito* vistos atualmente com tratamento jurídico equivalente.

Num ambiente de democracia participativa, os interesses simples e os direitos subjetivos convivem com uma gama de interesses metaindividuais situados no meio-termo que almejam reconhecimento estatal pelos mesmos motivos de outros já acolhidos pelo Estado e transformados em direitos subjetivos. Daí porque, dada a importância dos interesses metaindividuais, o tratamento jurídico oferecido a eles numa democracia é equivalente ao oferecido para os direitos, não havendo motivo para distinções mais severas entre ‘direitos’ e ‘interesses’.

Por outro lado, mesmo na órbita dos direitos (entendidos como interesses já positivados pelo Estado), existe também uma instância de interesses que se situa entre a dimensão individual privada do cidadão, amparada geralmente pelas normas do Direito Privado, e a dimensão coletiva de interesse geral amparada pelas normas de Direito Público. Com efeito, a separação rigorosa entre esses dois pólos só é possível quando não se cogita a presença de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado, que numa sociedade democrática procuram participar não só da proteção de outros interesses como também da formação de novos direitos. A separação rigorosa entre a dimensão privada e a coletiva pertence a uma época onde as únicas referências eram o indivíduo e o Estado.

A ascensão ao poder de corpos intermediários na democracia permite à sociedade maior participação no processo de produção jurídica expressando seus anseios de forma organizada – em categorias ou associações – exercendo assim um peso considerável junto aos centros de decisão do Estado. Esses corpos intermediários surgem como um *‘tertium genus’* de todo o processo sócio-político e torna anacrônica a dicotomia entre direito público e direito privado¹³⁵. O ambiente democrático procura dar vazão aos interesses metaindividuais identificados na sociedade e para isso a ordem jurídica passa a tutelar também os interesses com tais características e não apenas os direitos subjetivos já formalizados pelo Estado.

Ainda antes da Constituição de 1988, que acolhe calorosamente o regime democrático e enaltece a cidadania como fundamento do Estado, a jurista Ada Pellegrini Grinover já propugnava que ao lado dos direitos subjetivos a ordem jurídica brasileira deveria reconhecer também a concretização de interesses da coletividade¹³⁶ através de instrumentos processuais capazes de transmitir os anseios da sociedade ao Poder Judiciário, impulsionando

¹³⁵ MANCUSO, 2011, p. 40-41.

¹³⁶ GRINOVER, A. P. *apud* MANCUSO, 2011, p. 80.

o Estado e colaborando com ele na concretização de novos direitos e na efetivação dos valores consagrados pela ordem constitucional.

A previsão expressa de ferramentas jurídicas como a ação civil pública, a ação popular e o mandado de segurança coletivo, revelam, de forma inequívoca, que a Constituição de 1988 estimula a sociedade a colaborar na tutela de bens jurídicos que interessam a um grupo ou a toda coletividade. Conforme assevera Mancuso, a Carta

parece ter dado guarida a esse reclamo jurídico-sociológico, quando acenou, vivamente, para uma democracia participativa (e não apenas representativa), permitindo aos modernos corpos intermediários (sindicatos, associações, órgão de classe) integrarem-se na gestão da coisa pública.¹³⁷

Como a Constituição permite a tutela de interesses coletivos e difusos em consonância com a democracia participativa que ela estimula e protege, tem-se assim a superação do modelo clássico que tutelava apenas os direitos subjetivos. Desta forma, enquanto estes continuam gozando de proteção máxima e os interesses simples permanecem indiferentes à sociedade e ao Estado, os interesses comuns a um grupo ou mesmo a toda a sociedade tornam-se passíveis também de tutela judicial. É curioso notar, aliás, que o texto constitucional adota já a terminologia moderna nos arts. 5º, LXX, “b” e 129, III, nos quais se refere expressamente a ‘interesses’.

Daí o acerto da doutrina, da jurisprudência e da legislação infraconstitucional quando mencionam os ‘interesses’ ao lado dos ‘direitos’. A propósito da utilização dos termos como sinônimos no Código de Defesa do Consumidor, os autores do anteprojeto Ada Pelegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Néelson Nery Junior esclarecem que

os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava essa tutela jurídica¹³⁸.

¹³⁷ MANCUSO, 2011, p. 46.

¹³⁸ GRINOVER, A. P.; WATANABE, Kazuo; NERY JUNIOR, N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II, p. 70.

2.3.2. A definição legal dos direitos ou interesses transindividuais

Cumpre-nos agora verificar quais são as características das três formas de expressão do direito à saúde pública, a saber, sua dimensão individual, coletiva e difusa. A definição dessas diferentes categorias tem sede legislativa e pode ser encontrada no Código de Defesa do Consumidor. Embora o art. 81 do CDC cuide especificamente das relações de consumo, suas definições servem de parâmetro para os direitos transindividuais de outras searas. Diz o referido diploma legal:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A chave para a compreensão do conceito de direitos ou interesses difusos (inciso I) é a premissa de que o legislador optou, no aspecto subjetivo, “pelo critério da indeterminação dos titulares e inexistência entre eles de relação jurídica base”¹³⁹, e no aspecto objetivo, “pela indivisibilidade do bem jurídico”¹⁴⁰. Vejamos com detalhes essas características.

Quanto à indeterminação dos titulares, os direitos ou interesses difusos contrapõem-se ao esquema tradicional de tutela jurídica dos interesses já reconhecidos como relevantes pelo Estado e transformados em direitos subjetivos. Estes, conforme já mencionamos, referem-se a um titular determinado e são qualificados por uma sanção que lhes confere a possibilidade de serem exigidos coativamente pelos seus titulares. No caso dos direitos e interesses difusos, ao contrário, não há titularidade determinada. Daí a doutrina afirmar frequentemente que eles são direitos “à procura de um autor”¹⁴¹.

¹³⁹ GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 71.

¹⁴⁰ GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 71.

¹⁴¹ MANCUSO, 2011, p. 92.

Por outro lado, o bem jurídico envolvido na dimensão difusa dos direitos transindividuais é indivisível no sentido de ser insuscetível de repartição em quotas atribuíveis a pessoa ou grupos preestabelecidos. Segundo a doutrina, para a constatação da natureza difusa de um direito deve-se perquirir se a satisfação de um só indivíduo implica, pela própria natureza do direito, a satisfação de todos, e da mesma forma, se a lesão de um só gera a lesão da sociedade toda¹⁴².

Deste modo, os elementos conceituais para a delimitação semântica dos direitos e interesses difusos são a indeterminação da titularidade do direito e a indivisibilidade do bem jurídico tutelado. A ligação entre ambos é tão forte que eles podem por vezes interagir entre si como causa e efeito. Tendo o bem jurídico importância tão grande para todos os indivíduos não atingirá somente um titular determinado, mas toda a coletividade. Por consequência, a titularidade poderá ser indeterminada. A indeterminação dos titulares, por sua vez, sugere a relevância do bem jurídico para toda a sociedade e expressa por isso mesmo a indivisibilidade de sua fruição. O exemplo clássico de direito ou interesse difuso é o meio ambiente.

Além de difusos, os direitos ou interesses podem ser também de natureza coletiva (inciso II). Segundo Rodolfo Mancuso, há pelo menos duas diferenças específicas entre ambos: uma de ordem quantitativa e outra de ordem qualitativa. Sob o primeiro enfoque, o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo. Enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda a humanidade, o segundo apresenta menor amplitude. Sob o segundo critério, o interesse coletivo concerne ao homem em sua projeção corporativa, ao passo que o interesse difuso toca o homem simplesmente enquanto ser humano, independentemente de outras conotações¹⁴³.

Segundo a definição trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, os direitos ou interesses coletivos também se referem a bens jurídicos indivisíveis mas com uma nota específica: sua titularidade é determinável na medida em que tais bens jurídicos se vinculam a grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Partindo-se da idéia de que sem um mínimo de estrutura funcional os interesses não podem se coletivizar, Mancuso conclui que “o traço distintivo básico do interesse coletivo é a organização”¹⁴⁴.

¹⁴² MANCUSO, 2011, p. 93.

¹⁴³ MANCUSO, 2011, p. 86.

¹⁴⁴ MANCUSO, 2011, p. 63.

Nesta linha, seu entendimento é acompanhado pela doutrina de Celso Ribeiro Bastos, para quem os interesses coletivos dizem respeito ao homem

enquanto membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos¹⁴⁵.

Todavia, os autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor não deram importância crucial à organização do grupo. A organização do grupo é considerada um traço distintivo na primeira modalidade mencionada no texto legal (primeira parte do inciso II), a saber, quando os grupos, categorias ou classes são ‘ligadas entre si’ por uma relação jurídica base. Mas não é decisiva para a segunda modalidade prevista no dispositivo (segunda parte do inciso II), a saber, quando os interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes referem-se a pessoas ‘ligadas com a parte contrária’ por uma relação jurídica base. Em ambos os casos, segundo os autores do anteprojeto do CDC, tais relações jurídicas devem ser preexistentes à lesão ou ameaça de lesão ao direito ou interesse do grupo¹⁴⁶, ou seja, não são aquelas nascidas da própria lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Portanto, o ponto crucial para ambas as situações de direitos ou interesses coletivos não é propriamente a organização prévia do grupo, classe ou categoria, mas sim a determinabilidade dos titulares do direito ou interesse, seja pela relação jurídica que mantém entre si (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesa sociedade), seja pela relação jurídica mantida com a parte contrária (alunos de uma escola, participantes de um seguro), algo que não ocorre nos direitos e interesses difusos, já que para estes a titularidade é totalmente indeterminável. Por outro lado, tal como nos direitos difusos, o bem jurídico aqui também é indivisível porque sua fruição não é passível de repartição. Daí o esclarecimento de Ada Pellegrini Grinover quando afirma que

o conceito de ‘coletivo’ do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesses ou direitos não organizados, mas em outro sentido é mais restrito, certo é que apenas os interesses ou direitos indivisíveis estão nele abrangidos¹⁴⁷.

¹⁴⁵ BASTOS, C. R. *apud* MANCUSO, 2011, p. 64.

¹⁴⁶ GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 73.

¹⁴⁷ GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 75.

Por fim, os interesses ou direitos individuais, homogêneos ou não, são aqueles que sob os ângulos do ‘prejuízo’ e da ‘utilidade’, se bem exercidos, somente ao indivíduo beneficia; em caso contrário, só ao indivíduo prejudica¹⁴⁸. Têm, pois, fruição divisível e titularidade determinada.

A categoria dos direitos individuais homogêneos, prevista no art. 81, parágrafo único, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, é criação feita pelo legislador com o objetivo de estimular a judicialização coletiva das demandas. Porém, nada mais são que simples direitos individuais – de titularidade determinada e bem jurídico divisível – com potencialidade de reunião para uma ação coletiva.

Conforme apontam os próprios mentores do CDC, a figura dos direitos individuais homogêneos “representa a incorporação ao nosso ordenamento de ação bastante assemelhada à *class action* do sistema norte-americano”¹⁴⁹. Portanto, sua nota distintiva é a origem comum da lesão ou ameaça de lesão como forma de justificativa para a demanda coletiva.

A doutrina procura associar os direitos individuais, coletivos e difusos às três dimensões de direitos fundamentais, identificando os direitos de solidariedade (3ª dimensão) à categoria dos direitos difusos; os direitos sociais (2ª dimensão) à categoria dos coletivos; e os direitos políticos (1ª dimensão) à categoria dos individuais. Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, de modo geral as liberdades são direitos individuais; os direitos de solidariedade, direitos difusos; e os direitos sociais, direitos individuais ou grupais¹⁵⁰. Todavia, conforme se observa na análise precisa do constitucionalista, essa associação ocorre de forma geral e comporta exceções.

Com efeito, nem todos os direitos sociais têm natureza de ‘direitos coletivos’ pela definição do Código de Defesa do Consumidor. Muitos direitos previstos no art. 7º da Constituição Federal são direitos sociais divisíveis e por isso fruíveis isoladamente por um titular determinado. Portanto, nem todo direito social é coletivo. É o caso, por exemplo, do descanso semanal remunerado. Trata-se de direito exercitável individualmente, embora também possa sê-lo de forma coletiva através da defesa dos trabalhadores por uma entidade de classe.

Segundo aponta Ingo Wolfgang Sarlet, os direitos sociais foram assim denominados não por terem por objeto sempre direitos coletivos (bem jurídico indivisível e

¹⁴⁸ MANCUSO, 2011, p. 53.

¹⁴⁹ GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 77.

¹⁵⁰ FERREIRA FILHO, 2010, p. 126.

titularidade determinável). Foram assim denominados por serem direitos a prestações do Estado na consecução da justiça social. Receberam tal denominação por consistirem em serviços e bens destinados à parcela da população mais vulnerável para fins de compensação pelas desigualdades econômicas. Portanto, os direitos sociais (2ª dimensão) abrangem também bens jurídicos próprios da categoria dos direitos individuais.

Por outro lado, embora os direitos políticos sejam sempre vistos pela perspectiva do indivíduo alguns deles manifestam-se apenas coletivamente, como é o caso do direito de reunião (art. 5º, XVI, CF) e o direito de associação (art. 5º, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, CF). Conquanto a titularidade possa ser vista numa perspectiva individual, o exercício do direito ocorre sempre de forma coletiva e sua titularidade poderá ser vista também sob essa perspectiva. Assim, os direitos políticos abrangem também bens jurídicos próprios da categoria dos direitos coletivos. Daí a lição atenta de Ingo Sarlet quando afirma que

é preciso enfatizar que a convencional, hoje amplamente superada, distinção entre direitos individuais (terminologia habitualmente utilizada para designar os direitos civis e políticos) e direitos sociais, econômicos e culturais, atualmente ampliada pela inserção dos direitos e deveres ambientais, não encontra sua razão de ser na titularidade dos direitos, isto é, na condição de ser, ou não, a pessoa individualmente, sujeito de direitos humanos e fundamentais, mas sim na natureza e objeto do direito em cada caso¹⁵¹.

Portanto, dependendo do bem jurídico a titularidade individual pode conviver com a titularidade coletiva. Daí a importância na análise do objeto do direito em cada caso e não apenas da sua titularidade, já que a identificação desta será muitas vezes consequência da análise daquele. Sendo o bem jurídico divisível ter-se-á um direito individual; sendo indivisível, ter-se-á um direito coletivo (titularidade determinável) ou difuso (titularidade indeterminada). Os direitos individuais podem ser exercidos coletivamente do ponto de vista processual, mas o exercício coletivo não os torna direitos coletivos ou difusos. É o objeto do direito em última instância que definirá sua natureza individual ou transindividual.

A sistematização dos direitos ou interesses transindividuais pode eventualmente encontrar pontos de intersecção. Os interesses por vezes “interagem no mundo jurídico de tal forma que se torna inviável acorrentá-los em classificações compartimentadas e estanques”¹⁵², sendo possível que de uma mesma circunstância fática possam emergir violações a diversos interesses transindividuais. O dano ao meio ambiente, por exemplo, é

¹⁵¹ SARLET, 2009, p. 214.

¹⁵² SANTOS, R. L. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003, p. 104.

passível de ofender na órbita ‘difusa’ toda a sociedade interessada na preservação do meio ambiente; na órbita ‘coletiva’, a comunidade que vive próxima ao dano e que foi prejudicada; e na órbita ‘individual’, aqueles cidadãos que sofreram danos pessoais oriundos do mesmo fato.

O mesmo ocorre no direito à saúde pública. A partir das lições doutrinárias acima e tomando-se como critério de análise o bem jurídico em questão, podemos encontrar o direito à saúde na perspectiva individual ou transindividual. De um lado, os serviços relacionados a interesses de natureza indivisível, ou seja, referentes a bens jurídicos fruíveis de forma indivisível pela coletividade; de outro, serviços vinculados a interesses de natureza divisível e por isso fruíveis isoladamente pelo cidadão.

De um modo geral, tomando-se o que há de essencial na assistência à saúde, podemos reunir num primeiro grupo os procedimentos cirúrgicos, atendimentos clínicos e de enfermagem e o fornecimento de medicamentos de eficácia curativa como bens jurídicos gozados de forma divisível pelo cidadão. Pode-se afirmar, portanto, que os bens e serviços deste primeiro grupo são típicos direitos individuais do cidadão em face do Estado de Bem-Estar Social. São direitos sociais que se enquadram na tipologia construída pela doutrina e pelo CDC como direitos individuais.

De outra banda, tomando-se novamente de forma genérica os serviços mais essenciais da assistência à saúde, podemos reunir num segundo grupo uma série de medidas antecipatórias à existência da doença que interessam e beneficiam a toda a sociedade. Em ambiente administrativo, tem-se medidas preventivas como a fiscalização da produção e comercialização de medicamentos; a vigilância sanitária; a fiscalização de medidas sanitárias envolvendo alimentos e bebidas para consumo humano; e a fiscalização das medidas de saneamento básico. Em ambiente clínico, esse segundo grupo compreende ainda o atendimento médico preventivo e o fornecimento de medicamentos de eficácia profilática (como, por exemplo, as vacinas). Na órbita sanitária, são medidas também antecipatórias à doença as campanhas publicitárias de prevenção, as medidas de combate a epidemias e endemias, bem como as iniciativas de combate à desnutrição.

Em todas as situações deste segundo grupo os interesses envolvidos são da sociedade em geral. A fruição do bem jurídico é indivisível. Prova disso é que em alguns casos os beneficiados são indetermináveis. Pode-se afirmar, portanto, que tais expressões do direito à saúde se enquadram na tipologia construída pela doutrina e pelo CDC como direitos transindividuais coletivos ou difusos.

Embora tenhamos mencionado apenas os serviços mais essenciais da assistência à saúde, a lista parece comprovar de forma satisfatória o quão equivocada se afigura, como lembra Ingo Sarlet, a tese segundo a qual direitos sociais não são direitos coletivos, mas sim direitos fundamentais referidos à pessoa individual. Ou ainda, o erro em identificar o direito à saúde (por ser direito social) com um direito de tipo coletivo.

Em verdade não se pode afirmar *a priori*, no caso do direito à saúde pública, se ele é individual ou transindividual porque a resposta à indagação depende do bem jurídico em análise. Sendo o bem jurídico de natureza indivisível o direito será transindividual (coletivo ou difuso); sendo divisível, será individual. Desta forma, a afirmação de que o direito à saúde é individual não pode afastar

a circunstância de que direitos sociais podem ser também direitos coletivos e mesmo, em determinadas circunstâncias, difusos, o que se verifica, por exemplo, no caso da conexão entre a proteção da saúde e a proteção do ambiente, ou mesmo no caso de políticas de saúde voltadas à prevenção e combate a doenças endêmicas¹⁵³.

Uma vez que as prestações do Sistema Único de Saúde podem tomar a forma de direitos individuais, coletivos ou difusos, e considerando que os recursos financeiros do sistema são escassos, muitas perguntas acabam surgindo quando o Poder Judiciário resolve intervir nas políticas do SUS. Quais são os critérios para a alocação dos recursos? Como estipular critérios que permitam um direito individual sobrepor-se a um direito coletivo? Como identificar as situações em que o interesse individual deve ser sacrificado para preservar o direito dos demais usuários? É o que vamos analisar no próximo capítulo.

¹⁵³ SARLET, 2009, p. 218.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE PÚBLICA

Conforme exposto no capítulo anterior, a dogmática dos direitos fundamentais no Brasil tem apontado para uma evolução significativa da eficácia do direito à saúde. A opinião dominante é de que os preceitos da Constituição Federal devem se tornar realidade. Por conseguinte, as propostas doutrinárias têm procurado fazer com que os princípios constitucionais tenham força normativa suficiente para colocar em prática as promessas do constituinte.

Por outro lado, o Poder Judiciário tem dado respaldo a essa nova tendência. Com efeito, nas demandas envolvendo direitos sociais as decisões têm se fundado repetidamente na força normativa de princípios previstos na Constituição. Muitas decisões têm reconhecido a existência de direitos através da aplicação direta do texto constitucional, exigindo assim da hermenêutica jurídica uma revisão do papel exercido pelos princípios na aplicação do direito.

Em verdade, a ausência de normas infraconstitucionais integradoras de direitos gera dificuldades de interpretação. Os próprios princípios constitucionais não raro proporcionam conflitos entre si porque são carregados de valores e interesses que muitas vezes se chocam. Essas dificuldades, todavia, não infirmam a nobreza moral, a necessidade política e a relevância social da judicialização de temas que deveriam ser tratados de forma mais adequada pelos demais poderes.

Essa judicialização, porém, conquanto relevante não pode ser feita sem a observância atenta dos princípios que regem as controvérsias enfrentadas pelos Tribunais, sob pena de subversão da ordem constitucional. O reconhecimento de direitos diretamente da Constituição pressupõe uma comprovação satisfatória da legitimidade das decisões que os veiculam. Essa legitimidade, por sua vez, exige das decisões máxima aproximação ao verdadeiro sentido dos princípios constitucionais.

A Constituição de 1988 prevê uma principiologia própria que estrutura toda a Ordem Social e a Seguridade Social. Ela aponta quais são os interesses maiores do SUS, como seus recursos devem ser aplicados e como se deve identificar os seus beneficiários. Convém então perquirir a função e aplicação dos princípios na nova hermenêutica constitucional e compreender o sentido daqueles que o constituinte dirigiu especificamente à área da saúde. É o que faremos neste capítulo.

3.1. A importância dos princípios: conceito, função e classificação

“Sem aprofundar a investigação acerca da função dos princípios nos ordenamentos jurídicos não é possível compreender a natureza, a essência e os rumos do constitucionalismo contemporâneo.”

(Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, 2010)

O alerta de Paulo Bonavides é o retrato do atual momento do constitucionalismo brasileiro. Sem compreender os princípios da Constituição não há como compreender o sentido normativo desejado por cada uma das palavras encontradas no seu texto. Mas, afinal, o que são princípios jurídicos? O que são princípios constitucionais?

Etimologicamente, a palavra ‘princípio’ deriva do latim *principiu*, *-i* e significa origem, começo, fundamento¹⁵⁴. Desse significado comum extraem-se as idéias-chave que orientam os juristas na definição de princípio, a exemplo de F. de Clement, para quem princípio jurídico é “o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um código ou de todo um direito positivo”¹⁵⁵. O autor ressalta, portanto, as idéias de ‘fundamento’ e ‘origem’ para as disposições legais de um código ou de todo um sistema normativo.

Conforme aponta Paulo Bonavides, as definições encontradas na doutrina são muitas e variam conforme o aspecto que cada autor aborda. A maioria delas, todavia, não reúne todos os aspectos possíveis dos princípios para formar uma definição completa. Ora procuram enfatizar o alto grau de generalidade das disposições principiológicas, ora se referem ao alto grau de indeterminação dos princípios, ora abordam o seu caráter programático, ora valorizam a sua posição elevada na hierarquia das normas¹⁵⁶.

A fórmula encontrada por Celso Antonio Bandeira de Mello parece satisfazer as exigências apontadas por Paulo Bonavides. Com efeito, para o mencionado autor, princípio jurídico é o

¹⁵⁴ FARIA, E. *Dicionário Escolar Latino-Português*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Campanha Nacional de Material de Ensino, 1967, p. 795.

¹⁵⁵ BONAVIDES, 2010, p. 257-258.

¹⁵⁶ BONAVIDES, 2010, p. 256.

mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico¹⁵⁷.

A definição de Bandeira de Mello é completa porque aponta para a posição elevada do princípio na hierarquia das normas (“*mandamento nuclear*”), onde exerce a função de base do sistema jurídico (“*verdadeiro alicerce*”). Além disso, deixa evidente o alto grau de generalidade das disposições principiológicas (“*servindo de critério*”) bem como o seu alto grau de indeterminação (“*compondo-lhes o espírito*”). Quanto ao caráter programático, por se tratar de aspecto mais relacionado à eficácia das normas constitucionais – com diferentes graus – não parece pertinente, a nosso ver, que venha contemplado na definição genérica de princípio jurídico.

Apesar do papel nobre que lhes é reservado, os princípios jurídicos nem sempre tiveram o reconhecimento da força que hoje possuem na formação, interpretação e aplicação do Direito. Segundo Bonavides, por terem conteúdos semânticos imprecisos, foram vistos até o início do século XIX apenas como indicadores de realização da justiça numa dimensão muito mais ética do que normativa¹⁵⁸. Ainda era forte a resistência quanto ao seu caráter normativo e havia desconfiança quanto à segurança jurídica proporcionada por proposições que muitas vezes sequer estavam positivadas e, quando estavam, eram inscritas com redação abstrata.

Com o surgimento dos primeiros Códigos no início do século XIX, os princípios jurídicos passaram a ser vistos como fonte normativa subsidiária das disposições inscritas pelo legislador. Conforme assinala Gordillo Canas, “os princípios entram nos Códigos unicamente como ‘válvulas de segurança’, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior”¹⁵⁹. Embora sem força normativa plena, tornam-se fonte subsidiária para integração da legislação codificada. Nesta fase, portanto, “os princípios serviam à lei; dela eram tributários, possuindo no sistema o seu mais baixo grau de hierarquização positiva como fonte secundária de normatividade”¹⁶⁰.

Em meados do século XX, a força normativa dos princípios recebe maior atenção dos juristas dedicados à Teoria Geral do Direito, entre eles Norberto Bobbio, para quem o termo ‘princípio’ induzia a engano por transparecer a idéia de que não se tratava de

¹⁵⁷ MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747.

¹⁵⁸ BONAVIDES, 2010, p. 259-260.

¹⁵⁹ CANAS, G. *apud* BONAVIDES, 2010, p. 262.

¹⁶⁰ BONAVIDES, 2010, p. 292.

típica norma jurídica. Ciente desse equívoco, o italiano procurou esclarecer que os princípios são normas jurídicas dotadas de coercibilidade, argumentando que

se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles (...) A função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso (...) servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?¹⁶¹

A doutrina evoluiu com as lições de Norberto Bobbio e deu novo rumo para a eficácia dos princípios jurídicos a partir da distinção de dois tipos de normas jurídicas: as regras e os princípios. Os juristas começaram a perceber que havia efetivamente “entre princípio e regra jurídica não somente uma disparidade de importância mas uma diferença de natureza”¹⁶². Estava aberto o caminho para uma investigação mais profunda sobre as diferenças de importância e natureza entre as regras e os princípios.

Paralelamente a essa evolução na doutrina, muitas Constituições pelo mundo fizeram ao longo do século XX exatamente o que os Códigos haviam feito no século anterior. Houve uma espécie de positivação do Direito Natural, não pela via da lei, enquanto expressão da vontade geral, mas por meio de princípios gerais incorporados na ordem jurídica constitucional¹⁶³. Assim, não tardou para que surgisse uma nova dogmática dos direitos fundamentais, baseada não apenas na distinção entre ‘regras’ e ‘princípios’ como também na tese da força normativa dos princípios, conforme as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Especificamente no caso de Alexy – utilizado como referência nesta pesquisa – a distinção entre regra e princípio na seara constitucional é a base da teoria dos direitos fundamentais e também a chave para a solução dos seus problemas centrais. Segundo o jurista alemão, sem essa distinção “não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico”¹⁶⁴.

Na ótica de Alexy, a distinção entre regras e princípios não ocorre apenas pelo critério da generalidade. Ele reconhece que “os princípios são normas com grau de

¹⁶¹ BOBBIO, N. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1968, p. 890-891.

¹⁶² BOULANGER, J. *apud* BONAVIDES, 2010, p. 267.

¹⁶³ BONAVIDES, 2010, p. 293.

¹⁶⁴ ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 85.

generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”¹⁶⁵, mas afirma que o ponto crucial para a distinção de ambas as espécies normativas é a diferença qualitativa entre elas. Neste sentido, esclarece que

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas (...) As regras, por sua vez, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, ‘determinações’ no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível¹⁶⁶.

Sendo ‘mandamentos de otimização’ e possuindo força normativa, os princípios adquirem uma supervalorização já no final do século XX. A doutrina reconhece que, assim como as regras positivadas dentro das Constituições, os princípios constitucionais também constituem instância jurídica capaz de impor deveres e obrigações. Os princípios deixam de constituir apenas uma dimensão ética do sistema normativo. Não são mais chamados apenas para suprir, em grau inferior, as lacunas pontuais dos Códigos. Os princípios encontram-se agora nas Constituições e tornam-se assim referência para todo o ordenamento jurídico pela posição de supremacia que ocupam, exercendo papel de bússola para o legislador.

Além disso, funcionam como diretrizes hermenêuticas na aplicação de todas as normas do sistema e, em caso de lacunas, obscuridades ou outras insuficiências, servem como fonte integradora com a sua força normativa. A lição de F. de Castro sobre os princípios jurídicos esclarece bem as três funções exercidas por eles:

a função de ser fundamento da ordem jurídica, com eficácia derogatória e diretiva, sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de fonte em caso de insuficiência da lei e do costume”¹⁶⁷.

Neste sentido, os princípios constitucionais são o ponto de partida e de chegada para o legislador e o intérprete do Direito. Eles devem permear todo o processo legislativo

¹⁶⁵ ALEXY, 2011, p. 87.

¹⁶⁶ ALEXY, 2011, p. 90-91

¹⁶⁷ F. de Castro *apud* BONAVIDES, 2010, p. 283.

iluminando as motivações do legislador até o produto final do seu trabalho – a lei. Devem igualmente acompanhar as premissas do julgador e conduzi-lo até sua decisão final. Assim, tanto as leis quanto as decisões precisam, em seus pressupostos e conseqüências, guardar estrita consonância com os princípios constitucionais. Daí porque Paulo Bonavides chega a afirmar que os princípios são “o oxigênio das Constituições”¹⁶⁸.

Uma consequência da ascensão dos princípios é que, segundo Luis Roberto Barroso, “a Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham papel central”¹⁶⁹. A presença dos princípios no posto mais elevado do ordenamento jurídico e as funções por eles exercidas trouxeram consigo a necessidade de uma releitura da hermenêutica constitucional.

De acordo com a nova dogmática, a boa exegese da Carta não parte mais da premissa de que as normas possuem sempre um sentido único, objetivo, válido para todas as situações. Ao contrário, assenta-se na premissa de que as cláusulas principiológicas da Constituição têm conteúdo aberto e dependente da realidade social, não havendo um sentido unívoco e objetivo que a hermenêutica tradicional e mais conservadora procurou defender¹⁷⁰.

Essa abertura, todavia, pode colocar diferentes princípios em situação de conflito na medida em que são carregados de valores e interesses que muitas vezes se chocam. Essa nova configuração de conflitos de interpretação exige soluções na hermenêutica. Ao contrário das regras, para as quais um eventual conflito pode ser solucionado pela invalidação de uma delas ou por uma cláusula de exceção, a solução para o conflito entre princípios segue metodologia completamente diversa. Segundo Alexy,

se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.¹⁷¹

No conflito entre dois princípios constitucionais a solução deve ocorrer pelo sopesamento entre ambos no caso concreto, a fim de se definir qual dos interesses – abstratamente no mesmo plano hierárquico – tem maior peso no caso concreto. A solução,

¹⁶⁸ BONAVIDES, 2010, p. 288.

¹⁶⁹ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 313.

¹⁷⁰ BARROSO, 2009, p. 308.

¹⁷¹ ALEXY, 2011, p. 93.

portanto, será de precedência de um princípio em relação a outro de forma condicionada ao caso concreto. Trata-se de uma ponderação de interesses para a solução específica de uma controvérsia. Mas como saber quando um tem precedência sobre o outro? Existe hierarquia entre os princípios na Constituição? Quais são os critérios para o seu manuseio legítimo?

Se as normas constitucionais principiológicas prestam-se a sentidos plurívocos e se é possível haver conflitos entre princípios, é imperioso que a hermenêutica constitucional estabeleça critérios seguros e estáveis para que a ponderação não conduza a equívocos e possa responder satisfatoriamente as perguntas feitas acima. A abertura deixada pela Constituição exige o desenvolvimento de técnicas que orientem a sua aplicação de forma racional.

A doutrina tem procurado sistematizar os princípios constitucionais e estabelecer critérios para evitar a aplicação equivocada da Carta. Um dos autores que se destacam nesta empreitada é Luis Roberto Barroso. A sistematização por ele proposta mostra-se útil porque nem todos os princípios possuem o mesmo raio de ação, nem todos têm o mesmo grau de influência, nem todos têm a mesma amplitude para radiação de seus efeitos¹⁷². Desta forma, uma organização geral dos princípios constitucionais é fundamental para a sua aplicação ordenada e criteriosa. Afinal,

o caráter aberto de muitas normas, o espaço de indefinição da conduta deixados pelos princípios e os conceitos indeterminados conferem ao intérprete elevado grau de subjetividade. A demonstração lógica adequada do raciocínio desenvolvido é vital para a legitimidade da decisão proferida¹⁷³.

Segundo Barroso, a aplicação da Constituição deve atender a duas categorias de princípios. A primeira reúne princípios denominados por ele de ‘instrumentais’. Trata-se de preceitos não escritos na Constituição mas pressupostos na leitura do seu texto. São eles: a supremacia da Constituição, a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos, a interpretação conforme a Constituição, a razoabilidade, a efetividade da Constituição e a unidade da Constituição.

Dentre eles dois chamam a atenção para os propósitos do nosso trabalho: a unidade e a efetividade da Constituição. A proposição do primeiro é de que “inexiste hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca da harmonização possível”¹⁷⁴, enquanto a do segundo aponta que intérprete deve ter compromisso com a

¹⁷² BARROSO, 2009, p. 376.

¹⁷³ BARROSO, 2009, p. 327.

¹⁷⁴ BARROSO, 2009, p. 374.

efetividade da Constituição, ou seja, com a “aproximação, tão íntima quanto possível, entre o ‘dever-ser’ normativo e o ‘ser’ da realidade social”¹⁷⁵.

Além dos princípios instrumentais, a aplicação da Constituição deve atender também a uma segunda categoria de princípios denominados por Barroso de ‘materiais’ e que podem ser de três ordens: fundamentais, gerais e setoriais.

Entre os princípios materiais ‘fundamentais’ encontramos a estrutura essencial do Estado com indicação da sua forma, sistema de governo, bem como dos objetivos a serem alcançados por ele internamente e internacionalmente. Tais princípios repousam, portanto, no Título I da Constituição, onde, a propósito, encontra-se a ‘dignidade da pessoa humana’ (art. 1º, III), a qual, segundo Barroso, é diretriz merecedora de destaque em todas as relações públicas e privadas porque “se tornou o centro axiológico da concepção de estado democrático de Direito e de uma ordem mundial idealmente pautada pelos direitos fundamentais”¹⁷⁶.

Na classe dos princípios materiais ‘gerais’ encontramos os desdobramentos dos princípios fundamentais e, por serem apenas detalhamentos das diretrizes maiores da Constituição, “irradiam-se eles por toda a ordem jurídica”¹⁷⁷.

Por sua vez, os princípios materiais ‘setoriais’ são “aqueles que presidem um específico conjunto de normas afetas a determinado tema, capítulo ou título da Constituição. Eles se irradiam limitadamente, mas no seu âmbito de atuação são supremos”¹⁷⁸. Por serem vinculados especificamente a diferentes áreas jurídicas presentes na Constituição (tributos, administração pública, desporto, família etc), estão espalhados por todo o texto constitucional. A nota de destaque na classificação proposta por Barroso é de que em seu âmbito específico de aplicação os princípios materiais setoriais são soberanos.

Estabelecida a tipologia dos princípios constitucionais, é mister, na doutrina de Luis Roberto Barroso, que a superação de controvérsias envolvendo conflitos entre princípios se dê através de uma argumentação racionalmente aceitável. Para tanto são necessários três requisitos essenciais. Primeiramente, a argumentação deve ser capaz de apresentar fundamentos normativos. Por mais nobre que sejam os motivos do julgador não há como assentar as premissas de suas decisão de forma totalmente alheia às normas já positivadas pelo Estado. Em seguida, por força da isonomia, ela deve tomar como parâmetro a possibilidade (ou não) de universalização dos critérios adotados na decisão para situações

¹⁷⁵ BARRROSO, 2009, p. 375.

¹⁷⁶ BARRROSO, 2009, p. 377.

¹⁷⁷ BARRROSO, 2009, p. 377.

¹⁷⁸ BARRROSO, 2009, p. 377.

futuras que sejam semelhantes. A indicação de que a extensão para outros casos semelhantes é possível legitima os argumentos e viabiliza assim o seu acolhimento por não haver quebra da igualdade. Em terceiro lugar, o argumento deve “percorrer o caminho ditado pelos princípios instrumentais e realizar, tão intensamente quanto possível, à luz dos outros elementos em questão, o estado ideal pretendido pelos princípios materiais”¹⁷⁹, respeitando assim os limites e as funções dos princípios de natureza instrumental e os princípios de natureza material.

Essas são as diretrizes fundamentais para a interpretação e aplicação da Carta. A tipologia proposta por Luis Roberto Barroso possui grande utilidade porque permite ao intérprete percorrer o caminho traçado pelo constituinte sem desvios. Assim, uma vez analisado o conflito pela ótica dos princípios instrumentais e materiais de ordem fundamental e geral, a solução deve ser encontrada na ponderação dos princípios setoriais, os quais, segundo vimos, são supremos no seu âmbito de atuação.

No caso do direito à saúde, os princípios setoriais podem ser encontrados no Título VIII da Constituição (Da Ordem Social), especificamente na Seção II (Da Saúde) que integra o Capítulo II (Da Seguridade Social). Portanto, para solucionar as controvérsias envolvendo princípios constitucionais ligados ao direito à saúde pública é preciso compreender primeiramente os princípios da Ordem Social; em seguida, os princípios da Seguridade Social; e por fim, os princípios aplicáveis especialmente à Saúde. É isso que passamos a fazer no próximo item.

* * *

¹⁷⁹ BARRROSO, 2009, p 326.

3.2. A Ordem Social e a Seguridade Social

3.2.1. Ordem Social: bem-estar e justiça sociais

Embora o Título VIII (Da Ordem Social) da Constituição Federal englobe assuntos que não dizem respeito propriamente à proteção social do Estado, como é o caso da ciência e tecnologia (capítulo IV) e do meio-ambiente (capítulo VI), os seus dispositivos foram inspirados no artigo XXII da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), da qual o Brasil é um dos signatários, onde se lê que:

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

O compromisso do Estado Brasileiro em zelar pelos direitos sociais indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da pessoa exigiu do constituinte a adoção das diretrizes do denominado Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*).

Assim, tendo como referência a figura de um Estado provedor de prestações sociais fundamentais à dignidade humana, o constituinte lançou os alicerces de todas as matérias constantes no Título VIII, preconizando no art. 193 da Carta o bem-estar e a justiça social (“Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”). Mas qual é o significado desses princípios para a Ordem Social na Constituição de 1988?

Segundo Marisa Ferreira Santos, os princípios do bem-estar social e da justiça social são carregados de subjetivismo porque, além de serem variáveis no tempo e no espaço, são dependentes da ideologia política pressuposta na leitura que se pode fazer de ambos¹⁸⁰. Todavia, segundo afirma a jurista, podem ser lidos de forma menos subjetiva a partir de noções trazidas pela própria Constituição Federal. Vejamos.

A filosofia política do século XVIII elabora com maestria os princípios fundamentais para um Estado liberal capaz de superar as arbitrariedades cometidas nas

¹⁸⁰ SANTOS, M. F. *O princípio da seletividade das prestações de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003, p. 93.

monarquias absolutas na Europa. Como consequência deste processo político surge a figura do Estado que intervém minimamente na liberdade e na propriedade dos indivíduos.

Todavia, o liberalismo político juntamente com o sistema capitalista revelaram seus vícios e um tipo de arbitrariedade praticada contra o ser humano não mais de cunho político, mas sim de natureza econômica. O capitalismo criou um abismo entre classes privilegiadas economicamente e classes reduzidas à miséria. O Estado de Bem-Estar Social surge justamente como alternativa ao funcionamento do Estado Liberal. Segundo Marisa Santos, “trata-se de um modelo de Estado que se contrapõe ao liberalismo e que faz com que as instituições públicas intervenham no jogo das relações sociais em matéria de direito sociais”¹⁸¹.

O Estado passa a interferir na economia envolvendo-se nas áreas de produção e consumo de bens e serviços considerados essenciais para uma vida digna do ser humano. Ele sai da sua posição cômoda de garantidor da propriedade e das liberdades políticas para intervir na ordem econômica com o propósito específico de promover condições sociais minimamente dignas a todos os cidadãos. Esta nova ideologia é colocada em prática principalmente nos países devastados pelas duas guerras mundiais, onde a intervenção estatal ocorre de forma mais intensa no sentido de garantir direitos sociais.

Desta forma, o princípio do bem-estar social tem um significado bem objetivo para Marisa Ferreira Santos. Segundo ela, ‘bem-estar’ é o padrão mínimo previsto na Declaração da ONU (1948) para a vida digna do ser humano. Neste sentido, o rol dos direitos ali inscritos não discrepa do rol previsto nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, a saber: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados¹⁸².

Portanto, tendo o conceito de bem-estar social amparo no art. 6º da Carta, não resta dúvida de que a assistência à saúde na perspectiva pública (SUS) é prestação de caráter essencial devida aos cidadãos no contexto do *Welfare State*. Assim, podemos afirmar que a omissão injustificada do Estado na oferta desse bem jurídico contraria o princípio do bem-estar social.

Quanto ao princípio da ‘justiça social’, seu conceito também pode superar subjetivismos porque é possível apreendê-lo da própria Constituição. De início, deve-se partir da premissa de que o Preâmbulo da Carta assegura o exercício dos direitos sociais ao cidadão. Por outro lado, o art. 3º elenca como objetivo do Estado a redução das desigualdades sociais,

¹⁸¹ SANTOS, 2003, p. 95.

¹⁸² SANTOS, 2003, p. 101-104.

enquanto o art. 170 eleva a justiça social como princípio da ordem econômica. Portanto, os dispositivos indicam que o sentido da expressão 'justiça social' sugere a necessidade de distribuição de benefícios e encargos de forma proporcional a cada cidadão segundo a sua necessidade (justiça distributiva)¹⁸³.

Embora complexo o processo de escolha das necessidades pelo Estado, a própria Constituição Federal indica quais são essas necessidades no art. 6º e dá aos direitos ali previstos a devida disciplina no Título VIII¹⁸⁴. Portanto, o conteúdo dos benefícios e vantagens a serem distribuídos pelo Estado já está pré-definido, cabendo ao princípio da justiça social determinar a forma pela qual a distribuição deve ser feita. Daí a lição de Marisa Ferreira Santos, para quem

a distribuição, para ser justa, não pode ser igual entre todos os membros da comunidade. As desigualdades sociais e regionais têm sua existência reconhecida pelo Texto Constitucional. Se é objetivo do Estado Democrático a sua redução, segue-se que se deve conceder mais benefícios a quem tem mais necessidades, e menos a quem as tem em menor número¹⁸⁵.

3.2.2. O Sistema de Seguridade Social: conceito e princípios

A garantia de determinados direitos sociais necessários para uma vida digna do ser humano é consequência do modelo de Estado de Bem-Estar Social adotado expressamente pelo art. 193 da Constituição Federal de 1988. Esse dispositivo revela também a intenção do constituinte em fazer com que o padrão mínimo previsto no art. 6º da Carta fosse amparado por prestações estatais distribuídas de forma a privilegiar os mais necessitados.

O programa social da Carta, todavia, depende de uma estrutura estatal organizada e especializada. Por isso, quando aderiu ao modelo do *Welfare State*, o constituinte criou também uma importante ferramenta para alcançar seus objetivos: o Sistema de Seguridade Social. A proposta foi reunir numa única estrutura normativa e administrativa a prestação de serviços e benefícios nas áreas de previdência social, assistência social e saúde, conforme defluiu do capítulo II do Título VIII da Constituição.

¹⁸³ SANTOS, 2003, p. 127.

¹⁸⁴ SANTOS, 2003, p. 133-134.

¹⁸⁵ SANTOS, 2003, p. 134.

A idéia de um ‘sistema de seguridade social’ remonta à Inglaterra da década de 1940. Na época, o país passava por um período de ajustes quanto aos prejuízos sociais e econômicos causados pela primeira guerra mundial e procurava se antecipar também aos possíveis efeitos negativos decorrentes da segunda guerra. A Coroa Britânica então encarrega uma comissão técnica para fazer o levantamento dos problemas sociais e planejar os princípios de atuação do Estado nesta área. Dos relatórios finais da comissão tem origem o famoso “Plano Beveridge” apresentado por William Beveridge ao Parlamento Britânico. A análise dos pressupostos históricos do relatório encaminhado ao Parlamento Britânico e dos pressupostos da Constituição Federal de 1988 revela que o constituinte foi claramente inspirado no modelo inglês. Vejamos.

O Plano Beveridge evidencia que a organização de um seguro social amplo e eficiente é condição necessária para o progresso geral de um povo, devendo o Estado oferecer proteção social desde o nascimento até a morte do indivíduo. Em apertada síntese, o levantamento feito pela comissão inglesa apontou o equívoco de um sistema que protege apenas as pessoas vinculadas a um contrato de trabalho. Além disso, constatou certa limitação do serviço médico quanto aos tratamentos oferecidos e quanto ao reduzido número de pessoas beneficiadas.

Diante dessas carências, o Plano Beveridge sugere o aperfeiçoamento dos projetos de seguro social com duas diretrizes bem definidas: primeiramente, a extensão do seguro para abranger pessoas que até então estavam excluídas; em segundo lugar, a ampliação da cobertura envolvendo riscos que até então estavam excluídos¹⁸⁶. Portanto, a idéia do plano era criar uma rede de proteção social de alcance universal quanto às pessoas e também quanto às necessidades (riscos) cobertas¹⁸⁷. Com base nessas premissas, o relatório propõe um projeto calcado em três frentes de ação estatal: seguro social, assistência nacional e serviços de saúde.

O ‘seguro social’ ofereceria benefícios custeados por contribuições definidas e suportadas por cada um dos participantes. Equivale ao sistema previdenciário previsto no art. 201 da Carta de 1988 (pensões, aposentadorias, abonos e outras prestações que procuram substituir o salário). A assistência nacional, por sua vez, seria uma técnica de proteção social subsidiária ao seguro social porque não pressupõe a contribuição do participante. Equivale ao sistema de assistência social previsto no art. 203 do diploma constitucional. A proteção na

¹⁸⁶ BEVERIDGE, W. *O Plano Beveridge – Relatório sobre o seguro social e serviços afins*. Tradução de Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943, p. 13.

¹⁸⁷ BEVERIDGE, 1943, p. 16.

área da saúde, por sua vez, segundo o relatório, seria aquela voltada à oferta de “tratamento médico capaz de atender a todas as solicitações (...) a todos os cidadãos por um serviço nacional de saúde”¹⁸⁸. Equivale ao SUS previsto nos arts. 196 a 200 da Constituição.

O cotejo da Constituição Federal com o Plano Beveridge não deixa dúvidas acerca da adesão brasileira ao modelo inglês. Conforme relata Sônia Fleury¹⁸⁹, na época assessora do Senador Almir Gabriel, relator da Comissão da Ordem Social na assembléia constituinte, uma das motivações da comissão para criar um sistema de Seguridade Social no Brasil era fortalecer os mecanismos de financiamento para a saúde a partir de um orçamento conjunto que fosse autônomo em relação ao orçamento fiscal, proposta que foi acolhida pela constituinte e consta no art. 165, §5º, da Carta.

À parte o esclarecimento de quem viveu de perto as discussões da assembléia constituinte, é por demais evidente que o nosso Sistema de Seguridade Social (previdência social, assistência social e saúde) reproduz as mesmas diretrizes do famigerado relatório inglês. Segundo Marisa Ferreira Santos,

deve-se a Beveridge o destaque do papel do Estado na seguridade social, com o implemento de políticas públicas destinadas a garantir proteção social em casos de necessidade. Suas conclusões (...) influenciaram grandemente a legislação social que se seguiu por toda a Europa e América, e até hoje têm reflexos nos sistemas de seguridade social¹⁹⁰.

O acolhimento do conceito de Beveridge na legislação brasileira veio expresso no art. 194, *caput* da Constituição (“A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”) e institucionalizou o ideário do Estado de Bem-Estar Social. Com ele vieram também as diretrizes principiológicas para a implantação e desenvolvimento do sistema, conforme se observa no parágrafo único do mesmo dispositivo constitucional:

Art. 194 (...) Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:
I - universalidade da cobertura e do atendimento;
II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

¹⁸⁸ BEVERIDGE, 1943, p. 19.

¹⁸⁹ FLEURY, S. Entrevista à Revista RADIS. N.º 72. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, Agosto/2003.

¹⁹⁰ SANTOS, 2003, p. 155.

- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O SUS integra o Sistema de Seguridade Social. Como a Saúde está compreendida no próprio conceito de Seguridade Social (art. 194, *caput*, CF) e a topografia da Carta confirma esse liame ao disciplinar a saúde numa das seções (Seção II) que compõem o capítulo II (Da Seguridade Social) do Título VIII, é de se concluir que os princípios estabelecidos pelo parágrafo único do art. 194 são setoriais para as controvérsias envolvendo o direito à saúde pública e como tal devem ser atendidos rigorosamente. Dentre eles, dois merecem destaque para os propósitos deste trabalho: a universalidade (inciso I) e a seletividade/distributividade (inciso III).

3.2.2.1. Universalidade

Conforme a dicção do art. 194, parágrafo único, inciso I, a Seguridade Social deve ser organizada com o objetivo de universalizar a cobertura e o atendimento. Segundo a doutrina, o constituinte referiu-se a dois aspectos diferentes da universalização do sistema: de um lado, o princípio opera implementando o maior número possível de prestações, numa dimensão objetiva, e de outro, identifica o espectro de indivíduos que fazem jus a essas prestações, procurando maximizá-lo na sua dimensão subjetiva. Para Wagner Balera,

a universalidade da ‘cobertura’ refere-se às situações da vida que serão protegidas, ou seja, todas e quaisquer contingências que possam gerar necessidade social. Já a universalidade do ‘atendimento’ diz respeito aos titulares do direito à proteção social. Todas as pessoas, no Brasil, são titulares desse direito¹⁹¹.

A intenção do constituinte com o princípio da universalidade foi ampliar cada vez mais a atuação do Estado na proteção social. Tendo em vista que o conceito de seguridade social reporta-se ao Plano Beveridge, pode-se afirmar que o significado da universalização é abranger pessoas que até então estavam excluídas e ampliar a cobertura de riscos até então

¹⁹¹ BALERA, W. *Sistema de Seguridade Social*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 19-20.

desamparados. Em suma, o princípio traça o objetivo de criação de uma rede protetiva social que alcance todas as pessoas e todas as necessidades. Ele resume o ideário da seguridade social¹⁹².

O significado técnico para o princípio da universalidade é amparado também pelo ideário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), cujo artigo XXII garante a segurança social para todas as pessoas dentro das possibilidades e recursos de cada Estado. O ponto crucial da diretriz da ONU é o mesmo pensado por William Beveridge: não deixar sem proteção o ser humano socialmente desamparado.

Especificamente no caso da saúde, o princípio da universalidade tem uma forte ligação com as diretrizes discutidas e aprovadas na 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986). Conforme já visto, este evento funcionou como uma espécie de ‘pré-constituente’, como anunciou no discurso de abertura o então Presidente José Sarney, e muitas conclusões do seu relatório foram parar no texto constitucional, entre elas a universalidade. Com efeito, o documento firmou o compromisso de universalização de acesso à saúde para toda a população da seguinte forma:

a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde deverá ser deflagrada uma campanha nacional em defesa do direito universal à saúde, contra a mercantilização da medicina e pela melhoria dos serviços públicos, para que se inscrevam na futura Constituição: (...) a garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional (...)¹⁹³.

O ideário de ampliação do atendimento à saúde para toda a população era tão grande entre os sanitaristas durante a assembléia constituinte que o princípio da universalidade acabou aparecendo também no art. 196 da Carta (“acesso universal”), que trata especificamente do direito à saúde pública (SUS). Essa ênfase do constituinte retrata a vontade de romper com o modelo que existia até 1988, segundo o qual, conforme demonstrado no primeiro capítulo, apenas os trabalhadores com vínculo formal e seus dependentes tinham acesso aos serviços de saúde.

Portanto, o princípio da universalidade deve ser compreendido dentro do seu contexto histórico, político e técnico. Ele indica uma meta para o Sistema de Seguridade Social como um todo (art. 194, parágrafo único, I, CF), inspirado no ideal de igualdade para que todos os indivíduos desamparados socialmente recebam o acolhimento do Estado.

¹⁹² BALERA, 2003, p. 156.

¹⁹³ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

No que tange à saúde pública, por sua vez, a universalidade (art. 196, CF) consolida a ruptura com o modelo adotado no Brasil até então, para que não apenas os trabalhadores e seus dependentes tivessem acesso aos serviços e benefícios oferecidos pelo SUS, mas toda a população brasileira. Trata-se da universalidade na sua dimensão subjetiva. Não foi proposta do constituinte que a população tivesse acesso a todos os serviços e benefícios imagináveis, mas sim que os serviços e benefícios oferecidos pelo SUS fossem disponibilizados à toda a população.

3.2.2.2. Seletividade e Distributividade

Conforme se depreende do art. 194, parágrafo único, inciso III, a Seguridade Social deve ser organizada também com o objetivo de selecionar os riscos a serem cobertos e distribuir os recursos financeiros para essa cobertura de forma condizente com os princípios da Ordem Social: bem-estar e justiça social (art. 193).

A idéia de Seguridade Social nunca esteve desvinculada das condições materiais (financeiras) para sua criação, manutenção e expansão. Tanto é verdade que a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) sabiamente ressaltou no artigo XXII a proteção social a todos os homens “de acordo com a organização e recursos de cada Estado”¹⁹⁴.

Consequentemente, o conteúdo semântico mais adequado para uma visão técnica do princípio da seletividade/distributividade é aquele que o coloca como princípio orientador e ao mesmo limitador da universalidade. O Estado não pode distribuir aquilo que não tem. Por isso, deve fazer escolhas. Neste sentido, é importante ressaltar a diretriz do Pacto Internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, cujo art. 2º, §1º exige a realização progressiva da atuação do Estado:

Art. 2º, §1º. Cada Estado-parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por

¹⁹⁴ Tanto é verdade que a Constituição de 1988 prevê no art. 195, §5º uma regra muito clara quanto à relação entre os benefícios e o seu custeio, de modo a impedir a criação de novos benefícios sem uma prévia contrapartida de receitas (“Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”).

todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas¹⁹⁵.

Conforme ensina Marisa Santos, não existe possibilidade de que todas as necessidades sociais sejam superadas pela Seguridade Social, porque dentro do seu orçamento há um elenco possível de contingências que geram necessidades. Como não se chegou ainda a uma fase de eliminação de todas as necessidades, o legislador, tendo em vista a conjuntura econômica e o universo de necessidades a eliminar, tem de escolher as contingências geradoras de necessidades que deverão ter proteção pela seguridade social e, em seguida, estabelecer a medida dessa proteção de modo a atingir o maior número possível de beneficiários¹⁹⁶.

Quais seriam então os critérios a serem adotados pelo legislador para fazer corretamente a seleção e a distribuição? Segundo Marisa Santos, a escolha deve recair sobre as necessidades que tiverem um maior potencial distributivo de modo que os mínimos vitais selecionados atinjam o maior número possível de pessoas. Para a autora, “a seletividade destina-se à garantia dos mínimos vitais necessários à obtenção de bem-estar”¹⁹⁷, enquanto que a “distributividade visa à redução das desigualdades sociais e regionais”¹⁹⁸, implementando assim a justiça social.

Como se vê, ao tratar dos princípios da seletividade e da distributividade, Marisa Santos procura fazer um paralelo com os princípios da Ordem Social previstos no art. 193 da Carta. Desta forma, um dos critérios de escolha do legislador deve ser o “bem-estar social” dos cidadãos, razão pela qual a atividade legiferante fica obrigada a não se afastar do elenco das contingências sociais já selecionadas pela Constituição, especialmente o mínimo vital previsto no art. 6º. O outro critério de escolha deve ser a “justiça social”, motivo pelo qual a distribuição deve atender ao maior número possível de beneficiários, ou seja, o legislador é obrigado a escolher as prestações com maior potencial efetivo de distribuição¹⁹⁹.

Esse é também o entendimento de Wagner Balera, para quem a seletividade e a distributividade convocam o legislador a estimar e selecionar aqueles tipos de prestação que – sendo comum a todas as pessoas – contemplem de modo mais abrangente as que se encontrem em maior estado de necessidade. Trata-se de uma determinação expressa do sistema que exige

¹⁹⁵ Ratificado pela República Federativa do Brasil em 24/01/1992 e incorporado ao ordenamento interno pelo Decreto n.º 591, de 06/07/1992.

¹⁹⁶ SANTOS, 2003, p. 180.

¹⁹⁷ SANTOS, 2003, p. 181.

¹⁹⁸ SANTOS, 2003, p. 181.

¹⁹⁹ SANTOS, 2003, p. 183.

a implantação da justiça distributiva, permitindo maior amparo à parcela da população cujas necessidades são maiores²⁰⁰.

Especificamente em relação à saúde pública, a tecnicidade dos princípios informadores da Seguridade Social leva à conclusão de que não se pode fazer justiça social com o fornecimento de proteção a todo e qualquer membro da comunidade, em toda e qualquer situação, a todo e qualquer momento. Como o sistema tem orçamento limitado, qualquer distribuição feita sem a observância dos critérios acima estaria desobedecendo aos ditames da Constituição. Quanto a esse ponto, assevera Marisa Santos que

a aplicação dos princípios da seletividade e distributividade obrigam o aplicador da lei, administrativa ou judicialmente, em matéria de direitos subjetivos a prestações de seguridade social, a obedecer ao que literalmente dispôs o legislador. Só à lei incumbe selecionar e distribuir proteção, não se podendo, pela via da interpretação extensiva, comprometer o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. Somente em uma hipótese pode o julgador afastar-se dos critérios de seletividade e distributividade aplicados pelo legislador: na hipótese de inconstitucionalidade do *discrimen* para a seleção das contingências-necessidades ou para a distribuição da proteção social²⁰¹.

Assim, à parte eventual quebra da igualdade pela utilização equivocada de *discrimen* pelo legislador, é legítimo que a atividade legislativa faça escolhas para a aplicação dos recursos e, dentre elas, procure oferecer prestações que beneficie o maior número possível de pessoas em situação de necessidade. A diretriz constitucional é que sejam priorizadas as prestações cuja distribuição beneficie a maior coletividade possível. Portanto, neste processo não há qualquer mácula à universalidade porque “a seletividade e a distributividade desempenham, com autorização constitucional, um papel redutor da universalidade”²⁰².

3.2.3. A Saúde Pública

Além dos princípios setoriais que informam a Ordem Social, presentes na abertura do Título VIII, e dos princípios setoriais da Seguridade Social, localizados na abertura do capítulo II do mesmo Título, as controvérsias judiciais envolvendo a saúde

²⁰⁰ BALERA, 2001, p.21.

²⁰¹ SANTOS, 2003, p. 204.

²⁰² SANTOS, 2003, p. 182.

pública devem pautar-se também por princípios previstos na Seção II do referido capítulo, posto que são específicos para a matéria.

Considerando que o problema principal que permeia as demandas sobre direitos sociais reside na escassez de recursos e a conseqüente impossibilidade de atendimento a todos os indivíduos num nível ideal – impossibilidade legitimada pela limitação que o princípio da seletividade impõe à universalidade – a solução para eventuais conflitos envolvendo o direito à saúde pública deve ser encontrada em outros princípios.

No caso do Sistema Único de Saúde, as diretrizes básicas de sua atuação estão previstas nos arts. 196 a 198 da Constituição. Nesses dispositivos encontramos uma principiologia setorial que indica critérios de observância obrigatória para o Poder Judiciário quando este interpreta a Carta e soluciona os litígios a ele submetidos. Vejamos o sentido das seguintes diretrizes: assistência integral (art. 198, II), prioridade para a prevenção (art. 198, II), acesso igualitário (art. 196) e gestão democrática (art. 198, III).

3.2.3.1. Assistência integral

A leitura isolada de um dispositivo constitucional pode levar à compreensão equivocada do seu conteúdo. Essa situação tem sido bastante comum na interpretação do art. 198, II da Constituição Federal, que prevê ‘atendimento integral’ ao usuário do Sistema Único de Saúde nestes termos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:
(...)
II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

A leitura superficial do dispositivo, conforme Marlon Alberto Weichert, leva à conclusão de que o “cidadão teria o direito subjetivo de receber do Estado qualquer produto ou serviço prescrito por um profissional ao qual a lei autorizasse o exercício da medicina”²⁰³. Todavia, como bem aponta o autor, o sentido mais técnico para a integralidade do

²⁰³ WEICHERT, M. A. *O direito à saúde e o princípio da integralidade* “in” SANTOS, L. (Org). *Direito à Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 103.

atendimento não leva a essa inferência. Existem ao menos três evidências que apontam para outra conclusão: as lições da medicina preventiva; o relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde; e a Lei n.º 8.080/90, que regulamenta o SUS.

Conforme visto no primeiro capítulo, o Brasil não conseguiu construir uma relação harmônica entre os dois modelos de medicina, preventiva e curativa, desde o seu descobrimento até a segunda metade do século XX. Além disso, a prioridade dada para o modelo curativo durante quase todo o século XX resultou em estatísticas que apontaram baixa qualidade de saúde da população brasileira, contrariando o alto volume de recursos alocados no setor e comprovando que eles foram gastos de forma equivocada.

A estratégia de um país que deseja preservar a saúde da população não pode ignorar a importância da união entre os modelos preventivo e curativo, uma vez que a adoção predominante de um em relação ao outro pode trazer resultados catastróficos. A Ciência Médica afinou esse discurso de forma mais intensa no século XX, chegando à conclusão, como conta Kurt Kloetzel de que

(...) teimar no divórcio entre processo preventivo e processo curativo é fazer questão de não enxergar um palmo diante do nariz. Imagine-se o médico que age de maneira imediatista em face de um episódio de asma: auscultará o tórax do paciente, escrevinhará a prescrição para um broncodilatador qualquer – e tchau, até a próxima! Examine-se, por outro lado, o procedimento de um seu colega, bem mais imaginativo: além do exame e da receita, fará questão de completar a consulta com um papo mais longo, esmiuçando uma série de detalhes acerca de uma afecção crônica como esta, que certamente não ficará só num episódio isolado. Para que seja interrompida a progressão da asma, é preciso que se conheça seus fatores desencadeantes²⁰⁴.

Escrito em 1984, o livro de Kloetzel relata a importância do atendimento que não só cura o mal como também procura evitá-lo no futuro. Essa diretriz de atendimento era relativamente nova para a época uma vez que a medicina preventiva havia ganhado força apenas algumas décadas antes. Conforme Kloetzel, o bom médico existe e conseguirá fazer com que sua profissão atinja o ponto mais alto através de “uma Medicina que tem tanto de curativa como de preventiva”²⁰⁵, sugerindo, em seguida, que a denominemos “muito simplesmente de Medicina Integral”²⁰⁶.

²⁰⁴ KLOETZEL, K. *O que é Medicina Preventiva*. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 39.

²⁰⁵ KLOETZEL, 1984, p. 85.

²⁰⁶ KLOETZEL, 1984, p. 85.

De fato, conforme a revisão conceitual levada a cabo por Guilherme Arantes Mello e Ana Luiza d'Ávila Viana, embora não seja possível precisar os motivos que levaram à terminologia 'integralização' e 'integralidade', "certamente a integração entre ações preventivas e curativas estiveram sempre no cerne desses conceitos"²⁰⁷, no sentido da não-separação entre elas.

Além disso, os autores lembram que as Ações Integrais em Saúde (AIS), denominação de um programa de saúde inovador na década de 1980, confirmam a tese uma vez que o programa sabidamente teve por objetivo romper com a concepção dominante de dicotomia entre os serviços e ações preventivas e curativas, influenciando inclusive o movimento sanitário durante a assembléia constituinte.

Portanto, pelo próprio sentido técnico dado pela ciência médica aos termos conclui-se que o disposto no art. 198, II, primeira parte, faz referência à necessidade da medicina atuar constantemente em duas frentes: cura e prevenção. Em reforço à tese, não se pode esquecer dos debates travados na famigerada 8ª Conferência Nacional de Saúde, responsável direta pela redação do capítulo dedicado à saúde na Constituição Federal. Na ocasião, conforme já vimos, discutiu-se a superação da dicotomia 'prevenção-cura' através da idéia de integralização das ações e serviços de saúde.

O relatório final da 8ª CNS é claro ao prever que o 'atendimento integral' deve ser compreendido como a síntese entre a medicina preventiva e a medicina curativa. Daí porque entre as conclusões do encontro encontramos expressamente a recomendação para que o sistema de saúde da nova ordem constitucional fosse regido, entre outros princípios, pela "integralização das ações, superando a dicotomia preventivo-curativo"²⁰⁸.

Resta assim evidente que o sentido histórico e técnico do 'atendimento integral' previsto no art. 198, II da Constituição relaciona-se à conciliação entre a assistência individual curativa e as medidas (individuais ou coletivas) de prevenção das doenças, não havendo qualquer indicação de que a integralidade deve ser compreendida como a obrigação do Estado em fornecer para o cidadão qualquer serviço ou qualquer produto em qualquer circunstância.

²⁰⁷ MELLO, G. A.; VIANA, A. L. d'A. *Uma história de conceitos na saúde pública: integralidade, coordenação, descentralização, regionalização e universalidade*. Revista História, Ciências, Saúde, volume 19, n.º 04, Fundação Manguinhos, Rio de Janeiro, Outubro-Dezembro de 2012, p. 1225.

²⁰⁸ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

De outra banda, a própria Lei n.º 8.080/90 – que regulamenta parcialmente o Sistema Único de Saúde – confirma que os termos ‘integral’ e ‘integralidade’ possuem um sentido próprio na literatura médica, o qual, diga-se de passagem, foi o mesmo utilizado nos debates da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Com efeito, seu art. 7º, II prevê que:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

II – integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Em suma, a idéia de ‘integralidade’ nas ações e serviços na área da saúde pública dizem respeito à tendência contemporânea da medicina em proporcionar tratamentos que sejam ao mesmo tempo curativos e preventivos, colocando à disposição dos profissionais e dos pacientes os meios necessários para a realização deste fim. Não significa, portanto, que os usuários do SUS têm direito a todos os bens, tecnologias e serviços existentes.

3.2.3.2. Prioridade à prevenção

A Organização Mundial da Saúde define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças”, conforme consta no Preâmbulo da Constituição da entidade, aprovada em Nova Iorque no dia 22 de Julho de 1946²⁰⁹. Embora idealista, o conceito proposto pela OMS possui como elemento importante a idéia de que a saúde não significa apenas ausência de doença, já que também fatores sociais e econômicos da população podem contribuir (ou não) à preservação da qualidade de vida.

A partir de então o conceito ganhou adesão global na área médica e despontou com tamanha força no Brasil que a partir dos anos 1950 surgiram os primeiros departamentos de Medicina Preventiva nas escolas de medicina, inspirando assim muitos profissionais

²⁰⁹ Disponível no sítio www.onu.org.br.

atuantes na Saúde Pública, entre eles os sanitaristas participantes da 8ª Conferência Nacional de Saúde, responsáveis diretos pela redação do capítulo dedicado à saúde na Constituição.

Não por acaso, o relatório final da 8ª CNS define a saúde na mesa linha da OMS quando afirma que ela “é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade”²¹⁰. Os sanitaristas brasileiros estavam convencidos de que a saúde não se faz apenas com hospitais e médicos. Daí o alerta no mesmo relatório de que o direito à saúde “não se materializa simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde conseqüente e integrada às demais políticas econômicas e sociais”²¹¹.

Mas o que vem a ser Medicina Preventiva? Para Kurt Kloetzel, é a estratégia mais racional em termos de qualidade de saúde e utilização de orçamento, embora não possa ser a única forma de ação do serviço de saúde. Ela é o bom senso em matéria de saúde na medida em que se o dente cariado de hoje é o dente perdido de amanhã e, se existe a possibilidade de evitar a cárie e o dente cariado hoje, não há nada mais lógico, menos oneroso e mais saudável para o indivíduo do que a adoção de medidas que afastem a cárie²¹². Por conseguinte, somos obrigados a concluir que a ingestão de alimentos com menos açúcar, a mistura de flúor na água, a higienização bucal diária e a visita periódica ao dentista são medidas mais racionais e menos onerosas do que o atendimento curativo de extração do dente podre, até porque, na perspectiva do paciente, ele terá evitado o surgimento do mal.

Assim, o foco da Medicina Preventiva é muito mais o combate às causas das doenças do que os seus efeitos. Sua diretriz fundamental é agir por antecipação à doença. A ênfase não é dada à doença mas à saúde. Essas idéias nortearam a 8ª CNS, e por conseqüência, dada a participação de sanitaristas na assembléia constituinte, tornaram-se normas constitucionais, a exemplo do que ficou expresso na primeira parte do art. 196 da Constituição (“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...”).

Portanto, é neste contexto técnico de proeminência da Medicina Preventiva que se deve compreender o significado do disposto no art. 198, II, segunda parte, da Constituição. É evidente que a assistência curativa não pode ser prejudicada, seja ela na perspectiva individual ou coletiva (e isso está ressalvado no dispositivo constitucional), mas a prioridade

²¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

²¹¹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

²¹² KLOETZEL, 1984, p. 85.

na aplicação dos recursos, por razões científicas e econômicas, deve ser a prevenção, sobretudo quando as medidas alcançam interesses difusos ou coletivos.

Neste sentido, à luz de todas as atribuições do SUS previstas no art. 200 da Carta, encontramos não apenas o atendimento clínico, hospitalar ou o fornecimento de medicamentos (serviços que, comumente e equivocadamente, são atribuídos à área da saúde com ar de exclusividade ou com tons de prioridade), mas também ações e medidas de extrema importância que beneficiam toda a população como, por exemplo, o controle epidemiológico e o saneamento básico, ambos atribuições do SUS conforme o art. 200, II e IV, CF:

Art. 200 (...)

II – executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;

(...)

IV – participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;

Os incisos II e IV fazem referência a interesses manifestamente difusos na área da saúde porque beneficiam toda a população. São medidas que evitam em grandes proporções os males que afetam a saúde do povo. Consequentemente, por esse viés de atuação, tem-se efeitos ótimos (que evitam a doença), com custo mais baixo, e com resultados de efeito coletivo ou difuso. Portanto, foi pensando nesse viés que o constituinte adotou a diretriz de prioridade à prevenção, algo que fica mais evidente com o controle epidemiológico, o saneamento básico e a fiscalização dos alimentos e bebidas.

O Brasil, infelizmente, ainda não possui um controle completo sobre todas as epidemias registradas na literatura médica²¹³. Ora, a Epidemiologia tem importância fundamental na prevenção das doenças. Segundo Kloetzel, um dos pioneiros desta ciência foi John Snow, na Inglaterra, e o trabalho de pesquisa executado por ele revela bem o papel da Epidemiologia e o benefício coletivo que ela proporciona. Conforme relata o autor, quando o inglês em 1854

endereçou-se ao problema da cólera que então grassava em Londres, faltavam 30 anos para a descoberta do vibrião, bacilo responsável, o que não impediu Snow de fazer as suas perguntas. Delas, a mais decisiva dizia respeito à distribuição geográfica dos doentes. Por que eram tão mais frequentes na área conhecida por Broad Street? Muito simples, concluiu o epidemiologista após o

²¹³ Não é objetivo deste trabalho o levantamento de dados sobre a situação das epidemias no Brasil, mas vale a pena mencionar, a título de exemplo, as estatísticas da dengue. Segundo dados do Ministério da Saúde, disponível no site www.datasus.gov.br, o número de notificações da doença tem sido alarmante: 2009 (408.176), 2010 (975.665), 2011 (682.249) e 2012 (576.758).

seu inquérito: em Broad Street existia uma fonte de água, e dela abastecia-se a população da vizinhança. Como se pode imaginar, não faltou muito para que a prevenção da cólera passasse para o terreno do possível²¹⁴.

Além das ações do SUS na vigilância sanitária e no controle epidemiológico, outro pressuposto fundamental para a preservação da saúde é o saneamento básico. Muitos trabalhos acadêmicos já conseguiram estabelecer uma relação entre as doenças, de um lado, e a baixa renda da população aliada à falta de saneamento básico, de outro²¹⁵, confirmando a tese de Kurt Kloetzel, segundo a qual a promoção da saúde “não é monopólio da classe médica (...) muitas vezes a saúde nada deve aos médicos, mas está ligada ao próprio processo de desenvolvimento econômico de uma nação”²¹⁶, como se a medicina fosse “apenas a parte visível do ‘iceberg’ da saúde”²¹⁷.

De fato, não é possível evitar a doença sem uma estrutura sanitária adequada. Conforme relatamos no primeiro capítulo, era inevitável que os escravos no Rio de Janeiro levassem doenças para dentro da Casa Grande quando sua rotina, pela falta de esgotos no século XIX, incluía o carregamento diário das fezes dos senhores para despejo no mar. Curiosamente, em plena década de 1970, o Ministro da Saúde Almeida Machado ainda enfrentaria o problema de saneamento, chegando a afirmar que “bem poderíamos, em vez de gastar dinheiro com exames de fezes, gastar dinheiro com saneamento. Cinquenta mil exames de fezes custam 100 mil cruzeiros, e com este dinheiro, podem ser construídas 200 fossas”²¹⁸.

Esse foi o quadro encontrado pelo constituinte de 1988. Além dessas incursões pela área da epidemiologia (inciso II) e de saneamento (inciso IV), é por demais óbvio que não se pode abrir mão da inspeção de alimentos e bebidas (inciso VI), bem como da fiscalização da produção e do comércio de medicamentos (inciso I). São situações de evidente interesse da população em geral.

Portanto, é neste contexto técnico devidamente fundado na ciência médica que se deve compreender o disposto na parte final do art. 198, II (“atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais”). O atendimento assistencial curativo, dentro dos protocolos do SUS, obviamente não deve ser

²¹⁴ KLOETZEL, 1984, p. 21-22.

²¹⁵ É o que demonstram os estudos de Fausto Copertino (*População e saúde pública no Brasil: povo pobre é povo doente*), na década de 1970, e pesquisas feita pelo Conselho Federal de Medicina em 2011, para as quais remetemos o leitor para fins de indicação estatística. Nosso propósito aqui não é comprovar a relação entre doença e pobreza – isso já está pressuposto – mas apenas compreender o porquê da priorização das ações preventivas como diretriz do Sistema Único de Saúde.

²¹⁶ KLOETZEL, 1984, p. 30.

²¹⁷ KLOETZEL, 1984, p. 30.

²¹⁸ MACHADO, A. *Apud* CUPERTINO, F. *População e saúde pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976, p. 99.

sacrificado por conta da diretriz de prevenção. Daí a ressalva do constituinte no final do dispositivo. Mas é evidente, sobretudo pela dimensão difusa das atribuições previstas no art. 200, que havendo escassez de recursos as prioridades devem recair para as atividades de prevenção.

3.2.3.3. Gestão democrática

O regime democrático não é exercido apenas pelo viés da representação, mas também pela participação direta do cidadão na gestão dos bens, serviços e interesses da população. Essa tendência mundial nos Estados Democráticos não foi ignorada pela Constituição de 1988, cujo art. 1º, parágrafo único, dispõe que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

No caso da administração pública da saúde, essa tendência participativa existe pelo menos desde a criação da Sociedade de Medicina e Cirurgia no Rio de Janeiro, em 1829, que já procurava aliar a ciência médica à política. Décadas depois, já no período republicano, continuou viva com a criação da Conferência Nacional de Saúde pela Lei n.º 378/37, que institucionalizou um importante foro de discussão canalizador das demandas sociais na área e das propostas técnicas de melhoria.

Ciente desse papel da sociedade e da comunidade científica, a 8ª Conferência Nacional de Saúde registrou propostas democratizantes no relatório que serviria de apoio à assembléia constituinte de 1987-1988. Entre as conclusões do encontro, os gestores de saúde pública ali presentes afirmaram que para garantir o direito à saúde a todos os brasileiros seria imprescindível “estimular a participação da população organizada nos núcleos decisórios, nos vários níveis, assegurando o controle social sobre as ações do Estado”²¹⁹.

Ao lado do alerta feito acima, o relatório final recomendou também a formação de “Conselhos de Saúde em níveis local, municipal, regional e estadual, compostos de representantes eleitos pela comunidade (usuários e prestadores de serviço), que permitam a participação plena da sociedade”²²⁰. É notório que a participação da sociedade tornou-se

²¹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

²²⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

elemento importante não só na área da Saúde como também na gestão de toda a Seguridade Social, conforme previsto no art. 194, parágrafo único, VII:

Art. 194(...)

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

(...)

VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

No caso da saúde, o constituinte enfatizou a participação da comunidade na organização do sistema, nas três esferas da Federação, ao prever a criação de órgãos democráticos específicos no art. 198, III (“As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...) III - participação da comunidade”).

A regulamentação do dispositivo foi feita pela Lei n.º 8.142/90, cujo art. 1º, §2º atribui aos Conselhos de Saúde (municipais, estaduais e nacional) a formulação de estratégias e o controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões devem ser homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. Mas, afinal, a participação desses órgãos é efetiva? Os planos do SUS possuem alicerce solidamente democrático? O ideal do constituinte tem se concretizado?

Segundo pesquisa feita por Marcelo Rasga Moreira e Sarah Escorel, os Conselhos de Saúde, atualmente “criados nos 5.564 municípios brasileiros, representam a mais ampla iniciativa de descentralização político-administrativa implementada no país”²²¹, porque embora eventualmente tenham de enfrentar divergências com a Chefia do Executivo para exercerem com liberdade seu papel, contam hoje, em todo o país

com 72.184 conselheiros titulares, dos quais 36.638 representam os usuários do SUS. Em termos nacionais, 66% das 27.669 entidades que representam os usuários do SUS são associações de moradores (25%), grupos religiosos (21%) e entidades de trabalhadores (20%). Em seguida, surgem entidades representativas de aspectos referentes a gênero, etnia e faixa etária (4%), ao patronato (4%), ao poder público (3%) e a usuários de serviços não especificados (2%).²²²

²²¹ ESCOREL, S.; MOREIRA, M. R. *Conselhos Municipais de Saúde no Brasil: um debate sobre a democratização da política de saúde nos vinte anos do SUS*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Volume 14. Rio de Janeiro, Maio/Junho de 2009, p. 34.

²²² ESCOREL; MOREIRA, 2009, p. 34..

Os números acima sugerem o pleno exercício da cidadania na área da saúde, posto que tal representatividade supera inclusive o número de vereadores no país. Mas além desse dado curioso, a pesquisa sugere também que os Conselhos Municipais de Saúde têm sido muito ativos, haja que em 82% deles as reuniões dos conselheiros são mensais e em 70% deles todo e qualquer cidadão tem direito a voz nas reuniões. Quanto à liberdade do órgão frente aos gestores ligados à Chefia do Executivo local, é interessante observar também que em 70% dos conselhos a presidência não é exercida por conselheiro vinculado à administração municipal²²³.

Desta forma, assim como o próprio programa de saúde na Constituição de 1988 foi expressão da cidadania, posto que surgido democraticamente dos movimentos sociais organizados (sobretudo o movimento sanitário), os Conselhos Municipais de Saúde de certa forma perenizam o ideal de construção democrática do SUS. Como se não bastasse o sistema político representativo amparar as escolhas feitas pelas autoridades públicas eleitas pela população, a democracia participativa também mostra a sua face através desses órgãos.

Conforme a lição de Boaventura Santos, “a democratização passa necessariamente pela articulação mais profunda entre democracia representativa e democracia participativa”²²⁴. No caso da gestão do SUS essa democratização é uma realidade. Portanto, as decisões tomadas pelas instâncias de governo ligadas à administração da saúde merecem ao menos uma presunção de legitimidade, sob pena de negação da democracia representativa e participativa.

3.2.3.4. Atendimento igualitário

A maioria da população brasileira ficou sem acesso aos serviços de saúde durante a maior parte da história do país. Essa omissão do Estado foi resolvida pela Constituição Federal com a universalização da cobertura e do atendimento. Além disso, em reforço à idéia de universalidade, o constituinte estabeleceu no art. 196 que o acesso aos serviços públicos de saúde deve ser igualitário:

²²³ ESCOREL; MOREIRA, 2009, p. 36-37.

²²⁴ Boaventura Souza Santos *apud* ESCOREL; MOREIRA, 2009, p. 35.

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.

Mas qual seria o sentido da igualdade no âmbito do SUS? A definição do direito à saúde na assembléia constituinte foi tema de discussão na 8ª Conferência Nacional de Saúde, quando se chegou à seguinte formulação: “o direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições mínimas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde”²²⁵. Como se vê, a fórmula encontrada pelo movimento sanitário durante a 8ª CNS pouco difere da redação do art. 196 da Carta.

A idéia de igualdade que permeou a constituinte inspirou a extensão do direito à saúde para toda a população, porém, dentro das possibilidades do sistema. O acesso igualitário significa, pois, que todos os usuários devem ter acesso aos mesmos bens, serviços e benefícios, sem distinções ou privilégios. Pensar de modo diferente implicaria negar os princípios setoriais da justiça social e da seletividade, ambos calcados na diretriz da distribuição ao maior número possível de beneficiados.

Ademais, coerente à proposta de evitar tratamentos desiguais no SUS, o relatório final da 8ª CNS deixou clara sua recomendação para que o sistema de saúde a ser inscrito na nova Constituição observasse, entre outros princípios, o “atendimento de qualidade compatível com o estágio do desenvolvimento do conhecimento e com recursos disponíveis”²²⁶, podendo-se concluir que todos os cidadãos têm direito a atendimento igualitário dentro dos planos traçados pelos gestores do SUS.

Como os programas e metas estabelecidas pelos diferentes órgãos e entidades que compõem o Sistema Único de Saúde devem procurar, dentro dos recursos disponíveis, conciliar o melhor atendimento técnico possível e o alcance do maior número de pessoas que habitam o país, o princípio do ‘acesso igualitário’ repele o atendimento sem a previsão de recursos ou mediante a transferência de recursos previamente direcionados a outros planos traçados pelos gestores para o atendimento coletivo, a fim de evitar privilégios infundados.

Ora, no âmbito da assistência curativa, os protocolos clínicos são padronizados pelos gestores para o atendimento de toda a população, procurando-se sempre aplicar os recursos dentro da melhor relação custo-benefício. As escolhas feitas pelos gestores de saúde

²²⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

²²⁶ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

naturalmente implicam fatores de discriminação para a melhor aplicação possível dos recursos disponíveis no sistema. Todavia, a escolha de fatores discriminatórios pelos atos normativos em geral não representa, por si só, quebra do princípio da igualdade.

Segundo Bandeira de Mello, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico, pois as discriminações podem (e às vezes devem) ser feitas quando o fim em função do qual foram concebidas atende a interesses prestigiados pela Constituição²²⁷. Na linha do mencionado autor, o princípio da igualdade é agredido quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com os fins perseguidos pela mesma regra ou ainda quando esses fins não encontram assento constitucional. Não basta estabelecer-se “racionalmente um nexó entre a diferença e o conseqüente tratamento diferenciado (...) requer-se, demais disso, que o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente”²²⁸.

Assim, se partimos da premissa de que em função da escassez de recursos os gestores tiveram que fazer escolhas técnicas e de forma democrática, o acesso igualitário deve ter como parâmetro as escolhas já feitas. Somente assim é possível impedir tratamentos privilegiados para uns em detrimento de outros. É justamente esse privilégio injustificado que o princípio previsto no art. 196 procura inibir.

Portanto, o princípio da igualdade encontra seu significado jurídico dentro dos programas do SUS e não fora deles. É princípio que repele tratamentos desiguais a usuários em situações idênticas, determinado que os mesmos serviços ou bens oferecidos à população de uma região sejam disponibilizados também a outra. Em suma, a igualdade é de acesso ao que está disponível. Neste sentido é a regulamentação do SUS, conforme se observa no art. 7º, IV da Lei n.º 8.080/90:

Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

²²⁷ MELLO, C. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.

²²⁸ MELLO, 2002, p. 38.

É no contexto técnico e estrutural do SUS que se deve compreender o sentido de acesso igualitário. Se os gestores fazem suas escolhas pautando-se pelos critérios técnicos estabelecidos pela Constituição (universalidade, integralidade e prioridade à prevenção), com o respaldo da comunidade através dos Conselhos de Saúde, e se tal escolha é legitimada pela própria Carta Federal, então a igualdade deve ser vista no interior das escolhas feitas pelo sistema. O princípio não significa que todos têm acesso ao serviço, em qualquer circunstância, para cobertura de qualquer risco. A igualdade se dá dentro do sistema.

* * *

4. A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO SUS: LIMITES E POSSIBILIDADES

A Constituição de 1988 não apenas ampliou a extensão do direito à saúde. Ela também facilitou o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. Além de ter positivado com *status* de direitos fundamentais as principais garantias do processo (devido processo legal, ampla defesa, defensoria pública etc), o constituinte ressaltou no art. 5º, XXXV que nenhuma lei afastaria da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Não tardou muito para que surgissem controvérsias judiciais envolvendo usuários do SUS e o Poder Público.

Passados 25 anos de promulgação da Carta, as demandas envolvendo a saúde pública têm se tornado cada vez mais freqüentes e não visam apenas obrigar o Estado a cumprir os deveres já estabelecidos nos regulamentos do SUS. Muitas têm exigido do Poder Judiciário a revisão das próprias políticas públicas de saúde.

O Poder Judiciário, por sua vez, revendo sua missão institucional foi aos poucos encontrando razões para intervir nas políticas públicas. Essa nova postura de controlar as políticas públicas previamente estabelecidas pelas demais esferas de governo passou a ser denominada pela doutrina de judicialização²²⁹, fenômeno sem dúvida compatível com o espírito de cidadania que a Constituição de 1988 quis consolidar para a sociedade brasileira.

Mas a abertura feita pela Carta pode apresentar riscos à democracia. No caso do SUS, muitas decisões judiciais tem se baseado no apelo emocional e na compreensão equivocada de alguns princípios que regem a matéria, desvirtuando completamente o programa elaborado pela Constituição e deixando um ar de dúvida a respeito dos limites para a judicialização. Em que condições o Poder Judiciário pode intervir de forma legítima nas políticas de saúde?

²²⁹ BORGES, D. da C. L.; UGÁ, M. A. D. *As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. Revista de Direito Sanitário, Volume 10, n.º 01, Março-Julho de 2009, p. 17.

4.1. Poder Judiciário, democracia e políticas públicas

*Democracia que me engana
na gana que tenho dela
cigana ela se revela, aiê;
democracia que anda nua
atua quando me ouso
amua quando repouso
É o demo, o demo, a demo
é a democracia (...)*

(*Democracia*. Tom Zé, 1998²³⁰)

O filósofo Jacques Chevalier salienta que um dos principais aspectos de revisão da teoria política na atualidade é “a depreciação da democracia representativa, em razão de uma desmistificação da representação, causa e consequência do descrédito dos representantes”²³¹. Em outras palavras, o pensador francês sugere que a democracia pode enganar uma sociedade em função dos vícios do sistema representativo. A vontade do povo está presente nas decisões governamentais por uma presunção teórica do sistema. Mas a presunção é frágil porque pode ser falsa.

Enquanto isso o ideário construído ao longo do século XX de fundamentalização dos direitos sociais trouxe desafios enormes para o Estado. Há uma grande quantidade de direitos que ainda não saíram do papel e outros que foram implantados apenas parcialmente, como é o caso dos benefícios e serviços na área da saúde pública. Como se não bastasse a inércia do Poder Público, as expectativas da população são reforçadas por boa parte da doutrina constitucional na medida em que esta apresenta certo consenso quanto ao compromisso de tornar efetivas as normas constitucionais.

Todavia, a efetivação de todos os direitos sociais parece muitas vezes estar em rota de colisão com as mazelas do sistema representativo. A expansão desses direitos exige mudanças na legislação, mas a atividade legiferante exercida pelos Poderes Legislativo e Executivo nem sempre atende a vontade geral. Das duas uma: ou a população não consegue transmitir seus anseios aos representantes eleitos ou esses não se mostram capazes de absorver

²³⁰ A música integra o disco ‘No Jardim da Política’, editado apenas em 1998, mas foi executada pela primeira vez em show realizado no Teatro Lira Paulista, em São Paulo, em 1985.

²³¹ CHEVALIER, J. *apud* FERREIRA FILHO, M. G. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. Revista de Direito Administrativo. Vol. 250. Janeiro-Abril de 2009. Rio de Janeiro: FGV, 2009. P. 154.

as expectativas daquela. Neste sentido, como lembra Tom Zé, a democracia é como uma cigana. É nômade. Pode estar aqui e não lá, pode estar lá e não aqui.

Esse impasse entre a vontade geral supostamente transmitida aos representantes e a paradoxal inércia do Legislativo e do Executivo levou o Poder Judiciário, no Brasil, a tomar a frente do problema e adotar uma postura voltada à concretização de direitos previstos na Constituição e não regulamentados total ou parcialmente. Conforme Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a desmistificação da vontade geral “abalou a primazia da lei e abriu caminho, em contrapartida, ao juiz, especialmente o constitucional, para tornar-se ‘ator’, a parte inteira, do jogo político”²³².

Assim, de guardião das liberdades individuais chamadas classicamente de direitos negativos, o Judiciário passou a exercer a tarefa bem mais complexa de garantir a efetivação dos direitos sociais. Por conseguinte, no caso da saúde pública, os juízes passaram a intervir direta ou indiretamente nas políticas públicas. Mas o Poder Judiciário estaria autorizado e preparado para intervir sempre nas políticas públicas do SUS?

Para tentar responder de forma adequada a pergunta é necessário primeiramente compreender o significado de ‘política pública’, até porque a expressão tem aparecido nos julgados do país com variações de sentido. Sem uma convenção prévia do conceito qualquer conclusão torna-se prejudicada. O que significa ‘política pública’? Segundo Maria Paula Dallari Bucci,

é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados²³³.

Como se vê, o conceito é complexo e envolve diferentes aspectos que dificultam a sua análise do ponto de vista estritamente jurídico. Por um lado, a política pública compreende a idéia de programa, de um conjunto de medidas em curso, de um processo em fase de implementação. Esse viés temporal indica que os resultados nem sempre são imediatos tal como se pretende muitas vezes nas demandas judiciais.

Por outro lado, a política pública traz em seu conceito a idéia de realização de resultados através da estipulação dos meios que permitirão chegar a tais resultados. Portanto,

²³² FERREIRA FILHO, 2009, p. 154.

²³³ BUCCI, M. P. D. *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

as metas dependem obviamente dos meios disponíveis ao governo. Esse aspecto reforça a idéia de que os resultados naturalmente não ocorrem de forma imediata porque não dependem apenas do que está previsto genericamente na Constituição. Por mais nobre que sejam os desígnios e valores da Carta, o gestor público trabalha colocando em prática os métodos disponíveis.

No caso específico da saúde pública, a escolha dos métodos de ação do Poder Público é baseada em dados técnicos e estatísticos que influenciam o gestor e o auxiliam a fazer a melhor opção possível conforme a disponibilidade financeira do Estado. Neste sentido, não se pode olvidar que a escassez de recursos é uma realidade. Apesar dos esforços para a solução do problema de financiamento do SUS – a exemplo das Emendas Constitucionais 21/99, 29/00, 37/02 e 42/03 – o gestor ainda hoje precisa fazer escolhas e estabelecer prioridades visando o bem de toda a população.

Como se vê, sintetizar em um só conceito a realidade multiforme das políticas públicas não é tarefa simples. Trata-se de objeto de estudo que não reúne apenas dispositivos constitucionais ou legais, mas também “elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação”²³⁴.

Além disso, no jogo político democrático as escolhas são pautadas pelo pensamento majoritário. Por isso, ao lado dos dados econômicos, estatísticos e técnicos fornecidos pelas ciências vinculadas à área da saúde, a ideologia é outro elemento que concorre – por vezes de forma determinante – no uso da discricionariedade administrativa, até onde esta seja possível. Assim, as escolhas pautadas por convicções ideológicas, desde que amparadas na vontade da maioria e não ofendam a Constituição, são legítimas.

A complexidade do estudo das políticas públicas é decorrência natural do seu caráter multidisciplinar. Daí porque a própria especialista Maria Paula Dallari Bucci, revendo seu entendimento, pondera em estudo posterior que muito mais importante do que conceituar as políticas públicas é estabelecer uma metodologia de análise deste objeto complexo pelo Direito. E assim, chega à conclusão de que algumas premissas são necessárias para qualquer reflexão sobre as políticas públicas pelos juristas.

De todas as indicações atentas da autora quanto a tais premissas quatro se destacam. Em primeiro lugar, ela afirma que o pesquisador na área do Direito deve considerar as políticas públicas como arranjos institucionais complexos, resultantes de processos de

²³⁴ BUCCI, 2006, p. 46.

variados tipos e envolvendo diferentes instâncias do Estado, tal como evidencia o próprio conceito proposto inicialmente por ela.

Em seguida, recomenda que o jurista não deve reduzir as políticas públicas às disposições jurídicas com as quais elas se relacionam. É comum o equívoco de se tomar como sinônimos os *direitos sociais*, na sua formatação constitucional, e as *políticas públicas* destinadas a implementá-los²³⁵. Muitos direitos sociais estão inscritos na Constituição como objetivos a serem alcançados e ali estão positivados em normas genéricas de conteúdo aberto. As políticas públicas, por sua vez, envolvem os meios para alcançar aqueles objetivos e se aperfeiçoam de forma mais adequada em regulamentos expedidos de acordo com as características regionais e as necessidades mais prementes da população. Portanto, não se pode tomar ambas as realidades como expressões sinônimas.

Em terceiro lugar, qualquer reflexão jurídica a respeito das políticas públicas não pode esquecer que elas não se reduzem apenas às políticas sociais. Há também uma política fiscal, uma política internacional, uma política econômica etc. Por mais que a proteção social seja inegavelmente umas das mais importantes tarefas do Estado, tal missão não pode ser cumprida em dissonância com as demais políticas. Para cumprir seus objetivos na área social o Estado deve ter condições materiais de fazer isso. Esse é um dado que não pode ser desprezado.

Em quarto lugar, o jurista não pode cair no erro de criar um suposto ‘direito das políticas públicas’, quando se sabe que o campo é repleto de pontos de contato com outras ciências tais como a economia, a política, a administração, a sociologia, além de campos específicos dependendo da área de ação governamental²³⁶. Neste sentido, a visão do especialista em Direito deve dialogar com lições das outras áreas; do contrário, não se terá uma política pública no sentido mais verdadeiro do termo.

Especificamente no caso do Sistema Único de Saúde, as premissas de análise vistas acima proporcionam grandes dificuldades para os juristas porque conduzem a uma reflexão mais profunda quanto à intervenção judicial. As opções dos gestores, baseadas em dados técnicos, estatísticos e nas condições financeiras do sistema, poderiam ser afastadas pelos juízes? As decisões judiciais poderiam alterar o orçamento da saúde? Os programas inspirados no atendimento difuso e coletivo poderiam sofrer interferência para o atendimento

²³⁵ BUCCI, M. P. D. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 09, n.º 104, outubro de 2009, p. 51. Disponível em www.editoraforum.com.br. Acesso em 04/04/2013.

²³⁶ BUCCI, 2009, p. 51.

de uma enorme quantidade de demandas individuais? O Poder Judiciário estaria realmente legitimado a fazer tudo isso?

Pela dicção do art. 1º, parágrafo único da Constituição, o poder emana do povo que o exerce indiretamente através de seus representantes ou diretamente pelas formas previstas no próprio texto constitucional (plebiscito, referendo e iniciativa popular). Nesta perspectiva, segundo a lição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a regra prevista no art. 5º, XXXV da Constituição, que garante amplo acesso do cidadão ao Poder Judiciário, não pode ser tida como absoluta porque não englobaria as hipóteses em que os Poderes Legislativo e Executivo praticam atos discricionários, isto é, aqueles nos quais é deixada uma latitude de apreciação quanto ao mérito: conveniência e oportunidade²³⁷.

Por outro lado, a própria abertura da Constituição para a democracia direta seria uma evidência de que o constituinte não esgotou a cidadania apenas na democracia representativa e por isso procurou ampliar o conceito de representação. Segundo Luis Roberto Barroso, essa ampliação é mais evidente quando se constata que o conceito clássico mostra-se incapaz de justificar o exercício do poder pelos órgãos jurisdicionais. Os magistrados não são eleitos, mas nem por isso “deixam de exercer um poder representativo, embora esmaecido o controle que os representados possam sobre ele desempenhar”²³⁸.

No âmbito judicial não há espaço para o exercício direto do poder pelo povo. Há tão somente a possibilidade de exercício dos direitos de petição e de ação, ambos assegurados respectivamente nos incisos XXXIV, “a” e XXXV do art. 5º da Constituição. Mas a falta de previsão do poder judicial no art. 1º, parágrafo único da Carta não permite concluir que a magistratura não exerça um poder representativo, o que em tese legitimaria a intervenção judicial nas políticas públicas. De acordo com Barroso,

embora sua escolha não se dê pela via eletiva – e parece bem que seja assim – também os juízes exercem um poder representativo. Não compromete a legitimidade do regime democrático que uma parcela do poder público, pela natureza de sua destinação, seja atribuída a cidadãos escolhidos por critérios outros que não o sufrágio político²³⁹.

Outro não é o entendimento de José Antonio Remédio e Moacir Menozzi Junior, que ao defenderem a importância do Judiciário na revisão das políticas públicas na área da saúde, afirmam, com espede na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

²³⁷ FERREIRA FILHO, 2009, p. 149.

²³⁸ BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 130.

²³⁹ BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 133.

configurar um enorme contra-senso “pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais”²⁴⁰.

Segundo Maria Paula Dallari Bucci, é inquestionável a possibilidade de uma política pública ser submetida a controle jurisdicional porque a garantia constante do art. 5º, XXXV da Constituição é ampla e ampara tal pretensão. No seu entendimento, a proposição constitucional centra-se na proteção contra “lesão ou ameaça a direito”. Logo, na medida em que as políticas públicas venham expressar direitos que podem ser lesados ou ameaçados o Poder Judiciário estará autorizado a participar da sua tutela²⁴¹.

A respeito da margem de discricionariedade que naturalmente permeia a atuação do Poder Executivo, Rodolfo Mancuso também se mostra favorável à sindicabilidade judicial das políticas públicas quando não se respeita um mínimo existencial²⁴². No mesmo sentido, Hugo Nigro Mazzili aponta várias situações que ensejam a revisão judicial dos atos da Administração Pública, entre elas a prática de ato discricionário com vício de competência e legalidade; o ato atentatório à moralidade, o ato praticado com desvio de poder ou finalidade, ou ainda, com desvio de eficiência ou razoabilidade²⁴³.

As possibilidades de revisão da discricionariedade são bem amplas na visão de Hugo Mazzili e há quem já tenha defendido a intervenção judicial até mesmo na elaboração do orçamento, como é o caso de Lúcia Valle Figueiredo, para quem o fato dos Poderes Legislativo e Executivo terem a competência para tratar de matéria orçamentária não os desobriga a respeitar valores e prioridades estabelecidas pela Constituição Federal e pelas Constituições Estaduais, não sendo impossível que em controle judicial as demais esferas de poder sejam obrigadas a incluir determinada despesa no orçamento do ano seguinte²⁴⁴.

Como se pode ver, a doutrina oferece boas razões que amparam o fenômeno da judicialização. É evidente que os Poderes Legislativo e Executivo não possuem liberdade irrestrita na sua atuação. Além disso, a democracia representativa gera apenas uma presunção de que a vontade geral direciona o Poder Público. Por outro lado, o Poder Judiciário deve estar aberto ao exercício da cidadania. Não se pode ignorar, outrossim, que os juízes

²⁴⁰ REMÉDIO, J. A.; MENOZZI JUNIOR, M. *Proteção ao direito social da saúde por meio da implementação de políticas públicas e da tutela coletiva*. Revista Jurídica Direito & Paz. 2º sem. 2011. Ano XIII, n. 25, p. 30.

²⁴¹ BUCCI, 2006, p. 31

²⁴² MANCUSO, 2011, p. 47-48.

²⁴³ MAZZILI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138-139.

²⁴⁴ FIGUEIREDO, L. V. *apud* MANCUSO, 2011, p. 49.

efetivamente representam os cidadãos quando procuram apenas obrigar a Administração Pública a respeitar os princípios e valores presentes na Constituição Federal.

Portanto, pode-se concluir que as políticas públicas em geral são passíveis de controle judicial toda vez que interesses ou direitos já consagrados na Constituição forem ignorados pelas demais instâncias de poder. A intervenção judicial neste caso é medida de alta complexidade por envolver dados técnicos e a revisão de escolhas anteriormente feitas pela população. Mas essa circunstância, por si só, não exclui a ação do Poder Judiciário se a demanda estiver calcada nas prioridades e valores estabelecidos pela Constituição Federal.

Todavia, a possibilidade aberta ao Poder Judiciário deve ser considerada excepcional e acompanhada da devida cautela. Por trás de toda política pública existe a confiança depositada por toda a população – mormente a parcela majoritária – aos representantes eleitos. Por trás de toda política pública estão metas a serem obtidas. Algumas imediatas, outras não. Estão ali também os meios escolhidos segundo os métodos e soluções compatíveis com as disponibilidades financeiras.

Desta forma, o Poder Judiciário deve ser cuidadoso para identificar se a pretensão judicial é realmente benéfica para toda a coletividade. Não podem os Tribunais, a pretexto de darem vazão à cidadania, colocar em segundo plano dados técnicos, científicos, econômicos e a vontade presumida da população. Se é verdade, como diz Tom Zé, que a democracia atua quando a sociedade ousa e amua quando a sociedade repousa, não é menos certo que a judicialização arbitrariamente feita é muito mais *demo* do que *democracia*.

* * *

4.2. Crítica à jurisprudência: incerteza, insegurança e incoerência

*A morte vem de longe
Do fundo dos céus
Vem para os meus olhos
Virá para os teus
Desce das estrelas
Das brancas estrelas
As loucas estrelas
Trânsfugas de Deus
Chega impresentida
Nunca inesperada
Ela que é na vida
A grande esperada!
A desesperada
Do amor fratricida
Dos homens, ai! dos homens
Que matam a morte
Por medo da vida*

(Vinícius de Moraes. *A morte*, 1960)

A equação presente no final do poema de Vinícius de Moraes é inquietante e lida nas entrelinhas – “matar a morte (do outro) por medo da (própria) vida” – ganha um sentido mais nítido ao revelar o quanto os homens realmente praticam o amor fratricida. Nesta perspectiva, não se trata de uma metáfora mas sim de uma espécie de violência assintomática que passa à margem das reflexões cotidianas dos seres humanos. Um paradoxo perfeito para retratar as demandas envolvendo o SUS e a jurisprudência que elas têm produzido.

O controle judicial das políticas de saúde mostra-se necessário quando as escolhas dos gestores não guardam razoabilidade, economicidade e eficiência, ou ainda, quando recusam as prioridades estabelecidas pela Constituição Federal. Todavia, embora legitimados a agir, os Tribunais têm formado uma jurisprudência do direito à saúde bastante errática²⁴⁵. Basta uma breve pesquisa nos julgados para se chegar à essa conclusão.

Os desacertos não são apenas técnicos. São comuns decisões que sobrepõem a emoção à razão e ignoram o sentido mais autêntico das normas constitucionais sobre a matéria. Algumas manifestações dos Tribunais revelam total desapego à idéia de que o SUS envolve uma rede de benefícios, serviços e usuários que sofrem automaticamente as

²⁴⁵ DALLARI, S. G. *A construção do direito à saúde no Brasil*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 03, Nov. 2008 / Fev. 2009, p. 28.

conseqüências advindas de cada interferência judicial, mormente quando estas são infundadas, desnecessárias e voltadas para atendimentos individuais.

Deste modo, a jurisprudência sobre a saúde pública revela certa arbitrariedade que contraria os postulados de certeza e segurança que o Direito procura realizar. E com um detalhe importante bem lembrado por Sueli Dallari: a arbitrariedade da atuação judicial é mais perigosa do que a discricionariedade típica do administrador público, pois o juiz não está vinculado à lógica da disponibilidade dos meios, como está o Poder Executivo, tornando assim imprevisíveis as conseqüências de uma decisão judicial específica sobre o universo de direitos alheios aos limites da lide²⁴⁶.

4.2.1. A retórica na jurisprudência: o que é um direito público subjetivo?

Os Tribunais têm enfatizado que o direito à saúde é público subjetivo. O propósito dessa premissa nos raciocínios que encontramos em todos os julgados que a mencionam é chegar à conclusão de que os efeitos jurídicos das normas constitucionais que amparam a saúde são imediatos, isto é, que são normas de eficácia plena. A estratégia é aceitável do ponto de vista da lógica formal, mas dentro de uma análise mais crítica seria preciso responder de forma convincente a seguinte pergunta: o direito à saúde seria mesmo público subjetivo? Por quê? Quando?

Conforme vimos no segundo capítulo, o estudo dos direitos fundamentais envolve necessariamente uma investigação pormenorizada acerca da sua eficácia. Ao abordarmos esta temática ficou evidente que a doutrina não é uniforme quanto à eficácia plena e imediata dos direitos sociais. Ao contrário, ainda quando favoráveis a uma interpretação mais progressista da Constituição, os autores consultados não deixam de mencionar a grande dificuldade na efetivação dos direitos sociais e as infundáveis controvérsias que a doutrina ainda enfrenta a esse respeito.

Contudo, o mesmo cuidado no tratamento da matéria não é reproduzido na jurisprudência. Decisões importantes envolvendo o SUS têm-se mostrado confusas e até mesmo contraditórias em seus fundamentos. O perfil do Poder Judiciário ao se deparar com tais questões vem acarretando incompreensão conceitual e inviabilizando qualquer análise

²⁴⁶ DALLARI, 2009, p. 33.

mais científica do direito à saúde. Tomemos como exemplo a decisão do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286, relatado pelo Ministro Celso de Mello, DJ 24/11/2000, cuja ementa segue abaixo:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- *O direito público subjetivo à saúde* representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o *Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas* idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar (...)

- *O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política* - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

O caso envolveu o fornecimento gratuito de medicamentos para o tratamento de paciente portador do vírus HIV. Conforme se observa na ementa, a decisão refere-se ao direito à saúde como direito público subjetivo sem dar maiores detalhes e sem fazer aprofundamentos conceituais, mas logo em seguida menciona o art. 196 como norma de caráter programático e deixa o tratamento dogmático do direito à saúde bem confuso. Afinal, se existe um direito público subjetivo amparando a pretensão do paciente do SUS no presente caso, como pode o art. 196 ser uma norma constitucional de caráter programático?

Das duas uma. Ou o dispositivo é de eficácia limitada e então não se poderia falar em direito público subjetivo, ou, se o julgador entende que ela veicula um direito público subjetivo, o tratamento conceitual coerente deveria apontar para a presença ali de uma norma com eficácia plena. O dispositivo constitucional não é um camaleão. Não pode ter graus diferentes de eficácia dentro de um mesmo julgado.

Já na Suspensão de Tutela Antecipada 91, decidida pela então Presidente Ministra Ellen Gracie, DJ 05/03/2007, apesar de não haver a indicação expressa de o que o direito à saúde não é público subjetivo quando exercido fora do programa estabelecido pelo

SUS, o julgado acaba adotando tal entendimento nos seus efeitos. O caso relata pedido de fornecimento de remédios a doentes renais em hemodiálise e transplantados. Vejamos um trecho da decisão:

“Entendo que *a norma do art. 196 da Constituição da República*, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que *alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas*. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados "(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)" dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”.

Como esclarece a própria decisão, a proteção à saúde depende de políticas públicas a serem formuladas e implementadas pelo Poder Público. Assim, sem adentrar ao mérito quanto ao acerto ou não da Ministra Ellen Gracie, fica evidente na sua decisão o quão se mostra equivocado qualificar *a priori* o direito à saúde como “público subjetivo”.

Reconhecemos que a divergência entre diferentes Ministros do STF é fato corriqueiro. Mas o problema no cotejo entre ambas as decisões é que elas não aprofundam o debate acerca dos conceitos de *direito público subjetivo* e de *políticas públicas* para esclarecer melhor a comunidade jurídica. Ficam apenas na superficialidade. Consequentemente, para o gestor público e os operadores do Direito as dúvidas pairam no ar.

A nosso ver, parece bem razoável que a Constituição Federal não possa gerar direito público subjetivo por si só e ao mesmo tempo depender das políticas públicas do SUS. Isso equivaleria a igualar as normas de eficácia plena com as normas de eficácia limitada. As decisões tomaram rumos diferentes porque emanaram de diferentes julgadores, mas não houve uma contradição entre idéias claras para elucidar a matéria para a doutrina.

A omissão na abordagem teórica da jurisprudência quanto à (in)existência de direito subjetivo às prestações estatais vinculadas aos direitos sociais tem sido observada pela doutrina e suscitado maiores reflexões na matéria. Segundo José Reinaldo Lima Lopes, a origem do conceito de ‘direito subjetivo’ pode ser identificada na Idade Moderna. Nela a humanidade assistiu a ascensão da nova ordem burguesa e seu discurso de proeminência do jusnaturalismo para justificar a existência de direitos pré-estatais.

Aos poucos o conceito foi se sedimentando com apoio no direito de propriedade e na sua proteção pelo Estado. O pensamento jusnaturalista legitimava as exigências feitas pelos indivíduos em relação ao Estado, uma vez que a razão de existência

deste último era justamente a proteção de direitos a ele preexistentes. O conceito nasceu, portanto, no âmbito do Direito Privado²⁴⁷.

Já no século XX, sobretudo através de Hans Kelsen, o conceito de direito subjetivo ganhou formulação mais precisa: ele se torna mais do que o simples reflexo de um dever jurídico. Passa a pressupor a existência também de uma ação que o assegura e de uma sanção no caso de ser descumprido pela parte contrária da relação jurídica. Portanto, para Kelsen a essência do direito subjetivo reside no fato da ordem jurídica conferir a um indivíduo o poder de fazer valer, através de uma ação, o cumprimento de um dever por outra pessoa.

Em suma, direito subjetivo é o poder de pôr em movimento o processo que leva ao estabelecimento de uma sanção anteriormente prevista como reação à inércia de quem deveria cumprir o dever jurídico ao qual corresponde o direito de outrem²⁴⁸. Logo, se não há previsão específica de uma sanção aliada a um dever jurídico não cabe falar em direito subjetivo, ainda que haja à disposição do indivíduo o direito autônomo de ação.

Neste sentido, ao menos para fins de reflexão crítica, Lima Lopes afirma que não deve ser desprezada a diferença de tratamento jurídico positivada pelo constituinte em relação aos direitos sociais. Enquanto a Constituição de 1988 adotou explicitamente a formulação de direito subjetivo para garantia de acesso à educação no art. 208, §§ 1º e 2º, para outras formas de proteção social (previdência social, assistência social e cultura) remeteu a concretização à lei e, especificamente no caso do direito à saúde, determinou que sua proteção fosse garantida mediante políticas públicas.

Daí porque no contexto do Sistema Único de Saúde, segundo Patrícia Werner, a noção de direito público subjetivo está atrelada às prestações que foram definidas pelo gestor do sistema, uma vez que é ele quem fixa os padrões para estabelecer a distribuição do direito de forma universal e igualitária²⁴⁹. Portanto, o direito à saúde se torna público subjetivo em função das políticas públicas elaboradas. Mas o olhar da jurisprudência tem sido uma incógnita porque os Tribunais não avançam no trato conceitual da matéria.

Em estudo muito perspicaz de Onofre Marques, Marilene de Melo e Alessandra Santos, baseado em julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre litígios envolvendo o SUS no período de 2000 a 2007, percebeu-se que o manejo do art. 196 da Constituição é uma boa referência para encontrar decisões repletas de retórica. Como muitas

²⁴⁷ LOPES, J. R. L. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito* “in” FÁRIA, J. E. (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 123.

²⁴⁸ KELSEN, 2006, p. 153.

²⁴⁹ WERNER, P. U. P. *O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 02, Julho-Outubro de 2008, p. 97.

delas acolhem o pleito de usuários do SUS sob o argumento de que a saúde é direito público subjetivo, torna-se mais conveniente aos julgadores utilizar a idéia de que a “saúde é direito de todos e dever do Estado” (1ª parte do art. 196) do que admitir que as prestações estatais na área da saúde são asseguradas mediante políticas públicas (2ª parte do art. 196).

Não por acaso, o levantamento feito na pesquisa indicou que o art. 196 da Constituição foi utilizado como fundamento em 78,98% dos casos, mas não foi citado integralmente em 87%, limitando-se apenas a justificar de forma simplória que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” sem qualquer referência às políticas que devem amparar e concretizar a realização desse direito²⁵⁰. Segundo o mesmo estudo, apenas 0,52% das decisões procuraram fundamentar-se nas políticas públicas de saúde²⁵¹.

Ora, um dispositivo legal não pode ser interpretado isoladamente do restante do ordenamento. É da análise das regras em conjunto que se deduz o sentido de cada uma²⁵². Mas o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, como se não bastasse deixar de lado os demais princípios constitucionais que regem o direito à saúde pública na Constituição, não tem examinado sequer o todo de um único dispositivo.

As situações acima relatadas causam perplexidade a quem se dedica ao estudo do direito à saúde no SUS. A retórica dos Tribunais tem impedido um exame mais detido acerca da qualidade desse direito. Não é possível saber se ele é de fato público subjetivo. Ora as decisões dão a ele eficácia plena; ora ressaltam seu caráter programático. Por outro lado, os julgados não lançam qualquer luz sobre a relação que os dispositivos constitucionais sobre a saúde possuem entre si porque raramente mencionam algo diferente do conteúdo do art. 196, e mesmo assim muitas vezes de forma parcial.

A falta de tratamento mais técnico sobre o assunto gera incerteza sobre o conteúdo do direito à saúde. Como explicar para o usuário do SUS vencido em sua demanda contra o Poder Público que o direito para ele não é público subjetivo mas para outro usuário é? Como justificar que para ele se aplica apenas a segunda parte do art. 196 da Constituição e não a primeira? Essas perguntas os Tribunais não respondem.

²⁵⁰ MARQUES, O. R. de A.; MELO, M. B. de; SANTOS, A. P. de S. *Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde no Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um Tribunal da Região Sudeste*. Revista de Direito Sanitário, volume 12, n.º 01, Março-Maio de 2011, p. 48-49.

²⁵¹ MARQUES; MELO; SANTOS, 2011, p. 49.

²⁵² MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª Edição. São Paulo: Forense, 2011, p. 104.

4.2.2. Igualdade de acesso... Mas para quem?

A aplicação que os Tribunais têm feito das normas constitucionais que tratam da saúde não raro tem proporcionado violações ao princípio da igualdade. Conforme visto no terceiro capítulo, a idéia de igualdade que permeou o constituinte na criação do SUS foi inspirada não apenas na extensão do direito à saúde para toda a população mas também no acesso aos serviços e benefícios dentro das possibilidades do sistema.

Com efeito, a igualdade debatida na 8ª Conferência Nacional de Saúde tem o significado de que todos os usuários devem ter acesso aos mesmos bens, serviços e benefícios, sem distinções ou privilégios. O princípio igualitário procura, pois, repelir qualquer tipo de tratamento desigual a usuários que se encontram em situações idênticas.

O programa de assistência médica estipulado pelas normas que regem o SUS (leis, decretos, portarias, normas técnicas), conquanto com alguma variação devido a peculiaridades regionais, deve ser essencialmente o mesmo para todo o território nacional. Por isso, a igualdade desejada pelo constituinte é de acesso ao que está disponível pelo sistema.

Neste sentido, o princípio da igualdade aproxima-se muito do princípio da legalidade, pois este último não visou simplesmente à mera estruturação formal de um aparelho burocrático mediante o uso da lei. De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello, o que a legalidade pretendeu e pretende, à toda evidência, foi e é sobretudo estabelecer em prol de todos os membros do corpo social a garantia de uma dupla certeza, a saber:

“de um lado, que ato administrativo algum poderia impor limitação, prejuízo ou ônus aos cidadãos, sem que tais cerceios ou gravames estivessem previamente autorizados em lei (...) de outro lado, que todos os cidadãos tivessem (...) a garantia de um tratamento isonômico, pois é a lei, como norma geral e abstrata, que, por suas características inerentes, enseja um tratamento uniforme, igual para todos”²⁵³.

Portanto, a legalidade é uma ferramenta fundamental do Estado de Direito não só para estabelecer a segurança jurídica, mas também para instrumentalizar de forma eficaz a preservação de outro valor jurídico: a igualdade. O uso das leis – e seus desdobramentos posteriores (decretos, portarias, resoluções) – tem o propósito de organizar a ação estatal e ao

²⁵³ MELLO, C. A. B. de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 44.

mesmo direcionar tratamento igualitário aos cidadãos a fim de que não haja qualquer tipo de distinção ou privilégio sem o amparo de leis.

Conforme observa Bandeira de Mello, não por acaso o lema da Revolução Francesa foi *'liberté, égalité, fraternité'* ao invés de *'liberté, legalité, fraternité'*, já que o Estado de Direito abomina justamente os casuísmos, os privilégios injustificados, as ofensas à isonomia, ou seja, as situações contrárias ao que se visa preservar através do princípio da legalidade²⁵⁴. Assim, o lema revolucionário que inspira nosso direito até hoje tem na legalidade um meio eficaz de proporcionar igualdade.

As demandas judiciais envolvendo serviços ou benefícios não previstos pelo SUS têm colocado o Poder Judiciário numa situação desconfortável. As decisões parecem ter essencialmente apenas dois caminhos possíveis: ou se nega o pleito do usuário por conta da legalidade ou se acolhe o pleito superando a legalidade a partir de raciocínios jurídicos fundamentados em normas constitucionais.

A superação da legalidade, em tese, pode ser absolutamente legítima. A posição de supremacia das normas constitucionais frente ao restante do ordenamento autoriza a flexibilização dos programas elaborados pela Administração Pública na área da saúde. Conforme já apontado, a judicialização das políticas de saúde não só é possível como às vezes mostra-se mesmo necessária. Todavia, há uma dificuldade que parece passar despercebida pelos Tribunais. É possível quebrar a legalidade sem quebrar a igualdade?

Se o princípio da legalidade representa não só uma técnica de organização estatal mas também um meio de promoção da igualdade, é preciso ser bem criterioso e prudente na superação da legalidade sob pena de violação ao princípio igualitário. Mas quais seriam os critérios objetivos que permitiriam a quebra da legalidade sem a quebra da igualdade? É possível conciliar o valor da igualdade na judicialização das políticas do SUS? Infelizmente, os Tribunais não têm mostrado muita clareza a esse respeito.

Tomemos como exemplo o caso dos portadores de 'retinose pigmentar', doença oftalmológica que possui tratamento em Cuba e levou muitos usuários do SUS ao Poder Judiciário. Várias ações contra a União foram propostas e o desfecho das demandas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça restou desfavorável para os portadores da doença. A matéria foi apreciada no MS n.º 8.895/DF, julgado pela Primeira Seção, e a partir daí todos os casos seguiram a mesma diretriz, como se vê na decisão dos EDcl no AgRg no REsp 1028835, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 02/03/2010:

²⁵⁴ MELLO, 2002, p. 45.

ADMINISTRATIVO. TRATAMENTO DE SAÚDE NO EXTERIOR. LEGITIMIDADE DA PORTARIA N. 763, DE 07.04.1994. TRATAMENTO DE RETINOSE PIGMENTAR EM CUBA.

1. *O financiamento de tratamento médico no exterior pelo Sistema Único de Saúde é vedado nos termos da Portaria n. 763/1994, do Ministério da Saúde, considerada legítima*, no julgamento do MS nº 8.895/DF pela Primeira Seção desta Corte, julgado em 22.10.2003. Precedentes: REsp 844291/DF, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 31/08/2006 p. 281; REsp 511660/DF, Segunda Turma, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 189; REsp 616.460/DF, Primeira Turma, julgado em 15/02/2005, DJ 21/03/2005 p. 243.

2. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao Recurso Especial.

A Corte Superior não ousou superar a diretriz normativa de uma Portaria do Ministério da Saúde e impediu que cidadãos brasileiros fossem à Cuba realizar o tratamento da doença. Nosso propósito não é perquirir acerca do acerto ou não do Superior Tribunal de Justiça. Mais importante que debater a justiça do caso é avaliar se existe coerência nas decisões judiciais e investigar quais são os critérios adotados para preservar a igualdade em situações de superação da legalidade.

Neste sentido, enquanto os portadores de ‘retinose pigmentar’ foram impedidos de ter o tratamento médico em Cuba, o Supremo Tribunal Federal tomou rumo diferente no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 50, Relator Ministro Nelson Jobim, DJ 16/10/2006, em caso envolvendo transplante de medula óssea nos Estados Unidos:

A UNIÃO requer a suspensão da tutela antecipada deferida na ação sob rito ordinário proposta por LEANDRO DE ARAÚJO GUEDES perante a Justiça Federal da Seção Judiciária do Pará (processo nº 2004.39.00.000939-7). A referida decisão obrigou a REQUERENTE ao depósito da quantia de US\$ 218.833,00 na conta-corrente da Univ. of Texas, M.D. ANDERSON CANCER CENTER, bem como custear o tratamento médico do autor até sua total convalescença. O pedido tem apoio nos art. 4º da Lei 4.348/64, art. 1º da Lei 9.494/97, art. 25 da Lei 8.038/90 (fl. 2). Alega a ocorrência de grave lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia pública, e ainda o efeito multiplicador. No mais, traz fundamentos da ação principal. Decido.

A causa tem natureza constitucional (art. 196 - direito à saúde). Conheço do pedido. No mérito, não assiste razão à UNIÃO. O REQUERENTE alega lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia pública. Tais alegações não foram objetivamente demonstradas. A REQUERENTE não traz qualquer documento que demonstre lesão à coletividade ou à administração pública. A jurisprudência do SUPREMO é no sentido de que não basta a mera alegação de lesão. Ademais, ocorre no caso o perigo da demora inverso. É que o autor da ação ordinária, ora INTERESSADO, é portador de Linfoma de Hodgkin, uma espécie de câncer raro, que o levará à morte caso não rapidamente tratado. Consta dos autos que foram tentados outros procedimentos de cura, inclusive um transplante autólogo de medula óssea (transplante de células da medula do próprio doente, por não ter

sido encontrado doador compatível), mas não foi obtido êxito em qualquer um deles. Foi por esse motivo que o médico que acompanhou o tratamento de LEANDRO no Brasil indicou tratamento em instituição norte-americana (...) Esclarece o interessado às fls. 137 que 'todas as possibilidades existentes no Brasil estavam esgotadas. No caso concreto a sentença que se pretende suspender entendeu razoável permitir ao paciente que se trate no exterior, em razão da comprovada incapacidade técnica da Administração Pública para realizar o procedimento cirúrgico pleiteado. É que não ficou demonstrado nos autos que há '...seguras condições de realização do procedimento no Brasil.' (fl. 11). O próprio Doutor Giugliani, Chefe do Serviço de Genética Médica do Hospital das Clínicas de Porto Alegre, local indicado pela UNIÃO para realizar o procedimento, explica que aquele Hospital não tem experiência prévia com esse tipo de transplante (fl. 37). Informa ainda que seria necessário formar previamente 'um grupo de trabalho multidisciplinar para montar o protocolo e minimizar os riscos envolvidos..' e que '...um membro dessa equipe [deveria] ir ao exterior para visitar centros que já tenham experiência no procedimento...' (fl. 37). Assim, é evidente que a realização do transplante no Brasil é mais arriscada. O art. 196 da CF estabelece que cabe ao poder público assegurar a saúde de todos. Portanto, colocar em risco a vida do menor causaria lesão à ordem pública, entendida como ordem jurídico-constitucional, já que isso violaria a referida norma (...) Assim, ausentes os requisitos legais (lesão à ordem, economia, segurança, saúde públicas), indefiro o pedido de suspensão. Publique-se.

Ao contrário do que ocorrera no âmbito do STJ, que conferiu legitimidade plena a uma Portaria do Ministério da Saúde, a decisão do STF superou todas as normas infraconstitucionais do SUS e permitiu o tratamento médico no exterior. Mais uma vez, repita-se, não se pretende aqui discutir o acerto ou não da decisão do STF. Todavia, é preciso que o Poder Judiciário responda a seguinte questão: por que os portadores de retinose pigmentar não puderam se tratar no exterior tal como o portador do linfoma não-Hodkin? Já que ambos os tratamentos estão igualmente excluídos da lista do SUS, que critérios objetivos diferenciariam os dois casos?

Os julgados não explicam adequadamente os critérios. Não sabemos se na balança da justiça pesa o custo do tratamento no exterior. Sendo este o caso, não sabemos ao certo se a preocupação é com as limitações financeiras do SUS ou do próprio usuário (pobre). Não sabemos se prepondera no julgamento o tipo da patologia ou o risco do paciente. Essas informações são fundamentais para uma sistematização dos casos que autorizariam a superação da legalidade. Entretanto, permanece um vácuo na jurisprudência que só proporciona confusão para quem procura compreendê-la racionalmente.

O que justificaria a alocação de recursos para o portador de linfoma não-Hodkin ao contrário dos vários portadores de retinose pigmentar? O elevado custo da permissão coletiva do tratamento em Cuba? Não podemos afirmar qual seria o montante a ser gasto pela União. Como o serviço de saúde em Cuba é público, provavelmente as despesas

preponderantes a serem arcadas seriam apenas com transporte e estadia. Quantos portadores da retinose pigmentar poderiam ter ido à Cuba com o montante gasto no transplante do usuário que conseguiu ir aos Estados Unidos? Quantos usuários teriam atendimento de emergência decente nos rincões do Brasil, e a conseqüente preservação de suas vidas, se o Poder Judiciário tivesse negado também o transplante de medula nos EUA?

Colocar preços nos seres humanos é um problema sério. Embora uma vida não tenha preço na perspectiva moral, ela envolve um determinado custo para as finanças do SUS. Por mais que resistamos em fazer esse tipo de raciocínio ele está presente para os gestores do sistema. Independentemente da precisão na matemática envolvendo os dois casos relatados – numa contabilidade que arrepia a alma – pode-se tomar como princípio de raciocínio o pensamento de Marlon Alberto Weichert, para quem “não é possível pretender do Estado o direcionamento, para uma ou poucas prestações, de verbas públicas que sejam representativas de parcela expressiva do orçamento público. Não faz nenhum sentido pensar que um pequeno grupo de cidadãos possa receber recursos que sacrificarão o desenvolvimento de todas as demais atividades”²⁵⁵.

Mas se por hipótese na decisão do STF não preponderou a questão do custo, que critério legitimaria a diferença de tratamento entre os portadores de retinose pigmentar e o portador de linfoma não-Hodkin? O tipo de patologia poderia ser uma explicação. Os males causados pela doença oftalmológica envolvem a eliminação da visão lateral, reduzindo de forma significativa o campo de visão do doente. O paciente não chega a perder totalmente a visão. Já o linfoma é uma neoplasia no sistema linfático que leva à morte se não for tratada a tempo e de forma adequada.

Nesta perspectiva, como as conseqüências do linfoma não-Hodkin são de mais alta gravidade (morte), parece bem razoável pensar que o Poder Público não poderia permanecer inerte. Por conseguinte, o tipo de patologia com iminente perigo de morte para o cidadão legitimaria o Poder Judiciário a superar a legalidade. Este parece ter sido o critério determinante na decisão do STF. Mas se tomarmos como hipótese que este foi o critério, logo percebemos sua inconsistência porque o caso dos portadores de retinose pigmentar foi apreciado pelo STF no RE 368564, DJ 10/08/2011, e a Corte reconheceu aos portadores da referida doença o direito de fazer o tratamento em Cuba.

²⁵⁵ REICHERT, M. A. *O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade* “in” SANTOS, L. (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 129.

A incoerência nos julgados pode ter desdobramentos graves, afinal, se os tratamentos no exterior estão autorizados mesmo para doenças não-letais (sem perigo de morte iminente), é sinal de que os recursos do SUS podem ser alocados em outras patologias menos graves em detrimento de despesas com atendimento básico no Brasil. É sinal de que não haveria diferença entre o tratamento de doenças menos graves e a manutenção das UTI's, por exemplo. Como se não bastasse a desproporção de tal afirmativa não se pode esquecer que o sistema convive com a escassez de recursos. Resta então uma pergunta: essa postura do Poder Judiciário estaria preservando a igualdade de acesso para todos? Para quem?

4.2.3. As vãs diretrizes democráticas: o direito à vida não é de todos?

Os Tribunais invariavelmente adotam o argumento do direito à vida como supedâneo do direito à saúde numa perspectiva que coloca este último como meio para a garantia daquele. De fato, a inviolabilidade do direito à vida na dicção do art. 5º, *caput* da Constituição, combinado com a única exceção prevista no seu inciso XLVII, “a”, denotam a importância deste direito, que além de ter caráter fundamental é indiscutivelmente o mais nobre de todos.

Esse argumento, entretanto, não parece racionalmente válido para as demandas individuais de usuários do SUS contra o Poder Público. Quando as controvérsias judiciais interferem nas políticas adotadas elas geram reflexos para todos os usuários do sistema. Ora, todos eles têm direito à vida. Assim, as discussões nesses casos não podem ser compreendidas sem uma referência plurilateral²⁵⁶.

Por conseguinte, qualquer deliberação sobre a melhor forma de proteção à saúde na perspectiva pública não pode ser feita adequadamente num viés individualista. Neste sentido, Danielle Borges e Maria Alicia Ugá observam que “por ser a saúde um bem provido pelo Estado com recursos públicos, os conflitos judiciais envolvendo este bem dizem respeito a conflitos sobre justiça distributiva”²⁵⁷. O que seria então a justiça distributiva e quais seriam as conseqüências desta constatação?

²⁵⁶ LOPES, J. R. L. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006, p. 128.

²⁵⁷ BORGES; UGÁ, p. 22.

Conforme Eduardo Carlos Bittar e Guilherme Assis de Almeida, a justiça distributiva e a clássica distinção com a justiça comutativa remontam a Aristóteles. A justiça distributiva relaciona-se com todo tipo de distribuição levada a efeito no Estado (*politeía*), seja de dinheiro, seja de honras, de cargos ou quaisquer outros bens passíveis de serem participados aos governados, ao passo que a justiça comutativa vincula-se às transações particulares entre os indivíduos, ou seja, relações bilaterais, como é o caso dos contratos²⁵⁸. Deste modo, as decisões acerca da justiça distributiva devem ter como referência toda a comunidade, ao passo que as decisões da justiça comutativa têm como referência apenas os indivíduos interessados no litígio.

Segundo José Reinaldo Lima Lopes, os conflitos envolvendo usuários do SUS e o Poder Público têm a mesma natureza da justiça distributiva. Por isso, a essência das dificuldades enfrentadas pelos Tribunais na judicialização do SUS nas demandas individuais reside justamente na lógica equivocada utilizada pelos juízes para a solução de litígios.

Enquanto o tema parece estar voltado para o modelo de justiça distributiva, os litígios são solucionados segundo o modelo da justiça comutativa. A matéria implica o interesse de toda a comunidade, mas as decisões seguem a lógica do interesse individual. Os parâmetros de distribuição pertencem à esfera coletiva mas os Tribunais colocam o indivíduo acima de tais parâmetros.

Os parâmetros da justiça distributiva devem ser construídos democraticamente, mas na judicialização dão lugar a decisões tomadas por um único magistrado ou por um colegiado. As decisões são tomadas como se houvesse um contrato bilateral entre o usuário do SUS e o Estado, sem levar em conta que se trata de um contrato que envolve toda a população. Não pode ser solucionada pela lógica do *indivíduo x indivíduo* mas sim do *indivíduo x coletividade*.

Por outro lado, conforme observação atenta de José Reinaldo Lima Lopes, “a justiça distributiva diz respeito à divisão ou apropriação individual do fundo social comum, fundo de benefícios e custos, ou seja, ao bem comum”²⁵⁹. A idéia de distribuição consiste em partilhar algo comum e por isso implica a necessidade do bem jurídico ser divisível.

Contudo, no caso da saúde pública alguns bens jurídicos não são consumíveis de forma exclusiva ou não têm sua divisibilidade muito clara. Embora alguns sejam fruíveis individualmente, isto é, de forma divisível (procedimentos cirúrgicos, atendimentos clínicos, fornecimento de medicamentos), outros têm sua indivisibilidade manifesta e fruição difusa,

²⁵⁸ BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 98.

²⁵⁹ LOPES, 2006, p. 125-126.

como é o caso da fiscalização de medicamentos, das medidas sanitárias, das campanhas publicitárias ou do controle de epidemias e endemias.

Ademais, partindo-se da premissa de que os recursos no orçamento do SUS são esgotáveis, o objeto que medeia as relações entre os indivíduos e as políticas do setor acaba tornando-se indivisível também por esta razão, já que qualquer decisão a seu respeito afeta cada um diante de todos e todos diante de cada um²⁶⁰. Portanto, a escassez de recursos e a existência de um fundo comum responsável por toda a proteção na área da saúde apontam também para a indivisibilidade do bem jurídico tutelado pelo SUS.

As intervenções judiciais que privilegiam um indivíduo prejudicam necessariamente os demais em algum grau. E se esse procedimento ocorre com muitos indivíduos, favorecendo-os isoladamente, pode-se ter instabilidades mais sérias no sistema ou até mesmo seu colapso. É o que Lon L. Fuller denomina de “conflito teia de aranha”²⁶¹. Se tomarmos o SUS como a teia na metáfora do ilustre professor de Harvard, não há um ponto dele que, uma vez revisto e refeito pelo Poder Judiciário, não traga conseqüências para o restante da estrutura.

No campo da justiça distributiva não são apenas os benefícios que são divididos, mas todas as conseqüências das escolhas feitas democraticamente pela sociedade e expressadas no seu governo. Quando se define a forma de distribuição dos benefícios todos perdem ou todos ganham com as opções que foram priorizadas nas escolhas.

Não são apenas os bens que são comuns. Também os ônus são comuns. Por isso, pode-se afirmar que “fazer justiça distributiva é dar a cada um a sua parte no mal comum (distribuição dos ônus) ou no bem comum (distribuição de benefícios)”²⁶². Essa é uma conseqüência natural no processo de escolhas num ambiente democrático.

Deste modo, nas demandas individuais entre usuários do SUS e o Poder Público não se pode tomar por modelo de solução a justiça comutativa. Não se trata de um litígio de tipo *indivíduo x indivíduo*, com relação apenas bilateral, nos moldes de um contrato onde os interesses são de fácil identificação e harmonização. O modelo de solução para tais demandas é bem diferente.

Esse quadro de difícil equacionamento pelo Poder Judiciário já se faz perceber na doutrina. Ao expor sua opinião sobre o excesso de judicialização no fornecimento de medicamentos pelo SUS, o constitucionalista Luis Roberto Barroso resume a problemática

²⁶⁰ LOPES, 2006, p. 171.

²⁶¹ FULLER, L. L. *apud* LOPES, 2006, p. 172.

²⁶² LOPES, 2006, p. 144.

afirmando que o que está em jogo no caso é “o direito à vida e à saúde de uns versus o direito à vida e à saúde de outros”²⁶³. A colocação de Barroso deixa evidente, portanto, a insuficiência do argumento do direito à vida para amparar pretensões individuais sem uma justificativa racional adicional.

O mesmo entendimento é compartilhado por Patrícia Werner, para quem a jurisprudência tem utilizado de forma genérica o argumento do direito à vida sem diferenciar uma pessoa da outra, olvidando-se de que todos têm direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à saúde. Essa diretriz hermenêutica não desiguala as pessoas; muito ao contrário, é um ponto que as iguala em dignidade”²⁶⁴.

Não se nega aqui a possibilidade de que as demandas individuais mereçam acolhimento. Mas isso não pode ter por base apenas o direito à vida. Ele por si só não explica nem justifica o acolhimento da pretensão do usuário. É mera retórica. O Tribunal que se vale de tal argumento não enfrenta a verdadeira face da questão que é a presença de um conflito de justiça distributiva.

Os Tribunais não percebem que as demandas individuais que intervêm nas políticas do SUS universalizam o ônus para todos os demais usuários do sistema. O modelo tradicional dos litígios de justiça comutativa não lhes permite visualizar que o custo da demanda é de toda a sociedade e que às vezes as decisões contrariam até mesmo as diretrizes democraticamente estipuladas por ela, afinal, não poderia um juiz fazer justiça distributiva numa demanda instaurada pelo viés bilateral (indivíduo x Estado), se a justiça distributiva, por definição, pressupõe um debate plural.

Segundo o regime de governo adotado pela Constituição Federal, as decisões políticas sobre a justiça distributiva pressupõem o exercício da democracia pelo sistema representativo ou mediante a participação direta da sociedade. No caso específico da saúde, as decisões sobre a justiça distributiva têm sede nos espaços próprios deixado pelo Legislativo e Executivo e contam também com a participação direta da sociedade nos Conselhos de Saúde.

No âmbito municipal, conforme já visto, os Conselhos de Saúde estão presentes em 5.564 municípios brasileiros e representam a mais ampla iniciativa de descentralização político-administrativa implementada no país. Contando atualmente com 72.184 conselheiros titulares, sua representatividade supera inclusive o número de vereadores

²⁶³ BARROSO, L. R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Direito Social, n.º 34, Abril-Junho de 2009, Porto Alegre: Editora Notadez, 2009, p. 13.

²⁶⁴ WERNER, 2008, p. 108.

no país e o direito de voz é aberto a qualquer cidadão²⁶⁵, não sendo demais ressaltar que pela sistemática da Lei n.º 8.142/90 – Lei Orgânica da Saúde – aos Conselhos compete a formulação de estratégias e o controle da execução da política de saúde.

Desta forma, se os conflitos envolvendo bens e serviços do SUS não têm caráter bilateral, mas sim, caráter policêntrico ou plurilateral, sobretudo por relacionar-se à alocação de recursos escassos ou indivisíveis para toda a sociedade, então a primeira conclusão evidente é que os critérios e mecanismo tradicionalmente utilizados pelo Judiciário para decidir sobre conflitos bilaterais, apropriados ao exercício da justiça comutativa, não são adequados ao exercício da justiça distributiva.

Por conseguinte, se os critérios da justiça comutativa não devem ser aplicados às decisões sobre as políticas públicas na área da saúde, a outra conclusão é de que um dos desafios da jurisprudência é justamente “compatibilizar a justiça comutativa, dentro de cada processo, com a justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio de diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanados dos poderes legislativo e executivo”²⁶⁶.

Para tanto, é imprescindível que as demandas individuais dêem espaço a demandas de caráter coletivo. A valorização das tutelas coletivas favorece toda a sociedade quando comparada às ações individuais e por isso parece muito mais compatível com as diretrizes democráticas do sistema. É evidente que pretensões individuais também merecem acolhimento no fenômeno da judicialização do SUS, mas em caráter excepcionalíssimo e segundo parâmetros plenamente justificáveis.

O princípio democrático sofre golpe duro com as sucessivas violações à vontade expressa pela sociedade nas demais esferas de poder. Um golpe que gera como consequência também uma quebra de igualdade entre os usuários. Portanto, a alternativa que se mostra viável é a priorização das tutelas de caráter coletivo que expressem a opinião da sociedade e ao mesmo tempo a beneficie num todo. Do contrário, de que adiantarão as diretrizes construídas democraticamente?

²⁶⁵ ESCOREL; MOREIRA, 2009, p. 34.

²⁶⁶ MARQUES, S. B. *Judicialização do direito à saúde*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 02, Julho-Outubro de 2008, p. 66.

4.2.4. A prioridade para a prevenção: desacertos e ausência de limites

Na mesma linha da Organização Mundial da Saúde, o relatório final da 8ª Conferência Nacional de Saúde definiu a saúde como “a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio-ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade”²⁶⁷. Naquele encontro os sanitaristas brasileiros estavam convencidos de que a saúde não se faz apenas com hospitais e médicos. Exige medidas de prevenção. Ela exige uma política de antecipação à doença.

É neste contexto que se deve compreender o significado do disposto no art. 198, II, segunda parte, da Constituição. A assistência curativa não pode ser prejudicada, mas a prioridade na aplicação dos recursos deve ser a prevenção. Daí a afirmação de Alexandre Elias, segundo o qual o princípio da prevenção é “o mais importante instrumento do Estado para concessão do direito à saúde”²⁶⁸. Portanto, é obrigação do Estado a adoção dessa diretriz nas políticas de saúde pública.

Atento à dimensão difusa que as medidas de prevenção geralmente possuem, como é o caso dos controles sanitário e epidemiológico, Fernando Aith pondera que essas expressões da medicina preventiva devem ser pautadas pelo princípio da igualdade ao passo que as ações curativas são mais propriamente balizadas pelo princípio da equidade²⁶⁹. A doutrina de Aith parece sugerir que as políticas públicas da saúde merecem maior flexibilização judicial para fins de adequação em demandas individuais curativas, atendendo especificamente a necessidade de cada pessoa, enquanto os serviços e benefícios preventivos tenderiam a uma maior padronização pelo seu caráter difuso.

A afirmação do especialista merece ponderações. Não há dúvida de que medidas de âmbito nacional envolvendo bens jurídicos indivisíveis – como é o caso do controle epidemiológico (art. 200, II), da inspeção de alimentos e bebidas (art. 200, VI) ou da fiscalização da produção de medicamentos (art. 200, I) – acarretam um tratamento jurídico praticamente idêntico a todos os cidadãos pela própria natureza difusa da prestação estatal em questão. Todavia, as medidas de prevenção também podem ter natureza individual.

O diabético que controla a glicemia está evitando o agravamento da doença. O hipertenso que usa medicamentos está se prevenindo de problemas cardíacos mais graves. A

²⁶⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde*, 1986.

²⁶⁸ ELIAS, A. N. *Direito Sanitário: autonomia e princípios*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 02, Julho-Outubro de 2008, p. 58.

²⁶⁹ AITH, F. *apud* TORRONTEGUY, 2010, p. 229.

mulher que realiza a mamografia anualmente está minimizando os efeitos mais nocivos de um eventual câncer de mama. Portanto, em tese, nada impede que medidas preventivas mereçam tratamento equitativo em demandas individuais segundo a necessidade específica de cada pessoa. Basta que haja justificativa para tanto.

Além disso, ao tratar do SUS a Constituição não diferenciou a igualdade da equidade. A Carta adota o acesso igualitário para todas as ações e iniciativas do sistema público de saúde, sejam elas preventivas ou curativas. Desta forma, a abertura de exceções pela via judicial aos planos estabelecidos pelo gestor do SUS é possível até mesmo para as medidas preventivas, desde que se mostrem justificáveis do ponto de vista constitucional.

A cisão que às vezes se faz entre ambas as esferas de atuação da medicina parece ignorar que o constituinte procurou fazer exatamente o contrário quando previu a integralidade nas ações e iniciativas do SUS. Por isso, a medicina preventiva não pode ser identificada apenas com as medidas descritas no art. 200 da Constituição Federal. Segundo Kurt Kloetzel, a prática preventivista pode se dar em ambiente clínico através de uma mera consulta médica:

Imagine-se o médico que age de maneira imediatista em face de um episódio de asma: auscultará o tórax do paciente, escrevinhará a prescrição para um broncodilatador qualquer – e tchau, até a próxima! (A próxima será cópia fiel da consulta atual, não tenhamos dúvida). Examine-se, por outro lado, o procedimento de um seu colega, bem mais imaginativo: além do exame e da receita, fará questão de completar a consulta com um papo mais longo, esmiuçando uma série de detalhes acerca de uma afecção crônica como esta, que certamente não ficará só num episódio isolado. Para que seja interrompida a progressão da asma, é preciso que se conheça seus fatores desencadeantes; só assim poderá o paciente ser aconselhado a evitar as recaídas²⁷⁰.

Porém, infelizmente a jurisprudência não tem se mostrado muito atenta à importante distinção entre cura e prevenção, a exemplo da decisão proferida no RESP 1.034.910, Relator Ministro Castro Meira, DJ 04/08/2009. Nesta ocasião, o Superior Tribunal de Justiça foi chamado a interpretar normas previstas na Lei n.º 9.249/95, antes das alterações feitas pela Lei n.º 11.727/08, a respeito da redução (ou não) da base de cálculo de Imposto de Renda pago por pessoas jurídicas ligadas a serviços hospitalares, conforme exceção aberta pelo art. 15, §1º, III, “a” da referida lei:

²⁷⁰ KLOETZEL, 1984, p. 39.

Art. 15. A base de cálculo do imposto, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do *percentual de oito por cento sobre a receita bruta* auferida mensalmente, observado o disposto nos arts. 30 a 35 da Lei nº 8.981, de 20 de janeiro de 1995:

§ 1º Nas seguintes atividades, *o percentual de que trata este artigo será de:*
(...)

III - *trinta e dois por cento*, para as atividades de:

a) prestação de serviços em geral, *exceto a de serviços hospitalares*.

O benefício fiscal previsto no *caput* do art. 15 da Lei n.º 9.249/95 passou a permitir que as sociedades prestadoras de serviços hospitalares sofressem a tributação com redução da base de cálculo, haja vista a relevância dos serviços de saúde à população.

Na controvérsia julgada pelo STJ, um laboratório de análises clínicas pretendia que toda a sua receita, inclusive as obtidas com consultas, recebesse o benefício de redução da base de cálculo do imposto. Todavia, não obteve êxito na Corte Superior conforme se observa na ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IRPJ E CSLL. BASE DE CÁLCULO. ARTS.15, § 1º, III, "A" E 20 DA LEI Nº 9.249/95. DIAGNÓSTICO, PREVENÇÃO E TRATAMENTO DE DOENÇAS CARDIOVASCULARES. INCLUSÃO NO CONCEITO DE SERVIÇO HOSPITALAR. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO.

1. Acórdão proferido antes do advento das alterações introduzidas pela Lei nº 11.727, de 2008. Os arts. 15, § 1º, III, "a", e 20 da Lei nº 9.249/95 explicitamente concedem o benefício fiscal de forma objetiva, com foco nos serviços que são prestados, e não no contribuinte que os executa.

2. Independentemente da forma de interpretação aplicada, ao intérprete não é dado alterar a *mens legis*. Assim, a pretexto de adotar uma interpretação restritiva do dispositivo legal, não se pode alterar sua natureza para transmutar o incentivo fiscal de objetivo para subjetivo.

3. *A redução do tributo, nos termos da lei, não teve em conta os custos arcados pelo contribuinte, mas sim a natureza do serviço*, essencial à população por estar ligado à garantia do direito fundamental à saúde, nos termos do art. 6º da Constituição Federal.

4. Deve-se entender como "serviços hospitalares" aqueles que se vinculam às atividades desenvolvidas pelos hospitais, voltados diretamente à promoção da saúde. Em regra, mas não necessariamente, são prestados no interior do estabelecimento hospitalar, *excluindo-se as simples consultas médicas, atividade que não se identifica com as prestadas no âmbito hospitalar, mas nos consultórios médicos*. Precedente da Primeira Seção.

5. No caso, trata-se de entidade que presta serviços de laboratório de análises clínicas. Não se está diante de simples consulta médica, mas de atividade que se insere, indubitavelmente, no conceito de "serviços hospitalares", já que demanda maquinário específico.

7. *A redução da base de cálculo somente deve favorecer a atividade tipicamente hospitalar desempenhada pela recorrente - especificamente a*

prestação de serviços de laboratório e análises clínicas - excluídas as simples consultas e atividades de cunho administrativo.

8. Recurso especial provido em parte.

Os serviços hospitalares podem estar relacionados ou não a atividades curativas. Não é de todo descartável a hipótese de ações preventivas em ambiente hospitalar, uma vez que a realização de exames e a conseqüente interpretação pelo profissional da área médica numa consulta podem perfeitamente representar uma assistência preventiva, ou ao menos, uma assistência que integra cura e prevenção. Logo, uma consulta médica envolve no mais das vezes uma prática preventivista.

Como o Estado beneficia a tributação do Imposto de Renda das atividades hospitalares, parece de todo razoável incluir entre as atividades hospitalares os laboratórios de análises clínicas. Aliás, os Tribunais tradicionalmente já enquadravam tais laboratórios no conceito de “serviços hospitalares” para fins de concessão de benefício fiscal. Tanto é verdade que a jurisprudência de certa forma influenciou a edição da Lei n.º 11.727/08, na qual houve a especificação do conceito de “serviços médicos” e a previsão expressa do benefício aos serviços de “auxílio diagnóstico”.

O STJ, porém, excluiu as consultas do conceito de “serviços hospitalares” e negou-lhes o benefício fiscal. Ora, se a Constituição Federal aponta como diretriz para o SUS que a prevenção tenha prioridade não nos parece razoável, no âmbito privado, que a base de cálculo do Imposto de Renda seja beneficiada em relação à receita obtida com a realização de exames diagnósticos e ao mesmo tempo seja onerada em relação à receita obtidas com as consultas.

A decisão do STJ sugere uma hierarquia entre a medicina clínica e a medicina diagnóstica, esta beneficiada do ponto de vista fiscal – supostamente mais essencial – e aquela tributada normalmente. Essa diferenciação parece absurda porque equivaleria a negar a integração entre assistência curativa e preventiva no contexto de uma consulta médica, algo que também contraria os protocolos modernos de atendimento clínico. Portanto, ao invés de valorizar a atividade preventivista, indissociável das consultas clínicas, o STJ permitiu uma oneração no setor privado para uma atividade que no âmbito do SUS é prioritária!

De que vale um exame sem a interpretação do médico? De que adiantam os serviços de auxílio diagnóstico e os seus mais variados exames (sangue, imagem etc) sem a avaliação clínica do médico frente à frente com o paciente? Qual a utilidade de um exame sem a consulta médica? É realmente possível dissociar exames e consultas? Parece-nos que

não. Entretanto, o STJ separou serviços inseparáveis e revelou que a prioridade para a prevenção não esteve na sua ótica apesar de prevista expressamente na Constituição²⁷¹.

Paradoxalmente, quando a valorização da medicina preventiva encontra acolhimento nos Tribunais percebe-se uma má compreensão quanto aos limites de atuação do SUS. Muitas decisões judiciais procuram priorizar a prevenção mas acabam cometendo equívocos de outra ordem ao impor obrigações ao sistema que desbordam das suas atribuições constitucionais. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo é marcante quanto a esse aspecto. Tomemos como exemplo três decisões envolvendo a concessão de alimentos a usuários do SUS, posto que a boa alimentação é inquestionavelmente um fator fundamental da boa medicina preventiva.

Na Apelação Cível 952.485.5/8-00, Relator Desembargador Danilo Panizza, o TJ condenou o Estado de São Paulo a fornecer Leite Ninho, Farinha Láctea e Mucilon a paciente com dificuldade de digerir alimentos sólidos. Não se tratava de recomendação de suprimento alimentar. Não se tratava tampouco de rejeição a alimentos comuns que poderiam ser perfeitamente triturados antes de ingeridos pelo usuário. A questão era apenas a dificuldade de ingerir alimentos sólidos.

Embora os suprimentos alimentares mencionados acima não fossem as únicas fontes de alimentos não-sólidos, o Tribunal não exitou em dispor de recursos do SUS para substituir a alimentação comum do demandante. Ora, se a prevenção aos males do paciente não exigia especificamente o uso de tais alimentos por que o Estado seria obrigado a fornecê-los? A impressão que o caso passa é que o SUS foi obrigado a fornecer alimentos específicos devido a ausência de alimentos comuns à disposição do paciente. A alimentação é um direito fundamental previsto na Constituição, mas não é o gestor do SUS o responsável pelos males da fome no país.

Na Apelação Cível 0012400-94.2010.8.26.0196, Relatora Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, a obrigação imposta ao SUS quanto ao fornecimento de alimentos para o cidadão fica ainda mais evidente. No caso, o Tribunal determinou ao Município de Franca o fornecimento do suplemento alimentar *Neocate* apesar do diagnóstico apresentado nos autos ter concluído expressamente que não seria o caso de dieta industrializada, bastando que a criança se alimentasse adequadamente com alimentos como arroz, feijão, frutas, verduras e carnes, alimentos que segundo o pai eram fornecidos pela

creche mas não estavam disponíveis no lar onde a criança residia. Por mais nobre que seja o gesto da decisão judicial, ela toma a via errada do ponto de vista constitucional.

A ânsia de valorizar a prevenção chega ao ponto de ultrapassar os limites do bom senso, como se observa no Reexame Necessário Cível 990.10.172255-0, Relator Desembargador Borelli Thomaz. No caso, o Tribunal reformou sentença que havia condenado o Município de Viradouro a fornecer semanalmente a uma portadora do vírus HIV uma dieta contendo 3 cenouras, 2 beterrabas, 1 mamão grande, 4 maçãs nacionais médias e leite. A alimentação balanceada é crucial para a preservação da saúde, mas o SUS não pode se tornar uma feira gratuita para o abastecimento nutricional da população.

Como se observa, a jurisprudência não se mostra coerente quando aborda a prioridade para a prevenção. Embora este princípio seja um dos alicerces do SUS, quando a jurisprudência deve aplicá-lo para corrigir desajustes das leis não o faz, e quando o faz, foge dos parâmetros eleitos pelo constituinte. Esse quadro revela o quanto os Tribunais estão distantes de uma compreensão mais técnica a respeito dos princípios informadores do SUS e o quanto a judicialização do direito à saúde ainda é instável.

4.2.5. Integralidade de quê?

O princípio da integralidade na proteção à saúde tem sido objeto de muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência. Existe uma leitura que enxerga nele a obrigação do Estado em fornecer todos os recursos existentes nas ciências médicas. Nesta linha, para Fernando Aith “sempre que houver uma pessoa doente, caberá ao Estado fornecer o tratamento terapêutico para a recuperação da saúde dessa pessoa de acordo com as possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento científico”²⁷².

No caso específico de fornecimento de medicamentos de alto custo, há quem se mostre contrário até mesmo aos Protocolos Clínicos e as Diretrizes Terapêuticas do SUS. Conforme Lúcia Jordão de Carvalho, a opção do gestor pelo uso de protocolos é equivocada pelo fato de generalizar o tratamento médico de milhares de indivíduos que possuem quadros clínicos, peculiaridades físicas, etárias, sociais e comportamentais diferentes, desconsiderando

²⁷² AITH, F. *apud* MARQUES, S. B. *O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei n.º 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Poder Judiciário*. Revista de Direito Sanitário, volume 10, n.º 02, Julho-Outubro de 2009, p. 73.

que cada paciente deve ter seu tratamento prescrito de forma individualizada, já que cada organismo responde de forma única a um mesmo tratamento²⁷³.

O raciocínio construído por essa doutrina estabelece como limites ao direito à saúde unicamente a evolução científica da medicina e enxerga na integralidade o dever do Estado em oferecer todo e qualquer bem ou serviço aos usuários do SUS. Todavia, tal leitura do princípio é equivocada porque a idéia que norteou a diretriz da integralidade na Constituição de 1988 foi a superação da dicotomia entre a assistência preventiva e a curativa.

Além disso, o pensamento que coloca para o Estado o dever de oferecer ao cidadão tudo o que o desenvolvimento científico disponibiliza ignora por completo que a quantidade de recursos financeiros do sistema é limitada. Ainda que se queira dar uma amplitude maior para o princípio da integralidade, as condições materiais apontam no sentido contrário a essa proposta.

O princípio deve ser compatível com a idéia de que a universalidade de cobertura e atendimento não é absoluta, mormente porque recebe a ponderação dos princípios da seletividade e distributividade, responsáveis diretos pela necessidade de formulação de políticas públicas que determinem quais são as prioridades do SUS. Assim,

a assistência terapêutica integral deve ser garantida a toda pessoa que busca diagnóstico e tratamento nos serviços de saúde do SUS, de acordo com suas normas técnicas, administrativas, seus princípios e diretrizes (...) a incorporação das tecnologias na saúde pública deve ser pautada pelo 'necessário', 'oportuno', 'razoável', 'conveniente' e 'essencial' para a garantia da saúde coletiva e individual e não porque existem no mercado²⁷⁴.

Especificamente no caso dos medicamentos, Oswaldo Yoshimini Tanaka, médico sanitário e professor titular da Faculdade de Saúde Pública da USP, esclarece que “o eixo norteador da assistência farmacêutica no SUS pauta-se pela garantia do fornecimento de medicamentos de acordo com uma definição técnica de adequação e de custo/efetividade”²⁷⁵. Portanto, o fato de haver uma padronização com Protocolos Clínicos e Terapêuticos não significa que o serviço não seja bem prestado ou que os medicamentos não sejam de eficácia comprovada.

²⁷³ CARVALHO, L. J. da M. A. de. *Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde*. Revista de Direito Social, n.º 32, Outubro-Dezembro de 2008. Porto Alegre: Editora Notadez, 2008, p. 125.

²⁷⁴ MARQUES; MELO; SANTOS, 2011, p. 60.

²⁷⁵ TANAKA, O. Y. *A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 01, Março-Abril de 2008, p. 140.

Contudo, a jurisprudência parece inclinar-se para os apelos da doutrina e à compreensão incompleta do significado de ‘integralidade’. Conforme apontam Onofre Marques, Patrícia Santos e Marilene Melo, a partir de pesquisa profunda sobre os julgados do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o manejo do princípio da integralidade pela referida Corte oferece um sentido bem distante daquele sentido técnico adotado pelos sanitaristas e acolhido pela Carta de 1988, já que um processo de atenção integral não pode ter como referência o acesso a um determinado recurso por ser ele de última geração ou de maior preço²⁷⁶. A adoção de tais critérios, além de estar assentada equivocadamente no princípio da integralidade, acarreta prejuízo para todos os demais usuários do SUS. Conforme Tanaka,

tendo em vista que todo o provimento de medicamentos no sistema tem a mesma fonte de financiamento, temos um dilema. Ao prover, via judicial, medicamentos não padronizados e habitualmente mais caros, sem evidências que os efeitos na doença sejam realmente melhores, estaremos destinando mais recursos ‘per capita’ a poucos em detrimento de garantir para a maioria os medicamentos essenciais para controle das doenças mais frequentes. Por conseguinte, toda vez em que houver uma dispensação medicamentosa que esteja fora da padronização corremos o risco de alterar uma alocação de recursos financeiros para poucos em detrimento de benefícios que poderiam destinar-se a muitos cidadãos²⁷⁷.

Ademais, não se pode ignorar, nesse contexto, que o direito à saúde tem um viés programático incontestável pela própria evolução de seu objeto. Sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo medicamento, uma nova doença ou a volta de uma doença antiga. Essa complexidade toda envolvendo novas descobertas deixa evidente que uma constante revisão do sistema de saúde é atividade inerente a seu próprio objeto²⁷⁸.

Mas a garantia de acesso igualitário a todos os usuários do SUS pressupõe revisões do plano de cobertura dentro das possibilidades fáticas do sistema. A velocidade com que as novidades surgem nem sempre é a mesma verificada quanto às possibilidades financeiras do Estado. A judicialização neste caso pode gerar benefícios para alguns em detrimento dos demais e esquece que a integralidade também tem seus limites. Os Tribunais podem acolher cada nova descoberta em suas decisões, mas os gestores de saúde não podem ter tal postura nos seus planejamentos. Não porque não queiram, mas porque devem atender as prioridades e promover o atendimento ao maior número possível de pessoas.

²⁷⁶ MARQUES; MELO; SANTOS, 2011, p. 55.

²⁷⁷ TANAKA, 2008, p. 142.

²⁷⁸ WERNER, 2008, p. 96.

Por isso, a pretexto de garantir o princípio da integralidade nos moldes defendidos por Fernando Aith ou Lúcia Jordão de Carvalho, a judicialização pode levar à própria negação deste princípio. Tomemos como exemplo a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 842.866, DJ 03/09/2007, relatado pelo Ministro Luiz Fux, que abordou o fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelo SUS para o tratamento de Hepatite Crônica por Vírus C.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DE SECRETÁRIO DE ESTADO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE HEPATITE CRÔNICA POR VÍRUS C. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA.

1. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Hepatite Crônica por Vírus C.

2. Assentado o acórdão recorrido que: "O medicamento 'Interferon Peguilado Alfa 2a ou Alfa 2b' e 'Ribavirina', foi receituado pelo médico (...), conforme documentos de fls. 23/32-TJ, que atestam ser o medicamento mais eficaz para o tratamento do impetrante. Registra, ainda, o conceituado especialista, que nos últimos meses a doença do Impetrante 'vem evoluindo com lesão hepato celular intensa', motivo esse da indicação da medicação sub judice, como melhor resposta o quadro clínico do paciente (...) Por conseguinte, resta patente o direito líquido e certo do Impetrante e fundado receio de dano irreparável ao paciente pela não entrega dos medicamentos necessários ao combate da sua doença", não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.

(...)

5. *O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade*, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de determinado medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.

6. Configurada a necessidade de recorrido ver atendida a sua pretensão, posto legítima e constitucionalmente garantida, uma vez assegurado o direito à saúde e, em última instância, à vida, sendo certo que a saúde, como de sabença, é direito de todos e dever do Estado.

(...)

A decisão do Superior Tribunal de Justiça está fundamentada no princípio da integralidade e o raciocínio conduz à conclusão de que o Estado deve fornecer medicamentos mais eficazes para o tratamento da doença, embora ele tenha que oferecer tratamento da mesma doença para milhares de outros usuários do SUS. Casos como esse têm sido

freqüentes nos Tribunais e raramente encontram uma decisão contrária à transcrita acima. Porém, pouco se fala nos seus reflexos para a garantia de integralidade aos demais cidadãos.

Segundo trabalho apresentado por Octávio Ferraz e Fabíola Vieira ao Supremo Tribunal Federal, na ocasião de audiência pública realizada para discutir o fornecimento de novos remédios pelo SUS na via judicial, estimou-se que o gasto com a aquisição de medicamentos de última geração para fornecimento a todos os pacientes de apenas duas moléstias (*Interferon Peguilado* para a hepatite viral crônica C e *Infliximabe, Etanercepte e Adalimumabe* para a artrite reumatóide) poderia chegar a 99 bilhões de reais, equivalentes a 4,32% do PIB brasileiro (2007), o que superaria todo o orçamento público da saúde²⁷⁹.

O remédio *Interferon Peguilado* para hepatite viral crônica C' é o mesmo que precisou ser fornecido ao usuário do SUS envolvido no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 842.866 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça. Enquanto ele obteve o remédio, outros não terão. E outros ainda não terão a adequada oferta de bens e serviços básicos no sistema por conta da realocação de recursos.

O argumento de que o Poder Judiciário está igualmente aberto para todos os usuários – e que por isso bastaria que todos ingressassem com seus pedidos judiciais – não convence. Primeiramente porque desvirtuaria a função do Poder Judiciário, que seria provocado a todo momento para definir compra de remédios etc. Em segundo lugar, porque se isso acontecesse o sistema estaria provavelmente quebrado.

É importante salientar, a propósito, que a hipótese de “quebra” não é uma quimera. O quadro estimado na audiência pública do STF pode não ser uma realidade para muitos entes da Federação, mas a dificuldade substancial de municípios pequenos em situações similares já vem ocorrendo, a exemplo do que se observa na decisão do STF na Suspensão de Liminar 654, DJ 13/06/2013, da lavra do Presidente da Corte Ministro Joaquim Barbosa:

O requerente sustenta que as decisões liminares representam grave ameaça às finanças públicas, uma vez que, tratando-se de município que conta com receitas diminutas, o cumprimento integral das decisões impugnadas poderia resultar na ruína financeira da prefeitura. O Município de Rio Grande da Serra relata, ainda, que formulou pedido de suspensão das decisões impugnadas perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e que tal pedido veio a ser indeferido por aquela corte de justiça. O Procurador-Geral da República opinou pelo indeferimento do presente pedido de suspensão. É o relatório. Decido (...)

²⁷⁹ WEICHERT, M. A. *O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade* “in” SANTOS, L. (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 101-142 “in” SANTOS, L. 2010, p. 136.

Nesse contexto, ainda que o cumprimento das decisões liminares venha a acarretar dificuldades financeiras ao município requerente, é preciso ressaltar que tais decisões cuidaram de evidenciar a absoluta necessidade dos remédios cujo fornecimento foi determinado (...)

Dessa forma, a mera menção abstrata ao risco representado pelo cumprimento das ordens judiciais impugnadas não é suficiente para autorizar a sua suspensão, uma vez que, tratando-se de prestações relacionadas ao direito fundamental à saúde, a impugnação estatal à sua satisfação imediata deve levar em conta, na grande maioria dos casos, o perigo de que a demora no julgamento final da causa venha a comprometer o direito à vida dos cidadãos beneficiados pela tutela liminar. Ante o exposto, indefiro o pedido.

No caso, o pedido de Suspensão de Liminar foi formulado pelo Município de Rio Grande da Serra, no Estado de São Paulo, contra 43 decisões proferidas com o fim de obrigá-lo a fornecer medicamentos não previstos na lista elaborada pelo SUS. O Município é tão pequeno que não chega a ser uma Comarca, mas sim um foro distrital. Nem por isso foi isento do cumprimento da liminar. Segundo a decisão, o fato dos medicamentos não estarem previstos na lista elaborada pelo SUS é irrelevante.

Ora, é evidente que o município viverá um indesejado desequilíbrio em seu orçamento. Para atender aos 43 pedidos de medicamentos excepcionais é bem provável que faltarão nos seus postos de atendimento seringas, aspirinas, esparadrapos etc. A quebra do plano de cobertura programado para atender 43 pessoas gerará lesão ao direito de todos os demais usuários do local. Resultado: para aqueles a integralidade é plena porque vai além do plano básico; para esses não, porque ela sequer será capaz de garantir o básico. Logo, a proteção à saúde que supostamente deveria ser garantida a toda a população, acaba não o sendo. Que integralidade é essa então?

* * *

4.3. A tutela coletiva como forma de legitimação das demandas contra o SUS

*Anda!
Quero te dizer nenhum segredo
Falo nesse chão, da nossa casa
Vem que tá na hora de arrumar...
Vamos precisar de todo mundo
Um mais um é sempre mais que dois
Prá melhor juntar as nossas forças
É só repartir melhor o pão*

(*O Sal da Terra*. Beto Guedes e Ronaldo Bastos, 1981)

As instabilidades e contradições que acabamos de ver são fatores que colocam em dúvida a legitimidade da judicialização das políticas públicas de saúde. Ao mesmo tempo, porém, a via judicial é uma mola propulsora importante para a promoção de mudanças que nem sempre são levadas à cabo pelos demais poderes. Neste sentido, o exercício responsável da jurisdição é indispensável para a própria evolução da sociedade.

Uma vez feita a análise crítica da jurisprudência cumpre agora investigar qual seria o caminho que permite uma intervenção judicial nas políticas do SUS sem afrontar a Constituição Federal. Cumpre afastar a incerteza, a insegurança e incoerência das decisões judiciais sem imobilizar o Poder Judiciário. Isso seria possível?

Como se verá mais adiante, os valores que parecem mais caros no debate sobre a judicialização de políticas públicas são a igualdade e a democracia. Eles são os pilares do estado democrático de direito. Por isso, a solução judicial mais plausível para que as transformações no SUS ocorram de forma coerente à Constituição consiste na utilização prioritária das tutelas coletivas.

Embora a tutela coletiva não permita um tratamento absolutamente igualitário entre todos os usuários e não permita apurar o pensamento majoritário com a mesma precisão das urnas eleitorais, ela é a ferramenta processual que melhor preserva os princípios democrático e igualitário. No seu contexto, “um mais um” não é apenas quantitativamente “mais que dois” como dizem Beto Guedes e Ronaldo Bastos. É também qualitativamente melhor que dois...

4.3.1. Síntese da crítica à judicialização excessiva das políticas do SUS

O art. 1º, *caput* da Constituição de 1988 prevê que um dos pilares da República Federativa do Brasil é o “estado democrático de direito”, o qual, segundo Luis Roberto Barroso, é a síntese histórica de dois conceitos que são próximos, mas não se confundem: os de constitucionalismo e de democracia. O constitucionalismo transmite essencialmente as idéias de limitação do poder e de supremacia da lei. A democracia, por sua vez, reporta-se à soberania popular, à forma republicana de governo e à vontade da maioria²⁸⁰.

Desta forma, a democracia e o constitucionalismo são duas premissas fundamentais para qualquer manifestação do Poder Judiciário na revisão dos atos praticados pelos demais poderes na área da saúde, já que, em princípio, a competência para fazer regras sobre distribuição e alocação de recursos, como pressupõe a justiça distributiva, é do Legislativo, cabendo sua implementação ao Executivo²⁸¹. Vejamos então cada uma dessas premissas e sua relação com as críticas levantadas no tópico anterior.

O princípio democrático

A Constituição de 1988 foi muito enfática na adoção do formato republicano. Como se não bastasse ter estabelecido tal diretriz logo no art. 1º, estipulou a revisão dessa forma de governo em 1993 e recebeu a confirmação do povo brasileiro mediante plebiscito (art. 2º, ADCT). Mas que significado teria o republicanismo?

Segundo Newton Bignotto, o conceito de república está ligado às idéias de “liberdade política, igualdade entre os cidadãos e a democracia, ou seja, a participação dos cidadãos no âmbito público”²⁸². Essa participação é um elemento fundamental para a análise do republicanismo. Como o poder soberano pertence ao povo (art. 1º, parágrafo único, CF), a participação popular nos poderes do Estado e na definição de seus rumos tornam-se aspectos essenciais da república.

Essa dimensão do republicanismo converge em vários aspectos com o princípio democrático. Embora o conceito de democracia seja histórico e por isso esteja sujeito a

²⁸⁰ BARROSO, L. R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Direito Social, n.º 34, Abril-Junho de 2009. Porto Alegre: Editora Notadez, 2009, p. 18.

²⁸¹ BORGES; UGÁ, 2009, p. 26.

²⁸² BIGNOTTO, N. *Republicanism*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 133.

algumas variações, ele agrega de forma essencial as idéias da célebre formulação de Abraham Lincoln (“é governo do povo, pelo povo e para o povo”).

Daí José Afonso da Silva admitir, com todas as ressalvas que o tratamento conceitual exige de um tema tão complexo, que essencialmente “a democracia é um processo de convivência social em que o poder emana do povo, há de ser exercido, direta ou indiretamente, pelo povo e em proveito do povo”²⁸³. Esses são os valores que o princípio democrático sustenta.

Ora, na construção das diretrizes constitucionais do sistema público de saúde todos esses valores estiveram presentes. O espírito de cidadania permeou as discussões do CEBES na década de 1970 e os debates da 8ª Conferência Nacional de Saúde na década seguinte. A definição dos princípios do SUS foi democraticamente discutida por toda a sociedade nas primeiras etapas da assembléia constituinte, pois contou com a participação de sindicatos, universidades, órgãos de classe e outras entidades, inclusive com apresentação de emendas populares. Foi a sociedade que construiu o SUS.

Por outro lado, esse espírito democrático é constantemente renovado de forma vigorosa pelos Conselhos de Saúde, legalmente responsáveis pela formulação de estratégias e controle da execução das políticas de saúde, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros. A sua representatividade nos municípios do país supere até mesmo o número total de vereadores no território nacional²⁸⁴.

Em suma, a população brasileira expressou-se democraticamente na criação do SUS durante a assembléia constituinte e propôs a forma republicana de governo na Carta, confirmada cinco anos depois em plebiscito. De lá pra cá, em termos de saúde pública, o povo brasileiro tem se manifestado indiretamente na aprovação de leis e decretos pelos poderes legislativo e executivo, respectivamente, e diretamente através dos Conselhos de Saúde. Portanto, existe uma vontade popular muito bem definida que deve ser respeitada.

A confusão que a jurisprudência faz em relação ao conceito de direito público subjetivo e todas as contradições que dela decorrem possui uma explicação: em tese, não existe direito público subjetivo de cobertura a todos os riscos de saúde possíveis e imagináveis. Essa afirmação pode parecer dura pela sua frieza positivista, mas parece ser a mais adequada para compreender o art. 196 da Constituição.

O texto previsto neste dispositivo carrega nitidamente uma norma que não é auto-aplicável. Uma norma, portanto, que não possui eficácia plena. Trata-se de direito fruível

²⁸³ SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 126.

²⁸⁴ ESCOREL; MOREIRA, 2009, p. 36.

segundo as políticas públicas definidas em leis, decretos, resoluções e outros atos administrativos (“garantido mediante políticas sociais e econômicas”). O que está previsto nas políticas públicas torna-se direito público subjetivo. O que não está não pode ser exigido do Estado em qualquer circunstância.

Segundo a tradição de Hans Kelsen, o direito público subjetivo pressupõe mais do que o direito de ação. Ele exige também a existência de um dever a ele correlato acompanhado ainda de sanções aplicáveis em caso de descumprimento a este dever. Nesta perspectiva, os deveres do Estado no âmbito do SUS e as respectivas sanções só ganham vida quando efetivamente implementado por políticas públicas. Logo, em tese, não há direito público subjetivo a prestações do SUS fora dos planos elaborados pelo sistema.

Concluir pelo contrário levaria a admitir que no âmbito da Seguridade Social (Título VIII, Capítulo II) o Poder Judiciário estaria autorizado a criar também, diretamente do texto constitucional, novos benefícios e prestações na Previdência Social (art. 201) e na Assistência Social (art. 203), uma vez que os dispositivos que tratam dessas matérias são em tudo semelhantes à dicção do art. 196 – dependem de lei – e também compõem o sistema de proteção social. A admissão dessa tese conduziria o intérprete ao absurdo e violaria outras regras e princípios presentes na Constituição²⁸⁵. Ora, o mesmo vale para a Saúde.

Desta forma, é a suposição falaciosa da existência de direito público subjetivo do usuário que torna a jurisprudência contraditória e muitas vezes injusta quando ampara alguns cidadãos em detrimento de outros. O art. 196 da Constituição, por si só, permite concluir apenas que existe um direito subjetivo do cidadão contra o Estado quanto à cobertura de riscos já definidos pelo próprio sistema. Está intimamente ligado ao princípio democrático.

O direito subjetivo nasce no instante mesmo em que a sociedade a ele dá à luz, indiretamente através de atos do Legislativo (leis) ou do Executivo (decretos e outros atos) ou diretamente através das deliberações dos Conselhos de Saúde. Não existem deveres do Estado e suas respectivas sanções a não ser quando criados pelas instâncias legislativas. Portanto, não faz sentido sustentar a existência de direito público subjetivo a todas as coberturas possíveis e imagináveis.

A falácia da tese encontrada no pensamento dos Tribunais gera conseqüências hermenêuticas negativas na interpretação de outros princípios setoriais da saúde, entre eles o da integralidade, gerando distorções enormes de tratamento jurídico. Com efeito, cidadãos

²⁸⁵ A Seguridade Social obedece a princípios setoriais bem definidos pelo constituinte, conforme vimos no capítulo 3, dentro os quais a universalidade (art. 194, parágrafo único, I) e a seletividade/distributividade (art. 194, parágrafo único, III), sendo este último um limitador legítimo daquele em virtude da escassez de recursos.

que presumidamente manifestaram sua vontade na definição dos planos e metas do SUS, segundo o regime democrático, podem sofrer revés no acesso ao sistema – e isso de fato ocorre – por conta do descumprimento daquilo que a sociedade já havia acordado.

Ora, não se pode olvidar que o sistema público de saúde convive com limitações orçamentárias. Assim, além dos benefícios e serviços que naturalmente consistem em bens jurídicos indivisíveis, a própria escassez de recursos transforma o plano de benefícios do SUS num bem jurídico indivisível, uma vez que “mexer em um ponto é diretamente – e não indiretamente – mexer em todos os pontos”²⁸⁶.

Por conseguinte, a escassez de recursos é um fator econômico que reforça ainda mais a necessidade de um amplo debate para a definição das prioridades na execução do orçamento. A indivisibilidade do objeto jurídico obriga a sociedade de um modo geral a promover a distribuição dos recursos mediante escolhas democraticamente construídas. A disputa judicial por bens e serviços do SUS nunca é bilateral (usuário x Estado). Ela envolve toda a sociedade porque não dá pra dividir o indivisível. Se a divisão ocorre isso se dá não sem algum risco para a democracia.

Deste modo, torna-se evidente que as manifestações desconcertadas do Poder Judiciário (vistas no tópico anterior) estão intimamente ligadas ao princípio democrático. Não é apenas o universo de usuários do SUS que sofre duro golpe. A democracia é a primeira vítima. As demais violações aos direitos dos usuários são mera consequência. Portanto, sendo a democracia um dos pilares do estado democrático de direito, será preciso encontrar um caminho que supere possíveis violações a ela.

O princípio igualitário

A igualdade entre os cidadãos é outro valor de grande destaque na Constituição de 1988. Aparece expressamente já no seu Preâmbulo e ressurge, de forma estratégica, logo na abertura do catálogo dos direitos fundamentais inscritos no Capítulo I do Título II (art. 5º, *caput*). No âmbito da Seguridade Social, a igualdade está implícita nas diretrizes traçadas pelo constituinte no art. 194, parágrafo único, e especificamente no caso da saúde pública, vem regulada com bastante ênfase no art. 196 (“acesso universal e igualitário”).

O princípio do acesso igualitário aos benefícios e serviços do SUS deve ser compreendido na perspectiva dos planos e metas elaborados pelo sistema. Tem seu

²⁸⁶ LOPES, 2006, p. 172.

significado jurídico nas normas infraconstitucionais que o implementam. Procura-se com ele repelir tratamento jurídico desigual a usuários que se encontram nas mesmas situações. Em suma, a igualdade é de acesso ao que está disponível. Qualquer tipo de privilégio concedido pelo Estado em casos pontuais é vedado se não houver uma justificativa constitucionalmente aceitável.

Desta forma, é possível vislumbrar uma aproximação muito significativa entre os princípios da legalidade e da igualdade. Nem poderia ser diferente. Quando a lei é utilizada para colocar em prática as tarefas do Estado de forma genérica e abstrata – portanto impessoal – ela acaba automaticamente por preservar a igualdade entre os cidadãos.

As distinções, quando existem, devem ser feitas no bojo das próprias leis para que depois o Estado não cometa qualquer discriminação sem o amparo delas. Desde que as discriminações sejam estipuladas democraticamente pela sociedade e atendam aos valores constitucionalmente consagrados por ela, as leis serão a garantia de tratamento igualitário. O estado de direito abomina os casuísmos e os privilégios injustificados e o mecanismo que lhe dá apoio é justamente o uso das leis. Neste sentido, o respeito à legalidade significa respeito à igualdade.

As confusões que encontramos na jurisprudência e os desdobramentos que elas acarretam possuem uma explicação também pelo viés da igualdade. Em primeiro lugar, explicam-se em parte pelo demasiado afastamento da legalidade em nome da adoção de princípios constitucionais numa perspectiva repleta de subjetivismos. Sendo a legalidade um mecanismo jurídico que preserva o tratamento igualitário, a tendência natural é que quanto maior a distância entre as decisões judiciais e a padronização feita pela legislação infraconstitucional maior será o risco de lesão à igualdade.

O manejo de princípios é uma realidade do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se de técnica hermenêutica que possui grande valor porque é capaz de gerar transformações sociais importantes ao permitir a flexibilização das normas pelo intérprete com vistas a uma aplicação mais justa do direito. Os neoconstitucionalistas sustentam que as cláusulas constitucionais, por terem conteúdo aberto e dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que tradicionalmente a dogmática jurídica procurou lhes dar, sendo elas, na verdade, apenas uma mera moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas.

Todavia, esse modelo principiológico é saudável quando praticado com responsabilidade. Neste sentido, a doutrina parece estar atenta aos desvios que o uso

desproporcional dos princípios pode suscitar. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, por exemplo, manifesta-se de forma contrária à flexibilização excessiva das regras.

Segundo o mestre das Arcadas, a tese dos neoconstitucionalistas quanto às diferentes possibilidades interpretativas “traz implícito que o intérprete entre elas livremente escolhe”²⁸⁷, quando, na verdade, esse suposto poder não foi entregue aos magistrados. Em seguida, conclui que

é bem próprio do neoconstitucionalismo sustentar a superação da regra pelo princípio. Isso não pode significar outra coisa senão que o aplicador do direito pode ignorar a regra expressa na lei – na lei expressão da vontade geral, portanto da democracia, pelo que lhe parece a conveniente adequação do princípio ao caso. Esse menosprezo da lei contraria o art. 6º da Declaração de 1789, que concebe a soberania popular manifestando-se pela lei e sua supremacia²⁸⁸.

Neste trabalho, Manoel Gonçalves menciona explicitamente trechos do famigerado artigo intitulado *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, de autoria de Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, publicado no ano de 2003, no qual ambos os autores defendem de forma eloquente as novas linhas da hermenêutica constitucional.

Porém, o próprio Luis Barroso, em trabalho voltado ao problema da judicialização excessiva em matéria de fornecimento de medicamentos pelo SUS, publicado em 2009, aponta a necessidade de se impor algumas restrições quanto ao uso dos princípios no direito brasileiro por conta de desvios da jurisprudência.

Conforme Barroso, a tese da força normativa da Constituição e o novo papel dos princípios contribuíram bastante para a efetividade dos direitos sociais. Mas há necessidade de se estabelecer limites racionais para balizar esse processo de participação mais incisiva do Poder Judiciário, já que o sistema

começa a apresentar sintomas graves de que pode morrer da cura, vítima do excesso de ambição, da falta de critérios e de voluntarismo diversos (...) proliferam decisões extravagantes ou emocionais, que condenam a Administração ao custeio de tratamentos irrazoáveis – seja porque inacessíveis, seja porque destituídos de essencialidade, bem como de medicamentos experimentais ou de eficácia duvidosa, associados a terapias alternativas (...) Tais excessos e inconsistências não são apenas problemáticos em si. Eles põem em risco a própria continuidade das políticas de saúde

²⁸⁷ FERREIRA FILHO, M. G. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. Revista de Direito Administrativo. Vol. 250. Janeiro-Abril de 2009. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 162.

²⁸⁸ FERREIRA FILHO, 2009, p. 160.

pública. Trata-se de hipótese típica em que o excesso de judicialização das decisões políticas pode levar à não realização prática da Constituição Federal. Em muitos casos, o que se revela é a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade da cidadania²⁸⁹.

Ao lado da aplicação desproporcional dos princípios constitucionais, as incoerências da jurisprudência podem ser explicadas, em segundo lugar, pela existência de muitas demandas de caráter individual contra o SUS. A superação da legalidade sem critérios objetivos aliado ao uso de ações individuais produz como resultado uma enorme quebra da igualdade, pois enquanto alguns usuários recebem tratamento privilegiado outros permanecem na cobertura básica, e às vezes até mesmo sem ela!

A questão principal dessa distorção não é propriamente a de obrigar (ou não) o Estado a custear tratamentos fora da lista do SUS. Não é isso que está em jogo. O ponto crucial a respeito de decisões contraditórias é o fato de serem emanadas de uma esfera de poder inadequada para deliberações desta natureza, e além disso, não virem acompanhadas de critérios objetivos que permitam a abertura de exceções pontuais em situações semelhantes através de uma sistematização doutrinária capaz de criar um quadro jurídico do que se pode considerar ‘excepcional’, a fim de que os atendimentos privilegiados se consumem de forma legítima.

A permissão de tratamentos no exterior é um estereótipo da quebra da igualdade, pois, em verdade, o deferimento individual a procedimentos não elencados entre os serviços do SUS, no exterior ou no Brasil (cirurgias, exames, dispensa de medicamentos de alto custo etc) parece carecer de legitimidade se condicionarmos qualquer evolução do sistema ao adequado atendimento básico a toda a população. Assim, a não ser que haja uma justificativa muito forte capaz de colocar em condição de igualdade o usuário que será privilegiado, qualquer progresso na cobertura do SUS não deveria ser permitida enquanto permanecer deficitária a estrutura básica de atendimento.

Se não obedecerem a critérios e prioridades de forma objetiva, a hermenêutica principiológica aliada à judicialização individual podem trazer ainda outros desdobramentos que geram quebra da igualdade, como é o caso da interpretação que se tem dado aos princípios da integralidade e da prioridade à prevenção. Em tese, não se pode colocar em colapso todo o atendimento básico e emergencial por conta do fornecimento de medicamento a um grupo de usuários. Não se pode tampouco obrigar o SUS a fazer a feira para um cidadão

²⁸⁹ BARROSO, L. R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Direito Social, n.º 34, Abril-Junho de 2009. Porto Alegre: Editora Notadez, 2009, p. 12-13.

semanalmente. Tais situações só seriam compatíveis com o princípio igualitário mediante a demonstração de fortes razões jurídicas. Enquanto o SUS se preocupa com a igualdade de acesso aos seus programas, mediante a edição de normas impessoais – portanto igualitárias – a jurisprudência, a pretexto de dar amparo ao direito à saúde, tolhe essa diretriz.

Em suma, como se pode observar, as incoerências encontradas na jurisprudência podem ser reduzidas à violação de dois princípios fundamentais: igualdade e democracia. Como ambos são os pilares do estado democrático de direito, será preciso encontrar um caminho que supere as dificuldades apresentadas acima. Mas o diagnóstico aqui feito não pode implicar numa imobilização do Poder Judiciário. A judicialização é indispensável para a evolução do serviço público de saúde.

Como poderia o Judiciário manter as intervenções nas políticas do SUS sem colocar em risco o estado democrático de direito? Qual seria o caminho para a preservação do princípio democrático? Como garantir que a judicialização não ofenda a igualdade? É possível falar em direito público subjetivo diante das dificuldades colocadas pelo art. 196? Essas perguntas possuem uma resposta: a tutela coletiva.

4.3.2. A superação da crítica pela tutela coletiva

A partir do momento em que a dicotomia direito público-privado tornou-se insuficiente e exigiu do legislador um tratamento conceitual inovador com regulação dos denominados direitos ou interesses transindividuais, surgiu também de forma concomitante a necessidade de um tratamento jurídico processual para a sua proteção.

Na verdade, os direitos ou interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos sempre existiram de fato embora não tivessem o amparo da lei. Mas à medida que o legislador foi estabelecendo mecanismos de proteção a esse novo universo de direitos, a disciplina processual ganhou um capítulo novo: a tutela coletiva.

O primeiro tratamento legal da matéria se deu com a criação da ação popular pela Lei n.º 4.717/65, seguida depois pela criação da ação civil pública com a Lei n.º 7.347/85. O Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) consagrou as ações coletivas nos moldes das *class actions* norte-americanas e estabeleceu um sistema de diálogo com a Lei n.º 7.347/85, fazendo com que uma seja aplicável supletivamente em relação à outra e vice-versa.

Mais ais recentemente o mandado de segurança coletivo ganhou disciplina através da Lei n.º 12.016/09.

A respeito dessas mudanças na legislação, Ricardo de Barros Leonel comenta que houve o reconhecimento formal de que o acesso individual dos lesados à Justiça fosse substituído por um processo coletivo, não apenas para evitar decisões contraditórias e conduzir a uma solução mais eficiente da lei, mas também para que o processo fosse exercido de uma só vez em proveito de todo o grupo lesado²⁹⁰.

Ora, a idéia do exercício da jurisdição “de uma só vez em proveito de todo o grupo” é um elemento fundamental para a superação dos questionamentos feitos no tópico anterior, pois a tutela coletiva parece preencher a necessidade de um tratamento mais democrático e igualitário na judicialização do SUS. Existe uma íntima relação entre as dificuldades encontradas na judicialização da saúde e a possibilidade de sua superação pelas tutelas coletivas.

Cumprе esclarecer, primeiramente, que não incluímos a ação popular na abordagem do tema. Como é sabido, seu propósito é a anulação de atos administrativos lesivos ao patrimônio público, à moralidade, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. Tendo em vista que o foco do trabalho é a judicialização das políticas do SUS para fins de melhoria qualitativa ou quantitativa dos seus serviços e benefícios, elas nos parece mais distante deste foco que as demais ações coletivas.

É evidente que o uso da ação popular mostra-se hábil para preservar o aspecto patrimonial das políticas do SUS. E isso pode estar relacionado à melhoria dos seus serviços. Reconhecemos também que a abertura de proteção envolvendo o meio ambiente pode ter pontos de contato com a saúde. Mas não é através da ação popular que os usuários do SUS postulam medicamentos, cirurgias, exames etc. Portanto, os aspectos ligados ao princípio democrático e ao princípio igualitário serão abordados tendo como referência a ação civil pública (Lei n.º 7.347/85), as ações coletivas do CDC (Lei n.º 8.078/90) e o mandado de segurança coletivo (Lei n.º 12.016/09).

Segundo Luis Roberto Barroso, “não há efetividade possível da Constituição, sobretudo quanto à sua parte dogmática, sem uma cidadania participativa”²⁹¹. Essa premissa é fundamental para a análise das intervenções judiciais no SUS. Da mesma forma que a sociedade civil ajudou o construir o direito à saúde no texto constitucional, ela também é

²⁹⁰ MAZZILI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 48.

²⁹¹ BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 127.

responsável por dar efetiva concretização aos ditames ali positivados. A correção de falhas no sistema, a propositura de novas políticas e a exigência de melhorias não dependem apenas do Estado. Dependem também da própria sociedade.

Neste sentido, uma visão sobre o rol dos legitimados ativos para as três formas de tutela coletiva apontadas pode lançar alguma luz sobre os problemas enfrentados na judicialização quanto ao princípio democrático. Os legitimados para a ação civil pública vêm inscritos no art. 5º da Lei n.º 7.347/85:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

(...)

A listagem acima não difere muito dos legitimados previstos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, até porque, em função do sistema de trocas entre as duas leis previsto no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, as diferenças pontuais acabam perdendo maior relevância. De qualquer forma, os legitimados para as ações coletivas do CDC são os seguintes:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público;

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

(...)

Por fim, para a impetração do mandado de segurança coletivo os legitimados ativos são aqueles previstos no art. 5º, LXX da Carta e repetidos pelo legislador ordinário no art. 21 da Lei n.º 12.016/09:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus

interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial

Pela leitura dos dispositivos é fácil perceber o quanto o Estado estimula a participação da sociedade em discussões de cunho jurídico e também político, pois o controle judicial não recai apenas sobre atos administrativos vinculados que inobservam a legalidade. A doutrina e a jurisprudência já admitem a possibilidade de controle de atos discricionários contrários à moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e outros princípios constitucionais.

A importância reconhecida às associações, entidades de classe e sindicatos é o maior indicador da relação cada vez mais próxima entre sociedade e Estado. Nos dizeres de Rodolfo Mancuso, “hoje se reconhece que a ação judicial, quando se trata de interesses supraindividuais, é uma forma de participação comunitária na gestão da coisa pública”²⁹².

Por outro lado, o tratamento igualitário feito pelo Código de Defesa do Consumidor no art. 81 entre ‘interesses’ e ‘direitos’ revela que mesmo a “falta de um específico direito substantivo ou material positivado não é impedimento, no Brasil, para que qualquer demanda coletiva seja apreciada institucionalmente pela via da ação civil pública ou equacionada por meio das técnicas extraprocessuais de tutela coletiva”²⁹³. Numa democracia não apenas os direitos são tutelados. Os interesses em geral podem merecer a atenção do Estado e receber dele acolhimento formal na forma de uma regulamentação por lei que dará nascimento a direitos.

É justamente por permitir essa participação da sociedade que o CDC faz uso indistinto dos termos ‘direitos’ e ‘interesses’, deixando claro que é legítimo às entidades de classe, às associações e sindicatos postularem do Estado a formalização de seus interesses. A respeito do exercício da cidadania pela sociedade através das tutelas coletivas, Sepúlveda Pertence já observou que

dos sindicatos de trabalhadores às corporações empresariais e às ordens de diversas profissões, dos partidos às entidades de lobby de toda espécie, das sociedades de moradores às associações ambientalistas, dos centros de estudo aos agrupamentos religiosos, das minorias organizadas aos movimentos feministas – tudo são formações sociais, reconhecidas, umas e outras, condutos reputados imprescindíveis à manifestação das novas dimensões da

²⁹² MANCUSO, R. C. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 133.

²⁹³ GAVRONSKI, A. A. *A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente “in” MILARÉ, É (Org.) A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, 56.

democracia contemporânea, dita democracia participativa, e fundada não mais na rígida separação, sonhada pelo liberalismo individual da primeira hora, mas na interação cotidiana entre o Estado e a sociedade”²⁹⁴.

Essa interação cotidiana acaba por legitimar as reivindicações feitas por tais entidades pela razão mesma de que ocorrem sempre numa ótica coletiva, isto é, envolvendo grupos de pessoas interessadas em determinado bem jurídico. A reivindicação de natureza coletiva, justamente pelo fato de carregar um viés democrático, permite ao Poder Judiciário dar vazão para os anseios sociais quando isso for possível do ponto de vista constitucional.

Através de uma democracia participativa não se pretende revolucionar a estrutura política estabelecida, mas sim torná-la mais eficiente e transparente. Não se trata de autorizar que o Poder Judiciário invada a seara dos outros. A reivindicação de interesses através da tutela coletiva significa apenas que os outros poderes não estão tutelando esses interesses – ou não o estão fazendo eficazmente e em tempo oportuno²⁹⁵.

Desta forma, as reivindicações sociais organizadas em grupos parecem superar as inconsistências que a intervenção judicial em demandas individuais acarreta para o princípio democrático. E aqui não há qualquer contradição em relação a tudo quanto já foi exposto, pois o caráter coletivo da postulação é um fator que legitima a atuação do Judiciário.

No caso do SUS, não se pode falar em direitos públicos subjetivos em qualquer situação. Mas isso numa perspectiva individual. Não existe direito público subjetivo segundo a visão tradicional que se tem nas relações jurídicas envolvendo apenas indivíduos no âmbito do direito privado, esfera, aliás, de onde nasceu o próprio conceito de direito público subjetivo. Porém, na relação entre a sociedade e o Estado é perfeitamente possível vislumbrar a construção de direitos públicos subjetivos, conforme alertava Celso Antonio Bandeira de Mello já na década de 1980.

Ciente da mudança de ares que a democracia traz, o mestre naquela ocasião apontava a necessidade de uma revisão do conceito de direito subjetivo, nascido no âmbito do Direito Privado e não inteiramente adaptado para o âmbito do Direito Público. Segundo o jurista,

“a visão tradicional do direito subjetivo, montada em vista de relações privadas, não teve sob seu foco de mira relações de direito público ou situações de direito público que se marcam pelo específico propósito de

²⁹⁴ PERTENCE, S. *apud* LEAL, M. F. M. *A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 35, 1995, p. 182.

²⁹⁵ MANCUSO, R. C. M. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 130-134.

assujeitar o Estado a um completo respeito aos interesses dos indivíduos, mas cuja compostura evidentemente não é idêntica ao universo de situações despertadas pelas relações entre particulares”²⁹⁶.

É evidente que o ambiente do direito público não é o mesmo do direito privado. Todavia, na linha de Bandeira de Mello, é preciso “alargar a visão tradicional de direito subjetivo para colocar em seus quadrantes um universo tão compreensivo quanto aquele que possui em relação ao direito privado, dando-lhe igual nível de funcionalidade em ambos os ramos do Direito”²⁹⁷.

Assim, em respeito aos princípios constitucionais aplicáveis especificamente ao capítulo da Seguridade Social e, mais notadamente à seção que trata da saúde pública, as alterações realizadas pelo Poder Judiciário nas políticas do SUS podem ter a sua legitimidade garantida pela dimensão democrática na postulação, até porque a discussão a respeito do uso dos recursos exige um ambiente participativo de todos os interessados. Portanto, os legitimados ativos para as ações coletivas satisfazem a dimensão democrática exigida na judicialização da saúde pública.

A sociedade organizada preenche esse pressuposto de legitimação. Deste modo, quando as demandas envolvendo a saúde pública são coletivas não se mostra equivocado falar em direito público subjetivo porque é sociedade que está procurando construir o direito. É ela que está buscando ampliar os benefícios e serviços da saúde. É a coletividade que está lutando para a evolução do sistema. A participação da sociedade através das tutelas judiciais coletivas aproxima as demandas do princípio democrático e se mostram adequadas – porque mais compatíveis – para a preservação do estado democrático de direito.

Desta maneira, a primeira grande crítica vista no tópico anterior parece ter uma solução possível nas tutelas coletivas. Mas o caminho percorrido até aqui ainda não basta para legitimar a judicialização no SUS. É preciso que os efeitos das decisões tomadas pelo Poder Judiciário atinjam a sociedade de uma forma geral de modo a evitar violações graves ao princípio igualitário.

Segundo Patrícia Werner, pela natureza plural do debate ligado à escolha de prioridades na alocação de recursos da saúde pública “tais regras, pela sua generalidade, não podem ser definidas para um só caso”²⁹⁸. Portanto, as decisões judiciais tomadas com o propósito de alterar tais planos devem ter seus efeitos também numa extensão genérica.

²⁹⁶ MELLO, C. A. B. de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

²⁹⁷ MELLO, 2009, p. 42

²⁹⁸ LOPES, 2006, p. 132.

Ora, analisando-se os efeitos das sentenças proferidas nas ações coletivas é possível vislumbrar uma luz para os problemas enfrentados na judicialização quanto ao princípio igualitário. No que tange à ação civil pública, o art. 16 da Lei n.º 7.347/85 prevê:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Embora o legislador tenha explicitado que o efeito *erga omnes* sofre limitação da competência territorial do órgão julgador, tema polêmico que abordaremos adiante, o fato é que a intenção da Lei n.º 7.347/85 foi estender a decisão para todos os indivíduos envolvidos com o direito ou interesse buscado na ação.

O Código de Defesa do Consumidor, por sua vez, foi mais preciso na previsão dos efeitos da sentença porque seu art. 103 explicita a abrangência da decisão judicial para cada espécie de direito ou interesse transindividual:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:

I - *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;

II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;

III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.

(...)

No caso da Lei n.º 12.016/09, o legislador expressamente excluiu direitos e interesses difusos da proteção através do mandado de segurança coletivo. Em tese, a restrição legal implica dizer que as sentenças proferidas neste tipo de tutela não podem ter efeitos *erga omnes*. Produzem apenas efeitos *ultra partes*. É o que se infere da leitura conjunta do art. 21, parágrafo único e do art. 22:

Art. 21 (...)

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22. No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

Ocorre que as restrições impostas pelo legislador no mandado de segurança coletivo (art. 22, Lei n.º 12.016/09) e na ação civil pública (art. 16, Lei n.º 7.347/85), que, por sua vez, podem atingir qualquer ação coletiva por força do art. 21 da mesma lei, não fazem o menor sentido se tomarmos por base o próprio conceito de direitos ou interesses difusos.

Conforme lição dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 81 oferece uma definição legal dos direitos transindividuais, a chave para a compreensão dos direitos ou interesses difusos é a premissa de que no aspecto subjetivo seus titulares são indeterminados e não possuem relação jurídica base, ao passo que no aspecto objetivo o bem jurídico tutelado é indivisível²⁹⁹.

Portanto, o que vai proporcionar o efeito *erga omnes* para as decisões tomadas em ações coletivas é muito mais a característica natural do bem jurídico tutelado e seus titulares do que as restrições artificialmente positivadas pelo legislador. Se um sindicato busca tutelar a segurança dos bancários através de medida judicial que obriga as agências bancárias a adotarem nova tecnologia de travamento de porta com detector de metais, e se tal direito é reconhecido judicialmente, não se terá aí a segurança apenas como direito coletivo da categoria mas também como direito difuso de qualquer cidadão que venha adentrar as agências bancárias³⁰⁰. Se o bem jurídico é indivisível (segurança) e seus titulares são indeterminados (qualquer pessoa que entre na agência), então estamos diante de um direito difuso.

A mesma situação pode ocorrer no âmbito da saúde pública. Se uma associação ou sindicato provocarem o Judiciário a rever qualquer medida de prevenção envolvendo a vigilância sanitária ou epidemiológica (art. 200, II, CF), os efeitos da decisão obviamente não alcançarão apenas os associados ou trabalhadores daquelas entidades porque naturalmente os

²⁹⁹ GRINOVER; WATANABE; NERY JUNIOR, 2011, p. 71.

³⁰⁰ SANTOS. R. L. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003, p. 88.

direitos envolvidos são difusos, já que se referem a bens jurídicos indivisíveis e de titularidade indeterminada.

Como se não bastassem as restrições vistas acima e suas inconsistências, a Medida Provisória n.º 2.180-35, de 2001, incluiu o art. 2º-A da Lei n.º 9.494/97 para dar tratamento ainda mais específico às condenações da Fazenda Pública nas ações coletivas³⁰¹. O referido dispositivo prevê que:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

É fácil notar que o art. 2-A da Lei n.º 9.494/97 sofre do mesmo mal dos dispositivos analisados acima. Com efeito, no caso da tutela dos direitos difusos provocada por associações ele impõe uma restrição impossível de ser cumprida. Tenta transformar em direito individual homogêneo ou coletivo aquilo que naturalmente é difuso. Tenta reduzir os efeitos de uma decisão que naturalmente é *erga omnes*. Confunde novamente competência territorial com os limites subjetivos da coisa julgada.

Conforme aponta Nelson Nery Junior de forma bastante irônica, referindo-se ao art. 16 da Lei n.º 7.347/85, alterado pela Medida Provisória 1.570, “o Presidente da República confundiu limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, por exemplo, a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado”³⁰². Raciocínio semelhante pode ser feito em relação ao art. 2º-A da Lei n.º 9.494/97.

Ora, se no aspecto subjetivo da coisa julgada tem-se uma titularidade indeterminada então o efeito *erga omnes* é mera consequência natural. Desta forma, as restrições impostas às decisões coletivas não se sustentam. De nada adianta a fixação artificial de limites territoriais para a fruição de um bem jurídico que, por sua própria natureza, desborda de tais limites e permite a fruição por titulares indeterminados.

Em análise que procura dar coerência ao art. 16 da Lei n.º 7.347/85 – e por consequência ao art. 2º-A da Lei n.º 9.494/97 – Teori Albino Zavascki visualiza o dispositivo da Lei da Ação Civil Pública sob o duplo de enfoque de interesses. Para ele, a aplicação do art. 16 pressupõe uma diferenciação importante. De um lado, o julgador pode se deparar com

³⁰¹ É o caso da judicialização das políticas do SUS.

³⁰² NERY JUNIOR, N. *apud* MANCUSO, 2011, p. 339.

direitos essencialmente coletivos (difusos e coletivos) ou com direitos episodicamente coletivos (individuais homogêneos). A partir dessa distinção, prossegue o jurista, é possível compreender o alcance da norma da seguinte forma:

No primeiro caso, não há como cindir territorialmente a qualidade da sentença ou da relação jurídica nela certificada. Observa-se que, tratando-se de direitos transindividuais, a relação jurídica litigiosa, embora com pluralidade indeterminada de sujeitos no seu pólo ativo, é única e incindível (indivisível). Como tal, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela (...) No segundo caso, em se entendendo que o citado dispositivo se vocaciona a limitar a eficácia subjetiva da sentença (e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juiz), a norma do art. 16 da Lei n.º 7.347/85 produz algum sentido. É que, nesse caso, o objeto do litígio são direitos individuais e divisíveis (...) Aqui sim é possível cindir a tutela jurisdicional por critério territorial, já que as relações jurídicas em causa admitem divisão³⁰³

A jurisprudência parece trilhar o rumo do que acabamos de expor acima. Não existe uma posição definitiva do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria porque quando o art. 16 da Lei da Ação Civil Pública, inserido pelo art. 3º da Medida Provisória n.º 1.570, de 26/03/1997, foi objeto de impugnação no STF através da ADI 1.576, a ação acabou perdendo seu objeto com a conversão da referida medida provisória em lei.

O Superior Tribunal de Justiça já enfrentou o tema. Embora o seu Órgão Especial tenha se manifestado favoravelmente à atual redação do art. 16 da LACP no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 411.529, DJ 24/03/2010³⁰⁴, em julgamento, no bojo do Recurso Especial 1.243.386, DJ 26/06/2012, a 3ª Turma manifestou-se contrária à limitação dos efeitos da sentença em função da competência territorial do juízo, referindo-se não apenas à Lei n.º 7.347/85 como também à Lei n.º 9.494/97. Eis a ementa que inovou³⁰⁵ na matéria:

EMENTA: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA AJUIZADA POR SINDICATO. SOJA TRANSGÊNICA. COBRANÇA DE ROYALTIES. LIMINAR REVOGADA NO JULGAMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO DA AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE DO SINDICATO. PERTINÊNCIA TEMÁTICA. EFICÁCIA DA DECISÃO. LIMITAÇÃO À CIRCUNSCRIÇÃO DO ÓRGÃO PROLATOR.

³⁰³ ZAVASCKI, T. A. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006, p. 80.

³⁰⁴ Até o mês de janeiro de 2014 o caso ainda se encontrava pendente de apreciação pela Corte Especial.

³⁰⁵ Em função da divergência, a matéria deve ser levada novamente à Corte Especial..

1. O alegado direito à utilização, por agricultores, de sementes geneticamente modificadas de soja, nos termos da Lei de Cultivares, e a discussão acerca da inaplicabilidade da Lei de Patentes à espécie, consubstancia causa transindividual, com pedidos que buscam tutela de direitos coletivos em sentido estrito, e de direitos individuais homogêneos, de modo que nada se pode opor à discussão da matéria pela via da ação coletiva.

2. Há relevância social na discussão dos royalties cobrados pela venda de soja geneticamente modificada, uma vez que o respectivo pagamento necessariamente gera impacto no preço final do produto ao mercado.

(...)

4. A Corte Especial do STJ já decidiu ser válida a limitação territorial disciplinada pelo art. 16 da LACP, com a redação dada pelo art. 2-A da Lei 9.494/97. Precedente. Recentemente, contudo, a matéria permaneceu em debate.

5. A distinção, defendida inicialmente por Liebman, entre os conceitos de eficácia e de autoridade da sentença, torna inóqua a limitação territorial dos efeitos da coisa julgada estabelecida pelo art. 16 da LAP. A coisa julgada é meramente a imutabilidade dos efeitos da sentença. Mesmo limitada aquela, os efeitos da sentença produzem-se erga omnes, para além dos limites da competência territorial do órgão julgador.

6. O art. 2º-A da Lei 9.494/94 restringe territorialmente a substituição processual nas hipóteses de ações propostas por entidades associativas, na defesa de interesses e direitos dos seus associados. A presente ação não foi proposta exclusivamente para a defesa dos interesses trabalhistas dos associados da entidade. Ela foi ajuizada objetivando tutelar, de maneira ampla, os direitos de todos os produtores rurais que laboram com sementes transgênicas de Soja RR, ou seja, foi ajuizada no interesse de toda a categoria profissional. Referida atuação é possível e vem sendo corroborada pela jurisprudência do STF. A limitação do art. 2-A, da Lei nº 9.494/97, portanto, não se aplica.

7. Recursos especiais conhecidos. Recurso da Monsanto improvido. Recurso dos Sindicatos provido.

Parece-nos que a nova visão do STJ vai ao encontro do verdadeiro espírito da tutela coletiva. Além de ser tecnicamente inviável a limitação dos efeitos da sentença proferida em ação coletiva, é preciso destacar que esse tipo de tutela propicia o acesso à justiça de um largo espectro de conflitos metaindividuais. Portanto, não pode a decisão coletiva ter mitigada a eficácia expandida da coisa julgada, porque do contrário, em vez de se pacificar o conflito, se acabará por prolongá-lo ou acirrá-lo³⁰⁶.

No caso do SUS, não se trata apenas de prolongamento ou acirramento do litígio. A negativa de efeitos *erga omnes* provoca desarranjos no acesso igualitário dos usuários aos serviços e benefícios deferidos judicialmente. Logo, em se tratando de bem jurídico indivisível e de titularidade indeterminada, a extensão dos efeitos a todos os usuários

³⁰⁶ MANCUSO, 2011, p. 352

do sistema mostra-se muito mais adequada para as intervenções judiciais na área da saúde pública. É o efeito *erga omnes* que preserva o princípio igualitário.

Outro não é o entendimento de Luis Roberto Barroso, o qual, discorrendo sobre as vantagens das ações coletivas que pleiteiam a dispensação de medicamentos pelo SUS, afirma que a decisão eventualmente tomada no âmbito de uma ação coletiva ou de controle abstrato de constitucionalidade, ao produzir efeitos *erga omnes*, preserva a igualdade e universalidade no atendimento da população³⁰⁷.

Na mesma linha, Patrícia Werner afirma que “ao invés de várias ações de cunho individual, seria mais justo questionar de forma coletiva, por exemplo, a necessidade de atualização de um Protocolo Clínico já existente, provocando a modificação de uma política pública em benefício de todos os portadores da mesma doença”³⁰⁸.

De qualquer maneira, independentemente das controvérsias em torno do art. 16 da Lei n.º 7.347/85, do art. 2-A da Lei n.º 7.347/85 e do art. 22 da Lei n.º 12.016/09, as restrições presentes nesses dispositivos não invalidam o caráter mais igualitário das decisões proferidas em ações coletivas. A limitação aos efeitos *erga omnes* em tais decisões não infirma o seu alcance coletivo ao menos a uma categoria, classe ou grupo, ou ainda, aos limites territoriais de competência do juízo.

Se não há uma concretização plena do princípio igualitário pelas limitações expostas acima, não é menos verdade que a participação da sociedade através das tutelas coletivas mostra-se mais compatível a esse princípio do que as demandas individuais. As ações coletivas foram criadas, entre outros motivos, justamente para ampliar o alcance de suas decisões. E quanto a este ponto, embora com as limitações já mencionadas, as Leis n.º 7.347/85, 8.078/90 e n.º 12.016/09 parecem chegar a esse objetivo.

Por outro lado, como anota Maria Paula Bucci, é importante que tutela coletiva não tenha os efeitos sociais avaliados apenas numa perspectiva imediatista. Segundo a especialista, “é menos importante o resultado de cada ação civil pública, em si, que a alteração de cultura que vá se produzir acerca da tutela dos interesses coletivos, individuais homogêneos ou difusos e sua repercussão para a superação de uma cultura privatista, isto é,

³⁰⁷ BARROSO, L. R. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Direito Social, n.º 34, Abril-Junho de 2009. Porto Alegre: Editora Notadez, 2009, p. 40.

³⁰⁸ WERNER, 2008, p. 110.

individualista e patrimonialista do direito”³⁰⁹. Nesta linha, a mudança de postura do Poder Judiciário passa por uma reflexão mais profunda sobre a utilidade da tutela coletiva.

Deste modo, as duas críticas essencialmente extraídas da jurisprudência sobre a judicialização do SUS – violações à democracia e à igualdade – têm nas tutelas coletivas a possibilidade de sua superação. A legitimação da sociedade para intervir nas escolhas políticas dos governos e a possibilidade de efeitos igualitários para toda a população nas decisões judiciais parecem preencher as exigências do estado democrático de direito. Parafrazeando Beto Guedes, a tutela coletiva permite “*melhor juntar as nossas forças*” e “*repartir melhor o pão*”.

* * *

³⁰⁹ BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 32.

CONCLUSÃO

O sistema único de saúde foi efetivamente implantado pela Lei n.º 8.080/90. Possui pouco mais de 23 anos. É jovem e ao mesmo tempo possui uma extensão nacional. É generoso se comparado à situação anterior a 1990, mas convive com a limitação de recursos financeiros. O seu progresso requer boa gestão e esta, por sua vez, depende da alocação racional de recursos a benefícios e serviços que tenham maior prioridade e atendam ao maior número possível de cidadãos. Essa é a fórmula que compatibiliza a universalidade com a seletividade (art. 194, parágrafo único, I e III) e o bem-estar com a justiça social (art. 193).

Por outro lado, os princípios constitucionais que informam o SUS possuem um sentido técnico que não pode ser desprezado pelos juristas. As diretrizes da integralidade e da prioridade à prevenção são estipuladas pela Medicina Coletiva para obrigar o Estado a adotar políticas de saúde mais eficientes para toda a população. A matéria transcende a ciência jurídica. No caso do Brasil, um olhar sobre a história da saúde revela fases alternadas de negligência ora quanto à prevenção, ora quanto à assistência curativa, obrigando o constituinte e todos os seus interlocutores na década de 1980 a superarem a dicotomia prevenção-cura, priorizando, entretanto, as medidas preventivas.

Além disso, o gestor do SUS deve observar rigoroso respeito aos dois pilares do estado democrático de direito (democracia e igualdade). Como as verbas para a saúde são esgotáveis e a demanda é grande, algumas escolhas inevitavelmente devem ser feitas pelo Estado através de órgãos do Legislativo e do Executivo. As leis, decretos e atos administrativos produzidos implicam tratamento genérico e abstrato da matéria. São normas produzidas em ambiente democrático e caracterizadas pela impessoalidade, atingindo, portanto, de forma indistinta todos os usuários.

O capítulo da Constituição dedicado ao SUS de certa forma reproduz os pilares do estado democrático de direito ao prever que o acesso aos benefícios e serviços será igualitário (art. 196) e que a gestão terá a participação da comunidade (art. 198, II e art. 194, parágrafo único, VII). Assim, tanto a construção das políticas de saúde quanto a sua revisão devem ser pautadas nessas diretrizes. Se todos os usuários serão atingidos pelas escolhas que necessariamente devem ser feitas, então a deliberação há de ser coletiva. Fugir desse esquema leva à quebra do estado democrático de direito e, por conseqüência, à ruptura com a Carta.

O controle das políticas do SUS pelo Poder Judiciário, em tese, não infirma as diretrizes do constituinte. Ao contrário, podem atentar para situações pontuais ignoradas de

modo injustificável pelos gestores. Podem voltar-se à correção de escolhas técnicas feitas de forma equivocada. E podem ainda contribuir para a melhoria do sistema quando o Executivo e o Legislativo elegeam caminhos pouco eficientes para a alocação dos recursos. Em suma, a via judicial de intervenção é também uma ferramenta indispensável para o progresso do sistema.

Não existe *a priori* qualquer contradição nesta possibilidade de avanços no SUS mediante a judicialização. Conforme Sérgio Resende de Barros, “na transformação dos fatos do mundo pelos atos do homem, a forma do presente é a reforma do passado que conforma o futuro. Nessa reconformação, ora mais, ora menos, toda forma é uma reforma”³¹⁰. A reforma do plano de cobertura do SUS pelo Poder Judiciário é perfeitamente possível quando as decisões reformantes se encaixam aos mesmos princípios aplicáveis à forma(ção) inicial das políticas do sistema: democracia e igualdade. Havendo tal encaixe as intervenções judiciais na área tornam-se legítimas.

As demandas individuais, em tese, não satisfazem os requisitos de legitimidade quando destituídas de razões muito fortes e excepcionais que justifiquem o tratamento jurídico privilegiado ao usuário. Por outro lado, a tutela coletiva satisfaz (ou pelo menos está mais próxima de satisfazer) os requisitos constitucionais que legitimam a intervenção do Judiciário. Em primeiro lugar, porque através dela a própria sociedade organizada participa da gestão do sistema dando vazão aos seus anseios e aos motivos que os sustentam. Em segundo lugar, porque as decisões judiciais tomadas nessas ações possuem efeitos coletivos que beneficiam (ou prejudicam) toda a sociedade.

A partir dessa constatação é possível construir uma tipologia das demandas judiciais segundo uma ordem de prioridades que compatibiliza a atuação do Poder Judiciário com os princípios constitucionais aplicáveis ao SUS. A sistematização aqui proposta apresenta três níveis hierárquicos para as demandas e sua lógica determina que umas tenham preferência em relação às outras e só permitam o acolhimento judicial das de nível inferior quando as de nível superior já tiverem sido acolhidas. Desta forma, enquanto os interesses reivindicados nas demandas de nível superior não forem completamente acolhidos pelo SUS, as de nível inferior não poderão ser acolhidas pelo Judiciário.

Não fazem parte da tipologia ora proposta as demandas individuais que procuram apenas obter pela via judicial os bens ou serviços já garantidos pela legislação infraconstitucional do SUS. Neste caso existe pleno direito público subjetivo. Não se trata de intervenção judicial nas políticas de saúde. O caso é de simples descumprimento das leis pela

³¹⁰ Sérgio Resende de Barros. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Editora Millennium, 2007. P. 01.

Administração Pública e deve ser prontamente acolhido pelo Poder Judiciário. Portanto, esse tipo de demanda está fora da sistematização abaixo.

Partindo-se da premissa de que a tutela coletiva se apresenta como ferramenta processual mais igualitária e democrática para a revisão das políticas do SUS – e portanto mais condizente com os seus princípios constitucionais – a tipologia proposta possui três critérios básicos: (1) a distinção entre ‘demandas individuais’ e ‘demandas coletivas’; (2) a definição da espécie de melhoria que se pretende nos benefícios e serviços do sistema, conforme seja qualitativa ou quantitativa; (3) a gravidade da demanda em função dos riscos vividos pelo usuário. Com base nesses critérios, nossa proposta de sistematização compreende três grupos de demandas judiciais de forma hierarquizada.

1º Grupo – Prioridade Plena: Este primeiro grupo compreende as demandas que devem ter imediato acolhimento pelo Poder Judiciário na medida em que há plena legitimidade dos órgãos judiciais para rever o plano de cobertura do SUS. Ele se desdobra em dois subgrupos que não obedecem qualquer hierarquia entre si.

O 1º subgrupo engloba todas as demandas coletivas que procuram expandir o sistema público de saúde numa perspectiva quantitativa. São aquelas ações que visam ampliar o atendimento básico à população sem obrigar o Estado a inovar qualitativamente no plano de cobertura. Essas demandas carregam reivindicações de maior número de médicos, hospitais, ambulâncias, equipamentos básicos etc. Não procuram ampliar o atendimento com medicamentos de última geração, com equipamentos de alta tecnologia, com procedimentos cirúrgicos em instituições de excelência etc. Trata-se, em suma, apenas de implantar coletivamente aquilo que de fato o plano do SUS já oferece do ponto de vista legal mas que não é a realidade em todos os cantos do país.

A escassez de recursos é um dado fundamental que permeou todo o trabalho e obviamente reconhecemos que qualquer demanda coletiva dessa natureza implicará na revisão das decisões tomadas para o destino dos recursos. Todavia, como a tutela coletiva se mostra compatível com os pilares do estado democrático de direito – ou pelo menos deles mais se aproxima – a revisão na alocação dos recursos torna-se legítima.

Além disso, o Poder Judiciário pode romper com a sua tradicional – e equivocada – prática de estabelecer prazos curtos para a implantação de benefícios e serviços de grande monta. Nada impede que as intervenções sejam construídas com prazos mais elásticos, sem afastar-se da realidade, a fim de permitir uma evolução no sistema sem qualquer tipo de desequilíbrio financeiro para o ente público responsável.

O 2º subgrupo engloba demandas individuais de caráter excepcional. Pode parecer estranho, após tanta reverência à tutela coletiva, que nossa sistematização dê prioridade plena a demandas de natureza individual. Todavia, o caráter excepcional das situações que tais demandas carregam parece justificar, do ponto de vista constitucional, o tratamento privilegiado desses usuários. Mas o que se deve entender por caráter excepcional?

Após muito refletir para essa sistematização, chegamos a três situações: (a) tratamento de doenças raras; (b) tratamento de doenças não-raras, em circunstâncias de morte iminente, desde que não implique alteração de lista de espera de pacientes em condições similares; (c) tratamento medicamentoso, desde que os seguintes requisitos sejam respeitados de forma cumulativa: (c.1) comprovada ineficácia do medicamento disponibilizada pelo SUS; (c.2) comprovada eficácia do medicamento pretendido judicialmente; (c.3) aprovação do medicamento pela ANVISA; (c.4) comprovada situação de pobreza do usuário, no sentido de ficar comprometida a sua subsistência e a de sua família se ele tiver de arcar com a compra do medicamento.

Tais situações não podem ficar sem acolhimento judicial porque, na verdade, não chegam a romper com o estado democrático de direito (democracia e igualdade). O fundamento constitucional para o amparo deste 2º subgrupo não são as normas programáticas que garantem a saúde no art. 6º e 196 da Carta, as quais, conforme defendemos atrás, dependem de uma formatação complementar pelas políticas públicas.

As justificativas aqui são de outra ordem. Em relação ao princípio democrático, é famigerada a idéia de que a democracia não se faz apenas pela vontade da maioria sobre a minoria. Existem limites a serem respeitados até pela maioria e esses “limites encontram-se na dignidade humana”³¹¹. Por mais que o conteúdo semântico do art. 1º, III, da Constituição seja complexo – já que seu significado possui muitas variantes – não se pode olvidar que a imposição de respeito à vida humana pelo Estado constitui a sua própria razão de ser e é claramente deduzida da Constituição pelo disposto no art. 5º, XLVII, “a”³¹².

Se até para o cidadão de conduta reprovável o Estado deve preservar a vida com mais razão deverá fazê-lo para o cidadão que apenas procura cuidar da sua saúde. Ademais, dentro do esquema da atual hermenêutica constitucional defendida por Luis Roberto Barroso, os princípios constitucionais setoriais são soberanos nas suas respectivas áreas de atuação mas não se sobrepõem aos princípios constitucionais fundamentais, como é o caso do

³¹¹ KOLLING, G.; MASSAÚ, G. C. *A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana*. Revista de Direito Sanitário, vol. 12, n.º 02, Julho-Outubro de 2011, p. 15.

³¹² SARLET, 2001, p. 36.

art. 3º, III, CF³¹³. Portanto, em situações de iminente perigo de morte não há como o Estado permanecer omissivo pela vontade de uma maioria.

Em relação ao princípio igualitário, sua compreensão e aplicação não podem ser feitas sem a observância da isonomia. O Estado busca discriminar de forma legítima o tratamento jurídico para atender de forma mais equitativa os diferentes destinatários das leis. Nesta busca, porém, é possível que o fator de discriminação eleito não atenda aos propósitos da Constituição. É possível também que, por descuido, a lei se omita a respeito de um tratamento mais isonômico. Por conseguinte, segundo a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, toda diferenciação que se mostre justificável do ponto de vista constitucional pode receber acolhimento pelo Poder Judiciário em respeito à isonomia³¹⁴.

Ora, o portador de uma doença excepcional que necessita de tratamento obviamente requer do SUS uma série de procedimentos também excepcionais. Não seria razoável do ponto de vista constitucional que o tratamento fosse negado apenas pela sua raridade. Se no plano de cobertura nenhum protocolo clínico foi previsto isso se deve justamente ao caráter excepcional da doença. Não é porque o gestor optou por não tratar a doença, mas sim porque ele não previu esse tipo de atendimento. Por outro lado, nenhum ser humano pode ser punido apenas pelo infortúnio de ser portador de uma doença rara. Esse critério de diferenciação de tratamento jurídico seria inaceitável.

O mesmo raciocínio pode ser estendido ao usuário que apresenta algum tipo de incompatibilidade aos medicamentos fornecidos pelo Estado. Não se pode punir o cidadão pelo fato do seu organismo rejeitar a medicação do SUS ou não apresentar os resultados esperados. Não parece compatível com a Constituição discriminar tratamento jurídico a esse usuário tomando-se como critério a sua constituição orgânica. Ademais, o tratamento privilegiado com medicamentos fora da lista do SUS exige não apenas a aprovação pelos órgãos de vigilância como também a prova da pobreza do usuário, no sentido de ficar comprometida a sua subsistência e a de sua família se ele tiver de arcar com a compra do medicamento. Embora o acesso ao SUS seja gratuito, essa seria uma das condições para equilibrar a abertura de exceções ao plano de cobertura construído por toda a sociedade.

Portanto, apesar das situações acima estarem ligadas a demandas individuais, todas parecem permitir uma abertura de tratamento privilegiado aos usuários sem ofender o estado democrático de direito. Parece-nos muito mais razoável sacrificar a sociedade em tais situações do que sacrificar o indivíduo, pois a própria gravidade dos casos e/ou seu caráter

³¹³ BARROSO, 2009, p. 377.

³¹⁴ MELLO, 2002, p. 38.

excepcional apontam para esse caminho. Negar acolhimento judicial nessas hipóteses seria tão contrário à Constituição quanto defender o acolhimento incoerente de pretensões sem qualquer critério objetivo como vimos no capítulo 4.

2º Grupo – Prioridade Limitada de 1º grau: Este segundo grupo compreende as demandas coletivas de expansão qualitativa do SUS. São as ações que visam ampliar o atendimento à população obrigando o Estado a inovar no plano de cobertura. São demandas que procuram uma melhoria na tecnologia de hospitais e equipamentos, melhoria nos procedimentos de diagnóstico com exames mais caros, melhoria na dispensação de medicamentos para oferta de produtos de última tecnologia, expansão nos procedimentos cirúrgicos etc. Trata-se, em suma, de implantar coletivamente serviços e benefícios que até então não faziam parte do plano básico de cobertura do SUS.

As demandas deste grupo devem ter acolhimento pelo Poder Judiciário condicionado à inexistência de prejuízo para as demandas do 1º Grupo (Prioridade Plena), de modo que o seu acolhimento judicial permaneça limitado à solução dos casos classificados no 1º Grupo. Embora não seja de todo impossível mensurar, caso a caso, o custo das demandas individuais – já que os órgãos de saúde possuem informações a respeito das dotações orçamentárias para o atendimento de decisões judiciais – reconhecemos a dificuldade em fazer com que o acolhimento das demandas deste 2º Grupo tenha como requisito a inexistência de demandas individuais (2º subgrupo do 1º Grupo).

Mas em relação às demandas coletivas (1º subgrupo do 1º Grupo) é perfeitamente possível fazer algum tipo de controle. A classificação das ações contra o SUS pelo Poder Judiciário permitiria sem maiores dificuldades o condicionamento deste 2º Grupo à inexistência de demandas do 1º subgrupo do 1º Grupo. Em primeiro lugar, porque o número de ações coletivas é significativamente menor do que o número de ações individuais. Em segundo lugar, porque o volume de investimentos para o atendimento coletivo também é maior e desponta com clareza no orçamento. Deste modo, segundo os critérios adotados nessa sistematização, enquanto não solucionadas as questões envolvendo as demandas coletivas do 1º Grupo não se poderia falar em direito público subjetivo dos cidadãos às pretensões de melhoria qualitativa do 2º Grupo.

3º Grupo – Prioridade Limitada de 2º grau: Este grupo engloba todas as demandas de natureza individual de caráter não-excepcional, ou seja, que não se enquadram nas hipóteses elencadas no 2º subgrupo do 1º Grupo. As demandas deste grupo devem ter acolhimento pelo Poder Judiciário condicionado à inexistência de prejuízo para as demandas

do 2º Grupo (Prioridade Limitada de 1º grau), de modo que o seu acolhimento judicial permaneça limitado à solução dos casos classificados no 2º Grupo.

O manuseio das demandas contra o SUS segundo as três categorias aqui sistematizadas de forma hierárquica pauta-se numa ordem de prioridades que atende de forma mais adequada os dois pilares do estado democrático de direito, bem como a principiologia fundamental e setorial da Constituição. A terminologia por nós adotada (prioridade “plena” e prioridade “limitada”) faz uma breve aproximação com a famosa classificação das normas constitucionais quanto à sua eficácia (plena e limitada).

Os dispositivos constitucionais que garantem o direito à saúde possuem nítido caráter programático. As demandas do 1º subgrupo do 1º Grupo tornam-se legítimas pelo fato de sua pretensão ter natureza coletiva e, portanto, condizente com a democracia e a igualdade. Portanto, podem ter acolhimento imediato porque sua prioridade é plena. As demandas do 2º subgrupo do 1º Grupo apresentam as mesmas características mas em função do respeito à isonomia e à dignidade da pessoa humana. No mais, o acolhimento judicial das demandas contra o SUS envolve necessariamente uma análise que pode encontrar limites.

O caráter ‘limitado’ das pretensões expostas no 2º e 3º Grupos não decorre da dependência de normas infraconstitucionais que amparem tais pretensões. A limitação ocorre também em função das próprias demandas judiciais do 1º Grupo. A eficácia das normas constitucionais relacionadas à saúde depende, portanto, de uma análise a respeito das prioridades que o Judiciário deve respeitar em função dos princípios e valores presentes na Constituição, especialmente a democracia e a igualdade. A proposta acima vai ao encontro da formulação feita por Robert Alexy, quando afirma que a omissão do Estado pode ser justificada se restar comprovada, no confronto entre demandas específicas, a necessidade de priorizar aquelas vinculadas ao mínimo existencial³¹⁵.

Por óbvio que a classificação acima não garante uma precisão matemática para o respeito das prioridades. Aliás, é provável que outras situações possam ser acrescentadas ao 2º subgrupo do 1º Grupo. Mas ainda que esteja eventualmente incompleta, ela enaltece a tutela coletiva e organiza melhor a atuação do Poder Judiciário nas intervenções feitas ao plano de cobertura do SUS.

Neste sentido, vale mencionar que o projeto para o novo Código de Processo Civil³¹⁶ dedica um capítulo inteiro ao denominado ‘incidente de resolução de demandas

³¹⁵ ALEXY, R. *apud* SARLET, 2001, p. 351.

³¹⁶ Refiro-me ao Projeto de Lei n.º 8.046/2010 (Câmara dos Deputados), originado do Projeto de Lei n.º 166/2010 (Senado Federal).

repetitivas’, que procura coletivizar uma pluralidade de demandas individuais justamente para preservar a igualdade entre os cidadãos. Além disso, a proposta do novo CPC obriga os Tribunais a manterem cadastro eletrônico de todas as demandas desta natureza e informarem o CNJ a respeito.

Portanto, não é uma quimera sonhar com a aplicação prática da sistematização ora proposta e de outras que venham aperfeiçoá-la. O STJ e o STF também podem exercer pleno controle das demandas contra o SUS através da sua jurisprudência, notadamente nos recursos que envolvem tutelas de urgência como a suspensão de segurança, a suspensão de liminar a suspensão de tutela antecipada. Nada impede que através desses mecanismos as demandas com maior prioridade sejam julgadas antes das demais. Seria uma forma de racionalizar a judicialização no âmbito do SUS estabelecendo-se de forma objetiva seus limites e suas possibilidades.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTUNES, R. L. C. *O que é sindicalismo*. 16ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.

BALERA, W. *Sistema de Seguridade Social*. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

BARATA, R. B. *Cem anos de endemias e epidemias*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Volume 05. Número 02. Rio de Janeiro, 2000, P. 334-345.

BARROS, S. R. de. *Contribuição dialética para o constitucionalismo*. Campinas: Editora Millennium, 2007.

BARROSO, L. R. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. Revista de Direito Social, n.º 34, Abril-Junho de 2009. Porto Alegre: Editora Notadez, 2009, p. 12-43.

BARROSO, L. R e BARCELLOS, A. P. de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Revista de Direito Administrativo n.º 57. Procuradoria-Geral: Rio de Janeiro, 2003, p. 305-344.

BEVERIDGE, W. *O Plano Beveridge – Relatório sobre o seguro social e serviços afins*. Tradução de Almir de Andrade. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1943.

BITTAR, E. C. B. e ALMEIDA, G. A. de. *Curso de Filosofia do Direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BIGNOTTO, N. *Republicanism*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, N. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Novissimo digesto italiano*. Turim: Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1968.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORGES, D. da C. L.; UGÁ, M. A. D. *As ações individuais para o fornecimento de medicamentos no âmbito do SUS: características dos conflitos e limites para a atuação judicial*. Revista de Direito Sanitário, Volume 10, n.º 01, Março-Julho de 2009. P. 13-38.

BUCCI, M. P. D. (Org.). *Políticas Públicas – reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas*. Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público – FA, Belo Horizonte, ano 09, n.º 104, outubro de 2009. Disponível em www.editoraforum.com.br. Acesso em 04/04/2013.

CARVALHO, L. J. da M. A. de; CARVALHO, L. A. de. *Riscos da superlitigação no direito à saúde: custos sociais e soluções cooperativas*. Revista de Direito Social, n.º 32, Outubro-Dezembro de 2008. Porto Alegre: Editora Notadez, 2008, p. 129-146.

CARVALHO, L. J. da M. A. de. *Sobre a política de dispensação de medicamentos no Brasil: mínimo necessário para a efetivação do direito à saúde*. Revista de Direito Social, n.º 32, Outubro-Dezembro de 2008. Porto Alegre: Editora Notadez, 2008, p. 119-127.

CUPERTINO, F. *População e saúde pública no Brasil (Povo pobre é povo doente)*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

DALLARI, S. G. e NUNES JUNIOR, V. S. *Direito Sanitário*. São Paulo: Editora Verbatim, 2010.

DALLARI, S. G. *A construção do direito à saúde no Brasil*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 03, Nov. 2008 / Fev. 2009, p. 09-34.

DIMOULIS, D. e MARTINS, L. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ELIAS, A. N. *Direito Sanitário: autonomia e princípios*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 02, Julho-Outubro de 2008, p. 47-64.

ESCOREL, S. e MOREIRA, M. R. *Conselhos Municipais de Saúde no Brasil: um debate sobre a democratização da política de saúde nos vinte anos do SUS*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Volume 14. Rio de Janeiro, Maio/Junho de 2009.

FARIA, E. *Dicionário Escolar Latino-Português*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Campanha Nacional de Material de Ensino, 1967.

FARIA, J. E. (Org). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO. M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira*. Revista de Direito Administrativo. Vol. 250. Janeiro-Abril de 2009. Rio de Janeiro: FGV, 2009, p. 151-167.

FLEURY, S. *Revista RADIS*. N.º 72 (entrevista) Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública, Agosto/2003. Disponível no sítio www.ensp.fiocruz.br/radis.

FREIRE, G. *Casa Grande e Senzala*. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006.

GALVÃO, M. A. M. *Origem das políticas de saúde pública no Brasil: do Brasil-Colônia a 1930*. Textos do Departamento de Ciências Médicas e Escola de Farmácia. Ouro Preto: Editora da UFOP, 2003.

GAVRONSKI, A. A. *A tutela coletiva do século XXI e sua inserção no paradigma jurídico emergente* “in” MILARÉ, É (Org.) *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010, p. 37-59.

GRINOVER, A. P, WATANABE, K & NERY JUNIOR. N. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, volume II.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KLOETZEL, K. *O que é Medicina Preventiva*. São Paulo: Brasiliense, 1984.

KOLLING, G.; MASSAÚ, G. C. *A concretização do direito à saúde na perspectiva republicana*. Revista de Direito Sanitário, vol. 12, n.º 02, Julho-Outubro de 2011, p. 11-36.

LEAL, M. F. M. *A ação civil pública e a ideologia do Poder Judiciário: o caso do Distrito Federal*. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n.º 35, 1995.

LEITE, C. B. *A proteção social no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1978.

_____. *Um século de previdência social. Balanços e perspectivas no Brasil e no mundo*. Rio de Janeiro: Zahar Editores S/A, 1983.

LOPES, J. R. L. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito* “in” José Eduardo Faria (Org). Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113-143.

_____. *Direitos sociais – teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.

LUZ, M. T. *As instituições médicas no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

MANCUSO, R. C. *Ação Civil Pública*. 12ª ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Interesses Difusos – Conceito e legitimação para agir*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MARQUES, S. B. *Judicialização do direito à saúde*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 02, Julho-Outubro de 2008. P. 65-72.

_____. *O princípio constitucional da integralidade de assistência à saúde e o projeto de lei n.º 219/2007: interpretação e aplicabilidade pelo Poder Judiciário*. Revista de Direito Sanitário, volume 10, n.º 02, Julho-Outubro de 2009, p. 64-86.

MARQUES, O. R. de A; MELO, M. B. de; SANTOS, A. P. de S. *Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde no Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um Tribunal da Região Sudeste*. Revista de Direito Sanitário, volume 12, n.º 01. Março-Maio de 2011, p. 41-66.

MARX, K. e ENGELS, F. *O Manifesto Comunista*. Tradução de Maria Lúcia Como. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998.

MAZZILI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20ª ed. São Paulo: Forense, 2011.

MELO, G. A.; VIANA, A. L. A. *Uma história de conceitos na saúde pública: integralidade, coordenação, descentralização, regionalização e universalidade*. Revista História, Ciências e Saúde, volume 19, n.º 04. Outubro-Dezembro de 2012. P. 24-44.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, G. F; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MILARE, É. (Org.). *A ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: RT, 2010.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 1ª Conferência nacional de Saúde (1941)*. Disponível no sítio http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/1_CNS.pdf. Acesso em 03/04/2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 5ª Conferência nacional de Saúde (1975)*. Disponível no sítio http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/1_CNS.pdf. Acesso em 03/04/2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Relatório Final da 8ª Conferência nacional de Saúde (1986)*. Disponível no sítio http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/1_CNS.pdf. Acesso em 03/04/2013.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. *DATASUS*. Disponível em www.datasus.gov.br (acesso em 31/10/2013)

NORONHA, J. C.; SOARES, L. T. *A política de saúde no Brasil nos anos 90*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Volume 06. Número 02. ABRASCO: Rio de Janeiro, 2001, p. 445-450.

NUNES, E. D. *Sobre a história da saúde pública: idéias e autores*. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Volume 05. Número 02. ABRASCO: Rio de Janeiro, 2000. p. 251-264.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ASSEMBLÉIA GERAL). *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Disponível em Disponível em <http://www.onu.org.br/>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição* (aprovada em 22/07/1946). Disponível no sítio www.onu.org.br.

PAPA LEÃO XIII. *Encíclica Rerum Novarum*. 1891. Disponível em http://www.vatican.va/offices/papal_docs_list_po.html

PORTUGAL. *Ordenações Manuelinas*. Disponível em <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas>. Acesso em 08/04/2013.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. Disponível em <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas>. Acesso em 19/04/2013.

REICHERT, M. A. *O Direito à Saúde e o Princípio da Integralidade* “in” SANTOS, L. (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 101-142.

REMÉDIO, J. A.; MENOZZI JUNIOR, M. *Proteção ao direito social da saúde por meio da implementação de políticas públicas e da tutela coletiva*. Revista Jurídica Direito & Paz. 2º sem. 2011. Ano XIII, n. 25, p. 9-36.

RODRIGUEZ NETO, E. *Saúde. Promessas e limites da Constituição*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.

SANTOS, L. (Org.). *Direito da Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010.

SANTOS, M. F. *O princípio da seletividade das prestações de seguridade social*. São Paulo: LTr, 2003.

SANTOS. R. L. *Sindicatos e ações coletivas*. São Paulo: LTr, 2003.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Ano I, Volume I, n.º 01, Abril de 2001. Salvador.

SCHWARTZ, G. A. D. *Direito à saúde: abordagem sistêmica, risco e democracia*. Revista de Direito Sanitário, vol. 02, n.º 01, Março de 2001, p. 27-38.

SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TANAKA, O. Y. *A judicialização da prescrição medicamentosa no SUS ou o desafio de garantir o direito constitucional de acesso à assistência farmacêutica*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 01, Março-Abril de 2008. p. 137-143.

TORRONTEGUY, M. A. A. *A saúde nas barras a Justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal*. Revista de Direito Sanitário, vol. 11, n.º 02, Julho-Outubro de 2010, p. 224-236.

VIOTTI, A. C. de C. *As práticas e os saberes médicos no Brasil colonial (1677-1808)*. Dissertação de Mestrado. UNESP, 2012.

WEICHERT, M. A. *O direito à saúde e o princípio da integralidade* “in” Lenir Santos (Org). *Direito à Saúde no Brasil*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 101-142.

WERNER, P. U. P. *O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces*. Revista de Direito Sanitário, volume 09, n.º 02, Julho-Outubro de 2008, p. 92-131.

ZAVASCKI. T. A. *Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.