



THALITA MORAES LIMA

**O DISCURSO JUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL:**

se o direito à saúde falasse.

Dissertação apresentada como trabalho de conclusão do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva.

BRASÍLIA

2012

Lima, Thalita Moraes.

O discurso judicante do Supremo Tribunal Federal: se o direito à saúde falasse. / Thalita Moraes Lima. – Brasília: A autora, 2011.
250 f.

Dissertação apresentada como trabalho de conclusão de curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva

1. Direito à saúde. 2. Metodologia da Análise das Decisões. 3. Coerência conceitual nas decisões. 4. Filosofia política.

I. Título

THALITA MORAES LIMA

O DISCURSO JUDICANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

Se o direito à saúde falasse.

Dissertação apresentada como trabalho de conclusão do curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva.

Brasília, de março de 2012.

Banca examinadora

Prof. Frederico Augusto Barbosa da Silva, Dr.
Orientador

Prof. José Reinaldo de Lima Lopes, Dr.
Examinador

Prof. Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, Dr.
Examinador

AGRADECIMENTO

A realização desse trabalho é marcada, entre outros, por uma escolha de um caminho, de um projeto de vida, e pela noção de um tempo que se impõe. Como todo empreendimento que monopoliza uma fase de vida, essa dissertação contou com muitas pessoas, que estiveram envolvidas em todo esse processo de maturidade, alegrias, dor, frustrações e sucesso, e que, de alguma maneira, me auxiliaram a completar esse caminho. A todos, meu agradecimento mais sincero.

Aos meus pais, irmão, Graça e avó, por não abandonarem o barco, não importa o tamanho da dificuldade ou da circunstância, por todo o amor dedicado. Principalmente, agradeço minha mãe, por nunca achar uma perda de tempo esse projeto, e por estar ao meu lado incondicionalmente.

Ao meu orientador, Prof. Frederico Barbosa, muito obrigada por ter aceitado me orientar quando as circunstâncias eram diferenciadas, e por permanecer firme quando elas o exigiram, novamente. Ao Prof. Dr. José Reinaldo de Lima Lopes, não apenas por ter me dado a honra e o privilégio de ter aceitado compor minha banca de defesa, mas, principalmente, por ter mudado a minha forma de encarar o campo jurídico, ainda quando era graduanda, e, a partir do seu trabalho primoroso e notório, me motivado a buscar incessantemente um olhar mais qualificado para minha pesquisa. Aos Profs. Drs. Luiz Eduardo Abreu, René Marc Silva, Neide Malard, Roberto Freitas Filho, e Luiz Carlos Martins, agradeço imensamente por todos os ensinamentos e atenção que me disponibilizaram no período do Mestrado.

Às minhas primas Nayara e Mayarê Leal F. Baldini, por terem me apoiado e convencido de que a pesquisa é um caminho possível, e pela nossa amizade e vínculo que perdura ao longo dos anos – enfim, só sobramos nós três. Às queridas amigas Ariane Costa Guimarães, Julita Kissa, Larissa Bandeira, Soraya Costa, Gianne Lisbôa, Débora Nunes, Débora Marinho Luz, Andréa Cristina Leandro, Elane Tonasse, e aos amigos Lucas Noura e Elias Ribeiro. Todos, por serem amigos maravilhosos, por fazerem a diferença na minha vida, por me apoiarem e sobreviverem junto comigo, principalmente, nos piores momentos. Agradeço, também, a Marley, uma amiga querida que me apoiou, não só administrativamente, com as questões burocráticas, mas, essencialmente, em todos os momentos cruciais nessa encruzilhada acadêmica. Obrigada por compartilhar comigo um lado seu que, sei, poucos conhecem.

Por fim, devo ressaltar que, se por um lado esse trabalho só foi possível com o apoio de todos vocês, os erros possivelmente cometidos são claramente de minha responsabilidade. Além do mais, não poderia deixar de mencionar que outras pessoas me ajudaram, direta ou indiretamente, e a todas elas também dedico meu agradecimento. Afinal, “a gratidão é a memória do coração”.

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto as decisões do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, foi escolhido um conjunto de decisões sobre direito à saúde, que pudesse, de forma representativa, revelar como a Corte entende e aplica o artigo 196 da Constituição Federal. A hipótese é que há uma recorrente incoerência e inconsistência nos argumentos que tratam da rede conceitual do direito à saúde, o que implica em simplificação teórica no que se refere às relações entre norma e políticas públicas de saúde. Assim, o objetivo é refletir sobre os significados do direito em questão e depois estabilizar seu vocabulário e questões de base. Para tal, realiza aproximações aos conteúdos históricos do direito à saúde e aos seus sentidos ético-políticos, de modo a averiguar a fundamentação das decisões da Corte, em nível lógico-formal.

O pressuposto é de que é possível haver critérios para o controle crítico das decisões, e que um mínimo de estabilidade semântica é condição necessária à previsibilidade e calculabilidade jurídicas. Nesse sentido, as palavras avaliatórias fartamente utilizadas pelos decisores, devem ser objeto de controles críticos e reflexivos. Conceitos como integralidade, universalidade e políticas públicas demandam a escolha de significados e de opções morais de justiça distributiva e não podem ser aplicadas sem uma mediação e estabilização lógico-semântica prévia, sob pena de arbitrariedades em sua utilização.

Assim, para avaliação do discurso judicante, a pesquisa utiliza a Metodologia de Análise das Decisões (MAD), instrumentalizada, por sua vez, pela teoria de Richard Hare, como forma de compreender analiticamente se a maneira como o conceito de direito à saúde é utilizado pelo STF pode ser universalizável, isto é, se pode ser replicado não-contraditoriamente em casos idênticos.

Palavras-chave: DIREITO À SAÚDE. COERÊNCIA CONCEITUAL. STF. REFORMA SANITÁRIA. FILOSOFIA POLÍTICA.

ABSTRACT

The present paper has as object the Supreme Federal Court (STF) decisions. For that purpose, a set of decisions concerning the right to health was chosen, which could in a representative way, reveal how the Court understands and applies the article 196 of the Federal Constitution.

The theory is that there is a recurrent incoherence and inconsistency in the arguments dealing with the conceptual network of the right to health, which implies a theoretical simplification concerning the relations between norms and public policies of health. Thus, the aim is to think over the meanings of the right in question and then stabilize its vocabulary and basal questions.

In order to do so, it links the historical contents related to the right to health, their ethical-political meanings aiming to investigate the underlying process of the Court decisions at a sensible-formal level.

The assumption is that it is possible to have criteria for critical control of the decisions and that a minimum semantic stability is necessary to juridical foreseeability and calculability. This way, the appraising words so often used by the decision makers must be object of criticizing and deliberative controls. Concepts such as integrality, universality and public policies demand the choice of meanings and moral options of distributive justice and cannot be applied without a previous mediation and sensible-semantic stabilization lest arbitrariness in their use.

Therefore, in order to assess the judging speech, the research uses the Decision Analysis Methodology (DAM), which in turn uses the theory of Richard Hare to analytically understand if the way the concept of the right to health is used by the STF can be universalized, that is, if it can be non-contradictorily replicated in identical cases.

Key-words: RIGHT TO HEALTH. CONCEPTUAL COHERENCE. STF. SANITARY REFORM. POLITICAL PHILOSOPHY

SUMÁRIO

RESUMO.....	5
ABSTRACT	6
INTRODUÇÃO	1
1 O CASO DO DIREITO À SAÚDE	19
1.1. A Reforma Sanitária e o texto constitucional.....	21
1.2 O conceito no Direito constitucional.....	42
1.3 A visão do Direito Sanitário.....	53
2 AS DECISÕES JUDICIAIS FAZEM MAL À SAÚDE PÚBLICA?	60
2.1. Definição da Metodologia de Análise de Decisões (MAD).....	62
2.2. Aplicação da MAD: 1ª e 2ª etapas.	66
2.3. O instrumento analítico: a escolha da teoria da linguagem para análise das decisões: 3ª etapa da MAD.	78
2.4. Análise dos fundamentos das decisões utilizados nas decisões do STF: 4ª etapa da MAD.	88
3 O CONTEÚDO ÉTICO-POLÍTICO DO DIREITO À SAÚDE	107
3.1 O debate filosófico-político.....	112
3.1.1 O cenário das várias correntes da filosofia política.....	62
3.1.2 Liberalismo contratualista x comunitarismo.	66
3.1.2.1 A ética-política liberal.....	78
3.1.2.2 A ética-política comunitária.....	88
3.2 O artigo constitucional e a jurisprudência do STF em análise	171
3.2.1 O artigo 196 da Constituição e seu ideal moral.....	62
3.2.2 A jurisprudência mais recente do STF.	66
CONCLUSÃO.....	226
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	234

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste na investigação do conceito jurídico de um direito constitucionalmente previsto em políticas públicas, e na análise de como o discurso judicante o define e o aplica. Nesse âmbito, foram pesquisadas a construção teórica desse direito no campo jurídico e sua utilização pelos tribunais, quando das decisões concessivas de natureza prestacional. Em outro plano, sabendo que as questões distributivas atormentam há tempos os juristas, e que, por isso mesmo, os temas distributivos acabam deslocados para outras disciplinas, como política e economia¹, nesse texto pretendo analisar ainda o sentido ético-político do texto constitucional correspondente ao direito em questão. Assim, embora o trabalho seja em parte descritivo-teórico, procedo à demonstração do argumento do tema específico, levado ao Supremo Tribunal Federal, também com a análise da fundamentação das jurisprudências que vinculam todo o sistema judiciário e a Administração Pública.

O caso escolhido para pesquisa é um que tem tido grande discussão nacional e que está ligado às questões de proteção, promoção e recuperação da saúde pública: o direito à saúde, previsto, entre muitas leis específicas e variados artigos constitucionais, no artigo 196 da Constituição Federal². A escolha se motiva, ademais, porque, mesmo sendo o direito à saúde um dos mais tradicionais direitos sociais, do ponto de vista histórico e da opinião mais comumente aceita, é também particularmente significativo em termos políticos, pois deu margem, nos estados sociais, à criação de grandes serviços públicos³. O direito à saúde é, assim, um direito social que, originalmente, demanda deveres do Estado, e não de particulares⁴. O contexto dessa reflexão, portanto, perpassa pela compreensão (possivelmente

¹LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos sociais como justiça distributiva. In: **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 141.

²“O Direito à saúde – direito subjetivo oponível ao Estado – aparece em vários artigos da Constituição Federal (ex. art. 6º; 7º, XXII; 23, II; 24, XII; 30, VII; 194; 196; 197; 198; 199; 200, I a VIII; 227, § 1º, I; 212, § 4º), porém destacam-se, especialmente, os arts. 196, 197 e 199 da CF de 1988”. SARRUBBO, Mariângela. A saúde na Constituição Federal e o contexto para recepção da lei 9.656/98. In: MARQUES, Cláudia Lima; LOPES, José Reinaldo de Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto C. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 13.

³LOPES, José Reinaldo de Lima (coord.). Relatório de pesquisa sobre jurisprudência de planos e seguros de saúde no Estado de São Paulo. In: ____.; MARQUES, Cláudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto C. Op. cit., 1999, p. 163.

⁴“Não se exige direito à saúde do meu vizinho ou do meu empregador, por exemplo. Assim, o Estado tem de cumprir com uma série de obrigações para que os indivíduos ou grupos possam gozar de remédios, hospitais, escolas, creches, crédito facilitado para aquisição de moradia, etc”. ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação de mestrado. Orientador: José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009, p.19.

tardia no Brasil) dos direitos sociais, os quais, por sua vez, são apenas uma parte do grande tema da justiça distributiva e tornaram-se um ponto fulcral nas sociedades democráticas⁵.

No entanto, é sabido que a carta de direitos sociais não é uma novidade da Constituição de 1988, pois já foi parte das Constituições brasileiras de 1946 e 1967. Tampouco o instituto do controle judicial de constitucionalidade⁶ (poder de examinar a constitucionalidade das leis em todas as esferas de governo e em todos os níveis de jurisdição) nos é de todo recente. Logo, a grande mudança na cultura jurídica⁷ brasileira, que continua operando dentro da visão de que o direito é também produzido por precedentes consistentes de tribunais, talvez tenha sido a canalização crescente de demandas “políticas” para o Judiciário⁸. Nesse sentido, dizer que o sistema judiciário decide sobre os fundamentos políticos estatais e os temas socioeconômicos não significa afirmar que tais decisões são isentas de problemas. Tampouco quer dizer que elas necessariamente trazem avanços na proteção dos direitos constitucionais ou que não despolitizam determinados conflitos, na medida em que retiram deles, ainda que de forma não deliberada, a capacidade de relacionar um caso individual com toda a organização social⁹.

Assim, vale considerar alguns pontos. Em primeiro lugar, atualmente, em 91 tribunais brasileiros existem, ao todo, mais de 112 mil processos em andamento sobre demandas na área de saúde¹⁰. Além disso, muito embora o art. 196 da CF não seja formado

⁵“Vivemos tempos de encolhimento da legislação social e pode-se bem lembrar, a esta altura, da coruja de Minerva, de que falava Hegel: ela só levante voo ao entardecer, isto é, tarde demais. Também nossa reflexão sobre direitos sociais pode estar vindo tarde demais, no Brasil, quando o entardecer sobre a ideia de justiça social já está vindo”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – saúde e educação. In _____. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 222.

⁶Estou pensando aqui no fato de que “é impossível que os tribunais controlem a constitucionalidade da legislação sem fazer escolhas difíceis e reiteradas entre valores substantivos concorrentes, ou mesmo entre conceitos políticos, sociais e morais inevitavelmente controversos”. L. Tribe Apud ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.58.

⁷Cultura jurídica no sentido de Friedman, citado por José Reinaldo de Lima Lopes: “São as atitudes que fazem do sistema um todo uma unidade, e que determinam o lugar dos aparelhos e das normas na sociedade globalmente considerada. A cultura jurídica engloba tanto as atitudes, hábitos e treinamento dos profissionais quanto do cidadão comum. A esfera da cultura jurídica envolve as questões de como se preparam os juízes e os advogados, o que os cidadãos pensam do direito, quais as pessoas ou grupos que recorrem aos juízes e aos advogados, para que se socorrem os advogados, qual a relação entre a estrutura de classes da sociedade e o uso ou não das instituições jurídicas. Estas e outras questões dizem respeito à cultura jurídica, ou, usando outras palavras, ao imaginário jurídico dos leigos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e Transformação Social**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997, p.77/78

⁸Aqui também “chamo de políticas as demandas de caráter distributivo (objeto de reivindicação de partilha e não de troca) sobre bens coletivos (ou indivisíveis) já existentes ou que deveriam ser criados”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Os tribunais e os direitos sociais no Brasil – saúde e educação. In: _____. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 224.

⁹LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 138.

¹⁰PORFÍRIO, Fernando. **São Paulo sedia encontro sobre demandas de saúde**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-18/cnj-reune-especialistas-discutir-conflitos-judiciais-saude>>. Acesso em 02 de dezembro de 2010.

apenas por palavras avaliatórias (com núcleo de sentido aberto, ou seja, não descritivo), o texto constitucional permite ao juiz abarcar um sem-número de situações concretas sob o mesmo dispositivo normativo. Por fim, mesmo que o art. 93, IX, da CF preveja o princípio da motivação das decisões judiciais (princípio da publicidade), nem sempre a transparência das decisões e o consequente antídoto contra o decisionismo¹¹ são garantidos. Diante de tudo isso, conclui-se que o contexto problemático de como é feita a discussão e a interpretação do direito à saúde no campo jurídico, e de qual a sua consequência no projeto coletivo de sociedade, tem três dimensões:

O primeiro problema é: tendo em vista que o conceito carrega em si uma noção de política pública, ou seja, que é um instrumento baseado numa ação governamental programada e direcionada, há uma simplificação na discussão sobre o direito à saúde, pela doutrina jurídica e pela jurisprudência?

Depois, como o tribunal lida de forma racional¹² com o problema de escassez de recursos em face da ideia de integralidade e universalidade? Há uma superficialidade e um déficit decisório na qualidade teórica da jurisprudência, o que pode ensejar uma falta de isonomia?

E, finalmente, qual a matriz epistemológica da filosofia política que é utilizada na interpretação do texto constitucional sobre o direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal? Qual o sentido ético-político do texto constitucional básico sobre direito à saúde?

Nota-se que, em geral, nem a dogmática jurídica¹³ nem a jurisprudência¹⁴ conseguem preencher e explicar minimamente um padrão de aplicação para a expressão pesquisada¹⁵. A

¹¹Concordo com Roberto Freitas Filho: “O termo “decisionismo” é aqui aplicado à decisão jurídica e não à decisão política. Não se trata aqui da ideia de uma decisão que fundamenta um ordenamento jurídico com base no ato de um soberano, como é o caso do decisionismo de Carl Schmitt. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001. Penso na ideia de decisionismo no sentido de uma concepção metodológica cética, segundo a qual não há qualquer controle possível sobre o ato decisório”. FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 12.

¹²Ao falar de racionalidade, estou pensando aqui em uma racionalidade weberiana, na qual baseia-se em um campo de liberdade do indivíduo, que age na prática no campo da contingência, e que delibera justificadamente. Tratar de racionalidade, nesse sentido, pressupõe uma justificação compreensível intersubjetivamente, garantindo a plausibilidade e inteligibilidade das razões que motivam a ação humana. No nosso caso, é dizer que as decisões judiciais precisam deter um mínimo de calculabilidade e estabilidade em suas razões de decidir, para que possam estar sujeitas ao controle do intelecto. “Embora o termo “racional” seja um dos termos mais frequentemente utilizados e de maior importância (...), Weber o emprega de maneira surpreendentemente descuidada. (...) [Além] do sentido (1) regido por regras, (2) sistemático, (3) baseado na interpretação lógica do sentido, o termo “racional” também denota, para Weber, (4) controle do intelecto”. KRONMAN, Anthony T. **Max Weber**. Trad. John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, 116.

¹³Dogmática jurídica é entendida aqui como teoria do direito, ou melhor, campo do direito que trabalha primordialmente com dogmas jurídicos: lei, doutrina e jurisprudência. Evidencia-se nesse campo de estudo um enfoque dogmático, ou seja, faz análises a partir de certos pontos de partida inquestionáveis (diferente, portanto, daquilo que se chama enfoque zetético). FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, *passim*.

hipótese, portanto, é de que não há uma discussão bem feita e clara que sirva de parâmetro para a utilização do chamado direito à saúde, pois há uma incompatibilidade da definição do conceito entre diferentes ramos do Direito, por exemplo, entre o Direito Constitucional e o Direito Sanitário. Essa possível desorganização na abordagem do direito à saúde pode revelar uma superficialidade teórica do assunto, devido à não estabilização semântica do conceito desse direito e à supressão de complexidades¹⁶, ou seja, deixa-se de considerar aspectos fundamentais, e de fundo, inerentes ao próprio problema. Isso, de uma determinada maneira, impacta não somente a seara mais pragmática e judicante do campo como também a academia e o ensino jurídico¹⁷.

Consequentemente, além de o controle democrático das decisões ser prejudicado, o problema da dicotomia entre acesso e escassez torna-se de difícil reflexão, pois de acordo com a teoria da linguagem que discute a noção de regra, para fazer sentido as decisões judiciais precisariam ser universais, coerentes e consistentes. Tudo isso faz com que a reflexão jurídica sobre a tragicidade da alocação de recursos, o tipo de Estado, o projeto coletivo e o modelo de sociedade que se deseja fique comprometida.

Hipótese complementar é a de que, na interpretação do direito à saúde, há atualmente uma naturalização da perspectiva eminentemente individualista (compatível com algum tipo de corrente liberal) no campo jurídico, na qual o indivíduo tem direitos a despeito da comunidade. Logo, do ponto de vista da aplicação dos direitos pelos tribunais, acredita-se que essa escolha atomizada pode ser desastrosa, pois dificulta a decidir judicialmente de forma justa e equânime demandas que originalmente exigem escolhas distributivas de bens comuns e que devem, simultaneamente, observar a isonomia entre cidadãos em um ambiente democrático. Desse modo, o que se propõe é a possibilidade de o direito prestacional à saúde ter sua reflexão (re)construída por uma matriz filosófica diversa, ou seja, sob uma visão

¹⁴“No caso do direito à saúde brasileiro, o Poder Judiciário criou uma prática perigosa, qual seja: a interpretação parcial deste direito, com a quebra da lógica original do Sistema Único de Saúde”. WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde _ O desafio de compreender um direito com duas faces. In **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo: Usp, Jul./Out. 2008, v. 9, n. 2, p.99.

¹⁵Importe ressaltar que a pesquisa está preocupada, principalmente, com a definição do conceito “direito à saúde”, e não com foco no significado da partícula menor “saúde”.

¹⁶Sobre essa noção de superficialidade e simplificação, René Marc da Costa Silva fez uma consideração interessante ao afirmar que o texto é fruto da inserção histórica, e que essa simplificação em sua interpretação pode significar, em algum sentido, uma estratégia política para lidar com complexidades. Assim, a narrativa da decisão, da maneira que é construída, pode ser uma forma de uso instrumental, estratégico e político das decisões. Nesse sentido, aduz ele que trabalhar com o nível interno do discurso e percebê-lo como superficial poderia despolitizá-lo, uma vez que há a possibilidade de o campo jurídico não se prestar a enfrentar complexidades, historicamente. Aponta, por fim, que o limite desse tipo de análise sobre as decisões judiciais é que ela se fixe sobremaneira no discurso interno, que não considere os influxos culturais e históricos fora do objeto da pesquisa, e que, portanto, acabe sendo tão simplificada quanto as decisões que se investiga.

¹⁷Há uma noção do ensino jurídico que têm implicação direta com o objetivo do trabalho, muito embora, por razões de recorte metodológico, aqui não será muito mais aprofundada.

comunitarista, e isso por entender que o próprio artigo 196 da Constituição apresenta um sentido coletivo, não individual.

Com base, portanto, na curiosidade em saber o que diz a doutrina nacional e a jurisprudência dominante sobre a questão do direito à saúde – principalmente pelo fato de existir uma forte disparidade entre as disposições do texto constitucional e a interpretação que dele decorre –, o objeto deste trabalho é composto pela doutrina jurídica e pelo conjunto de decisões sobre direito à saúde. E isto me valendo da teoria da argumentação, da filosofia do discurso, do Direito e da linguagem para apreender o direito de um ponto de vista interno e dentro dele reelaborar, ou ao menos repensar, as próprias normas. Trata-se, para parafrasear Ricoeur, de “produzir novos discursos com a velha língua, conscientes de que nisto a própria língua se altera”¹⁸.

Quanto à doutrina, o objetivo é descobrir como a dogmática brasileira¹⁹, formada por um conjunto de juristas que pensam de determinada maneira, vem construindo e sistematizando seus discursos a respeito do direito à saúde, tendo em vista a identificação de temas, problemas e soluções comumente propostos. “Pressupondo que a doutrina tem uma função interpretativa, de construção conceitual e de análise do ordenamento jurídico a fim de auxiliar na decibilidade de conflitos, bem como prescrever quais são as condutas devidas diante dos direitos”, ainda que não exatamente da mesma forma que o decisor²⁰, pretendo verificar como a doutrina brasileira, em especial os manuais jurídicos, a partir de 1988, vem propondo definições, refletindo as questões, direta e indiretamente, advindas do direito à saúde, e atribuindo as características mais importantes para esse mesmo conceito jurídico. Essa descrição pretende encontrar algum conceito doutrinário que possa parametrizar a discussão e que será servirá de base para a etapa jurisprudencial da pesquisa.

¹⁸Uma das possibilidades “de compreender e, portanto, de definir o campo jurídico está na filosofia do discurso. (...) Autores como Paul Ricoeur e Charles Taylor: para eles, a volta à retórica é uma volta forte à lógica, mas à lógica da ação e não à lógica da especulação. A retórica aristotélica adquire, para eles, um valor original. Em Ricoeur e Taylor encontra-se uma filosofia da ação como filosofia do discurso da decisão”. Atente-se que nesse trabalho, como uma das maneiras de entender o que é o direito, não está a maneira alternativa do normativismo mais simples, “cujos adeptos falam do modo ingênuo na subsunção dos fatos às normas, como se os fatos tivessem alguma existência ou significado completamente alheio às normas”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Apresentação. In: FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.16.

¹⁹Ressalto que há autores que distinguem dogmática jurídica, doutrina jurídica e ciência do direito. Para este trabalho, não faço essa consideração em específico, por julgar que não é preponderantemente importante para nossa discussão. ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação de mestrado. Orientador: José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009, p.19.

²⁰Apesar de saber que no campo jurídico os atores que decidem processualmente também podem ter um papel relevante na doutrina, aqui se considera a diferença de função entre um e outro. No âmbito deste trabalho, portanto, serão considerados doutrinadores todos aqueles que publicam seus textos jurídicos sem nos importar com o reconhecimento dado ao autor do texto pela comunidade jurídica como um todo.

Quanto à jurisprudência, assumo, inicialmente, o pressuposto teórico da razão prática, defendendo que existe a possibilidade de apreciação crítica do discurso de fundamentação das decisões que deliberam sobre questões que demandam respostas no campo moral, como aquelas associadas às noções de justiça, igualdade e universalidade de juízos morais²¹. Nesse sentido, o processo de interpretação e de aplicação de normas abertas, como aquela que prevê o direito à saúde, é um processo com algum controle, não é puro ato de vontade do intérprete-aplicador. Além do mais, é nesse sentido que o objetivo da análise jurisprudencial desse trabalho está calcado na preocupação com o dever de correção do discurso judicante em seus aspectos de coerência e consistência, bem como na apreciação da sua lógica interna²². Em sentido prático, não é apenas entender o que é o direito à saúde para o STF mas também quais são os critérios utilizados, por ele, para decidir isonomicamente.

Para tanto, utilizo a Metodologia de Análise de Decisões, desenvolvida por Roberto Freitas Filho, e utilizada pelo Grupo de Estudo e Pesquisa de Políticas Públicas e Hermenêutica do UniCEUB, a qual se caracteriza por ser uma investigação baseada na teoria da linguagem e na qual se podem identificar os usos das palavras e expressões com as quais a decisão é construída. Por razões de ordem metodológica²³, foi feita, então, uma pesquisa no banco de dados virtual do STF e uma opção de restrição da análise jurisprudencial ao caso do direito à saúde, cuja pendência de solução encontra-se amplamente discutida no âmbito da Corte. Especificamente, todos os tipos de ações que detinham a expressão “direito à saúde”, desde 1988 até março de 2009, foram analisadas. Afinal, sendo esse tribunal a última instância para discutir matéria constitucional e o famoso guardião da Constituição, considerou-se que toda matéria constitucional importante afeta a tais direitos estaria, de alguma forma, englobada nesse conjunto de decisões. O objetivo era saber como o Supremo Tribunal Federal entende o que é o direito à saúde, como o utiliza argumentativamente em suas decisões, qual o resultado da jurisprudência na concessão, ou não, de recursos escassos, e qual a consequência ético-política disso.

²¹É o exemplo de Richard Hare, que defende a universalidade de juízos, ao trabalhar com a discussão sobre a isonomia na teoria moral, no sentido de que aquele que afirma um juízo moral está obrigado a aplicá-lo universalmente a outras situações similares. Segundo esse entendimento, um julgamento moral dá origem a uma regra moral. FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria lingüística: O prescritivismo universal de Richard Hare. In SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 45, nº 178, abril/junho, 2008, p.20-21.

²²Idem. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 13.

²³“É também desejável que mais pesquisas sejam realizadas com os demais tribunais superiores brasileiros, para que se possa ter uma ideia da prática institucional do Poder como um todo. A investigação da prática dos tribunais superiores brasileiros seria, entretanto, virtualmente impossível de ser conduzida de forma metodologicamente consistente nos limites deste trabalho, na medida em que demandaria a coleta de dados em um universo muito vasto tanto quantitativa quanto qualitativamente.” Ibidem, 2009, p. 13

O marco temporal dessas pesquisas, tanto a doutrinária quanto a jurisprudencial, poderia até ser iniciado com as Constituições anteriores a 1988, uma vez que a história do direito mostra que, mesmo quando um regime jurídico altera-se, uma tradição contínua, de modo que o texto constitucional atual foi, de certo modo, engendrado no seio de ideias jurídicas já há muito consolidadas²⁴. Entretanto, o que se quer verificar – e, por isso o escopo de análise foi reduzido – é como o campo jurídico se posicionava com a abertura do cenário jurídico e político nacional, após o marco de 1988.

A justificativa empírica está na possível contribuição ao campo no que venha a ser o conceito de direito à saúde e na reflexão de qual o seu conteúdo ético-político, o qual, por sua vez, revela o nível de compromisso social e o projeto coletivo de comunidade. O debate sobre direito à saúde tem se tornado o calcanhar de Aquiles no âmbito jurídico, cuja quantidade de demandas judiciais, assim como o imperioso imediatismo²⁵ desses pedidos, força o judiciário a repensar certas tomadas de decisão. Atualmente, nessa tentativa de se posicionar, já foram feitas: uma audiência pública, fóruns de discussões entre juízes, proposições para criação de varas especializadas para pedido de internação em UTI, etc. Repercussão dessas medidas à parte, o ponto é que a conjuntura atual revela uma necessidade de trabalhos no tema, e é nesse contexto que esta pesquisa se insere.

A justificativa teórica está no fato de que, uma vez reveladas as inconsistências no discurso jurídico – seja em âmbito doutrinário seja no processo judicante –, as quais limitam a possibilidade de conhecer dado instituto e as razões decisórias, é possível, por meio de instrumentos como a lógica formal e a filosofia política, denunciar o porquê de o sistema jurídico descomplexificar, deliberadamente ou não, os institutos que serão reproduzidos por todo o campo. É o caso da redução do discurso sobre o direito humano à saúde, e as tomadas de decisões que provavelmente outras esferas de poder (âmbitos qualificados) já trataram. Outro exemplo são as escolhas trágicas com recursos escassos de políticas públicas, e das reflexões sobre chave individual e chave coletiva²⁶. Isso é importante para o Direito, pois é da

²⁴ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação de mestrado. Orientador: José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009, p.20.

²⁵“Por conta da distinção entre objetivos das duas disciplinas, é possível se postular que os *tempos* do direito são o *ontem* e o *amanhã* e o *tempo* da economia é o *hoje*. (...) Ao funcionar segundo lógicas distintas, Executivo, Legislativo e Judiciário operam de forma assíncrona as funções institucionais dos poderes, que ganha visibilidade como o conflito entre os princípios da legalidade constitucional, expresso no caso pelo respeito ao dogmas do processo legislativo, e da eficiência da implementação de políticas públicas”. CASAGRANDE, Renato; FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. In SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 47, nº 187, julho/setembro, 2010, p. 30/32.

²⁶Pode ainda servir como forma de denúncia às relações de poder presentes na atuação do poder judiciário, por meio da utilização do movimento teórico-político do chamado *Critical Legal Studies*, por exemplo. FREITAS

falta de transparência do discurso e da responsabilidade dos atores que deriva a falta de isonomia.

Além do mais, quando não são acessíveis democraticamente os limites e os parâmetros da norma aplicada, tampouco o são as questões ético-políticas, sobre as quais os indivíduos deveriam ter a possibilidade de, no mínimo, opinar criticamente. Nessa situação, pode haver uma rachadura no projeto de democracia participativa, e na própria legitimidade do Judiciário. Afinal, a discussão sobre que modelo de sociedade conecta os cidadãos, que tipo de justiça distributiva é desejável, e o que se planeja distributivamente para os bens coletivos é condicionada à possibilidade de discussão democrática e à qualidade das decisões, entre elas as jurídicas.

Logo, a crítica feita aqui é relacionada com a ideia de crise²⁷ do Direito de ordem cultural, não institucional. O argumento proposto neste trabalho está baseado na falta de transparência, na prática costumeira de os magistrados não revelarem os reais motivos da decisão, no espírito refratário a mudanças e questionamentos e na postura corporativa dos juízes. E não na percepção da crise do Judiciário baseado em: muita quantidade de processos a serem solucionados, poucos funcionários e baixo nível de qualidade técnica deles, problemas de assessoria e feitura das decisões, exagerada possibilidade recursal, e demais formalidades procedimentais, ainda que tais fatos sejam possíveis variáveis no quadro geral do problema²⁸.

É mister ressaltar que, muito embora o direito à saúde faça parte de um fenômeno complexo e plural, e que o estabelecimento de um conceito possa ser tido como meramente formal diante da complexidade das políticas públicas – as quais “se referem às capacidades de coordenação e ação do poder público sobre múltiplos processos jurídicos, políticos, econômicos e sociais”²⁹ – insta salientar que, ainda assim, não serão objeto deste estudo as

FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44, n. 175, julho/setembro, 2007, p.41.

²⁷ -“O conceito de crise está relacionado com a ideia de uma fase difícil, grave, na evolução das coisas, dos fatos, das ideias. Também podemos encontrar a referência léxica ao termo crise associada a tensão, conflito, alteração, acidente, manifestação violenta e repentina de ruptura de equilíbrio. Pensar numa alteração de forma rápida, repentina, mudando um dado estado de coisas auxilia a compreensão da ideia de crise no ensino jurídico. A ideia de crise é referida em diversos trabalhos críticos ocupados em apontar que algo está mudando de forma importante em relação ao paradigma teórico do direito. (...)A existência da crise é perceptível porquanto os princípios básicos que organizam o sistema do direito privado são colocados em xeque”. FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 25

²⁸ Idem. **Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.53.

²⁹ SILVA, Frederico Augusto Barbosa da; ELLERY, Herton; MIDDLEJ, Suylan. A Constituição e a democracia cultural. In: IPEA.DIRETORIA DE ESTUDOS E POLÍTICAS SOCIAIS. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal**. v. 2. Brasília: IPEA, 2009, p.229.

ações governamentais, estrito senso, sobre saúde. Com isso, quero dizer que não vou analisar quais são as específicas políticas públicas de saúde que estão implementadas atualmente, como as de distribuição de remédios ou a legislação reguladora dos planos privados de assistência à saúde. Meu problema é como o ambiente jurídico percebe as políticas públicas de saúde e os direitos sociais – este último, tão-somente no bojo do debate sobre o direito à saúde, que é o conceito principal investigado, uma vez que é central na discussão teórica e aparece recorrentemente nas fundamentações das decisões³⁰.

Ora, por estar o trabalho intimamente ligado à disciplina maior de políticas públicas, é comum que, ao se tratar sobre direito à saúde, questione-se a legitimidade do controle de constitucionalidade dos magistrados para decidir sobre políticas públicas³¹, ou seja, sobre o tema da famigerada judicialização de políticas³². Reconheço que, ao se falar em direitos prestacionais, sistema judiciário e políticas públicas, tal temática sempre ganha espaço e relevo, porém este também não é o objetivo dessa pesquisa. De modo que, para a construção do meu argumento, estabeleço como premissa apenas o fato de que corriqueiramente o Supremo Tribunal Federal tem decidido sobre políticas públicas de saúde. Não estabeleço, dessa forma, como parâmetro, a opinião de que acredito no dever, na viabilidade e na legitimidade, ou não, de o STF para fazê-lo, ainda que fatalmente, nos capítulos finais, quando cuidarei de tratar sobre a interpretação moral³³ do dispositivo constitucional, tangencie o tema³⁴.

Ademais, convém ressaltar que esta pesquisa parte do pressuposto de que é possível o exercício do controle crítico dos discursos jurídicos, e da necessidade de apreciação desses discursos por meio de determinados critérios, que servem para a composição e definição dos

³⁰“Pretendo verificar como a doutrina se posiciona em questões relativas a prestações geradas originalmente do texto constitucional e não as derivadas”. ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação de mestrado. Orientador: José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009, p.19.

³¹SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 580.

³²Ainda sobre legitimidade, a questão sobre até que ponto o Ministério Público tem legitimidade de participação em ações individuais também é recorrente, mas, no mesmo sentido da argumentação acima, não é objetivo desta dissertação. A importância do tema ficará, da mesma maneira, só adstrita à situação fática, ou seja, ao fato de que tal atuação acontece.

³³Considerando que o Direito é contra fático, a dimensão moral no campo é crítica, não empírica de maioria.

³⁴Nesse mesmo sentido, importante ressaltar que também não se entrará imediatamente no argumento da denúncia das relações de poder inseridas no tema, o que seria um dos possíveis resultados desta pesquisa. Não se abordarão, assim, os influxos da tensão entre direito e política; no máximo, a dimensão política será instrumentalizada para articular minha hipótese, que é prescritiva, não descritiva. Por isso não é pretensão neste texto usar a teoria de Pierre Bourdieu, um dos expoentes nos estudos sobre poder simbólico, campo, e a veiculação de uma ideologia por trás da interpretação, do poder de nomeação. Estou preocupada em analisar o discurso judicante, o qual, por sua vez, permite lidar com as peculiaridades e escolhas do próprio campo.

conceitos. Outro pressuposto é o de que toda interpretação tem sentido a partir de uma aproximação valorativa³⁵. Logo, esse problema que se coloca em análise, da compreensão e aplicação da norma, acaba por excluir teorias céticas, as quais não acreditam ser possível ter algum controle sobre as decisões, ou aquelas meramente descritivas do Direito enquanto norma³⁶.

O trabalho é estruturado em duas partes, tendo a primeira dois, e a segunda um capítulo. Na primeira parte, preocupo-me com a investigação do conceito e a qualidade do tipo dos argumentos relacionados a ele, sem para tanto centrar-me nas opções de escolha substantiva e política do que venha a ser o direito à saúde, sem entrar na discussão de fundo. Já a segunda parte motiva-se, essencialmente, por toda a questão moral que está vinculada ao conceito de direito à saúde, diante das opções políticas, sobre bens coletivos, da comunidade.

Note-se, *a priori*, quanto à análise do direito à saúde, que a proposta é de um estudo lógico-formal³⁷, baseado na analítica instrumental aristotélica, que é um “instrumento para o exercício do pensamento e da linguagem, e que, oferece-lhe meios para realizar o conhecimento e o discurso”³⁸. O que se visa é avaliar os elementos do conceito (o conceito visto como instrumento a partir de seus elementos), de modo a se encontrar uma resposta plausível e verossímil, no âmbito da dialética como sucedâneo aos problemas conceituais.

³⁵LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 439-510.

³⁶“Kelsen diz claramente que a questão de saber qual é, entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do direito a aplicar, a “correta”, não é sequer uma questão de conhecimento dirigido ao direito positivo, não é um problema de teoria do Direito. Ele atribui o problema à política do direito. A lúcida percepção de Kelsen o leva a identificar a dificuldade em controlar, ainda que apenas criticamente, a atividade do aplicador do direito”. FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 23.

³⁷Aliás, Freitas Filho afirma ainda que, na cultura jurídica, há duas formas de se ver o direito: a visão liberal que se baseia nos princípios gerais da ideologia liberal importada da Europa, e a visão lógico-formal, fundada no normativismo lógico, “confere ao Direito seu caráter científico, conformando o estudo da dogmática jurídica a um estudo da forma normativa, reduzindo, dessa forma, o Direito ao aspecto normativo desvinculado das disciplinas que o fundamentam ou tangenciam (...)”. Como a pesquisa em questão visa descrever e analisar um fenômeno jurídico, qual seja o comportamento da doutrina em relação a dado conceito, faz-se necessária a utilização dessa visão como pressuposto, atrelada a um método dedutivo, que parte de dogmas fora do direito. “O termo “lógico-formal” aqui utilizado expressa uma dada visão sobre o direito que é descrita na doutrina sobre o tema do ensino jurídico. (...) Reconheço, como corretamente apontou José Reinaldo de Lima Lopes, que a lógica formal é condição do pensamento consequente, na linha de argumento de autores como Raz, MacCormick e Ricoeur, por exemplo”. *Ibidem*, p.30. Ademais, o fato de utilizar uma metodologia lógico-formal não significa que coaduna com a visão de que o direito é neutro, tampouco que a norma é apenas o ponto de equilíbrio entre interesses conflitantes, e, muito menos, que os juízes são meros aplicadores das operações lógicas da norma.

³⁸“A lógica aristotélica oferece procedimentos que devem ser empregados naqueles raciocínios que se referem a todas as coisas das quais possamos ter um conhecimento universal e necessário, e seu ponto de partida não são opiniões contrárias, mas princípios, regras e leis necessários e universais do pensamento. (...) Um estudioso do *Organon* verá que a lógica aristotélica possui as seguintes características: Instrumental: é o instrumento do pensamento e da linguagem para pensar e dizer corretamente a fim de verificar a correção do que está pensado e dito (...)”. CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2009, p.107.

Entretanto, num segundo plano, utilizar-se-á também a dialética platônica³⁹, como procedimento intelectual e lingüístico que parte de um discurso compartilhado por interlocutores, e que se destina a trabalhar os conceitos contrários e as contradições nas posições doutrinárias descritas ao longo do trabalho, na tentativa de superá-los e uniformizá-los (definições isonômicas) no campo.

Faço um adendo, nesse ponto, ao fato de que argumentos construídos com base na analítica têm seus limites, não conseguindo prescrever uma solução única que seja global. Em geral, as discussões e as tentativas de resolver grandes problemas como a efetividade do de políticas públicas de saúde, no que tange a atuação do Judiciário, são baseadas em questões substantivas, como poder e justiça, ou em círculos contextuais e históricos, entre outros. No entanto, a utilização e, portanto, a defesa da pesquisa analítica não pode ser renegada ou ignorada no campo jurídico, uma vez que esta consegue descrever determinado fenômeno e servir de base para um argumento prescritivo, que é próprio do Direito.

No primeiro capítulo, em que o estudo de caso se apresenta, o mote é demonstrar o arranjo institucional e o contexto da formação do direito à saúde (com exposição inclusive das questões fáticas, políticas, econômicas e sociais), fazer uma descrição do debate no campo jurídico, estabelecer as dicotomias pertinentes com a doutrina sanitaria, estabilizar o sentido do conceito e mostrar apenas que o projeto civilizatório pressuposto no conceito de saúde não é abordado nos manuais jurídicos. Isto será importante para estabelecer alguma definição que sirva de critério para a análise de decisão do próximo capítulo.

O segundo capítulo é destinado à análise de uma série de julgados, no âmbito do STF, sobre direito à saúde, na tentativa de demonstrar o modelo da prática decisória adotado. Primeiramente, faço uma análise jurisprudencial simples em que tento fazer um crivo de quais decisões, de fato, tratam sobre política pública de saúde, e não apenas fazem remissões *a latere*. Depois, analiso as decisões sob um marco da teoria da linguagem e da teoria da decisão, a fim de encontrar um sentido uno do que venha a ser o direito à saúde, e, simultaneamente, mapear o que a Corte estabelece de conteúdo político para ele, o que será importante para o capítulo seguinte.

O terceiro capítulo trata da análise do sentido político do direito à saúde a partir do marco normativo constitucional que tematiza a questão. A ideia do direito à saúde é ancorada

³⁹“Em outras palavras, a dialética é um procedimento com o qual passamos dos contrários ao idêntico, das opiniões contrárias à identidade da ideia, das oposições do devir à unidade da essência. (...) Partindo de sensações, imagens e opiniões contraditórias sobre alguma coisa, a dialética vai separando os opostos em pares, mostrando que um dos termos é a aparência e ilusão e o outro, verdadeiro, até chegar à essência da coisa”. Ibidem, 2009, p.106.

em uma perspectiva política comunitária, o que implica em um tipo de decisão distinto daquela que seria própria a uma matriz político-epistemológica liberal.

1 O CASO DO DIREITO À SAÚDE

A tarefa de disciplinar semanticamente as palavras impõe-se a qualquer ciência⁴⁰. A dificuldade se atém à mobilidade polissêmica natural dos conceitos e aos problemas de estabilização entre a linguagem conceitual da teoria e as exigências de observação em relação a uma realidade histórica⁴¹. Nesse contexto, considerando que o conceito de direito a saúde, admitido pelo senso comum jurídico, detém categorias⁴² abertas de sentido⁴³ – e, portanto, perpassa por tais dificuldades –, o que se questiona é se existe um debate organizado e aprofundado sobre qual a provável definição de tal expressão e se ela é capaz de servir de base para a utilização do conceito na práxis do Direito, como, por exemplo, nas decisões judiciais.

A importância nessa discussão está, então, na identificação dos debates que estiveram em curso e construíram o sentido do artigo constitucional, na descrição do debate doutrinário, na demonstração do dissenso conceitual no âmbito do direito à saúde⁴⁴, e na possibilidade de uma reinterpretação e de uma futura utilização transparente da expressão no âmbito judicial. Isso porque a discussão sobre saúde envolve um debate político sobre o bem comum, uma escolha de distribuição e alocação de recursos públicos escassos. E, ao não ser ter claro o que o conceito traz em seu bojo, pode haver problemas de supressão de complexidades relativas ao tema, de tratamento não isonômico, e de mistificação

⁴⁰“A definição do que seja o conceito de “ciência” é, como sabido, disputável. Seguindo uma concepção de ciência na visão aristotélica, Enrico Berti entende que, em certo sentido, a “ciência” para Aristóteles é algo também do campo no contingente, não somente daquilo que é necessário”. FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do *leasing***. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p.30.

⁴¹“O *gentleman's agreement* sugerido por Pascal [*“Jamais discuto o nome,/desde que me advertam/ do sentido que lhe for dado...”*] escamoteia com presteza as idas e voltas [desse] (...) único questionamento prático que importa ao pesquisador: como utilizar com algum rigor lógico os recursos teóricos que esse campo apresenta ao estado disperso? Como evitar ser vítima das ambiguidades que a polissemia dos conceitos está sempre reintroduzindo na formulação das hipóteses e dos resultados?” Nesse ponto específico, talvez, o mesmo problema de equilíbrio precário por que passa a Sociologia na definição de conceitos, passa também o Direito – muito embora, respectivamente, o primeiro se pretende descritivo e o segundo, prescritivo. PASSERON, Jean-Claude. **O raciocínio sociológico: o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995, p.1/35/53.

⁴²“(…) vinda do vocabulário jurídico, a categoria é um sinal, um índice, um indicador de alguma coisa que serve para revelar, dar e conhecer, tornar visível alguma coisa, torna-la compreendida. As categorias são por isso “coisas que servem para designar outras”. (...) São os gêneros supremos de predicados de uma coisa ou de um sujeito”. CHAUÍ, Marilena. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2002, p. 359.

⁴³“Como falar sobre o direito prescritivamente é também, em alguma medida, fazer o direito, é possível assumir a premissa de que há uma crescente ênfase no estudo de um modelo de norma que a doutrina vem identificando como semanticamente mais aberta (menos precisa, portanto), em relação a outro modelo mais preciso, determinado, aplicável a determinados casos (...)”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p.20.

⁴⁴Em resposta à nota de explicação nº2, o próprio Passeron aduz: “Só o conhecimento da diversidade de papéis que desempenharam conceitos e métodos nos procedimentos de invenção ou de argumentação permite ao mesmo tempo que o pesquisador mantenha aberto o campo de abrigo teórico onde, na ausência de uma teoria constituída, ele deve alimentar suas necessidades de construção e de controlar a coerência semântica da interpretação que constrói, trabalhando conceitualmente o seu material de observação”. PASSERON, Jean-Claude. Op. cit., 1995, p.53.

(naturalização) de um suposto conceito, baseado, em geral, em categorias ainda mais genéricas, como a dignidade da pessoa e os direitos humanos.

Não é, portanto, objetivo do trabalho a construção de um conceito único e imutável sobre o direito à saúde, ou seja, não se trabalha aqui com um ideal de purificação de sentido (afinal, é sabido que existe um limite entre o uso e o ideal), e sim, com a percepção de que é próprio do discurso judicante informar e dirigir um comportamento, de maneira que, quanto mais preciso o conceito, mais bem articulada e transparente é a decisão. Assim, a intenção é analisar os elementos que constituem a definição do direito à saúde, que é *per se* contextual e complexo, a fim de encontrar uma provável e razoável estabilização semântica sobre o que é esse direito, de modo que a consciência dos parâmetros objetivos possibilite a previsão de expectativas e sirva de base para se entender, estudar e decidir sobre o assunto, em dada realidade histórica.

Como objeto, este capítulo dedicar-se-á às definições do conceito de direito à saúde construídas pela literatura sanitária e pela doutrina jurídica⁴⁵, com a breve demonstração das acepções mais recorrentes, cuja metodologia não só é necessária para o Direito como também é comum, *mutatis mutandi*, nas específicas pesquisas de avaliação de políticas públicas⁴⁶. Em suma, o objetivo é fazer uma investigação sobre o movimento sanitário, que ensejou o texto constitucional, saber como o campo jurídico se posiciona na abordagem do conceito sobre direito à saúde, e tentar estabelecer um parâmetro para o conceito, o qual será utilizado como referência no próximo capítulo, na avaliação de coerência e consistência do discurso judicial em relação a esse conceito.

1.1. A Reforma Sanitária e o texto constitucional

Em 5 de outubro de 1988, o Congresso Nacional, reunido em Assembleia Nacional Constituinte, promulgou a atual Constituição Federal, cujos dispositivos relativos ao setor de saúde não foram meros resultados de conjuntura, mas produtos de um amplo processo de

⁴⁵“O estudo do direito nas faculdades brasileiras é feito basicamente a partir da leitura de doutrinadores. Às vezes é mais fácil os alunos conhecerem o pensamento de determinado autor do que o conteúdo do próprio ordenamento. A generalização do uso da doutrina como uma espécie de fonte do direito não ocorre somente neste momento de formação do jurista, mas também na jurisprudência. Ela reproduz essa realidade ao citar vários doutrinadores em suas decisões.” ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação de mestrado. Orientador: José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009, p.14.

⁴⁶Estou pensando aqui no mesmo problema que Paula A. Cavalcanti teve em relação à diversidade analítico-conceitual, como objeto de trabalho. CAVALCANTI, Paula Arcoverde. **Sistematizando e comparando os Enfoques de Avaliação e Análise de Políticas Públicas: uma contribuição para a área educacional**. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, 2007, p.185.

discussão e politização. Na área da saúde, suas raízes remontam a algumas décadas anteriores, e fortificaram-se no movimento da Reforma Sanitária, que conferiu consistência doutrinária e propôs asserções organizativas e institucionais em relação ao campo da saúde⁴⁷. Assim, considerando que a inscrição do direito à saúde, na Constituição, significa a culminância de um processo de lutas e conquistas do movimento pela democratização da saúde, a intenção desse tópico é contextualizar a compreensão do artigo 196 no processo Constituinte da Saúde⁴⁸.

Apesar de o ‘fio condutor’ e as condicionantes desse processo terem origens mais remotas⁴⁹, podem ser identificados de forma mais contínua e evidente nas décadas próximas a formulação e promulgação da Constituição de 1988. Nesse sentido, o objetivo aqui não é documentar e detalhar todos os eventos, projetos e instituições que estiveram conectados ao processo constituinte na área da saúde, mas entender como a questão do direito à saúde foi tratada na construção do texto constitucional, quais os principais embates ocorriam à época. Aliás, é mister ressaltar que não se pretende fazer, ademais, uma análise de como todas as constituições brasileiras trataram (e se trataram) do direito à saúde, pois, afinal, o que nos interessa aqui é o contexto histórico recente de como esse direito foi pensado, assim como o sentido original do artigo 196.

Assim, tem-se que, antes da Constituição de 1988, a organização do sistema público de saúde brasileiro era bem diferente do atual, e isso teve impacto no modelo médico e na forma de se compreender o direito à saúde à época. Posteriormente, quando se propuseram formas alternativas conceituais e ao sistema, que acabaram sendo, de fato, institucionalizadas na nova ordem jurídica de saúde, foi importante se delimitar como a saúde era compreendida até a Constituinte. Por isso faz-se necessário mostrar, ainda que sinteticamente, o período,

⁴⁷NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONCÔMICA APLICADA - IPEA. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise: Vinte anos da Constituição Federal**. 17 ed. v. 1. Brasília: IPEA, s.d., p. 97.

⁴⁸ “[A] despeito dos casuísmos da convocação e do seu funcionamento (...), o processo constituinte tem um valor em si, na medida em que se transforma na arena política e desnudada do enfrentamento dos interesses presentes na sociedade. Ainda que a composição da Assembleia Nacional Constituinte não possua a representatividade proporcional desses interesses, dados os desvios históricos dos critérios e processos eleitorais, (...) as teses aí esposadas em nome dos respectivos grupos de interesse têm um papel pedagógico importante para a luta política imediata”. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003, p. 31.

⁴⁹ “No período colonial, a ação do Estado no setor da saúde foi insignificante. As ações de saúde eram desenvolvidas pelos chamados exercentes (físicos, cirurgiões-barbeiros, barbeiros, boticários etc.) e pelas Santas Casas de Misericórdia, que também, inicialmente, tendiam aos enfermos com infusões de ervas, frutas cítricas, raízes e outros produtos trazidos pelos índios”. REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. **Manual de atuação jurídica em saúde pública**. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito sanitário e saúde pública**. v. 2. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 13.

como o campo sanitário funcionava, como se posiciona historicamente, e quais conceitos e categorias se extraem como principais, diante da diversidade de conceitos atuais.

Desde o final do século XIX até a metade dos anos 1970, o sanitarismo campanhista era tido como o modelo hegemônico de saúde⁵⁰. Esse sanitarismo tinha uma inspiração militarista, com um estilo repressivo de intervenção, de combate a doenças de massa, com forte concentração de decisões e com criação de estruturas *ad hoc*. Com o processo de industrialização, e o conseqüente declínio do modelo econômico agroexportador, observou-se, então, um movimento simultâneo de esgarçamento progressivo das ações campanhistas e de crescimento da atenção médica da Previdência Social, o que culminou na hegemonização do modelo médico-assistencial privatista⁵¹.

Dessa forma, na década de 20, especificamente no ano de 1923, com a Lei Elói Chaves, o sistema de previdência social brasileiro passou a garantir assistência ambulatorial e hospitalar aos trabalhadores formais que contribuía para receita de Caixas e Institutos de Aposentadoria e Pensões, conforme a categoria profissional de cada trabalhador: ferroviário, industrial, comercial, bancária, etc⁵². O problema é que a maior parcela da população não integrava o mercado de trabalho formal, ou era pobre, e não estava vinculada a algum sistema de asseguramento, ficando, para tanto, excluída do sistema e dependente de serviços assistenciais públicos e serviços privados filantrópicos, de caridade. Por outro lado, apenas uma parcela reduzida da população dispunha de recursos financeiros para pagar o serviço de saúde diretamente do prestador de serviço privado lucrativo⁵³. Assim, além do problema de acesso, a dicotomia entre ações de saúde pública e o atendimento clínico individual também marcou o período.

Várias iniciativas governamentais foram desenvolvidas, ao longo das décadas de 1970 e 1980, na tentativa de abrandar essa situação discriminatória⁵⁴. Ainda assim, antes do SUS, o sistema de saúde poderia ser caracterizado como excludente, baseado em uma

⁵⁰MERHY, Emerson Elias. **A saúde pública como política: um estudo de formuladores de políticas**: os movimentos sanitários, os modelos tecno-assistenciais e a formação das políticas governamentais. São Paulo: HUCITEC, 1992, p. 71.

⁵¹MENDES, Eugênio Vilaça. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. In: ___(org). **Distrito Sanitário: O processo social de mudanças das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde**. 3 ed. São Paulo-Rio de Janeiro: HUCITEC-ABRASCO, 1995, p. 20.

⁵²NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 103. E, MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 21.

⁵³SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Vinte anos do SUS: O Sistema de Saúde no Brasil no Século XXI. In: **Boletim de Direito Administrativo**, jul. de 2009, p. 779. O que faz, inclusive, com que alguns autores afirmem que, na realidade, o importante, na época, era, sobretudo, atuar sobre o corpo do trabalhador, mantendo e restaurando sua capacidade produtiva.

⁵⁴Por exemplo, em 1974, a Previdência Social protagonizou nova expansão no atendimento médico-assistencial, com o Plano de pronta Ação (PPA), e, a partir de 1976, o Programa de Interiorização de Ações de Saúde e Saneamento (PIASS).

racionalidade securitária⁵⁵, com forte hegemonia privada na oferta e ênfase nas ações de recuperação de saúde, e marcado por segmentações institucional e de clientela, uma vez que o Ministério da Saúde e o então Ministério da Previdência e Assistência Social⁵⁶ tinham funções distintas e atendiam a públicos diferentes⁵⁷. Em regra, nesse período, a saúde era tratada como um estado de ausência de doença no indivíduo⁵⁸, cuja manutenção carecia de uma ação particular e de um complemento dos benefícios previdenciários, cujas ações e serviços sempre foram geridos e estabelecidos por gestores de outras políticas públicas⁵⁹.

Esse modelo médico-assistencial privatista⁶⁰, também chamado de liberal⁶¹ privatista, perpetuou nesse período, com o predomínio do caráter discriminatório da política

⁵⁵“O seguro social e suas regras clássicas de vinculação contratual entre contribuição e direito a benefícios dominaram a orientação dada à gestão dos serviços de saúde nas CAPs, nos IAPs e, parcialmente, no INPS. Por exemplo, o valor da participação no custeio deveria ser tomado em consideração com a renda do usuário, tendo em vista particularmente os casos de doenças que implicariam, pelo esquema da participação, despesas de efeito catastrófico para a economia familiar do beneficiário. (...) Essa racionalidade securitária que impunha a limitação e o severo controle dos serviços de saúde estava fadada a entrar em conflito com a racionalidade sanitária”. NOGUEIRA, Roberto Passos. Critérios de justiça distributiva em saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão 1591**. Brasília, março de 2011, p. 7. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em 02 de julho de 2011.p. 12/13. “A saúde acumulou uma longa experiência de fazer parte de um sistema de proteção social nos moldes do seguro que, ao longo do século, demonstrou que era, especialmente, oneroso, excludente e injusto. Ou seja, asseguravam-se benefícios, a cada um, segundo a sua contribuição... com maior ou menor tempo de carência...com benefícios controlados pela receita...com acesso aos benefícios ou prestações vinculados ao prazo de permanência no emprego e regulados pela oferta de tecnologia”. REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 40.

⁵⁶Importante notar que diante da necessidade de uma resposta técnica às pressões sociais e políticas, no setor da saúde, foram criados mecanismos de coordenação interministerial. Logo, o “sistema de saúde anterior à Constituição, denominado Sistema Nacional de Saúde, era fragmentado na própria esfera federal, que mantinha cinco Ministérios para cuidar do tema da saúde: Ministério da Saúde, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho, da Educação e do Interior. Além disso, o Ministério detentor de grande parte dos recursos que financiavam a saúde era o da Previdência e Assistência Social, integrante, na época, do Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social – Sinpas, composto de autarquias e de duas fundações. As autarquias que integravam o Sinpas eram: Instituto Nacional de Previdência Social – INPS, responsável pela garantia dos benefícios previdenciários aos trabalhadores; Instituto de Administração Financeira da Previdência e Assistência Social – Iapas, responsável pela administração dos recursos da previdência social; Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social – INAMPS, responsável pela garantia dos serviços de assistência à saúde curativa; Fundação Legião Brasileira de Assistência – LBA, com a atribuição de garantir mínimos sociais; Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor – Funabem, com a atribuição de proteção à criança e ao adolescente privados do mínimo social; Empresa de Processamento de Dados e Previdência Social – Dataprev; Central de Medicamentos – Ceme, na condição de órgão autônomo”. SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Op. cit., 2009, p. 782.

⁵⁷“A assistência médico-hospitalar aos trabalhadores vinculados ao mercado formal de trabalho ficava a cargo do MPAS e era financiada pelo sistema de Seguridade Social, para o qual contribuam os empregados, empregadores e o governo federal. Ao MS, às Secretarias Estaduais de Saúde e às Secretarias Municipais de Saúde cabiam, basicamente, as ações típicas da saúde pública, tais como: o controle de doenças transmissíveis e as vigilâncias sanitária e epidemiológica”. NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 102.

⁵⁸HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento**: as bases da política de saúde pública no Brasil. São Paulo: HUCITEC-ANPOCS, 1998, p. 50.

⁵⁹REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 40/41.

⁶⁰MELLO, Carlos Gentile de. **Saúde e assistência médica no Brasil**. São Paulo: CEBES-HUCITEC, 1977, p. 157-163.

⁶¹ É importante notar que o termo “liberal” aqui é utilizado, pelo que se pôde perceber com a leitura dos textos da área da saúde, sem uma referência explícita a diferença e uma das opções tipológicas abordadas no capítulo 3. Em geral, demarcam esse modelo como liberal por ele se revelar um mecanismo de alavancagem do setor

se saúde, já que se evidenciavam as desigualdades no acesso quantitativo e qualitativo entre as diferentes clientela urbanas e entre estas e as rurais. Dessa forma, interessante ressaltar que esse modelo tinha como principais características⁶²: o privilégio da prática médica curativa, individual, assistencialista, lucrativa, dispendiosa e especializada, em detrimento da saúde pública⁶³; a criação de um complexo médico-industrial, por meio da intervenção estatal; a consolidação da tecnoburocracia estatal e do “universalismo excludente”⁶⁴; a contínua expansão da clientela previdenciária; e o desenvolvimento de um padrão de organização da prática médica orientada para a lucratividade do setor de saúde, uma vez que visava a capitalização da medicina e a priorização do produtor privado destes serviços⁶⁵.

Diante desse contexto institucional, e tendo como pano de fundo uma profunda crise econômica, a política de saúde em vigor se deparou com a incapacidade de combater dilemas coletivos e atender a brasileiros sem cobertura da previdência⁶⁶. Logo, tomaram força as críticas sobre esse modelo de serviços de saúde e os debates a respeito do papel dos serviços de saúde como componente do desenvolvimento social e a necessidade de construção de um novo modelo assistencial. Daí que espaços tanto políticos quanto institucionais foram abertos para o desenvolvimento do movimento contra-hegemônico da saúde que, nos anos 80, viria a conformar-se como reforma sanitária brasileira⁶⁷. Além de uma série de experiências municipais e de universidades, no sentido universalidade da atenção e integração das ações de saúde, alguns marcos, que em conjunto resultaram no movimento sanitário, são importantes destacar:

- A criação do Centro Brasileiro de Estudos da Saúde - CEBES, em 1976, e da Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde Coletiva foi fundamental para a politização, divulgação de conhecimentos, das críticas ao modelo de saúde implementado pelos governos militares, e de propostas de articulação da sociedade para as reformas na

privado e por sua influência norte-americana. SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos**: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros. Campinas, SP: Instituto do Direito Sanitário Aplicado, 2007, p. 47.

⁶²AGUIAR, Zeneide Neto. Antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde (SUS) – breve história da política de saúde no Brasil. In: ____ (org). **SUS: Sistema Único de Saúde**: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios. São Paulo: Martinari, 2011, p. 36.

⁶³ANDRADE, Luiz O. M. de. **SUS passo a passo: gestão e financiamento**. São Paulo: HUCITEC, 2001, p. 22.

⁶⁴“Ao ampliarem-se as clientela da Previdência Social e com elas as diferentes modalidades assistenciais surgem, também, distintas formas de concentração com o setor privado que começa a fracionar-se segundo interesses particularizados”. MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 23.

⁶⁵“Assim é que, sob os eufemismos de atenção à saúde coletiva e à saúde das pessoas, o que consagrava a separação das ações de “saúde pública” das ações de “atenção médica”, reservaram-se as primeiras (não rentáveis) para o setor estatal e as segundas (rentáveis) para o setor privado, intermediado pela Previdência Social”, é esse modelo foi institucionalizado. MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 22/ 25.

⁶⁶LOTTEBERG, Claudio. **A saúde brasileira pode dar certo**. São Paulo: Atheneu, 2007, p. 31.

⁶⁷MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 27.

esfera sanitária. Além de atuar na formação de profissionais com ênfase na saúde coletiva, em oposição à perspectiva curativa privatista, e na articulação do poder público e da sociedade organizada, em prol da reflexão e reorganização das políticas públicas de saúde⁶⁸.

- O sanitarismo desenvolvimentista que, em oposição aos debates conformistas da história da medicina, defendia que a melhoria substantiva das condições de saúde da população só seria possível com a superação da fase de atraso econômico (pós “milagre econômico”), no qual havia um círculo vicioso entre a miséria e as enfermidades. Para tanto, enfatizou a concepção da saúde como sendo uma condição social e politicamente determinada, e, como crítica aos fundamentos técnico-científicos e pedagógicos, surge ainda, ao lado do sanitarismo desenvolvimentista, a medicina comunitária⁶⁹ e a medicina social, que defendiam um enfoque na prática política de transformação democrática do sistema de saúde, e que visava superar as visões individualistas e organicistas (baseadas tão-somente na relação médico-paciente) da saúde, que caracterizavam a medicina privatista (liberal) e preventiva⁷⁰.

- Em pleno processo de redemocratização da sociedade e na perspectiva da promulgação de uma nova Constituição, o cume das mobilizações realizadas por esse movimento reformista sanitário, base político-ideológica da Reforma Sanitária, foi alcançado por meio da realização da VIII Conferência Nacional de Saúde, em 1986, considerada como a pré-Constituinte da Saúde, com a participação de aproximadamente cinco mil pessoas, representantes dos diversos movimentos sociais e profissionais da saúde, trabalhadores, estudantes, intelectuais da saúde, parlamentares, sindicatos, etc. Nessa conferência, foram debatidos (não sem conflitos e contradições) princípios e diretrizes da Reforma Sanitária, entre eles: “o conceito ampliado de saúde, o reconhecimento da saúde como direito de todos e dever do Estado, a criação do SUS”, a participação popular, centralização e hierarquização dos serviços, e atenção integral às necessidades de saúde da população. Como decorrência

⁶⁸AGUIAR, Zeneide Neto. Op. cit., 2011, p. 35.

⁶⁹“No que se refere à Medicina Comunitária, consta-se uma busca de racionalidade para os serviços de saúde enfatizando-se noções outras como regionalização e hierarquização de serviços, participação comunitária, multiprofissionalidade”. PAIM, Janilson Silva. Bases conceituais da reforma sanitária brasileira. In: FLEURY, Sonia (org). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, 1997, p. 13. PAIM, Jairmilson Silva; e ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A crise da saúde pública: e a utopia da saúde coletiva**. Salvador: Casa da qualidade, 2000, p. 59-70.

⁷⁰“O primeiro desafio dentro dos Departamentos de Medicina Preventista foi começar a ter outra visão da questão social na área da saúde, com a introdução do pensamento marxista. Começamos a discutir a questão das relações entre classes sociais e saúde, da determinação social do processo saúde-doença (...). Esses estudos nos permitiram sair do enfoque centrado na relação médico-presidente, para discutir o trabalho em saúde e a organização de sistemas de saúde (CONASEMS, 2007, P. 45)”. NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 106.

desse evento foi construída a Comissão Nacional da Reforma Sanitária para o encaminhamento das propostas de texto constitucional à Assembleia Nacional Constituinte⁷¹.

Desse modo, todo esse projeto reformista do sistema de saúde foi unificado e ganhou identidade política de movimento sanitário ou movimento da Reforma Sanitária – terminologia essa, aliás, inspirada na experiência italiana, cujo modelo de reforma proposto era parte de uma estratégia contra-hegemônica, dentro do processo de transição política (redemocratização), com fundamento na democratização do Estado, na consciência sanitária, no modelo não individualista, e na instituição da saúde enquanto direito⁷². Resumidamente, a Reforma Sanitária defendia alguns pontos doutrinários centrais que foram decisivos para a formulação dos artigos referentes à saúde na nova constituição, entre eles⁷³:

a) uma concepção abrangente de saúde, na qual a saúde define-se no contexto histórico de determinada sociedade e num dado momento, devendo ser conquistada pela população em suas lutas cotidianas. Nesta concepção, a saúde é, antes de tudo, o resultado das relações econômicas e sociais prevalentes – isto é, não se resume apenas à assistência médica, mas está relacionada a todas as suas condicionantes e determinantes, como trabalho, salário, alimentação, entre outros –, e um direito de cidadania plena, em que o direito igual de todos às ações de saúde é reconhecido⁷⁴;

b) a responsabilidade do Estado na garantia do direito;

⁷¹AGUIAR, Zeneide Neto. Op. cit., 2011, p. 37. E, NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 107. “Por ocasião da Conferência, o movimento mostrou também suas divergências, pautadas essencialmente nos programas e estratégias dos dois blocos partidários de esquerda de sua composição: de um lado, o PT e o PDT defendendo a ‘estatização já’, de outro, o PCB, PC do B, e setores progressistas dos demais partidos propondo uma convergência para a estatização através de uma estratégia de reforço progressivo do setor público, (...) [mas] não se pode dizer que houve ‘racha’ no movimento sanitário”. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 49.

⁷²“Como recorte teórico, faz-se a ressalva de que autores, como Jaime Oliveira, identificam diferenças nos processos que são designados de “Reforma Sanitária” entre Itália e Brasil. “A primeira destas diferenças corresponde ao fato de que, na Itália, o processo da “Reforma Sanitária” correspondeu, a um *movimento de fora para dentro* em relação ao aparelho de Estado. Ou, se quisermos, *de baixo para cima*. Isto é, constituiu-se por uma aglutinação progressiva de diferentes movimentos sociais, que já vinham exercendo uma crescente pressão sobre o aparelho do Estado. (...) Enquanto que, no Brasil, o movimento pela assim chamada “Reforma Sanitária” vem se desenvolvendo, majoritariamente, como um movimento *de dentro para fora*, ou de *cima para baixo*. Ou seja, entre nós, “Reforma Sanitária” (...) surgiu principalmente a partir de um conjunto de técnicos (...) que têm em comum um passado de preocupações progressistas. (...) [E,] por outro lado, no caso italiano, a ideia da “Reforma Sanitária”, pelo menos da perspectiva do ator político que a formula em primeiro lugar – o Partido Comunista Italiano – surge como uma ideia que é pensada *enquanto parte, simultaneamente*, de um *outro processo de transição*, de mais longo prazo e alcance: *a transição para o socialismo*”. OLIVEIRA, Jaime A. Reformas e reformismos: para uma teoria política da Reforma Sanitária (ou, reflexões sobre a Reforma Sanitária de uma perspectiva popular). In: COSTA, Nilson do Rosário; et. al (org). **Demandas populares, políticas públicas e saúde**. v.1. Petrópolis: Vozes e ABRASCO, 1989, p. 19.

⁷³NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 107. REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 37. E, CAMPOS, A. Correia de. **Saúde: o custo de um valor sem preço**. Lisboa: Livros Técnicos e Científicos, 1983, p. 60-62.

⁷⁴MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 42. BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 1996, p. 63. E, MELO, Enirtes Caetano P. de. Políticas de saúde pública. In: FIGUEIREDO, Nélia Maria A. de. **Ensinando a cuidar em saúde pública**. São Paulo: Yendis, 2005, p. 60.

c) a necessidade de criar um sistema público unificado e de livre acesso a toda a população, isto é, com base na hierarquização, descentralização do processo decisório para Estados e municípios, na unificação de conceitos, princípios e diretrizes de todas as ações e serviços de saúde para todos os entes federativos, na defesa de um comando único federal, na universalização do acesso às ações e serviços de saúde, e na integralidade da atenção, superando a dicotomia organizacional entre serviços de saúde pública e previdenciários e contra as iniquidades do sistema de saúde;

d) uma política pública de saúde efetivamente democrática, planejada e implementada com a participação e controle direto da sociedade civil, por representantes da população e das entidades civis da sociedade;

Mesmo com embates e conflitos entre os que defendiam os interesses privatistas e os que lutavam pela saúde pública e estatal, essas propostas, que foram discutidas e encaminhadas pelo movimento sanitário, acabaram representando o conjunto de sugestões e reivindicações que o movimento sanitarista apresentou no processo constituinte e que foram inscritas no capítulo da saúde da Constituição de 1988⁷⁵.

Nesse contexto, quanto o processo de elaboração da nova Constituição Federal e da Lei Orgânica da Saúde⁷⁶, e conforme o regimento interno aprovado, quatro fases sucessivas ocorreram para a conformação do texto final⁷⁷:

1ª) na área da saúde, a Subcomissão de Saúde, Seguridade e Meio Ambiente desempenhou o papel de “porta de entrada” do texto constitucional, cujo trabalho era “ouvir e debater com entidades da sociedade civil, lideranças e dirigentes institucionais as respectivas reivindicações e propostas e, posteriormente, elaborar um relatório que, votado e aprovado, seria apresentado como anteprojeto”⁷⁸. O objetivo de demonstrar esse processo é justamente ressaltar o fato de que, nessa fase, por meio de audiências públicas, as considerações derivadas da VIII Conferência, da Abrasco, da Cebes e das entidades sindicais reuniam o

⁷⁵Ressalta-se que a Reforma Sanitária não se reduz a esse ato ou às modificações técnico-administrativa e organizacional, mas, ao contrário, possuiu importante papel na conjuntura pós-constituinte, com a consolidação do sistema único de saúde.

⁷⁶“Como decorrência da Constituição Federal, elaborou-se, no período de 1989/90, a Lei 8080 que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais. (...) Não obstante, [referida lei] expressa as conquistas contidas na Constituição de 1988, mantendo e aprofundando as suas ambiguidades, mas, também, servindo de apoio jurídico-legal para a continuidade da luta política na arena sanitária”. MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 48. O SUS é regulamentado ainda nas Leis 8142/90; 9836/96; 10424/08; 11108/05.

⁷⁷Em grande medida, essa consideração sobre o processo Constituinte foi baseada na obra: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 53-84.

⁷⁸“A análise da composição e perfil da subcomissão, composta por vinte e um Constituintes e vinte e um suplentes, revelou uma primeira surpresa: a maioria não havia escolhido a subcomissão como primeira opção (...). Estes se dividiram polarmente entre os adeptos das teses da 8ª Conferência Nacional de Saúde e os defensores da iniciativa privada na Saúde”. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 59.

grupo mais numeroso e convergente, e o único que trouxe propostas de texto, enquanto os grupos em defesa da prática liberal e da iniciativa privada e as posições dos ministros da Saúde e da Previdência Social apenas apresentaram argumentos e contra-argumentos. E isso foi determinante para a construção de sentido do artigo 196 pesquisado, uma vez que todas as fases ficaram condicionadas a esta.

2ª) Depois, foi instalada a Comissão da Ordem Social em uma sessão solene, na qual foi feita a entrega oficial dos respectivos anteprojetos ao presidente da Comissão. O interessante é que houve uma inovação não regimental e foi convidado um representante do movimento civil para fazer uma alocução a respeito das expectativas da sociedade sobre os temas específicos na Constituição. Também nessa fase, de forma não aleatória, a composição da participação popular estava vinculada ao movimento sanitarista. Ocorreu, no entanto, um fato superveniente: diante da tendência progressista do anteprojeto, os setores conservadores, privatistas, tentaram obstruir a votação para impedir que fosse aprovado no prazo regimental e, conseqüentemente, para que a próxima Comissão começasse o trabalho desde a origem, de novo. Mas essa estratégia foi evitada⁷⁹ e o texto aprovado continuou, mesmo com algumas modificações técnicas, a conter a essência da proposta defendida pelo movimento sanitarista, inicialmente, para a Saúde.

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

4ª) O projeto de Constituição aprovado pela Comissão anterior, ao ser apresentado ao plenário da Assembleia Nacional Constituinte, teve sua discussão polarizada entre grupos de interesse públicos e privados. Os setores mais conservadores, ligados aos interesses patronais,

⁷⁹Acabou 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 contrárias”. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 68.

ao setor hospitalar privado, às cooperativas médicas, ao setor liberal da medicina e ao governo, não se conformavam com o teor final do texto constitucional. Entretanto, como não havia previsão regimental para apresentação de substitutivos globais, formou-se um bloco suprapartidário, o “Centrão Democrático”, o qual, alegando manipulação da Constituinte por setores minoritários, propôs um projeto de resolução para mudar o regimento interno, no qual seria possível apresentar emendas substitutivas que pudessem alterar completamente o texto. Tal medida não se viabilizou, e, ao fim, a Constituinte inscreveu na CF todas aquelas modificações que o movimento sanitarista estava reivindicando havia alguns anos.

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

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

Esquemmatizando e compreendendo, de forma mais clara, esse preceito constitucional, diante da doutrina que o concebeu e em interpretação sistemática ao capítulo da Constituição em que foi inserido, tem-se a seguinte tabela:

Tabela I

Elementos significantes da previsão constitucional do direito à saúde (Art. 196)

NÚCLEO DOADOR DE SENTIDO	SUJEITO DESTINATÁRIO	SUJEITO DEVEDOR	INSTRUMENTO GARANTIDOR DA PRESTAÇÃO	OBJETOS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	OBJETIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	FINALIDADE DO ARTIGO (CONTEXTO)
Saúde, como expressão de um processo democrático, não como mercadoria	Todos os habitantes do território nacional, sem qualquer distinção	O Estado (estando ressalvada a iniciativa privada)	Políticas sociais e econômicas	Ações e serviços, por meio de um sistema de saúde único e da participação social	Redução do risco de doenças e outros agravos, e acesso igualitário, universal e integral	Resgatar uma dívida social com a cidadania e superar a dicotomia entre ações de saúde pública e o atendimento clínico individual, a partir de uma matriz distributiva de coletivismo igualitário

Em parte, o artigo constitucional é claro no sentido de preconizar, de forma geral, a ação positiva do poder público para oferecer condições ao gozo e exercício do direito à saúde. Entretanto, esse direito não está plenamente definido e alguns elementos que o constituem também têm seu sentido aberto⁸⁰. Assim, é importante saber quais princípios doutrinários⁸¹ nortearam tais categorias – entre elas, direito à saúde, universalidade, integralidade e políticas públicas – presentes no referido artigo, e que são tratadas como referência necessária ao dispositivo constitucional por toda a literatura pesquisada. Por outro lado, é mister ressaltar que não se tratará aqui mais detidamente da organização, financiamento, e atribuições do SUS, muito embora tenha sido ele considerado uma garantia institucional na CF.

I- Direito à saúde

A parte (1) do artigo 196, nesse caso, está conectada à noção de direito à saúde e ao próprio núcleo doador de sentido, previsto na primeira coluna da tabela I, a saúde. Ambos os termos têm uma amplitude de sentido na Constituição, e isto “se prende ao fato de a saúde de um povo [acabar por] expressar a organização social e econômica do país”⁸². Assim, vale a pena tratar, um pouco mais detidamente, sobre cada categoria.

No que tange ao conceito de saúde, esta pode ser entendida como uma condição natural ou bem social. Na saúde pública, o entendimento naturalista da saúde foi ultrapassado pelas concepções: utilitarista liberal do século XIX, que tomava a saúde como equiparável ao

⁸⁰SILVA, Frederico A. Barbosa da; et. al. A Constituição e a democracia cultural. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise: Vinte anos da Constituição Federal**. 17 ed. v. 2. Brasília: IPEA, s.d., p. 265.

⁸¹“Os princípios doutrinários expressam as ideias filosóficas que permeiam a criação e implementação do SUS e personificam o conceito ampliado de saúde e o princípio do direito à saúde”. AGUIAR, Zeneide Neto. Op. cit., 2011, p. 49.

⁸²SANTOS, Lenir. O poder regulamentador do Estado sobre as ações e os serviços de saúde. In: FLEURY, Sonia. Op. cit., 1997, p. 245.

bem-estar (ou felicidade⁸³), individual e coletivo⁸⁴, e a da epidemiologia social do século XX, que tomava como essencial as determinantes sociais do processo de saúde-doença, com influência do marxismo⁸⁵. Um dos problemas, então, das concepções mais usuais de saúde é que elas costumam ser elaboradas em termos abstratos e idealizados – “o que acabaria por anular o poder heurístico do preceito, isto é, na sua capacidade de orientar as políticas públicas de saúde”⁸⁶ –, nos quais, além do mais, a saúde é tida como um bem isolado dos outros bens de relevância para a vida da população.

Como visto, na história mais recente do sistema de saúde brasileiro – diferentemente do modelo de saúde liberal privatista, no qual a saúde era compreendida enquanto mercadoria –, para o modelo de saúde coletiva, defendido pelo movimento sanitário na atual organização e concepção do sistema de saúde brasileiro, a saúde é entendida enquanto direito de cidadania e expressão de um processo, resultante do modo de inserção do indivíduo e dos grupos sociais na sociedade⁸⁷. Desse modo, a saúde, enquanto um estado complexo de construção individual e social, deixa de ser encarada como um bem passível de troca em um mercado⁸⁸, ou como a ausência ou retirada de doença de uma pessoa, como efeito do consumo de medicamentos⁸⁹ (rejeitam-se as visões biologista, idealista (OMS) e utilitarista), e é entendida numa perspectiva de uma articulação de políticas sociais econômicas⁹⁰. Logo, “saúde não tem apenas o significado de equilíbrio orgânico, mas é o resultado da qualidade de vida de um

⁸³GARRAFA, Volnei. **Contra o monopólio da saúde**: temas para debate. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 33. O direito à saúde pode ser entendido como objeto ideal e como estado de coisas. Especificamente, quando está vinculado à noção de felicidade, é interessante notar que o que passa a estar em jogo na demarcação teórica relativa ao direito é algo essencialmente ideal. Nesse sentido, Roberto Freitas Filho lembrou o Projeto de Emenda Constitucional, de autoria do senador Cristovam Buarque, que visa garantir os direitos sociais, como veículos essenciais à busca da felicidade.

⁸⁴“O exemplo mais importante é oferecido pela definição que consta da constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), aprovada pelos representantes dos estados-membros em 1946: “Saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental, e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”. NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 101.

⁸⁵Os autores observam que, no entanto, em alguma medida, “a concepção sobre a determinação social da saúde já estava presente na corrente utilitarista. O marxismo do século XX também buscou dar o salto a partir da filosofia em direção à intervenção social transformadora. Mas não compactuava com o individualismo e o credo liberal do utilitarismo, na medida em que seu valor central não era a realização da felicidade de cada um sob o capitalismo, mas o alcance da igualdade universal, com a abolição das diferenças de classes e a mudança do modo de produção”. NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 100.

⁸⁶NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 26.

⁸⁷“Essa concepção é o que se poderia chamar de materialista dialética por incluir não só as condições materiais objetivas de existência, mas sobretudo a dinâmica social e política que reconhece e legitima os direitos individuais e coletivos quanto à Saúde, em um determinado lugar ou momento. Essa visão pressupõe a compreensão multissetorial da saúde, rejeitando sua visão apenas como equilíbrio orgânico e apontando para a questão subjacente do bem-estar social e da qualidade de vida, além de entender a impossibilidade de o sistema de saúde ser (...) o desaguadouro de todos os males provocados por más políticas sociais e econômicas”. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 130.

⁸⁸MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 83.

⁸⁹LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria C. **Promoção de saúde, ou, A negação da negação**. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2004, p. 28.

⁹⁰MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 47.

povo, das políticas adotadas pelo Estado, não podendo o setor de saúde, exclusivamente, ser responsabilizados pelas condições de saúde da população”⁹¹.

Nogueira afirma, ademais, que, para se conseguir uma orientação adequada sobre o que é a saúde em uma perspectiva de justiça distributiva, é indispensável partir de conceitos inteiramente filosóficos. Para tanto, sob a influência de Heidegger, Walzer e Amartya Sen, ele propõe que a saúde é o sustentáculo de habilidades fundamentais que caracterizam o homem, cujo “ser-saudável” é entendido como aquilo que o identifica, seus comportamentos, ocupações, preocupações e cuidados, em relação ao mundo, a si mesmo, e, principalmente, aos outros. Acredita que essa noção de habilidade fundamental, acoplada à compreensão de liberdade do homem, gera consequências para os métodos distributivos de saúde: deve-se ajudar aqueles que necessitam de determinado serviço de saúde, para que as habilidades individuais possam ser recuperadas e para que se aumente o exercício de suas liberdades, mas “a ajuda, neste caso, não pode ser compreendida como *fazer funcionar*, [e sim] como *brindar oportunidades* de recuperação e de ajustamento das habilidades, diante das quais o resultado alcançado depende das escolhas e dos esforços de cada um”⁹².

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

Além disso, quanto ao conceito de direito à saúde, nota-se que também há uma pluralidade de sentidos dos quais o referido direito pode se revestir⁹³. Apesar de alguns autores defenderem que uma Constituição verdadeiramente democrática não necessitaria de uma parte especializada ao tema da saúde, esse direito, no caso brasileiro, foi institucionalizado constitucionalmente para demarcar uma luta política e uma garantia cidadã há muito almejada⁹⁴, e para reforçar a compreensão da saúde como uma expressão individual

⁹¹SANTOS, Lenir. Comentários à “Saúde e a nova Constituição: peculiaridades, implicações e perspectivas”. In: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 97.

⁹²NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 33. À propósito, essa é uma visão que reflete as preocupações mais recente, em termos morais, de distribuição de bens públicos, na filosofia e diversos outros campos do saber humano. Além de implicar, direta ou indiretamente, uma tomada de posição sobre que tipo projeto, valores e anseios determinada sociedade tem. Esse tema será importante no último capítulo, onde se verão com mais afinco essas questões, mas é interessante trazê-la aqui para mostrar que tipo de discussão a área da saúde, no Brasil, têm tido em relação a esse que é um conceito fundante para a compreensão do artigo constitucional.

⁹³Interessante evidenciar que a maior parte da literatura utilizada reconhece os problemas de polissemia dessas expressões-chave que são consensualmente abordadas por todos os autores.

⁹⁴Anteriormente, não existia o direito à saúde, mas apenas o direito do trabalhador integrante do regime geral de previdência social (trabalhador formal) a benefícios previdenciários. (...) Esse sistema acabou com a atual Constituição. Deixamos de lado o sistema de seguro social e passamos ao da seguridade social”. SANTOS,

e coletiva da distribuição equânime dos bens públicos, o que faz com que o direito à saúde não seja apenas um dos vários temas e meramente represente um dado setor, mas passe a compor o projeto coletivo, os objetivos, da nação⁹⁵.

O que se percebe é que a compreensão do direito à saúde, na Constituição Federal, decorre de alguns pilares que foram consagrados pelo próprio movimento sanitário. Entre eles, o dever para saúde cabe, essencialmente, ao Estado, como um resgate de dívida social com a cidadania, isto é, como direito de inclusão na comunidade política e como dimensão pública dos indivíduos, que retoma a mediação entre Estado e sociedade⁹⁶. Entre aqueles pilares, estão ainda os critérios de justiça igualitária e universal e os limites distributivos, em relação ao acesso aos serviços de saúde. Diferentemente da Constituição portuguesa –, não se indicou aqui a participação do indivíduo e da família como devedores de contrapartidas às prestações estatais, tampouco foram expressamente previstos limites distributivos segundo a condição econômico-social dos cidadãos e, muito menos, foi imposto que os serviços seriam tendencialmente gratuitos. Ainda assim, apesar de os limites distributivos não terem sido explicitados na Constituição brasileira, isso não significa que não seja possível presumi-los para o sistema de saúde. Afinal, “há uma matriz definida de pensamento sobre justiça distributiva, que é a matriz do coletivismo igualitário”⁹⁷. Todos esses pilares e formas de se conceber a saúde representam a própria finalidade da norma (última coluna da tabela I).

Observa-se que o texto aprovado na Abrasco referia-se ao direito às ações (atenção) de saúde. Entretanto, o que já se observou, à época do movimento reformista, é que há limitações ao uso desse direito, pois, por exemplo, haveria deficiências e doenças que não seriam passíveis de prevenção. Então, chegou-se à conclusão, depois de muito debate e emendas ao texto constitucional, que a formulação mais geral, direito à saúde, seria mais adequada, principalmente, por dois motivos: um, político (o enunciado ganharia mais evidência), e, outro decorrente da limitação do conhecimento científico e tecnológico (já que há deficiências consideradas inatas até hoje)⁹⁸.

Lenir. Comentários à “Saúde e a nova Constituição: peculiaridades, implicações e perspectivas”. In: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 97.

⁹⁵RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 91.

⁹⁶FLEURY, Sônia. A questão democrática na saúde. In: ____ (org). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997, p. 32.

⁹⁷Essa matriz distributiva “doutrinariamente apoia-se nas políticas de proteção social de cunho universalista conforme requerido pela ideologia dos movimentos sociais”. NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 110. Convém observar que essa matriz não necessariamente atrela o conceito de direito à saúde às correntes filosóficas, como o liberalismo e o comunitarismo, tratados no quarto capítulo. Até porque, o movimento sanitário, ao menos aparentemente, não estava preocupado com essas questões. No entanto, a forma como o conceito de direito à saúde foi refletido por esse movimento reformista pode demonstrar uma abertura para pensamentos morais coletivistas.

⁹⁸RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 98.

Dessa maneira, é importante evidenciar que o direito à saúde, enquanto acesso igualitário, assegura que há uma diferença entre equidade em saúde e equidade no consumo de serviços de saúde. As equidades em saúde refletem o grau de igualdades sociais, cujas determinantes são mais complexas, não sendo o acesso aos serviços de saúde suficiente para diminuir as desigualdades no modo de viver e adoecer. Enquanto isso, a equidade de consumo, por sua vez, não significa todos os recursos disponíveis para todas as demandas feitas, mas sim uma política assistencial que garanta acesso universal e equitativo, representando uma estratégia redistributiva de uma política de proteção social⁹⁹.

Em suma, o direito à saúde foi incluído ao conjunto de Direitos Sociais, artigo 6º da CF, no sentido de que, para a administração pública, há a responsabilidade de elaborar programas operacionais que garantam a atenção à saúde de toda a população, e, para a população, a possibilidade de exigir, individual ou coletivamente, a consecução desse direito. É importante fazer a observação, que servirá não apenas para este tópico mas para toda a pesquisa, de que não se está defendendo o oposto, isto é, não se critica, tampouco se nega, nesse trabalho, que o direito à saúde, uma vez ao ser negado, possa ser requerido, frente o poder público competente. O que se depreende, entretanto, do sentido direto é que há limites, critérios e princípios a serem seguidos pelo Estado e pelos cidadãos, mesmo porque, o direito à saúde, enquanto direito social, nas sociedades democráticas, é apenas um capítulo do tema mais abrangente da justiça distributiva¹⁰⁰.

II- Universalidade

É um instrumento de inclusão social e uma garantia constitucional de acesso às ações e serviços de saúde a todos que respeitem as portas de entrada do sistema (a organização jurídico-administrativa do sistema de saúde), que devem ser definidas pelo SUS¹⁰¹. Ou seja, todas as pessoas, em todos os níveis de assistência, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie (condicionalidades de renda, sexo, idade, etc.), independentemente de vínculo previdenciário ou qualquer tipo de seguro-saúde, têm o direito de viver em condições salubres e de acesso ao sistema público de saúde¹⁰². “A universalidade do direito de acesso

⁹⁹ AGUIAR, Zeneide Neto. Op. cit., 2011, p. 51.

¹⁰⁰ LOPES, José Reinaldo de L. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 222.

¹⁰¹ SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Op. cit., 2007, p. 148.

¹⁰² Nesse sentido “o SUS, sem seus serviços, oferece atendimento a todos os que o demandam, sem distinção. Portanto, a universalidade do atendimento já é dada. Mas a universalidade da cobertura ainda é restrita, por três motivos: *i*) porque a população enfrenta dificuldades na acessibilidade geográfica; *ii*) porque a cobertura depende da capacidade instalada de atendimento, em termos de recursos físicos e humanos, nas diferentes regiões e microrregiões do país; e *iii*) porque a capacidade instalada depende dos investimentos realizados no

diz respeito ao direito de utilizar o sistema. Este poderá ter regras de funcionamento para ordenar o acesso, (...) desde que não constituam forma explícita ou velada de exclusão”¹⁰³.

Pode parecer um truísmo, mas vale lembrar que o funcionamento do sistema de saúde vigente que vigorava antes da reforma e da nova Constituição era bastante diferente, pois as ações e serviços de saúde eram considerados apenas benefícios previdenciários pontuais e somente a alguns segmentos da classe trabalhadora, e muitas pessoas não tinham acesso a tais serviços, a não ser como pagante individual ou como indigente¹⁰⁴. A universalidade está, nesse sentido, diretamente vinculada à forma de se compreender o sujeito destinatário da norma, e complementa o núcleo doador de sentido do artigo constitucional, em questão.

É a universalidade, inclusive, que quebra com a ideia de racionalidade de seguro que o modelo privatista anterior à Constituição de 1988 detinha. Isso porque a universalidade está atrelada “a um esquema protetivo amplo, moldado a partir da constatação, até certo ponto óbvia, de que sem a superação da miséria e das desigualdades não há bem-estar e nem justiça social”. Ou seja, seriam vazios de sentido os artigos constitucionais, como o artigo 196, relativos à proteção social, se não pudessem ser aplicados a todos os cidadãos¹⁰⁵. Para tanto, é necessário que o Estado adote instrumentos de planejamento de modo que sejam realizados estudos situacionais e propostas de solução dos problemas cada comunidade.

III-Integralidade

A integralidade, desde sua concepção e ao longo dos debates proferidos em meados dos anos 1970 e 1980, era de complexa operacionalização e com várias significações. Conforme a Lei 8090/90, a integralidade de assistência é um conjunto de ações e serviços preventivos e curativos, coletivos e individuais, que são ofertados pelo sistema público de saúde, em todos os níveis de complexidade do sistema, aos cidadãos¹⁰⁶. Juntamente com a universalização, a integralidade é um dos princípios doutrinários do SUS, que condicionam o

setor, os quais não são ainda suficientes para atender a totalidade da demanda”. NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 23.

¹⁰³Como exemplo de regras: regulação de incorporação tecnológica, adscrição de clientela, protocolos, referência, lista de medicamentos, etc. NOGUEIRA, Roberto Passos; et. al. Op. cit., p. 112.

¹⁰⁴REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 62.

¹⁰⁵Pode haver duas formas de se compreender a universalidade: de cobertura, que se refere ao fato de que todas as contingências da vida, que podem gerar necessidade, estão cobertas pela seguridade social; e do atendimento, que está a se referir aos sujeitos protegidos, em que todos devem estar sobre proteção social, pelo Estado. BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 35.

¹⁰⁶BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **SUS: avanços e desafios**. Brasília: CONASS, 2006, p. 75.

conceito de direito à saúde, muito embora não venha expressamente prevista no artigo 196. A diferença entre os dois princípios está na aplicação: a integralidade, diferente da outra, não é interpretada pra evitar restrições ao acesso dos serviços, “mas para instituir, mediante consensos fundamentados na evidência científica e em princípios éticos, validados socialmente, regras claras e transparentes que imprimam racionalidade à oferta de serviços de saúde”¹⁰⁷, por isso, transforma-se em um mecanismo fundamental de melhoria da eficiência e da justa distribuição dos recursos da saúde.

A integralidade não é apenas uma diretriz do SUS, com base constitucional, mas uma bandeira de luta¹⁰⁸ que remonta ao movimento sanitário e que se refere a um conjunto de valores e a um ideal de sociedade mais justa e solidária, e se insere no espaço mais amplo de seguridade social¹⁰⁹. “A integralidade da assistência tem parentesco próximo ao conhecido dito de justiça distributiva: “a cada um segundo a sua necessidade””¹¹⁰. Nesse contexto, haveria três sentidos ao termo integralidade: um que se refere aos atributos e práticas profissionais de saúde¹¹¹; outro, aos atributos da organização dos serviços¹¹²; e, por último, às respostas governamentais aos problemas da saúde¹¹³. Talvez, a melhor compreensão desse termo diante do conceito pesquisado seja o último.

Para que se tenha integralidade de assistência, é preciso, então, uma articulação entre as ações de prevenção, promoção e recuperação no cuidado prestado aos cidadãos que utilizam os serviços do SUS. Desse modo, os indivíduos não são soberanos para decidir

¹⁰⁷BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. Op. cit., 2006, p. 76.

¹⁰⁸Em paralelo, pode ser encarada a “integralidade como uma construção coletiva que ganha forma e expressão no espaço de encontro dos diferentes sujeitos implicados”. GUIZARDI, Francini L.; e PINHEIRO, Roseni. Quando dádiva se transforma em saúde: algumas questões sobre a integralidade e o cuidado nas relações entre sociedade e Estado. In: MATTOS, Ruben Araujo; e PINHEIRO, Roseni. **Cuidado: as fronteiras da integralidade**. São Paulo: HUCITEC, IMS, e ABRASCO, 2004, p. 37.

¹⁰⁹MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 47. “Seguridade social é o conjunto de medidas constitucionais de proteção dos direitos individuais e coletivos concernentes à saúde, à previdência e à assistência sociais. (...) Velha noção que serve como categoria fundamental em tema de proteção social, afirma-se que *sem solidariedade não há seguridade*”. BALERA, Wagner. Op. cit., 1989, p. 33. Ressalva-se que há autores que fazem a crítica de que, “a despeito da introdução do conceito de seguridade social na Constituição Federal, na prática ele deixa de vigorar, já que o sistema de saúde encontra-se fortemente influenciado pelo seu congêneres norte-americano”. COHN, Amélia; e ELIAS, Paulo S. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 4 ed. São Paulo: Cortez e CEDEC, 2001, p. 133.

¹¹⁰NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 19.

¹¹¹Antes da Constituição Federal de 1988, como foi visto, “as ações e serviços oferecidos pela Previdência Social eram, em geral, reduzidos, praticamente, a alguns procedimentos médicos e odontológicos, ambulatoriais e hospitalares, com a distribuição de alguns medicamentos aos mais carentes. A integralidade de assistência significa que o cidadão tem o direito de ser atendido e assistido sempre que necessitar, em qualquer situação de risco ou agravo (doença), utilizando ou não insumos, medicamentos, equipamentos, entre outros”. REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 64.

¹¹²Ademais, a integralidade da atenção à saúde (art. 198, II e art. 7º, II, da CF) é um princípio que configura o SUS como rede interfederativa de serviços, ou seja, não se esgota em limites geográficos, e sim perpassa a rede nacional de serviços, nos âmbitos local, regional e estadual.

¹¹³AGUIAR, Zeneide Neto. Op. cit., 2011, p. 52.

quando desejam consumir os serviços de saúde, e sim os buscam quando deles necessitam¹¹⁴, e, além disso, não podem tais ações públicas de saúde serem reservadas “apenas e na quantidade que alguém possa individualmente financiar, mas, na medida da necessidade dos indivíduos e das coletividades”¹¹⁵.

Para tanto, a integralidade da assistência deverá pautar-se por regulamentos técnicos e científicos, protocolos de condutas, limites para a incorporação de tecnologia e protocolos farmacológicos¹¹⁶, a serem definidos pela União e estados, por critérios de efetividade e aceitabilidade social. O padrão de integralidade é pactuado pelo consenso interfederativo e de acordo com os recursos orçamentários (observada a Emenda Constitucional 29/2000). Sob esse ponto de vista, a integralidade é um conceito que não admite toda e qualquer terapêutica existente ou demandada, seja por paciente ou profissional da saúde, afinal, os custos da saúde sempre serão crescentes e os recursos, escassos.

É bem verdade que as questões de prioridades e limites de atendimento pelo SUS tendem a ficar obscurecidas pelo primado da integralidade, que, em geral, exige que as demandas prioritárias sejam determinadas a partir das necessidades de cada caso, e não de regras institucionais gerais. Todavia, diversas prioridades institucionais de atendimento têm sido criadas¹¹⁷, ao longo da gestão do SUS, principalmente, por motivos ligados à disponibilidade de recursos. Isto é, ao mesmo tempo em que se estabelecem prioridades também são definidos limites distributivos, os quais, por sua vez, impõem-se pela finitude dos recursos. Atualmente, o SUS tem a necessidade de criar mecanismos de gestão e

¹¹⁴MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 83.

¹¹⁵REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 39.

¹¹⁶“[A] tecnologia médica aumenta [os custos] significativamente, enquanto o avanço tecnológico na indústria tem o condão de diminuir ou otimizar custos. As inovações tecnológicas na saúde e a indústria farmacêutica nem sempre têm olhos humanitários, seu fim último não é a cura, mas o lucro dos acionistas. Por isso, se os sistemas públicos de saúde não tiverem critérios técnicos para a incorporação da tecnologia, não haverá recursos suficientes”. SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Op. cit., 2007, p. 144/145.

¹¹⁷“A despeito dos seus princípios de universalidade e integralidade da atenção à saúde, no cenário organizacional e financeiro atual, o SUS concentra recursos e programas em três prioridades assistenciais, a saber: i) os problemas que requerem cuidados de alta complexidade tecnológica – por exemplo, unidade de tratamento intensivo (UTI), diálise renal, terapia contra HIV/AIDS e doenças crônicas graves – e cuja assistência pelo Poder Público se caracteriza como uma garantia social em relação às despesas catastróficas para as famílias de diferentes níveis de renda; ii) os casos de urgência relacionados a acidentes e doenças agudas graves que implicam risco iminente de morte ou invalidez; iii) a assistência às pessoas de menor renda que são cobertas pela Estratégia de Saúde da Família e outros serviços básicos de saúde, os quais, em última instância, contribuem para evitar que os problemas de saúde sejam causas agravantes da condição de pobreza”. NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 35. Interessante notar com essa passagem é que essas demandas acabam eventualmente resvalando no judiciário e, como não há nessa instância critérios de aplicação da regra bem definidos, tal qual se visa fazer no âmbito administrativo, há uma confusão na compreensão dessas prioridades nas decisões judiciais. Por vezes um mesmo caso é caracterizado como triplamente importante, por outras os critérios parecem ser aplicados discricionariamente conforme sua correspondência fática, não necessariamente obedecendo à ordem assistencial em questão. No próximo capítulo e no último, quando é feita a análise jurisprudencial, pode-se averiguar esse fato.

planejamento “que tornem mais explícitas suas prioridades e limites assistenciais, fornecendo garantias de atendimento para que seja definitivamente afastada a falsa impressão que pode dar tudo a todos, quando nem sequer consegue tornar público aquilo que garantidamente pode oferecer”¹¹⁸.

Logo, os sistemas de saúde não devem, nem podem, ofertar a todas as pessoas a totalidade de serviços disponíveis. Aliás, é nesse sentido que a assistência farmacêutica deve ser e é regulada por meio de protocolos públicos, “para que o SUS não se transforme numa imensa farmácia pública e quebre o conceito de integralidade da assistência, (...) uma vez que é impossível que o SUS garanta TUDO a todas as pessoas”¹¹⁹. Nesse sentido, alguns sanitaristas apontam que a integralidade da assistência vem sendo rompida pelo Poder Judiciário quando concede medidas liminares em ações que visam à garantia do direito à saúde de forma transversa¹²⁰. Consideram que não é possível o cidadão violar princípios e diretrizes do sistema, via Poder Judiciário, desrespeitando, muitas vezes, o princípio da igualdade¹²¹.

IV-Políticas públicas

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

As políticas públicas, em regra, podem ser compreendidas como instrumentos de realização de direitos. No entanto, diante das várias maneiras de concebê-las, é necessário parametrizar esse conceito, que é importante para entender a aplicação do artigo constitucional. Afirmam Barbosa e Araújo que, apesar de haver uma predominância inicial do

¹¹⁸NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 26.

¹¹⁹SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Op. cit., 2007, p. 149.

¹²⁰ Nesse mesmo sentido, aduz Marinho: “falta no Judiciário a capacidade de organizar as demandas de forma planejada (capacidade de agenda), pois esta é um Poder inerte e aprecia o conflito na forma como as partes lhe colocam. Ele não tem como prever os pedidos que lhe são feitos e as ações são colocadas de forma fragmentada, fazendo com que o julgador se inteire do problema de forma parcial. Essas características impedem que ele formule uma agenda de atendimento dos pedidos de forma racional e planejada, tal como é feito no âmbito administrativo”. MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Análise de julgados do Direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional**. 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 107.

¹²¹SANTOS, Lenir. Comentários à “Saúde e a nova Constituição: peculiaridades, implicações e perspectivas”. In: RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 142.

enfoque jurídico ou legalista, e depois do enfoque formalista da administração, esses enfoques não conseguem oferecer elementos suficientes para o entendimento da maior parte das políticas públicas. Esses autores propõem, assim, uma definição mais ampliada, em registro situacional, a partir do raciocínio das ciências históricas, qual seja: as políticas públicas são o conjunto de decisões públicas, situacionais e estratégicas, “que objetiva, por ações e omissões, preventivas ou corretivas, manter ou modificar a realidade social, por meio de objetivos e estratégias de atuação e alocação de recursos necessários para atingir objetivos”, cujos pressupostos de análise são um exame histórico e contextual, uma avaliação abrangente, e processos não reduzidos às construções jurídico-formais¹²².

Assim, considerando que uma política pública não pode ser entendida senão em referência plurilateral, e às disputas em torno do bem comum¹²³, o direito à saúde vai além do acesso individualizado à assistência médica e aos serviços de saúde, para englobar o conjunto de políticas públicas que visam à melhoria das condições de vida da população, como um todo¹²⁴ – uma compreensão social da saúde que não se amolda à noção utilitarista de bem-estar, e acaba ficando intimamente ligada a uma visão epidemiológica da determinação social da saúde¹²⁵. A política de saúde é uma política social (art. 6), parte integrante da seguridade social, e que, diferente da lógica do seguro, está “calcada no princípio da solidariedade, [pois] seu financiamento é feito por toda a sociedade e a oferta da atenção à saúde e à assistência social é assegurada a todos”¹²⁶ (art. 194).

É dizer, então, que, de forma geral, as políticas de saúde, a partir da Constituição de 1988, passaram a seguir outra trajetória. Impulsionadas pelo projeto de reforma sanitária, inscreveram-se nos textos jurídico-legais mandamentos inspirados no modelo institucional-distributivo, isto é, voltado para a produção de bens e serviços sociais “extramercado”, os quais são garantidos a todos os cidadãos universalmente cobertos e protegidos, respeitando mínimos historicamente defendidos de necessidade e condição de vida – ainda que, na realidade, permanecessem existindo algumas práticas sociais derivadas de um modelo residual, no qual a intervenção estatal é limitada e *ex-post* aos canais de satisfação das necessidades, como o mercado e a família¹²⁷.

¹²²SILVA, Frederico A. Barbosa; e ARAÚJO, Herton Ellery. **Cultura viva: avaliação do programa arte, educação e cidadania**. Brasília: IPEA, 2010, p. 26.

¹²³LOPES, José Reinaldo de L. **Direitos sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 128.

¹²⁴AGUIAR, Zeneide Neto. Op. cit., 2011, p. 50.

¹²⁵NOGUEIRA, Roberto Passos; et. tal. Op. cit., p. 109.

¹²⁶REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 40.

¹²⁷MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 81/82.

As ações e serviços de saúde (definidos no art. 200 da CF e no artigo 6º da Lei 8080/90) são constitucionalmente previstos como de relevância pública¹²⁸(art. 197), rompem com uma tradição corporativa e ingressam numa linha de reconhecimento de direito de cidadania¹²⁹, na qual a universalidade, a integralidade, a isonomia e a racionalidade na distribuição dos fármacos estão inseridas numa estratégia complexa e abrangente – as medidas necessárias são tomadas de acordo com a segurança dos usuários, com o perfil endêmico da sociedade –, e não podem ser simplificadas, de maneira que a prestação de um determinado serviço da área de saúde, como o fornecimento de determinado remédio, represente uma ação isolada, não compreendida dentro do sistema único.

A participação da comunidade na definição da política de saúde, no controle de sua execução e na gestão do SUS é uma das características democráticas desse modelo de saúde pública¹³⁰. Entre as formas de participação social, estão: conferências de saúde, que avaliam periodicamente (a cada quatro anos) a situação da área de saúde e propõem diretrizes para a formulação de políticas públicas; e os conselhos de saúde, os quais atuam na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde¹³¹.

Novamente, é preciso ressaltar que compreender os problemas individuais de saúde faz parte da política pública, mas, acima de tudo, como expressão de processos coletivos de formas de vida. As ações e serviços, curativos e reparadores, que respondem às necessidades e demandas individuais da população são importantes. Entretanto, elas são incorporadas em ações de proteção, prevenção e promoção da saúde globais e prioritárias¹³².

Por fim, outro movimento que vale a pena ressaltar é o diálogo, por meio de fóruns e comitês de discussão, que vem ocorrendo, nos últimos três anos, entre os sanitaristas (gestores da política pública de saúde), o Ministério Público (que tem ajuizado ações com demandas

¹²⁸“Cabe comentar que o termo “relevância pública” usado para qualificar as ações e serviços de saúde, não tem qualquer significado jurídico especial que dê o tom inicialmente desejado. O que se pleiteava era a inscrição na Constituição da “natureza pública” das ações e serviços de saúde. Esse termo, sim, traz uma inequívoca conotação jurídica que implicaria em absoluta precedência do interesse público e dos serviços públicos, na perspectiva, então possível, da estatização a médio e longo prazo. Esse, no entanto, parece ter sido o limite crítico das negociações”. RODRIGUEZ NETO, Eleutério. Op. cit., p. 103.

¹²⁹MENDES, Eugênio Vilaça. Op. cit., 1995, p. 47.

¹³⁰“O termo saúde pública está carregado de significados ambíguos. Pode-se identificar pelo menos cinco conotações diferentes em que é empregado. (...) De qualquer modo, parece haver consenso com a caracterização do campo da saúde pública mediante dois amplos critérios: 1. a vinculação ao parêntese do Estado, e 2. a dimensão coletiva como objeto de intervenção”. PEREIRA, Adriana Lemos; et. al. Programas de atenção à saúde. In: FIGUEIREDO, Nêbio Maria Almeida. **Ensinando a cuidar em saúde pública**. São Paulo: Yendis, 2005, p. 257.

¹³¹SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Op. cit., 2007, p. 165. E SILVA, Frederico A. Barbosa da; e ABREU, Luiz Eduardo de L. A. Saúde: capacidade de luta – A experiência do Conselho Nacional de Saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão 933**. Brasília, dez. de 2002, p. 7-26. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em 23 de julho de 2011.

¹³²REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 112.

individuais e coletivas de serviços de saúde) e a Advocacia Geral da União – AGU (que defende a União nesses mesmos processos, nos quais, em regra, ela é ré), a fim de conciliar essas questões de saúde que envolvem pleitos individualizados e grandes aportes de recursos públicos, e coletivizar para os demais poderes o debate sobre os princípios gerais do SUS.

1.2 O conceito no Direito constitucional

Considerando que o Direito Constitucional é a disciplina do saber jurídico responsável pelo estudo dos Direitos Fundamentais, Garantias do Cidadão e da própria Organização Fundamental do Estado, na medida em que tal disciplina tem como pilar de sustentação a Constituição Federal, tem-se que este ramo é o foro privilegiado de discussão sobre o direito à saúde, enquanto direito da ordem social, parte do conteúdo básico e elementar das modernas constituições.

Neste estudo sobre qual o conceito de direito à saúde, é mister ressaltar alguns sentidos que a dogmática jurídica¹³³ constitucional atribui a expressão e que, sob determinada teoria jurídica, fundamenta sua aplicação na *praxis* profissional. Afinal, a contribuição da doutrina¹³⁴ constitucional à prática judicante, por exemplo, é recorrente no campo¹³⁵ e determinante para a formação de uma cultura jurídica e de um saber hegemônico sobre o Direito. Dessa maneira, as definições de alguns autores¹³⁶ renomados na teoria constitucional serão retomadas a título de síntese e de exemplos sobre aquilo que, em geral, se compreende e

¹³³Dogmática jurídica é entendida aqui como teoria do direito, ou melhor, campo do direito que trabalha primordialmente com dogmas jurídicos: lei, doutrina e jurisprudência. Evidencia-se ainda nesse campo de estudo um enfoque dogmático, ou seja, análises a partir de um pontos de partida inquestionáveis (diferente, portanto, do enfoque zetético), e onde pode-se observar a luta pelo monopólio da competência científica. FERRAZ JUNIOR, TERCIO SAMPAIO. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

¹³⁴“No direito fala-se constantemente em doutrina, É um termo (assim como dogmática e ciência do direito) consagrados nos discursos dos juristas. (...) As diferentes atividades que exerce não são um fim em si mesmo, mas são, na verdade, base para uma interferência na realidade, na aplicação dos direitos. (...) Os estudos doutrinários são, assim, voltados para a prática no sentido de que (a) pretendem criar os parâmetros (conceituais, interpretativos, etc.) mais adequados possíveis para a resolução dos conflitos sociais; (b) ainda quando os conflitos não eclodam, a doutrina deve auxiliar na compreensão do direito para dirigir as condutas, para orientar a ação”. ACCA, Thiago dos Santos. Op. cit., 2009, p. 34/35.

¹³⁵Três são as funções da atividade desenvolvida pelos juristas, na doutrina: formação das leis (atividade criadora – “é a doutrina que introduz os neologismos, os novos conceitos, teorias e institutos no mundo jurídico), processo de interpretação (função prática da doutrina – “Para analisar as regras vigentes, o jurista precisa desenvolver um trabalho prévio de sistematização, reunindo o conjunto das disposições relativas ao assunto de sua pesquisa. (...) O resultado desse trabalho de seleção e interpretação do Direito vigente é útil para todos aqueles que participam na vida do Direito, não só para os profissionais, como para os destinatários das normas”), e crítica aos institutos vigentes (atividade crítica – “é indispensável que submetta a legislação a juízos de valor, a uma plena avaliação, sob diferentes ângulos de enfoque. Deve acusar as falhas e deficiências, do ponto de vista lógico, sociológico e ético”). Ademais, “[a] influência da obra dos juristas se torna mais palpável e decisiva no tocante ao ensino do Direito nas universidades”. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.213/215.

¹³⁶Ressalta-se a total impossibilidade de trazer todas as definições de todos os autores influentes da teoria constitucional.

afirma sobre o direito à saúde no campo por esses atores jurídicos¹³⁷. A propósito, não se está aqui em busca da correção do argumento, isto é, não se quer encontrar o melhor conceito, mas mapear o campo, compreender a postura da doutrina, averiguar se é possível parametrizar um conceito de direito à saúde e analisar em que medida os elementos do conceito são explicitados.

Para melhor sistematização dos dados e organização do argumento, alguns recortes metodológicos precisaram ser feitos na pesquisa sobre a bibliografia constitucional. Primeiramente, quanto aos doutrinadores, a amostragem foi baseada em termos de qualidade, traduzidos aqui como o impacto no campo pelo nível de repetição, de utilização no ensino jurídico, e de autorreferência na própria doutrina e na jurisprudência¹³⁸. Ou seja, a maior parte da leitura concentra-se nos manuais jurídicos. A razão para isso é essencialmente a reutilização de conceitos *ipsis literis* entre os autores da dogmática constitucional. Em seguida, faz-se necessário esclarecer que as bases de análise de pesquisa nos livros foram: direito à saúde, direitos sociais, ordem social, art. 196¹³⁹, e seguridade social. Essas categorias pesquisadas são aquelas que trazem, em geral, as definições e as explicações sobre o conceito de direito à saúde pelo campo jurídico. Por fim, quanto à cronologia, toda doutrina pesquisada foi aquela (re)feita após a Constituição de 1988.

Em síntese, o direito à saúde admite diferentes faces, e aparece na literatura jurídica como detentor de diversas naturezas: como um direito fundamental do homem, um direito de primeira geração (quando relacionado com a vida), um direito de segunda geração (direito de exigir do Estado prestações positivas), um direito de terceira geração (possibilidade de configurar direito transindividual, coletivo e difuso), um direito humano, um direito de cidadania, um direito do consumidor (art. 6º, I, do CDC), um direito público subjetivo, um

¹³⁷“No Direito, o conceito de paradigma [de Kuhn] é mais adequado e útil se compreendemos o conjunto de crenças dos operadores do Direito, independentemente de sua atividade profissional ou até científica, que possui uma certa unidade e uma aceitação pela comunidade dos próprios operadores. Assim, quem opera o Direito, embora possa não fazer uma opção declarada, evidencia sempre uma postura ideológica e teórica na prática profissional, que se insere na dimensão chamada de cultura jurídica”. FREITAS FILHO, Roberto. Danos Morais, bancos e CDC. In: **VI Fórum Jurídico de Instituições financeiras**, Brasília, 2002. Texto cedido pelo autor.

¹³⁸Note-se que, quanto à acumulação do capital científico nesse tipo de doutrina, não necessariamente aquele que faz apelo a uma autoridade exterior ao campo só atrairá descrédito. Pelo visto, nessa determinada esfera do campo jurídico, esta exclusão entre autores não ocorre de pronto. BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria prática. In: ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu: Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983, p.127.

¹³⁹“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”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2009.

direito fundamental autoaplicável e de eficácia imediata, uma cláusula pétrea implícita, um direito social, e um direito de solidariedade¹⁴⁰.

Para um maior grau de controle e objetividade da pesquisa, o que se pôde perceber é que a descrição, pela doutrina constitucional, sobre o que se entende por direito à saúde permeia toda essa classificação, mas configura determinados modelos argumentativos. Em primeiro plano, encontra-se um grupo que se revela extremamente superficial, pois é composto por aqueles autores que tão-somente repetem o artigo 196 da Constituição Federal, e outros que, por sua vez, além de fazê-lo, tecem algumas pequenas considerações sobre o significado de saúde, em diferentes graus de análise. Em segundo plano, haveria outro grupo que já aponta elementos importantes e particulares do debate, e que pretende a organização do que é direito à saúde, a partir da noção de coletividade e de políticas públicas, ainda que, por vezes, careça de maior profundidade na análise. A seguir, então, alguns exemplos de conceitos de direito à saúde defendidos por diferentes autores desses diversos grupos. Aliás, convém ressaltar que a proposta não é simplesmente relatar e transcrever os textos doutrinários, mas sistematizar a doutrina em torno de argumentos que propõem conceitos ao artigo 196.

Dessa maneira, o primeiro grupo de autores, entre eles Alexandre de Moraes¹⁴¹, Celso Ribeiro Bastos¹⁴², Henrique Savonitti¹⁴³, e José Adércio Leite Sampaio¹⁴⁴, apenas transcreve ou parafraseia o artigo 196 da CF, como se autoexplicativo fosse, não cita outros significados nem explicações, e eventualmente traz tópicos relacionados ao debate proposto, mas, ainda nesse caso, só aqueles já previstos constitucionalmente. Refletem, de certo modo, uma grande parte da doutrina que não se aprofunda nas discussões sobre direitos e políticas públicas, apesar da grande profusão de seus livros no campo. Essas literaturas podem reforçar, intencionalmente ou não, a percepção crítica usual segundo a qual o chamado operador do direito é ainda visto como, iminentemente, um reproduzidor legalista acrítico do campo.

Outro grupo, ainda nessa linha, além de repetir o artigo 196 faz algumas considerações teóricas, as quais são, majoritariamente, instáveis semanticamente, e, por vezes, tendem a argumentos especulativos, o que pode gerar um desentendimento em torno do conceito, como, por exemplo, a associação direta entre a definição do direito à saúde e as

¹⁴⁰REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Op. cit., p. 136/137.

¹⁴¹MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

¹⁴²BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002, p.768/769.

¹⁴³MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, p.654.

¹⁴⁴SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p.699.

críticas ao acesso prático à assistência jurídica e sanitária, ou o induzimento da noção de que todos possam ter direito a tudo (embora não o afirmem explicitamente), com base na vida humana, digna e saudável. É, nesse sentido, que afirma Ives Gandra Martins:

O art. 196 é uma excelente carta de princípios absolutamente divorciada da realidade brasileira. Se há princípios programáticos na Constituição brasileira, nenhum deles bate aqueles expostos no art. 196. A **primeira parte do discurso é comovente.** “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, (...) o certo é que o acesso à assistência médica e hospitalar no País é um direito de poucos brasileiros, estando alijada grande parte da população do exercício de tal direito. (...). Tais políticas [sociais e econômicas], todavia, deveriam reduzir o “risco de doença e de outros agravos”, outro desiderato que há nove anos o Brasil espera alcançar, pois **tem havido sensível aumento de doenças** – inclusive com o retorno de algumas que já haviam sido erradicadas – e de outros agravos na população, **sem política governamental alguma para tais desconforto** [sic]. A Folha de S. Paulo de 8 de julho de 1997 apontou dado assustador: **o brasileiro sofre mais porque consome quinhentas vezes menos analgésicos do que os americanos**, tendo já se acostumado com o sofrer, à falta de medicamentos ou de aconselhamento médico adequado¹⁴⁵. [grifo nosso em negrito]

Liton Lanes Pilau Sobrinho aduz o conceito retomando concepções de saúde em torno do bem-estar do indivíduo, sem para tanto demarcar a o debate histórico em torno dessa opção de conceito:

Então, pode-se concluir que **saúde é o direito individual de todo cidadão de ter completo bem-estar físico e mental.** Para isso, é necessário um modelo de promoção e prevenção da saúde que englobe os avanços tecnológicos da engenharia genética, dando condições de igualdade às pessoas no intuito de elevar a sua perspectiva de vida e também a qualidade de vida. Atualmente, pode-se conceituar “saúde” como sendo o direito individual-coletivo da pessoa humana, fazendo a promoção e prevenção, visando à redução da complexidade da doença e primando pela qualidade de vida. (...) Podemos, portanto, dizer que a conceituação de saúde não fica restrita à questão local, mas envolve a universalidade de seus conceitos¹⁴⁶. [grifo nosso em negrito]

José Afonso da Silva, ao tratar sobre o assunto, parafraseia o art. 196 da CF – que, aliás, é o trecho doutrinário mais citado entre os demais autores –, mas se diferencia ao trazer,

¹⁴⁵MARTINS, Ives Gandra. Da saúde. In: BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1998, p. 110-113.

¹⁴⁶“Conforme Puelma: “Algunos textos internacionales consideran a la salud como um derecho humano básico al igual que el derecho a la vida, de cuya protección el estado es responsable. Otros tratan a la salud como uma entre varias condiciones sociales respecto a segurar niveles mínimos de decência, al tiempo que a lograr mejorar los niveles de salud generales e individuales”. Entretanto, a realidade é diferente, pois verifica-se que as condições de saúde não são as mesmas para toda a população: as classes mais abastadas têm o privilégio de escolher melhores serviços de saúde, ou seja, a saúde privada; já a grande maioria da população tem de se sujeitar à assistência fornecida pelo Estado”. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista.** Passo Fundo: UPF, 2003, p. 127-128.

ainda que de forma não aprofundada, a noção de universalidade como sendo importante à compreensão do direito à saúde:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana **só agora é elevado à condição de direito fundamental do homem**. E há de informar-se pelo princípio de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, **nos casos de doença, cada um tem o direito a um tratamento condigno de acordo com o estado atual da ciência médica**, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consignação em normas constitucionais”¹⁴⁷.
 “A norma do art. 196 é perfeita, porque estabelece explicitamente uma relação jurídica constitucional em que, de um lado, se acham o *direito* que ela confere, pela cláusula “a saúde é *direito de todos*”, assim como os **sujeitos desse direito, expressos pelo signo “todos”, que é signo de universalização**, mas com destinação precisa aos brasileiros e estrangeiros residentes – aliás, a **norma reforça esse sentido ao prever o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde** –, e, de outro lado, a *obrigação* correspondente, na cláusula “a saúde é dever do Estado” (...)”¹⁴⁸.
 [grifo nosso em negrito]

Ainda nesse grupo, alguns autores na maior parte das vezes só mencionam os conceitos de universalidade e de igualdade quando abordam a seguridade social prevista no art. 194¹⁴⁹ da CF, e isso porque a seguridade compreenderia um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Contudo,

¹⁴⁷“(…). Como se viu do enunciado do art. 196 e se confirmará com a leitura dos arts. 198 a 200, trata-se de um direito positivo “que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas [...], de cujo cumprimento depende a própria realização do direito”, e do qual decorre um especial direito subjetivo de conteúdo duplo: por um lado, pelo não cumprimento das tarefas estatais para a sua satisfação, dá cabimento à *ação de inconstitucionalidade por omissão* (art. 102, I, a, e 103, § 2º), e, por outro lado, o seu não atendimento, *in concreto*, por falta de regulamentação, pode abrir pressupostos para a impetração do mandato de injunção (art. 5), LXXI), apesar de o STF continuar a entender que o mandato de injunção não tem a função de regulação concreta do direito reclamado”. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.308-310.

¹⁴⁸SILVA, José Afonso da. Art. 196 In **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 768.

¹⁴⁹“Art. 194 - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Alterado pela EC-000.020-1998)”

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2009.

mesmo assim, a discussão não é muito detalhada, pois, em geral, transcreve os elementos que já estavam expressos no bojo do referido artigo constitucional, sem maior aprofundamento.

O princípio da *universalidade* tem dois objetos: a *cobertura* e o *atendimento* – que equivalem, respectivamente, à universalidade objetiva e à universalidade subjetiva. A primeira – *universalidade objetiva* – significa que **a Seguridade Social deve, por um lado, cobrir a generalidade dos riscos sociais** e, por outro lado, deve ser não só reparadora, mas preventiva do surgimento de necessidade, **protetora em qualquer circunstância**. Vale dizer, a **cobertura dos riscos deve ser ampla**. A segunda – *universalidade subjetiva* – pretende que a Seguridade Social estenda suas medidas de proteção não só aos trabalhadores, mas a toda a população indistintamente, independentemente de contribuição. Quer dizer, **o atendimento deve ser amplo, estendendo-se ao universo de todas as pessoas residentes no país**, sejam moradoras na cidade ou no campo¹⁵⁰.
[grifo nosso em negrito]

Por outro lado, José Luis Bolzan de Moraes, ao revisitar conceitualmente o direito à saúde, afirma que este passa por uma trajetória em paralelo aos tipos de Estado¹⁵¹ e introduz mais explicitamente outra variável: a de que o direito à saúde está baseado na coletividade, não apenas como um direito individual subjetivo:

[D]evemos considerar genericamente a saúde como um direito social próprio ao Estado do Bem-Estar Social, além de propô-la como inserida no novo âmbito dos direitos humanos de terceira geração, ou seja, como vinculada ao caráter de solidariedade, que os identifica. (...) Percebe-se, então, que **a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma feição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social**, como direito coletivo, bem como **alarga-se o seu conteúdo**. (...) Mais do que isso[a saúde, como núcleo central do direito], como um interesse difuso, faria parte do patrimônio comum da humanidade, referendando uma pretensão inapropriável exclusivamente por algum (uns) indivíduo (s)¹⁵². [grifo nosso em negrito]

¹⁵⁰SILVA, José Afonso da. Art. 194 In **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, 760.

¹⁵¹“Convém, todavia, explicitar tal postura (...): Em primeiro lugar poderíamos pensar a saúde dentro de padrões do individualismo liberal quando, então, se caracterizaria como a liberdade de procura dos serviços médicos liberais ou particulares a partir do paradigma da liberdade de contrato vigorante neste ideário. A procura e a oferta estariam atreladas ao mercado e o acesso aos serviços, às possibilidades individuais. (...) Vigoraria a ideia de “saúde” curativa, o que nada mais é do que *cura da doença*. Em um segundo momento, no qual se expressa uma visão coletivizante da realidade social, atrelada ao desenvolvimento do modelo do Estado do Bem-Estar Social, podemos pensá-la não mais vinculada à simples possibilidade individual de “compra” da cura dos males [sic] mas, a partir de agora, unida à atividade prestadora do Estado. Passa a vigorar um direito à sua prestação independentemente das possibilidades pessoais. Paralelamente, tem-se um aprofundamento desta problemática pela incorporação de um novo viés, qual seja, a *prevenção*.” MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996, p. 187/188.

¹⁵²Ibidem, p. 187-189.

Logo, após a leitura de outros autores expressivos no constitucionalismo brasileiro pôde-se observar que a maioria considera o direito à saúde, a um só tempo, direito subjetivo público, individual, fundamental, social, humano, transindividual, de segunda geração – havendo quem acredite ainda: de quarta e quinta gerações¹⁵³ –, garantidor do direito à vida, como consequência da dignidade da pessoa humana, e norma programática.

Ademais, os elementos que compõem a definição do referido direito, quando mencionados, são vistos de forma simplificada. Nenhum autor utiliza a expressão “integralidade”, tampouco o seu conceito. A maioria menciona os termos “universalidade”, “igualdade”, “políticas sociais e econômicas”, e “promoção, proteção e recuperação”, porém nenhum deles identifica o que eles significam, ou como foram concebidos na gênese, e, em geral, apenas os repetem por conta da expressa previsão nos artigos constitucionais sobre a ordem social.

Quanto às origens do conceito, a maioria dos autores vincula o direito à saúde à previsão constitucional nacional (CF/1988) e internacional, por exemplo, à Constituição portuguesa e à italiana. O fato é que a doutrina jurídica adota como marco, para a concepção do direito à saúde, o processo de constitucionalismo contemporâneo, considerando-o fundamental para o direito social do indivíduo, mas não aborda como ele seu deu na prática e quais as suas implicações na construção do artigo 196¹⁵⁴. O pano de fundo dessas análises ratifica a percepção de que a doutrina dos manuais jurídicos costuma nominar e classificar de

¹⁵³LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no Constitucionalismo Contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.246.

¹⁵⁴“Esta constitucionalização [do direito à saúde, em 1988, como direito público subjetivo a prestações estatais,] é o ponto de partida para se analisar a eficácia e aplicabilidade do direito à saúde, examinando também a sua exigibilidade pela via judicial”. LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no Constitucionalismo Contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.263. “Quando tratamos do histórico dos direitos fundamentais, a segunda dimensão de direitos data do século XIX, obtendo implementação prática apenas no século XX. São os direitos sociais. (...) Nesta ocasião, vê-se o surgimento do direito ao trabalho, à greve, à saúde, à educação, entre outros, que até hoje constituem a aspiração de um Estado que atenda ao homem, tanto no seu aspecto individual, como detentor de prerrogativas, quanto como ser social”. MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Brasília: Senado Federal, p.321.

maneira simplificada a realidade¹⁵⁵, introduzindo divisões absolutas e indiferenciadas em face dos existentes acidentes individuais e das circunstâncias próprias da realidade¹⁵⁶.

Por exemplo, ao tratar sobre os direitos constitucionais, em especial os sociais e os fundamentais, e sobre as relacionadas mudanças históricas do Estado, a doutrina constitucional tende a tipificar em categorias do campo jurídico o Estado: Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito¹⁵⁷. Conseqüentemente, reduz as particularidades da atuação deles, respectivamente em: não-intervencionista, intervencionista, e de participação popular. Desse modo, propende justificar a existência do Estado de Direito pela presença dos direitos sociais e de uma Constituição social, quando é intensa a atuação estatal; e, em contraposição, pela presença de direitos liberais, anteriores ao século XVIII, e de Constituições liberais, quando o significado político imanente é de manutenção da ordem estabelecida, no sentido de uma neutralidade conservadora¹⁵⁸.

Todavia, isso pode trazer alguns impactos na hora de lidar com políticas públicas e com os direitos prestacionais, pois ao definir, por exemplo, o conceito de direito à saúde, há uma concepção fundante e anterior sobre o que é e o que baliza a política pública de saúde – um problema, portanto, político (não-partidário), não apenas objetivamente classificatório.

É nesse contexto que a dogmática jurídica pode acabar por entender a política pública como um conceito instrumental de arranjo de meios para atingir fins, ou seja, uma determinação formal e genérica, com foco de interesse comumente reduzido para o direito administrativo – por isso, talvez, a abstinência de discussão profunda sobre esse assunto na doutrina constitucional –, no qual o sucesso de dada política pública fica adstrito à qualidade do processo administrativo que a precede¹⁵⁹. Em consequência, se a noção de política pública é má compreendida pelo campo jurídico, fica prejudicado o disposto no artigo 196 da CF,

¹⁵⁵Essa afirmação está ainda intimamente ligada à ideia de racionalização webberiana. “Antes de mais nada, por que razão é necessário utilizar este método [procedimento de seleção e de organização da ciência objetiva], e “relacionar a matéria histórica ou sociológica com valores”? A resposta, em sua forma mais elementar, é que o cientista, para determinar seu objeto de estudo, está obrigado a fazer uma opção com respeito à realidade: uma seleção dos fatos e a elaboração de conceitos que exigem um procedimento do tipo relação de valores. Por que é necessário selecionar? A resposta de Max Webber é dupla, e pode situar-se ora no nível de uma crítica transcendental de inspiração kantiana, ora no de um estudo epistemológico e metodológico, sem pressupostos filosóficos ou críticos”. ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 738.

¹⁵⁶Vide a instrumentalização da nomenclatura de categorias proposta por Pierre Bourdieu, Apud COSTA, José Carlos da. **O indivíduo na biografia e na autobiografia: uma perspectiva sociológica**. Disponível em: <<http://www.ucm.es/info/especulo/numero45/indibiog.html>>. Acesso em 15 set. 2010. p.79.

¹⁵⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.117.

¹⁵⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, p.242. Vide ainda: SILVA, Frederico Barbosa da; ARAÚJO, Herton Ellery (Org.). **Cultura viva: avaliação do programa arte, educação e cidadania**. Brasília: Ipea, 2010, p.19

¹⁵⁹BUCCI, Maria Paula Dallari. Op. cit., p.269.

pois, “como se vê, uma leitura completa mostra que a garantia do “direito à saúde” prevista na Constituição é feita mediante “políticas” que têm dois objetivos: *redução do risco* (ou seja, diminuição estatística) e *acesso universal*”¹⁶⁰, e não em uma garantia abstrata, principiológica e instrumental da Constituição.

Assim, muito embora a política pública, para o âmbito jurídico, possa, geralmente, ser entendida como um problema técnico-operacional da norma, o Direito não pode reduzir a complexidade do fato e deixar de fora as variáveis que deveriam ser consideradas¹⁶¹. À propósito, esta situação se agrava na medida em que o paradigma¹⁶² do saber jurídico se sustenta nos dogmas explicativos e operativos de subsunção e do método dedutivo do direito¹⁶³, pois estes exigem a tomada de posicionamento valorativo subjetivo pelo intérprete-aplicador da norma constitucional, como é o caso do direito à saúde, previsto no art. 196 da CF¹⁶⁴. E, dessa forma, o problema da simplificação dogmática se evidencia, pois os atores jurídicos acreditam, em geral, na facilidade de promover a subsunção da interpretação da norma, sem perceber, entretanto, que a polissemia da linguagem exige opções políticas e responsabilidade sobre elas¹⁶⁵.

¹⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: Teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p.250.

¹⁶¹ “Em outras palavras, as autenticações têm sempre um “contexto” que deve ser *designado*, mas não *esgotado* por uma análise finita das variáveis que o constituem e que permitiriam ponderar “todas as coisas por outra via””. PASSERON, Jean-Claude. **O raciocínio sociológico: o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995, p.29. Daí, o provável, incômodo da sociologia com o raciocínio formal dedutivista objetivista do Direito.

¹⁶² “Kuhn considera “paradigmas” as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. No Direito, o conceito de paradigma é mais adequado e útil se compreendermos o conjunto de crenças dos operadores do Direito, independentemente de sua atividade profissional ou científica, que possui uma certa unidade e uma aceitação pela comunidade dos próprios operadores”. FILHO, Roberto. Danos Morais, bancos e CDC. In: **VI Fórum Jurídico de Instituições financeiras**, Brasília, 2002. Texto cedido pelo autor, p.2

¹⁶³ “A subsunção é o processo de verificação de adequação de determinado fatos a uma norma dada. A palavra “subsumir” possui origem latina (sub + sumere) e refere-se à noção de acolhida, de aceite”. FILHO, Roberto. Op. cit., 2002, p.5. Ademais, o método dedutivo “se caracteriza por ser uma forma de raciocínio que, independentemente de provas experimentais, se desenvolve digamos assim, de uma verdade sabida ou admitida a uma nova verdade, apenas graças às regras que presidem à inferência das proposições, ou, por outras palavras, tão-somente em virtude das leis que regem o pensamento em sua consequencialidade essencial”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83.

¹⁶⁴ “Seria um equívoco pensar que esta tradição legalista brasileira seja, simplesmente, uma peculiaridade da cultura nacional, uma deformação de nossa tradição bacharelesca. A inclusão de direitos nos textos legais tem o efeito prático de criar, para a sociedade, a percepção de que esses direitos existem e são legítimos; e, para os governos, a responsabilidade pelo seu atendimento. Ao mesmo tempo, esta situação pode trazer problemas extremamente sérios para o setor público, quando, por exemplo, os tribunais criam para o Executivo obrigações acima de suas possibilidades financeiras e institucionais. Não seria o caso, portanto, de ignorar simplesmente este aspecto formal dos direitos sociais, voltando a atenção, exclusivamente, para o que ocorre na prática, no mundo real”. SCHWARTZMAN, Simon. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: FGV, 2004, p.38.

¹⁶⁵ Vide: NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007. Há autores ainda, como Karl Larenz e Karl Engisch, que revelam a complexidade de predicação das premissas, o que deixaria claro o quão falha é a simplificação pela subsunção.

A propósito, é recorrente a utilização, pela dogmática jurídica, do direito à saúde, sob a lógica dos direitos subjetivos enquanto direitos do homem (próprios de uma ideologia-política liberal) que podem ser apropriados individualmente e a despeito da comunidade¹⁶⁶. No entanto, o chamado direito subjetivo não teve sua origem, e tampouco tem sua natureza, da mesma forma como é concebido e considerado hoje. Explica-se. O surgimento do direito subjetivo não estava vinculado à noção de direitos fundamentais, o que dirá de direitos humanos. O debate inicial que moldou a noção de direitos subjetivos estava atrelado, por exemplo, à ideia de bens (propriedade) e das consequências da utilização destes¹⁶⁷. Logo, os supostos elementos do direito subjetivo – apesar de ter gerado uma discussão acirrada entre teóricos que admitiam uma vertente psicológica, afirmando a vontade, a faculdade ou os dois como motes do direito subjetivo, e os negativistas – está vinculado a uma ação (gozar e fruir) e a uma omissão *erga omnes* (oponível o impedimento contra todos).

Apesar de haver uma forte tendência no pensamento dos juristas a conceber o direito subjetivo como uma substância¹⁶⁸, esse “direito” apenas indica certo conteúdo jurídico (descreve uma situação jurídica), mas não tem em si qualquer conteúdo substantivo. É apenas uma categoria operativa, um conceito instrumental, pois se reduz a um mecanismo de exercício objetivo: surge quando da existência de uma pretensão resistida a um direito violado, aferível contra todos em juízo¹⁶⁹.

Assim, são essas classificações comumente naturalizadas pela dogmática que acabam por vincular o direito subjetivo à propriedade, e à noção de *serem* direitos com conteúdo próprio. É isso o que dá a falsa ideia de que, por exemplo, o direito subjetivo à saúde é o próprio direito de ter o acesso a medicamentos e serviços. Em verdade, o direito subjetivo

¹⁶⁶BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética. In: *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n.1, p. 67-119, 2005, p.40

¹⁶⁷“Os conceitos fundamentais pertencentes à esfera dos direitos subjetivos – por exemplo, o conceito de propriedade – não foram criados por autores de direito, mas herdados de ideias geralmente aceitas”. ROSS, ALF. *Direito e justiça*. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007, p. 206.

¹⁶⁸“O conceito de direito subjetivo não tem qualquer referência semântica; não designa fenômeno algum de nenhum tipo que esteja inserido entre os fatos condicionantes e as consequências condicionadas; é, unicamente, um meio que torna possível – de maneira mais ou menos precisa – representar o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas, a saber, aquelas que ligam certa pluralidade disjuntiva de fatos condicionantes a certa pluralidade cumulativa de consequências jurídicas”. ROSS, ALF. *Direito e justiça*. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007, p.208.

¹⁶⁹MIRANDA, Ponte de. *Tratado de direito privado: Parte especial: Direito das coisas: usufruto, uso habitação e renda sobre imóvel*. Tomo XIX. Campinas: Bookseller, 2002, p.43-44. E ainda: MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: Parte especial: Direito das coisas: propriedade e aquisição de propriedade imobiliária*. Tomo XIX. Campinas: Bookseller, 2002, p.33-34.

poderia ser chamado, ao invés dessa expressão corriqueira, de *poder* subjetivo, tamanha é a diferença de concepção que a má utilização pode gerar¹⁷⁰.

Tanto o conceito de direitos humanos como o de direitos subjetivos são contextuais, sem conteúdo substantivo próprio e diferem daquilo que geralmente a dogmática e a prática jurídica afirmam e usam. No entanto, a confusão se torna mais intrincada quando se aplica o conceito genérico de direitos humanos, como se espécie dos chamados direitos subjetivos fossem, para decisões sobre direitos sociais.

Nesse sentido, Luiz Barzotto aduz ainda um esboço da definição de direito subjetivo: “um poder subjetivo (objeto de direito) correspondente a X, na medida em que atende a certos requisitos do ordenamento jurídico (titular do direito), imposto por uma norma (fundamento) como dever a Y (titular do dever)”¹⁷¹. O que referido autor quer ressaltar é que a determinação do sujeito de direitos subjetivos e do titular dos deveres devem tão-somente atender aos requisitos do ordenamento jurídico, baseados em categorias forjadas, não estabelecendo, por exemplo, a figura do devedor em face de quem é o ser humano¹⁷². Aduz ainda que o objeto de tais direitos, para a dogmática jurídica, tende a ser concebido como uma faculdade (*facultas*), que designaria um poder (*potestas*), cuja herança do direito primitivo romano não distingue *potestas* da noção de propriedade¹⁷³. Ora, a consequente noção de *ser dono*¹⁷⁴, que os sujeitos de direito têm e atrelam ao direito subjetivo, está vinculada à matriz liberal individualista.

Desse modo, mesmo considerando o direito subjetivo como a capacidade contra todos de defender *aquilo* que foi outorgado pela sociedade, tem-se que considerar que, em geral, os bens defendidos nessa lógica são tidos como aqueles incorporados ao patrimônio jurídico subjetivo dos indivíduos. No entanto, esse entendimento não pode ocorrer com os direitos sociais, e isso porque esses direitos prestacionais não são apropriados individualmente

¹⁷⁰ “[O] conceito de direito subjetivo é apenas uma ferramenta na técnica de apresentação. Todavia, usualmente nos expressamos como se um direito subjetivo fosse (...) algo que é criado e que, por sua vez, produz consequências diversas. A compra, diz-se gera o direito de propriedade a favor do comprador poder reclamar a entrega”. ROSS, ALF. Op. cit., 2007, p.212.

¹⁷¹ Barzotto propõe ainda, por meio da aplicação do método dialético em sentido tomista-aristotélico, direito subjetivo “é o justo (objeto do direito) adequado a X (titular do direito), assumindo como dever de justiça por Y (titular do dever), tendo como fundamento a lei (natural ou humana)” BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética. In *Direito & Justiça*, ano XXVII, v. 31, n.1, p. 67-119, 2005, p.38

¹⁷² Ibidem, 2005, p.12

¹⁷³ MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. São Paulo: Ed. Busha-tsky, 1971, p.68.

¹⁷⁴ “Mesmo entre as crianças observa-se a tendência de hipostasiar. A criança logo aprende que é *dona* de certas coisas que chama de *suas* e percebe que certas vantagens práticas estão associadas a essa propriedade. Mas, ao mesmo tempo, o *ser dono*, em si mesmo, interessa à criança tanto quanto as vantagens práticas e esse ser dono é concebido por ela como coisa distinta destas últimas. (...) Até mesmo quando o adulto aprende melhor a compreender a função real da propriedade e não pode, igualmente, ser ludibriado com uma palavra, persiste, entretanto, uma indiscutível tendência a considerar um direito subjetivo como uma realidade independente distinta das funções que cumpre”. ROSS, ALF. *Direito e justiça*. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007, p.213.

e, se tratados como direitos subjetivos, não se pode transportar a eles a ideologia de propriedade liberal na perspectiva da pertença, mas sim na noção de justo, de equilíbrio (proporcional aristotélico).

A esse propósito ressalta-se que os direitos humanos, por sua vez, são critérios de igualdade, não de propriedade. Representam, portanto, uma retórica de implementação, já que virtualmente não existem. Se vistos a partir da ótica do que é justo – base aristotélico-tomista -, não darão a falsa percepção de serem pacotes de direitos, mas sim uma categoria de pensamento que prevê os bens, antes de tudo, como parte da sociedade, e cuja distribuição de direitos deve passar necessariamente pelo projeto de vida coletivo.

Em suma, a doutrina jurídica, em geral, utiliza em seu discurso apenas parte da linguagem, dos termos inseridos na compreensão do direito à saúde, isso porque não reflete o conceito pesquisado em termos de política pública, historicidade e funcionamento do campo sanitário. Do mesmo modo que não foi possível extrair um conceito jurídico que expresse mais detalhadamente o que o artigo constitucional baliza, tampouco parece haver uma abertura para uma compreensão moral, por exemplo, comunitarista¹⁷⁵, do dispositivo. Ademais, ao observar como a doutrina se posiciona em relação ao direito à saúde, em alguma medida pôde-se confirmar os limites de sua avaliação, entre elas o fato de que as várias soluções e conceituações possíveis são inerentes ao discurso doutrinário, o qual, por mais critérios que o pautem, não é passível de conclusão única e necessária. Por outro lado, essa mesma estrutura discursiva permite descartar as respostas impossíveis e confirmar o conjunto de argumentos necessário na compreensão do conceito¹⁷⁶.

1.3 A visão do Direito Sanitário

O Direito Sanitário é considerado um “novo direito”, espécie pensada a partir do direito à saúde, o qual se pretende preocupar-se com as ações preventivas e a medicina social, de modo que alguns autores utilizam indiscriminadamente essa expressão como Direito da saúde. É bem verdade que, já em 1997, Lenir Santos falava que o direito sanitário era um ramo autônomo do direito administrativo, tal a sua importância na vida em sociedade¹⁷⁷.

Para fins de parametrização do trabalho, analiso esse ramo, o qual não detém consenso unívoco sobre sua autonomia¹⁷⁸, como aquele que procura perceber o direito pesquisado de

¹⁷⁵ Questão essa relevante dentro da discussão que será feita no último capítulo.

¹⁷⁶ ACCA, Thiago dos Santos. Op. cit., 2009, p. 44.

¹⁷⁷ SANTOS Lenir. Op. cit., 1997, p. 263.

¹⁷⁸ ELIAS, Alexandre Nemer. Direito Sanitário: autonomia e princípios. In: **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo: USP, Jul./Out. 2008, v. 9, n. 2, p. 49.

forma mais ampla¹⁷⁹ (em teoria e nos elementos que compõem a definição), e detém um caráter transdisciplinar¹⁸⁰ e não, propriamente, idêntico à doutrina constitucionalista¹⁸¹. Nesse sentido, sobre o direito sanitário, sintetiza-se:

“É evidente que todo o DIREITO SANITÁRIO gira em torno de um núcleo conceitual unitário, como é o da tutela da saúde, entendida desde a sua acepção mais ampla. Consequentemente, há que reconhecer que existe uma unidade interna da normativa que gira sobre o termo saúde pública. Desse modo, o DIREITO SANITÁRIO vem reconhecendo como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as ações de saúde que objetivam a tutela da saúde pública dos cidadãos, vale dizer, coordena as distintas respostas normativas do Estado diante da saúde pública e isto configura uma densa legislação sanitária que conta com uma Unidade interna aglutinadora em torno do tema “Tutela da Saúde”¹⁸².

Assim, muito embora a base de análise sobre direito à saúde, no direito sanitário, tenha características diferentes, no mínimo, por sua interdisciplinaridade, este ramo não rechaça o

¹⁷⁹ Apenas para fins de registro, mesmo que *a latere*, nota-se que há análises, a partir de Luhman, do sistema sanitário e do sistema jurídico como modelos organizativos em saúde. “O acoplamento estrutural entre os sistemas sanitário e jurídico é elemento essencial para o deslinde das comunicações interacionais entre ambos. (...) Nesse sentido, perscrutar o fenômeno jurídico sob a ótica sistêmica autopoiética significa procurar as possibilidades que permitem o referido acoplamento. (...) [U]ma vez editadas leis de conteúdo sanitário, o sistema jurídico deve responder aos problemas por seu código próprio Direito/ Não-Direito. Assim, quando o Poder Judiciário não concede uma prestação sanitária sob o argumento, por exemplo, de falta de verba orçamentária, está-se diante de uma extrapolação sistêmica e de uma elevação de complexidade contrária à sua função primária”. SCHWARTZ, Germano. **O tratamento do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 67 e 74. Note-se que, ao contrário dessa tese supra-mencionada, esse trabalho não é desenvolvido sob esta ótica, uma vez que acredito que a teoria dos sistemas não é prescritiva, mas descritiva (uma meta-descrição sobre os sistemas de comunicação). De modo que não é ideal, nem útil para pesquisa, já que tem limites de aplicabilidade no que tange à legitimidade (afinal, no caso acima, quem define se o orçamento tem ou não elementos jurídicos?), e não serve para resolver problemas decisórios, com os quais me preocupo.

¹⁸⁰ “Princípio teórico que busca uma intercomunicação entre as disciplinas, tratando efetivamente de um tema comum (transversal). Ou seja, na transdisciplinaridade não existem fronteiras entre as disciplinas. A ideia de transdisciplinaridade surgiu para superar o conceito de disciplina, que configura-se pela departamentalização do saber em diversas matérias. Ou seja, considera que as práticas educativas foram centradas num paradigma em que cada disciplina é abordada de modo fragmentado e isolada das demais. Isto resultaria também na fragmentação das mentalidades, das consciências e das posturas que perdem assim a compreensão do ser, da vida, da cultura, em suas relações e inter-relações. A transdisciplinaridade é um princípio do qual decorrem várias consequências práticas, tanto nas metodologias de ensino quanto na proposta curricular e pedagógica. Ela considera que embora cada um dos campos guarde suas especificidades, há entre eles um intercâmbio permanente, formando novos campos. (...) Segundo Piaget, a interdisciplinaridade seria uma forma de se chegar à transdisciplinaridade. A interdisciplinaridade considera um diálogo entre as disciplinas, porém continua estruturada nas esferas da disciplinaridade. A transdisciplinaridade, por sua vez, alcançaria um estágio onde não haveria mais fronteiras entre as disciplinas e se consideraria outras fontes e níveis de conhecimento”. MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. “Transdisciplinaridade” (verbetes). **Dicionário Interativo da Educação Brasileira** - EducaBrasil. São Paulo: Midiamix Editora, 2002, <http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=75>. Acesso em: 4/09/2010.

¹⁸¹ “[O] Direito sanitário não se reduz a ciência jurídica. É nítido o seu caminhar, quem sabe até para a transdisciplinaridade, já que é ramo do Direito que carece de necessária incursão nas ciências médicas, muitas vezes, e sociais”. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.57-66.

¹⁸² DIAS, Hélio Pereira. **Direito Sanitário**. p.5. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2010.

direito constitucional. Ao contrário, a maior parte dessa doutrina admite que, no direito constitucional, encontram-se os fundamentos hierarquicamente maiores, por serem constitucionais, dos poderes e deveres do Estado em matéria de saúde, de modo que o direito de saúde mantém marcantes afinidades com a visão constitucionalista¹⁸³. Ressalta-se também que o direito sanitário dialoga com outros ramos do Direito, os quais o complementam e o auxiliam¹⁸⁴.

Diferentemente da doutrina sobre Direito Constitucional, não há muitos manuais que demarquem o campo com tanta profusão; o que mais existem são revistas especializadas, coletânea de textos e alguns livros, de maneira que todos esses tipos foram pesquisados aqui. O que se percebeu é que a parte do direito sanitário já apresenta objeções em considerar como definição de direito à saúde as classificações de direitos subjetivos individuais, garantidores da vida e da dignidade da pessoa humana, porém, em termos gerais, não é menos genérica do que a dogmática constitucional.

Outra peculiaridade está na recorrente falta de conceituação descritiva do direito à saúde, mas, simultaneamente, na variada demonstração histórica sobre o que se considera por saúde pública e sua tutela, nos diversos contextos históricos. Nota-se ainda a presença de tópicos sobre integralidade, universalidade, políticas públicas e sobre recursos públicos, cuja apresentação de argumentos não fica necessariamente vinculada apenas à letra da lei. No

¹⁸³“[É] preciso pensar e operar o Direito Sanitário no sentido de concretizar a Constituição Federal, que antes de representar um dado da realidade, vislumbra uma nova ordem que precisa ser construída”. Este autor acredita, particularmente, ainda que o direito sanitário seria o ponto de encontro de uma Constituição dirigente e do direito regulatório. Há, no entanto, outros autores que apesar de admitirem a ligação entre direito constitucional e o sanitário, não corroboram com esta tese. TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição dirigente e o direito regulatório do Estado Social: o Direito Sanitário. In BRASIL. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão na Educação na Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. V. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 37.

¹⁸⁴“2. Com o **Direito do Trabalho**, os pontos de identidade no relacionamento com o Direito de Saúde, mais se acentuam nas medidas de alcance individual ou coletivo, voltadas para a promoção, proteção e recuperação da saúde dos empregados, através de benefícios e serviços envolvendo a assistência médico-social, higiene e segurança do trabalho. 3. Com o **Direito Administrativo** são mais profundas as ligações do Direito de Saúde. Nele foi este último buscar o embasamento doutrinário necessário à construção do arcabouço jurídico que consubstancia as normas de direito positivo, que estabelecem direitos e deveres e regulam atividades públicas em matéria de saúde, indicando as sanções aplicáveis aos infratores. 4. **Com o Direito Penal** o Direito de Saúde se identifica, dele extraindo princípios que são utilizados na estruturação das normas jurídicas de natureza substantiva e adjetiva, destinadas a coibir, no plano administrativo-sanitário, as infrações à legislação de saúde. 5. Com o **Direito Processual (civil e penal)** o Direito de Saúde se identifica no tocante aos princípios aplicáveis às normas destinadas a apurar as infrações à legislação de saúde e no desenrolar de atos típicos da instância administrativa. Das **Ciências Sociais**, o Direito de Saúde, tal como o Direito Administrativo, também se aproxima da Sociologia, da Antropologia Social, da Economia Política, das Ciências das Finanças e da Estatística. A toda estas o Direito de Saúde poderá recorrer para a construção de seus preceitos, com o propósito de aperfeiçoá-los aos fins colimados pelo Estado. Do **Direito Internacional Público** o Direito de Saúde extrai os princípios e normas que são adotadas dentro das fronteiras de cada País em virtude de tratados, acordos, convenções e regulamentos sanitários, que se obriga a respeitar na medida em que ratifica as recomendações desses atos internacionais”. DIAS, Hélio Pereira. op. cit. p. 17-20.

entanto, aqui também há modelos de conceitos que são imprecisos e legalistas, como, por exemplo:

“[S]aúde implica a definição de uma política pública que vise seu cuidado, sua defesa e sua proteção (CF, art. 23, II, e 24, XII), ou seja, reforça-se, como requisito da legalidade, a obrigação de prestar serviços de atendimento à população, proteção e recuperação da saúde. (...) **[O] conteúdo do conceito constitucional de saúde deve** [garantir] a assistência sanitária (CF, art. 208, VII); como deve **ser, igualmente, assegurado à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade**, o direito à saúde, que será promovido por programas de assistência integral à saúde, que será para o que é exigida a aplicação de um percentual dos recursos públicos destinados à saúde para a assistência materno-infantil (CF, art. 227, § 1º, I)”¹⁸⁵. [grifo nosso]

O problema da setorização absoluta de direitos, em classes minoritárias, é que, na realidade, elas não são de fato únicas em termos de preferência. Assim, como dizer que as crianças e adolescentes têm prioridade máxima, se os idosos, deficientes, índios e mulheres também reclamam tal posição? Outra deficiência é a utilização dos argumentos sobre direitos humanos, cujo conceito é totalmente abstrato e de impossível apropriação individual, para definir e justificar o direito à saúde, e da associação direta com o direito administrativo, a qual pode resultar no equívoco de se encarar a política pública com fechada e técnico-instrumental. É que se pode conferir:

Atualmente **a humanidade não hesita em afirmar** – ainda que o matizando – **que a saúde é um direito humano e que, como os demais direitos humanos, exige o envolvimento do Estado**, ora para preservar as liberdades fundamentais, **principalmente por meio da eficiente atuação do Poder Judiciário**, ora para eliminar progressivamente as desigualdades, especialmente planejando e implementando políticas públicas. **Trata-se, então, da reivindicação do direito à saúde.** (...) Hoje os Estados são, em sua maioria, forçados por disposição constitucional a proteger a saúde contra todos os perigos. Até mesmo contra a irresponsabilidade de seus próprios cidadãos. A saúde “pública” tem um caráter coletivo. O Estado contemporâneo controla o comportamento dos indivíduos no intuito de impedir-lhes qualquer ação nociva à saúde de todo o povo. (...) **O direito da saúde pública é, portanto, parte do que tradicionalmente se convencionou chamar de direito administrativo, ou uma aplicação especializada do direito administrativo.** É parte do direito administrativo porque refere sempre atuações estatais orientadas, o mais exaustivamente possível, pela própria sociedade, por meio do aparelho legislativo do Estado. Em termos práticos, ao direito da saúde pública assenta perfeitamente o rótulo de direito administrativo porque se trata de disciplina normativa que se caracteriza pelo preenchimento daqueles princípios básicos da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público¹⁸⁶. [grifo nosso]

¹⁸⁵DALLARI, Sueli Gandolfi. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995, p.32.

¹⁸⁶DALLARI, Sueli Gandolfi. **Direito Sanitário**. In: BRASIL. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão na Educação na Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 47-48.

Por outro lado, há um modelo de doutrina que ressalta a principal vantagem desse ramo: a constante noção de coletividade, ou seja, a percepção do direito à saúde como próprio reflexo da saúde pública, não encarado somente como um aspecto individual que respeita apenas a pessoa. É o que se pode observar, inclusive nos trechos acima sublinhados, e no argumento abaixo:

A lógica que predomina é simplificar o direito à saúde como equivalente ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana. É um direito individual subjetivo que não pode ser denegado de forma alguma; **porém, todo indivíduo tem o direito à vida; todo indivíduo tem o direito à dignidade humana e todo indivíduo tem direito à saúde. Fixar-se somente nesses conteúdos leva o intérprete a cometer equívocos, priorizando o aspecto individual em detrimento do comunitário.** (...) O novo desafio exige que os operadores do direito ajudem a estabelecer uma linguagem comum do direito à saúde para a produção de decisões judiciais com resultados justos, nos âmbitos individual e coletivo, sendo imperiosa a necessidade de aprofundar os estudos na área da Hermenêutica Constitucional, dos Direitos Fundamentais Sociais, do Direito Sanitário e das Políticas Públicas.¹⁸⁷ [grifo nosso]

Há ainda alguns poucos autores que mantêm uma visão quase idealizada e utópica, no sentido de que, no conceito moderno, a saúde é um direito fundamental do cidadão, que gera, para ele e para a coletividade onde vive, obrigações e deveres de participação.

“O *direito à saúde* exige que cada um de nós cumpra com seus deveres. Entre o omitir-se e o compactuar-se existe uma terceira via: a participação e luta de cada um de nós para que todos sejamos cidadãos plenos, iguais em direitos e deveres. Direito à saúde como parte de transformação de nosso País”.¹⁸⁸

Muito embora, na introdução, tenha ressaltado a não preferência pela análise do significado do termo isolado “saúde”, pode-se perceber que os autores do direito sanitário não se conformam em repetir apenas o conceito fornecido pela OMS¹⁸⁹, tal qual é muito comum no Direito Constitucional, pois entendem que, no fundo, a saúde pública é uma questão político-histórica e não, preponderantemente, médica-científica. Há, portanto, nessa doutrina

¹⁸⁷WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. *op. cit.* p.130.

¹⁸⁸CARVALHO, Gilson. O financiamento público da saúde no bloco de constitucionalidade. In: BRASIL. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p.324

¹⁸⁹“A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental, social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade”. VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Saúde Pública e Improbidade Administrativa. In: *Ibidem*, p. 128.

uma abertura para trabalhar o conceito de direito à saúde de forma mais detalhada que a doutrina constitucional, e com referência ao elemento histórico.

Outro ponto interessante nessa doutrina é que ela aborda de forma diferente a política pública de saúde: não como instrumento técnico administrativo, e sim como processo histórico¹⁹⁰. Isso porque, em grande parte, tende a ver sua relação com a atuação do Estado, para defender a saúde pública, configurando direitos e distribuindo bens e serviços, e com a organização social subjacente¹⁹¹. Assim, embora a classificação reducionista em períodos históricos, própria da cultura jurídica, ainda permaneça, e o conceito de direito à saúde não esteja especificamente delimitado, a introdução mais explícita das políticas públicas, como parte da compreensão do conceito de direito à saúde, possibilita uma abertura para o Direito em como encarar direitos e políticas prestacionais.

O que se pode depreender dessa análise é que, em geral, não há rigor lógico para a utilização do sentido do conceito de direito à saúde, e os embates dialéticos não são consistentes, pois não são examinadas as questões importantes referentes e contidas no problema. Ou seja, tanto na doutrina constitucional como na do Direito Sanitário, dada a complexidade dos direitos prestacionais, não há uma compreensão mais qualificada por trás da leitura do artigo 196 da Constituição Federal, e isso porque a doutrina majoritária não trata sobre os elementos contidos no direito à saúde, quais sejam: integralidade e universalidade (a qual, quando é mencionada, não acompanha discussão de fundo).

O que se verifica, então, é que, como o direito à saúde traduz uma política pública, provavelmente o tratamento jurídico das questões que estão na base de formação do conceito, e que só fazem sentido num dado contexto, é deficiente, o que torna a releitura doutrinária empobrecedora. Na verdade, o Direito não poderia ignorar que a definição do direito à saúde, plasmado no artigo constitucional, foi feita no âmbito da luta sanitária, e não resumida em construções jurídico-formais. O problema das argumentações jurídicas assinaladas genericamente com normas abertas e princípios sem critérios de aplicação é que elas tendem a

¹⁹⁰BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.39. Em contexto parecido, no texto que Medellín questionou se os diferentes tipos de regimes políticos implicam em uma especificidade dos processos de estruturação de dada política pública, pode-se aduzir que o tipo de construção analítica para se entender um processo histórico só fazem sentido dentro de um arcabouço teórico e de um contexto específico, e se examinados desde o regime político e o governo, até as demais estruturas políticas e instituições sociais, nos diferentes graus de solidez. TORRES, Pedro M. **La política de políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad**. In: Série Políticas Sociales n. 93. ONU: Cepal, 2004.

¹⁹¹DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p.252.

estabelecer direitos individuais e a casarem institucionalmente com o mercado e com a propriedade, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam estabelecer um acesso de direitos e uma finalidade coletiva¹⁹². Afinal, não é porque parte da atuação do Estado tem uma métrica em suas decisões que consegue perceber a moral e os interesses particulares, que se deve minimizar ou prejudicar a outra métrica que visa gerar o pluralismo¹⁹³, ou seja, as condições para que várias formas de bem viver, dos diferentes atores sociais, sejam possíveis. Aliás, é esta última que se espera garantir juridicamente, ao menos na discussão doutrinária sobre o direito à saúde.

¹⁹² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.141.

¹⁹³ É sabido que o termo pluralismo é plurissignificativo. Aliás, esse fato está per se inserido na discussão que permeia o trabalho. “O pluralismo é uma das marcas constitutivas das democracias contemporâneas. (...) O pluralismo, entretanto, possui, pelo menos, duas significações distintas: ou o utilizamos para descrever a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico”. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

2 AS DECISÕES JUDICIAIS FAZEM MAL À SAÚDE PÚBLICA?¹⁹⁴

Para esta pesquisa, assumiu-se como ponto de partida a possibilidade do controle crítico das decisões. Isto é, como parte do controle democrático, não seria desejável que as decisões judiciais deixassem de analisar pontos importantes da tomada de decisão (inclusive aqueles que serão vistos no próximo capítulo), tampouco que abordassem a questão principal da lide de qualquer maneira, ainda que o artigo 93, IX da Constituição seja razoavelmente satisfeito. O que se ventila, assim, é que é possível haver critérios para composição de um conceito que não possua, *a priori*, uma estabilidade de significado, mas que seja essencial à decisão. No caso, o conceito analisado é o de direito à saúde.

Logo, no primeiro capítulo, uma vez entendido o arranjo institucional e normativo que permeiam o caso, demonstrou-se como a doutrina conceitua o direito à saúde. Em primeiro plano, fez-se necessário remontar às origens mais próximas do conceito, para se compreender o que o Movimento Sanitarista propôs e qual era o conteúdo atribuído ao artigo constitucional. E, em segundo plano, analisou-se como o direito constitucional e o direito sanitário entendem o direito à saúde. O intuito era verificar como uma parte importante do campo enxerga o direito em questão, e parametrizar um conceito, que não necessariamente é aquele que deverá ser futuramente utilizado por todo o campo jurídico em todas as situações¹⁹⁵, mas que serve de termo comparativo para essa nova etapa da pesquisa.

¹⁹⁴ O nome do capítulo teve inspiração no slogan “A Justiça faz bem à Saúde”, do I Encontro do Fórum Nacional do Judiciário para demandas de assistência à Saúde, criado pela Resolução nº 107/1010, do Conselho Nacional de Justiça, realizado em 03 de agosto de 2010. Temática essa feita, na ocasião, na tentativa de reafirmar “a nova postura do Judiciário que não mais se isola na toga, *não confunde imparcialidade com indiferença ou insensibilidade* diante dos problemas jurídico-sociais que são de sua competência solucionar e está, cada vez mais, *preparado para assegurar que nenhuma lesão de direito seja excluída de sua apreciação*, conforme comanda o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, mormente aquelas que possam ferir direitos fundamentais, assim definidos soberana e democraticamente pela sociedade brasileira na mesma Carta” (grifo nosso). Ao menos é o que o Desembargador e Conselheiro do CNJ, Milton Nobre, justificou e defendeu na abertura do evento. Desse modo, funciona o título do capítulo, se não como uma crítica, pelo menos como uma ironia entre aquilo que os desembargadores preceituam em fóruns e aquilo que decidem nos foros. NOBRE, Milton. Discurso do Conselheiro. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução de Demandas de Assistência à Saúde**: Documento. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/comissoes/forum_saude/documentos/discurso_Cons_milton.pdf>. Acesso em 03 de dezembro de 2010.

¹⁹⁵ Afinal, diferente de outros trabalhos do programa, a pretensão aqui não é elaborar parâmetros que tenham finalidade de possibilitar maior coerência à doutrina e à jurisprudência, ou seja, não é a intenção atribuir sentido às categorias que envolvem o objeto de estudo, a fim de padronizar a utilização de termos unívocos e de ampliar o acesso universal, o que implicaria necessariamente em definir determinadas categorias sobre a política pública de saúde em vigor, além da análise jurisprudencial. O problema desse trabalho gira em torno da possível simplificação de argumentos sobre o direito à saúde, de modo que a pretensão é mostrar como o direito à saúde é compreendido no campo e quais as consequências disto.

É mister ressaltar que o poder Judiciário decide sobre os fundamentos políticos do Estado ao decidir sobre temas sociais¹⁹⁶. Nesse contexto, remanesce a dúvida sobre o que, de fato, está decidindo o STF nos casos de direito à saúde, e mostra-se relevante questionar o que o Judiciário entende sobre o direito à saúde, uma vez que sua decisão tem amplo impacto coletivo, ainda que a demanda seja originalmente individual. Assim, o que se visa verificar, nesse capítulo, é se todo o léxico elencado no capítulo anterior (entre eles: integridade e universalidade), intimamente ligado à definição do conceito pesquisado, aparece nas decisões e sob qual sentido. Em suma, o que se quer averiguar é se a fundamentação das decisões, e a correspondente significação do que seria o direito à saúde, são suficientes, ou se, por outro lado, estão aquém do que a necessidade do problema enseja.

Para tanto, apreciar criticamente as práticas decisórias judiciais demanda algum tipo de metodologia de produção de trabalho¹⁹⁷. O método escolhido aqui foi a chamada “metodologia de análise de decisões (MAD)”, como um instrumento formal e objetivo para a organização e análise dos dados relativos às decisões judiciais selecionadas, cuja finalidade é a verificação do sentido das palavras que compõem a norma, por meio das decisões judiciais. Outras metodologias poderiam ter sido escolhidas, entre elas a análise jurisprudencial¹⁹⁸, o estudo de um determinado caso¹⁹⁹, e a análise de conteúdo (*content analysis*)²⁰⁰, as quais,

¹⁹⁶LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 138.

¹⁹⁷“Ao nos referirmos à MAD como uma “metodologia”, estamos nos situando no campo do pensamento instrumental de como se proceder, de forma controlada, no âmbito da pesquisa em Direito. A advertência se faz necessária, pois a palavra “metodologia” aparece na doutrina jurídica em pelo menos quatro distintas acepções. É, portanto, uma palavra marcadamente polissêmica, mesmo quando usada no contexto da teoria jurídica. É possível verificar a ocorrência de “metodologia” pelo menos como: 1. Processos lógicos e quase-lógicos mentais próprios à teoria do conhecimento; 2. Forma controlada, segundo certos procedimentos, de produção de decisões; 3. Procedimentos voltados à produção de trabalhos jurídicos “científicos”; e 4. Forma de identificar e constituir o objeto do direito. (...) [Entretanto,] a Metodologia de Análise de Decisões está inserida em outro campo de possibilidades metodológicas, pouco explorado no Direito, mas extremamente potente instrumentalmente - o da formulação de um protocolo com o qual o pesquisador poderá trabalhar para chegar a resultados apreciáveis e, se possível, comparáveis. Temos, portanto, uma proposta metodológica que poderia ser qualificada como uma quinta acepção da palavra metodologia, a dos protocolos. Um protocolo é reproduzível sempre em certa medida, especialmente nas ciências sociais aplicadas, como é o caso do Direito, mas sua utilização permite um grau de precisão e de controle sobre o que é feito maior que nos trabalhos especulativos ou conceituais. Essa é a pretensão da MAD”. (grifo nosso). FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. In: **Revista Universitas Jus**. Brasília: UniCeub, n. 21, jul./dez. 2010, p. 3.

¹⁹⁸“Chamamos de Análise de Jurisprudência, a metodologia consistente em coletar as decisões de um ou diversos decisores, sobre um determinado problema jurídico, com o objetivo de identificar um momento decisório, realizar um retrato do “estado da arte” sobre o assunto”. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Op. cit., 2010, p. 4/6.

¹⁹⁹“No Estudo de Caso, realiza-se um estudo intensivo de uma decisão, de um grupo de decisões ou de uma questão-problema jurídica determinada, por meio da exploração da maior quantidade de variáveis nela envolvidas, numa perspectiva de múltiplas variáveis, de um evento ou situação única, chamado de “caso”. O objetivo do Estudo de Caso é que o pesquisador adquira compreensão mais acurada sobre as circunstâncias que determinaram a ocorrência de determinado resultado, apreendendo as complexidades envolvidas na situação. Nesse caso, ao invés de utilizar uma metodologia rígida, com um protocolo fixo e determinado, o estudo de caso

inclusive detêm características comuns à MAD, mas esta, em específico, possui procedimentos, objetivos e instrumento teórico diferenciados e utilizados em cada um de suas fases, que acabaram por justificar a escolha.

Desse modo, primeiramente, se explicará tal metodologia, seus pontos de partida, e como ela foi construída nessa pesquisa. Depois, tratarei dos resultados das tabelas e das observações sobre elas, perante a teoria que serve de instrumento analítico e operacionaliza a MAD, nesse caso.

2.1. Definição da Metodologia de Análise de Decisões (MAD)

A Metodologia de Análise de Decisões consiste em um método de apreciação de decisões (judiciais ou não), para trabalhos teóricos no campo do Direito, e possui uma orientação estritamente relacionada com a prática, uma vez que está preocupada com a clareza da fundamentação das decisões. Teve, para tanto, seus pontos de partida delineados nas investigações recentes sobre a fundamentação das decisões judiciais nas quais há aplicação de normas semanticamente abertas, também chamadas de conceitos jurídicos indeterminados (no caso, os princípios e as cláusulas gerais)²⁰¹. Posteriormente, a reflexão foi aprimorada, e colocada coletivamente em prática na pesquisa quantitativa e qualitativa “Políticas públicas e protagonismo judicial no STF”, no âmbito do Grupo de Estudo e Pesquisa Hermenêutica e

pressupõe certa autonomia na construção da narrativa e da estrutura de exposição do problema”. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Op. cit., 2010, p. 2. Em certo sentido, o MAD acaba por incorporar a construção de um estudo de caso, como é o problema do direito à saúde, com a demonstração de seu contexto. Todavia, ainda assim não é a metodologia buscada para o problema tencionado. Afinal, “o estudo de caso é um enfoque sobre um problema jurídico. Não é propriamente um método, no sentido de que haja um protocolo específico para a sua realização, mas sim um olhar qualificado para uma determinada questão, um problema jurídico. A qualidade diferenciada do estudo de caso vem da sua abordagem horizontal, ou seja, no estudo de caso o investigador faz uma análise ampla da questão, alargando o espectro de observação para além da dogmática jurídica, ao explorar questões políticas, econômicas, sociais, psicológicas, afetivas, de poder, entre outras que se façam importantes do ponto de vista de permitir uma reflexão ampliada do problema”. FREITAS FILHO, Roberto. **Estudo de caso**. In: UNICEUB. Casoteca Jurídica e Base de dados e jurisprudência do UniCEUB. Disponível em: < http://www.uniceub.br/curso/mestrado/casoteca/Cas01_EstudodeCaso.aspx>. Acesso em 17 de maio de 2011. E, FLYVBJERG, Bent. *Five misunderstandings about case-study research. Qualitative inquiry*. [S.l.], v. 12, n. 2, p. 219-245, 2006. Disponível em: <<http://flyvbjerg.plan.aau.dk/Publications2006/0604FIVEMISPUBL2006.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2009.

²⁰⁰XIMENES, Julia Maurmann. **Levantamento de dados na pesquisa em direito: a técnica da análise de conteúdo**. Brasília, 2011, no prelo. Em conversa com Roberto Freitas Filho, ele ressaltou ainda que a Análise de conteúdo ou Análise textual é uma metodologia das ciências sociais para o estudo do conteúdo da comunicação. É o estudo da comunicação humana registrada por meio de livros, *websites*, pinturas e leis. É uma análise quantitativa e resumida das mensagens, e não é limitada aos tipos de variáveis que podem ser mensuradas ou o contexto nos quais as mensagens são criadas ou apresentadas. Nesse sentido, a Metodologia de Análise de Decisões se distingue da *Content Analysis* (AC) por ser um método de identificação e de apreciação da utilização de palavras e termos na perspectiva da coerência lingüística. MAD vai além do que AC e não supõe o rigor metodológico das ciências sociais.

²⁰¹FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, *passim*.

Políticas Públicas do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, a qual se preocupava com os limites de possibilidade e *desejabilidade* do modo de atuação do Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal²⁰².

Nesse contexto, a necessidade de um instrumento formal de organização metódica dos dados originou um protocolo, cujos procedimentos constituintes são, ademais, passíveis de reprodução. Esse protocolo é a MAD, e sua finalidade é a comensurabilidade entre várias apreciações realizadas em momentos ou por pessoas distintas, em relação a uma dada prática decisória. Assim, o problema que visa responder é a falta de inteligibilidade lingüístico-semântica das decisões, cujos argumentos podem não traçar (ao menos não de forma clara e suficiente) os elementos da regra predicada, e se tornarem circulares e tautológicos, pela falta de parâmetros e critérios em suas fundamentações²⁰³. Em último plano, filia-se a uma teoria crítica, no sentido de que surge de uma preocupação com isonomia, controle crítico e democrático das decisões, no caso, judiciais (*accountability* do poder judiciário)²⁰⁴.

Dessa maneira, o pressuposto da MAD é necessariamente o de que, quanto mais precisa e transparente é a fundamentação e os argumentos constituintes da decisão, mais estável e previsível será o conteúdo da norma. Além do mais, admite como pontos de partida que: a) nenhuma decisão serve apenas para um caso tão-somente, uma vez que, ao predicar, o decisor formula uma regra decisória que será observada coletivamente; b) no Direito, o problema semântico está no nível da palavra, cujo problema de polissemia deve ser solucionado com a tomada de opção por uma das possibilidades de significado, mas é imprescindível a justificativa para fazê-lo, em especial nas decisões judiciais, sob pena de

²⁰²FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita M.; PRADO, Wagner J.; GONÇALVES, Thiago de O.; LIRA, Daiane N. de; ARAÚJO, Felipe D.; VIEIRA, Patrícia R.; e COSTA, Roberta P. N. **Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica**. In: Universitas Jus. Brasília: UniCeub, n. 22, jan/jul. 2011, p. 105-196.

²⁰³O pressuposto é de que não há comensurabilidade entre decisões cujos argumentos não têm critérios que possam ser comparáveis. Nessa mesma lógica, vide: POPPER, Karl R. **A lógica da investigação científica**. São Paulo: Abril Cultural, 1980, *passim*.

²⁰⁴“*Accountability* consiste no requisito de que os representantes devem responder aos representados ao disporem de seus poderes e deveres, atuar sob a possibilidade de crítica ou em consideração às críticas que lhe são feitas, bem como aceitar (em algum grau) responsabilidade por falha, incompetência ou erro”. FREITAS FILHO, Roberto. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 44, n. 175, jul./set. de 2007, p. 41-65. Importante destacar também que não é própria dessa metodologia a defesa pelo desconstrutivismo das instituições. Ou seja, não faz parte de um projeto político, de pano de fundo, a ideia de que a forma como os magistrados vêm decidindo não serve para lidar com as questões da razão prática, e que, por esse motivo, no extremo, a melhor forma de argumentação não significa a melhor decisão, e sim uma estratégia burguesa, e uma vez que as instituições que não conseguem responder as demandas satisfatoriamente, deveriam ser desfeitas. O pressuposto dessa metodologia é que as instituições funcionam, de alguma forma, e devem dar soluções para os casos concretos, de maneira que se visa, aqui, o controle crítico das decisões, por meio da coerência e da consistência, para a melhor capacidade de apreciação dos atos do Judiciário.

arbitrariedade; e, c) portanto, não existe questão só semântica ou dialética a ser observada na decisão, mas também deve haver um esforço hermenêutico denso sobre o sentido do texto da norma aplicada pelo decisor (ou decisores), para que seu trabalho seja coerente e consistente.

É mister ressaltar que, como protocolo, a MAD não constitui mero procedimento, mas, ao contrário, é um método que detém em si uma série de procedimentos com ordem pré-definida, em uma lógica interna, e com os objetivos principais de organizar as informações relativas às decisões proferidas em um determinado contexto e de gerar rigidez. Além disso, visa verificar a coerência decisória em um determinado contexto e produzir uma explicação do sentido²⁰⁵ das decisões proferidas, diante do processo decisório. Desse modo, não se reduz a apenas descrever o texto das decisões, mas é uma forma metodológica de relacionar o objeto de pesquisa a diferentes variáveis (teóricas, inclusive), ou seja, é uma maneira peculiar de obter, trabalhar e observar os dados.

Assim, a partir da identificação da uma questão-problema em particular, é necessário fazer um recorte objetivo (se vai focar na investigação sobre a oposição entre princípios, ou entre teorias, ou sobre a aplicação de um conceito jurídico, ou de um instituto jurídico) e um institucional, sem necessária precedência cronológica entre eles, mas devem ser justificados, na pesquisa, pelos critérios de pertinência temática e relevância decisória. Uma vez feitos esses recortes, permite-se, respectivamente, a seleção conceitual do campo discursivo e a escolha dos órgãos decisores que vão ser pesquisados. Desse modo, para fins analíticos, o MAD é constituído e organizado em quatro passos²⁰⁶:

1º. Pesquisa exploratória e obtenção dos dados: elege-se o foco de atenção, fazem-se os recortes e obtêm-se os dados. Nessa etapa preliminar da pesquisa, é feito um levantamento bibliográfico, a fim de se identificar todos os dissensos argumentativos mais importantes sobre o tema no campo teórico (para saber se, de fato, há um problema a ser pesquisado), e é feita uma análise geral das decisões, com o objetivo de averiguar a possibilidade e prováveis limites do banco de dados que possivelmente se trabalhará (definição de estratégia de

²⁰⁵Para Max Weber, “sentido” é o sentido subjetivamente visado. Na sociologia weberiana, há que compreender o sentido que cada pessoa dá a sua conduta. Por meio dessa compreensão é possível perceber a estrutura da ação. Deve-se compreender, interpretar e explicar respectivamente, o significado, a organização e o sentido da ação. WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: UnB, 2004. v. 1. p. 4. Ademais, afirma Lima Lopes: “A atividade do jurista, esteja ele em qualquer posição – juiz, professor, advogado, legislador –, é apreender sentidos ou, para os momentos de transição, fixar sentidos. (...) Há sempre, portanto, na prática humana em geral, e na prática jurídica em particular, atribuição de sentido, seja ela *a posteriori*, quando se atribui a uma atividade ou ação uma qualificação jurídica, seja ela *a priori*, quando se compreende uma norma para saber escolher que fazer, ou mesmo quando se escolhe um rumo na vida para ... dar *sentido* à própria vida”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 313/314.

²⁰⁶FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Op. cit., 2010, p. 12-14.

pesquisa empírica). O resultado é o mapeamento do campo discursivo, e a constituição de um banco de dados cru e geral, que contém as decisões organizadas com base na relevância de pertença das decisões ao conjunto; isto é, um instrumento para a realização de uma pesquisa mais refinada.

2°. Organização das decisões em torno da escolha dos conceitos centrais/categorias demarcadores de oposição: nesse momento, verifica-se como os decisores estão a utilizar os conceitos, valores, institutos e princípios presentes nas narrativas decisórias. Em síntese, examina-se, a partir da leitura seletiva de cada uma das decisões, a ocorrência de elementos narrativos com os quais os decisores constroem seus argumentos, e cujo resultado é um banco de dados mais sofisticado contendo decisões selecionadas a partir do estabelecimento de recortes metodológicos e de critérios justificados de relevância decisória e pertinência temática.

3°. Definição do instrumento analítico: para identificar o sentido da prática decisória, a partir da justificação das decisões, deve-se, nesse momento do trabalho, estabelecer a parametrização de sentido linguístico das palavras por meio de uma teoria lógico-formal da linguagem. O objetivo é, por meio de uma teoria que compreende a distinção lógica entre as palavras (núcleos de sentido da decisão), possibilitar a reflexão crítica, no nível lógico-formal, sobre a prática decisória, no que tange a conceitos, valores, institutos e/ou princípios selecionados, e a apreciação do sentido semântico das palavras utilizadas nas decisões²⁰⁷.

4°. Apreciação dos argumentos da decisão: por fim, a partir dos recortes temporais, objetivos e institucionais feitos no objeto, e sobre o marco de uma teoria lógico-formal, é feita a análise das decisões. Identifica-se, portanto, o modo pelo qual o decisor constrói o sentido dos termos com os quais opera o discurso. Nesse contexto, é possível desdobrar os dados em uma série de possibilidades explicativas do sentido daquela prática, como, no caso, fazer a análise sobre a coerência interna e sistêmica das decisões.

Insta salientar, ademais, que é sabido o fato de que a relação de causalidade entre os dados de um objeto em estudo e correlatos, usualmente utilizada pelos cientistas das *hard sciences*, não é feita da mesma maneira quando se trata de normas jurídicas, cuja implicação é, em geral, imputativa²⁰⁸. Nesse mesmo sentido, um dos pontos de partida desta pesquisa é o

²⁰⁷Como exemplo de autores cujas teorias analíticas podem ser utilizadas nessa metodologia estão: Aristóteles, Richard M. Hare, e Robert Alexy. Uma boa experiência de utilização do MAD, com base na teoria de Alexy, já foi feita: GONÇALVES, Thiago de Oliveira. **A absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem**: análise empírico-normativa da aplicação judicial da norma atribuída ao art. 227 da Constituição. 2011. 187 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília.

²⁰⁸COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1996, p. 58.

de que, no âmbito do discurso moral, a verdade corresponde à correção racional das expressões normativas, isto é, pela própria natureza do campo jurídico, o grau de verificabilidade da consistência do objeto de pesquisa é assumido com alguma precisão, não com precisão exata, tal qual é próprio das ciências duras ou naturais.

Por fim, é importante destacar que essa metodologia não está voltada para uma análise de conteúdo, pois essencialmente está preocupada com as formas e as condições linguísticas do discurso, isto é, com os requisitos de forma que são essenciais para o juízo moral. Por isso, não visa à correção do conteúdo das decisões, seja para averiguar, seja para prescrever um conteúdo. Por outro lado, isso não quer dizer que, após a averiguação formal do sentido da decisão (concluído o MAD), não seja possível acoplar uma teoria substantiva para correção material do discurso. É possível. No entanto, não é o que é feito aqui. A propósito, no próximo capítulo, ao se demonstrar a discussão sobre o conceito ético-político do direito à saúde, não estarei tentando propor um sentido substantivo correto, mas simplesmente desdobrando a hipótese desse capítulo, qual seja: na falta de um rigor formal decisório, além da falta de coerência e compreensão da regra decisória, há uma supressão de debates importantes pelos julgadores, entre eles, a leitura moral do instituto jurídico pesquisado.

2.2. Aplicação da MAD: 1ª e 2ª etapas.

Após um ano de compreensão do campo teórico, com debates em grupo²⁰⁹ sobre as principais leituras no âmbito das políticas públicas, teoria da linguagem e metodologia científica, foi definida, como principal problemática²¹⁰ a ser pesquisada, a questão sobre se haveria algum modo de compatibilizar o atendimento individual a direitos previstos

²⁰⁹ Nesse trabalho, a aplicação do MAD esteve inserida, em grande medida, no contexto da pesquisa em grupo sobre políticas públicas e protagonismo judicial, mencionado acima. Nesse sentido, tem-se que os dois primeiros passos da metodologia foram feitos a partir das preocupações coletivas, que acabaram motivando a aplicação da MAD, agora, em particular. Assim, quando necessário for, convém relatar, como recorte metodológico, um pouco mais sobre essa primeira experiência no grupo de pesquisa e estudos, pois, afinal, ela coincide com a própria execução e definição do objeto ora investigado, aqui. Desse modo, não acredito haver problemas de prejuízo ao texto e de confusão entre os problemas abordados nas diferentes pesquisas, que, são, em verdade, complementares.

²¹⁰ Entre outros problemas suscitados no âmbito do tema, nessa outra pesquisa: 1. O Supremo Tribunal Federal vem estabelecendo quais critérios para legitimar o controle de políticas públicas prestacionais pelo Executivo no âmbito da União, dos estados e do Distrito Federal? 2. O que significa garantir a e eficácia dos direitos sociais em um contexto de contradições sociais no âmbito do modo de produção capitalista gerador de assimetrias de acesso, reconhecimento e distribuição de recursos materiais, simbólicos, políticos, culturais e econômicos? 3. Como o Supremo Tribunal Federal vem utilizando as possibilidades retóricas entreabertas pelos textos constitucionais, quando chamado a decidir sobre questões relativas a alguns tipos de políticas públicas, notadamente naquelas em que o reconhecimento de direitos enseja a decisão sobre a alocação de recursos escassos, exemplarmente saúde, educação e segurança? FREITAS FILHOS, Roberto; et.al. Op. cit., 2011, p.106.

constitucionalmente e a apropriação racional coletiva dos recursos orçamentários, sem que houvesse, para tanto, relação de privilégio a qualquer jurisdicionado²¹¹.

Definido o tema, alguns recortes foram necessários. Para ambas as pesquisas, o recorte institucional foi concentrado no Supremo Tribunal Federal, que é o órgão legitimado a harmonizar as interpretações sobre os dispositivos constitucionais, com impacto, portanto, nas demais esferas jurisdicionais (relevância decisória) e no campo teórico (pertinência temática), onde a discussão é recorrente. A escolha do órgão decisor pesquisado é metodologicamente compreendida como o tribunal de hierarquia funcional superior, inserido em um mesmo sistema normativo (o foco está na repercussão da decisão em nível nacional, nesse sentido), e detentor de uma pluralidade interna de decisores (órgão singular e colegiado), a qual, inclusive, será totalmente incluída na pesquisa: a pesquisa engloba tanto acórdãos como decisões monocráticas.

Especificamente, para esta pesquisa²¹², como recorte objetivo, o foco é a investigação do conceito jurídico “direito à saúde” e seus limites semânticos mais ou menos entendidos do texto do art. 196 da CF nas decisões judiciais. Foca-se, simultaneamente, o instituto jurídico²¹³ “prestação do direito à saúde”, isto é, um mecanismo de realização do direito previsto na Constituição, de acesso universal e integral do direito à saúde.

Além desses recortes, ainda nessa fase, foi necessário coletar informação sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal. A pretensão era recolher, então, todas as decisões que o próprio STF indicasse serem relativas aos conceitos e institutos pesquisados, sob o recorte temporal: 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, ao dia 20 de abril de 2009, data em que oficialmente a pesquisa empírica se iniciou. Primeiramente, essas informações das decisões jurídicas, para mapear o campo, foram recolhidas por meio do

²¹¹A propósito, diante desse tema, o grupo concentrou, na ocasião, como ponto de partida da investigação a possibilidade de haver excesso de interferência do Poder Judiciário no Poder Executivo sob a justificativa de que os direitos constitucionais têm força normativa, o que, por sua vez, resultaria em algum grau de irracionalidade de apropriação dos recursos coletivos consubstanciados no orçamento. Claramente, não é exatamente o que se ora investiga, no entanto, é bem forte a conexão entre os temas, servindo, para tanto, de justificativa teórica e empírica para essa pesquisa que ora se segue.

²¹²Na ocasião da pesquisa em grupos, havia muitas preocupações individuais sobre diferentes conceitos-chave, primordialmente, em relação ao direito à educação, direito à saúde e segurança pública. Inicialmente, faziam parte do grupo 15 mestrandos e nem todos possuíam as mesmas categorias de predileção para a pesquisa. Por isso, no primeiro momento havia vários subtemas; por conseguinte, outras tantas palavras-chave, como políticas de cotas e posse e propriedade, faziam parte do projeto. Tais conceitos, aliás, estavam atrelados a uma determinada tipologia proposta sobre políticas públicas: de acesso (por exemplo, cotas), de reconhecimento (conectadas, por exemplo, ao discurso do ódio), e prestacionais (como o direito à saúde). Entretanto, poucos membros deram continuidade à pesquisa, e os conceitos jurídicos foram reduzidos a esses três.

²¹³Instituto jurídico como algo mais genérico que uma definição. Possivelmente, passível de ser compreendido como um *topos* do pensamento jurídico. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008, *passim*.

sistema de busca e pesquisa aberto (internet) do Supremo²¹⁴, oportunidade em que, de fato, provou-se que há possibilidade para esse tipo de trabalho.

Depois, para dar maior legitimidade à pesquisa, fui solicitar pessoalmente, no STF, um documento oficial que deveria atestar que as decisões encontradas no sítio virtual eram aquelas que tratavam sobre os direitos constitucionais pesquisados, no âmbito da compreensão das políticas públicas prestacionais. No entanto, a coordenadora do setor de jurisprudências afirmou que esse tipo de documento não poderia ser emitido, pois a própria Corte não poderia garantir que todas as decisões que tratassem desses direitos sob a compreensão da noção de políticas públicas estariam na relação trazida pelo próprio site. Assim, uma via alternativa foi tentada: a solicitação formal e por escrito, por meio de ofício com pedido de requisição da lista de decisões²¹⁵, junto à Presidência do Tribunal. Pretendia-se, dessa forma, obter informação fidedigna e oficial sobre esses processos. O STF respondeu, via email, e forneceu uma lista de apenas 24 decisões, com as categorias “políticas públicas e saúde”. Todavia, paralelamente, a jurisprudência do STF²¹⁶ foi pesquisada extraoficialmente, no próprio site do tribunal, referente ao tema “direito à saúde”, e as combinações dos conceitos chave sugeridos na solicitação foram ampliadas, a fim de abarcar a maior quantidade de decisões possíveis que contivessem as categorias propostas. O resultado foi um banco de decisões mais geral, mais numeroso e ainda não lapidado.

A segunda fase fixou-se, então, na elaboração de banco de dados a partir do tratamento das informações. O que se percebeu foi que, ao se utilizar a expressão ‘direito à saúde’ tão-somente na base de dados do STF, para busca de decisões, não se tornava viável a pesquisa, pois em grande medida apareciam decisões que não diziam respeito à prestação do direito à saúde, isto é, não tratavam desse direito em torno de uma política pública²¹⁷, mas simplesmente reproduziam trechos de outros artigos constitucionais que nada tinham a ver com o conceito propriamente dito ora investigado, ou apenas citavam acidentalmente o artigo 196 da Constituição e não tocavam no conceito pesquisado. Isso porque se pôde constatar que a norma constitucional referente à proteção do direito à saúde foi aplicada em casos de

²¹⁴Qual seja: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>

²¹⁵Os membros do grupo definiram os seguintes termos a serem utilizados na pesquisa pelo STF: políticas públicas, política pública, direitos sociais, direito social, reserva do possível, mínimo existencial, ações afirmativas, ação afirmativa, cotas, direito à saúde, direito à educação, segurança pública, fundeb, fundef, plano nacional de educação, discriminação + racismo + negro, discriminação + racismo + judeu, discriminação + homossexual + homofobia, ações afirmativas, prestações positivas, deficientes, portadores de necessidades especiais, cotas.

²¹⁶Desse modo, não se trabalhou, na pesquisa, com os aspectos completos de cada caso (aqui, entendido como uma relação processual ou processo, cujos elementos funcionais são: uma parte autora, que requer provimento jurídico ao órgão judicial e que envolve a esfera jurídica do réu), mas apenas com a decisão, ato final, do STF.

²¹⁷

diversos ramos do Direito, como direito administrativo, direito penal, direito trabalhista e direito militar.

Então, foi elaborada uma tabela, de autoria coletiva, que visava organizar os dados a partir das palavras-chaves mais utilizadas, pelos ministros, nos argumentos da decisão, a fim de verificar se a decisão, de fato, tratava do direito à saúde enquanto política pública. O trabalho empírico foi, então, dividido e realizado pelo subgrupo de pesquisa²¹⁸, que passou a fazer a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Os parâmetros de pesquisa eletrônica (no site do STF) foram mais refinados. E, como critérios justificados de relevância, para saber exatamente o que o STF quer dizer ao decidir sobre o direito à saúde, foram utilizados os termos: “política pública e saúde”, “reserva do possível e saúde”, “mínimo existencial e saúde”, “SUS”, “medicamento”, “tratamento médico”, e “direitos sociais e saúde”. Convém ressaltar que a escolha dessas categorias foi feita em consonância com todo o aporte teórico analisado ainda na primeira fase, ou seja, utilizamos aquelas expressões mais reiteradas no campo para tratar sobre o tema. Dessa maneira, chegamos ao todo a um universo de 1866 decisões sobre o direito à saúde. Nesse contexto, utilizamos na pesquisa essa última base de dados, que nos pareceu mais completa do que aquela fornecida pelo Supremo.

A tabela que resultou dessa segunda fase, portanto, foi construída para revelar o conjunto de casos que se adequavam ao objetivo da investigação. Como dito anteriormente, o critério de seleção das decisões nessa fase foi se essas decisões judiciais sobre direito à saúde consideravam a existência das políticas públicas. Isso, porque, em regra, as decisões sobre políticas públicas lidam com recursos coletivos escassos, e, para tanto, devem levar em consideração as consequências econômicas, políticas, sociais e orçamentárias. Nesse sentido, notou-se que seria relevante averiguar quais decisões do STF que versem sobre o direito à saúde também consideram as políticas públicas, ou pelo menos sua noção, como variável determinante, uma vez que decisões que determinem a apropriação inconsequente dos recursos podem ser incoerentes e são irracionais dos pontos de vista jurídico, político e econômico. Afinal, muito embora o conflito apareça, em geral, na forma individual, os efeitos

²¹⁸Na ocasião, juntamente comigo, coletaram e analisaram as decisões sobre direito à saúde Roberto Freitas Filho, Daiane Nogueira de Lira e Roberta Negrão. Para a pesquisa que ora se realiza aqui, utilizo os dados e essa tabela que foi construída nessa fase da pesquisa coletiva. Faço apenas a ressalva de que, muito embora nós quatro tenhamos completado juntos a referida tabela, o formato que apresento aqui e os gráficos correspondentes, por outro lado, foram feitos individualmente e voltados exclusivamente para o problema aqui tencionado. Aproveito para agradecer a eles pela ajuda e o conhecimento compartilhado para a realização da pesquisa.

das decisões serão, em grande medida, coletivos, o que supõe considerações de ordem distributiva, intimamente ligadas a políticas públicas prestacionais.

Para a composição da tabela, o tratamento dos dados foi feito mediante a eleição de critérios como “classe da ação”²¹⁹, “número da ação”, “data de julgamento”²²⁰, “minimamente”²²¹, “palavra-chave”²²², “relator”, e se “trata de política pública”, porque se apresentaram relevantes durante o levantamento dos dados. É mister ressaltar que alguns processos – apesar de na origem versarem sobre um conflito de direito à saúde, ou reforçarem a jurisprudência que trata do conteúdo do artigo 196 e a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos ilegais ou abusivos – tratavam, no STF, apenas de questões processuais, como reexame de provas, ou o fato de a matéria alegada ser infraconstitucional, ou por tratar tão-somente de admissibilidade de Recurso Extraordinário como repercussão geral. Logo, em regra, as decisões desses recursos não versavam, portanto, do mérito, e por isso tiveram que ser excluídas.

Ademais, com algumas daquelas categorias selecionadas para a pesquisa eletrônica, ocorreu de muitos casos aparecerem em duplicidade, de modo que as réplicas também foram descartadas. Assim, a totalidade das decisões diminuiu para 1017 (100%). Conforme o Gráfico I, abaixo, entre elas: 781 (77%) decisões não tratavam do direito à saúde enquanto uma prestação de serviço e recursos públicos, como uma política pública, e 239 (23%) decisões, por sua vez, compunham o objeto de pesquisa almejado e que servirá para as próximas fases da MAD.

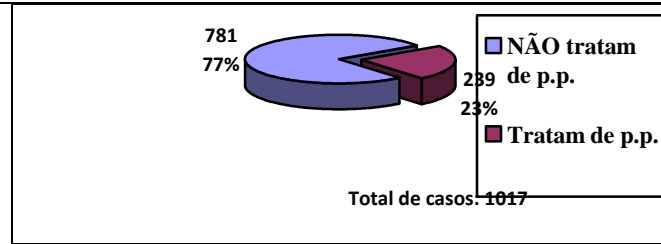
²¹⁹ Assim como foram considerados todos os tipos de decisão do STF que versavam, é claro, sobre direito à saúde (acórdãos, decisões monocráticas, decisões da presidência, súmulas, súmulas vinculantes, questão de ordem e decisão de repercussão geral), todos os tipos de ação que apareceram na pesquisa exploratória foram lidos e classificados. Entre os mais recorrentes estavam: Suspensão de Segurança (SS), Suspensão de Tutela Antecipada (STA), Suspensão de Liminar (SL), Reclamação, Recurso Extraordinário (RE), Habeas Corpus (HC), Mandado de Segurança (MS), Arguição de Preceito Fundamental (ADPF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Agravo de Instrumento (AI), Embargos Declaratórios (ED), Agravo Regimental (AgR), Medida Cautelar (MC), Pedido de Extradicação (Extr) e de Reconsideração, e outros recursos.

²²⁰ A data de julgamento foi definida como parâmetro, pois se a referência fosse a data da publicação poderia ocorrer de algumas decisões proferidas durante o marco temporal da pesquisa não estarem contempladas entre os dados, pela falta de publicação oficial. Observo que ainda assim pode ter ocorrido de algumas decisões, cujas datas de julgamento correspondem ao marco temporal da pesquisa, não terem sido analisadas pela falta de acesso, de maneira que o conjunto de decisões analisadas aqui foi aquele disponível na ocasião, pelo *site* do STF.

²²¹ É sabido que, em geral, as decisões possuem como parte componente uma Ementa. No entanto, não era intenção reproduzir esse dispositivo dos acórdãos e decisões monocráticas, pois o que se percebeu foi que nem sempre elas revelam os reais motivos e objetos em jogo na lide. Por isso, os próprios pesquisadores (eu e os demais que construíram, nessa primeira e segunda fase, a tabela em questão) liam as decisões na íntegra e faziam uma ementa reduzida e focada no assunto da decisão.

²²² As palavras-chave sintetizam e categorizam a natureza das lides, que será abordada na próxima tabela (II).

Gráfico I
Decisões do STF sobre o direito à saúde enquanto política pública



O Gráfico I resume o que a tabela, dessa fase de quantificação dos casos do MAD, esclareceu: mais da metade das decisões do STF que constam em seu bojo as expressões delimitadas em torno do direito à saúde, e que aparecem na pesquisa exploratória no site institucional, não tratam, em verdade, do conceito de direito à saúde²²³. Ou seja, em geral, pela base de dados institucional, disponível e pública, do STF, e pela própria resposta ao ofício protocolado, o que se pode perceber é que a Corte não faz distinção entre as decisões sobre direito à saúde que envolvem políticas públicas e aquelas que não o fazem. Conseqüentemente, também não parece haver uma distinção de tratamento para decisões que demandam e envolvam decisões políticas. E, mesmo que o número de decisões que tratem diretamente do conceito de direito à saúde não seja preponderante em relação àquelas que não o fazem, o número é significativo, uma vez que a cada dez processos judiciais que carreguem em seu bojo a expressão “direito à saúde”, dois tratam efetivamente do seu conceito e determinam, ou não, uma prestação pública, com impacto, direto ou indireto, no erário.

Os conhecimentos adquiridos na primeira fase da metodologia aplicada foram essenciais para saber se as decisões realmente tratavam de política pública de saúde ou não, mesmo quando os ministros do STF utilizavam elementos argumentativos que, *a priori*, indicavam que sim. Entre os recortes que se convencionou fazer, como aqueles casos que não tratam especificamente sobre o direito à saúde, estavam, entre outros:

- Consumo de drogas por militar e demais crimes militares;
- Abastecimento de água: Projeto de Integração do Rio São Francisco;
- Questões tributárias: ICMS, IPTU, TMRI, TCL, COFINS, contribuição social, etc;
- Contrato de plano de saúde com instituição privada e as relações de consumo;
- Interrupção de gravidez de feto anencéfalo, pois, ainda que trate *en passant* da questão do direito à saúde, está preocupado com outras temas, como o aborto;

²²³ A forma de indexação do site do STF aparenta ser fortemente insuficiente para a necessidade desse tipo de pesquisa sistemática.

- Pedido de retirada da inscrição de Estados e Municípios de alguns cadastros restritivos, como dívida ativa, CADIN, CAUC e SIAFI, seja alegando restrição dos repasses financeiros, prejuízo às políticas de saúde, ou impossibilidade de empréstimo com o BID;

- SUS-URV: decisões que versem sobre os valores das tabelas de serviço do SUS em razão da conversão em real (URV);

- Benefício previdenciário e pedidos com base na LOAS;

- Gratificação, afastamento compulsório e contratação do servidor público;

- Crime praticado por médico credenciado ao SUS, crime de venda ilegal de medicamentos não registrados na ANVISA e crime por desvio de dinheiro público por governador;

- Legitimidade do Ministério Público para ajuizar ações individuais.

- Tratamento clínico no sistema prisional, com relaxamento ou não de prisão, ou possibilidade de contratação de hospital particular às próprias expensas do condenado²²⁴; etc.

Esses são alguns dos casos que claramente, uns mais do que outros, não trataram especificamente sobre o artigo 196 da Constituição Federal, tal qual é analisado aqui. Por outro lado, esse primeiro recorte temático demonstrado no Gráfico I, que expressa se os temas tratados pelo STF estão sob a expressão “políticas públicas”, também gerou outro conjunto de decisões, qual seja: aqueles que utilizam a expressão “direito à saúde” e que tratam efetivamente do artigo constitucional. Dentro desse último grupo, outros temas apareceram e demonstraram, por sua vez, quais os tipos de demandas eram mais recorrentes dentre aquelas 239 decisões. Entre os temas que compunham esse grupo de decisões, estavam, por exemplo:

- Fornecimento de medicamentos (nacionais e importados), leite especial, fraldas, suplementos alimentares, vitaminas, hormônios, e material médico;

- Fornecimento de próteses (dentária, ocular e auditiva);

- Fornecimento de exames de diagnóstico;

- Ressarcimento ao SUS pelos planos de saúde;

- Bloqueio de verbas públicas para cumprimento de decisões, combinadas com outros assuntos, tal qual fornecimento de medicamento e realização de tratamento;

- Tratamento médico e odontológico, combinado com pedido de fornecimento de medicamentos;

²²⁴É claro que essa questão está intimamente ligada à política pública de segurança pública. No entanto, é possível que ela possa, em alguma medida, configurar uma questão de política pública de saúde. Algumas considerações podem ser interessantes para o tema: há algum preconceito, ainda que velado, em relação a quem pede o tratamento médico ou medicamento?

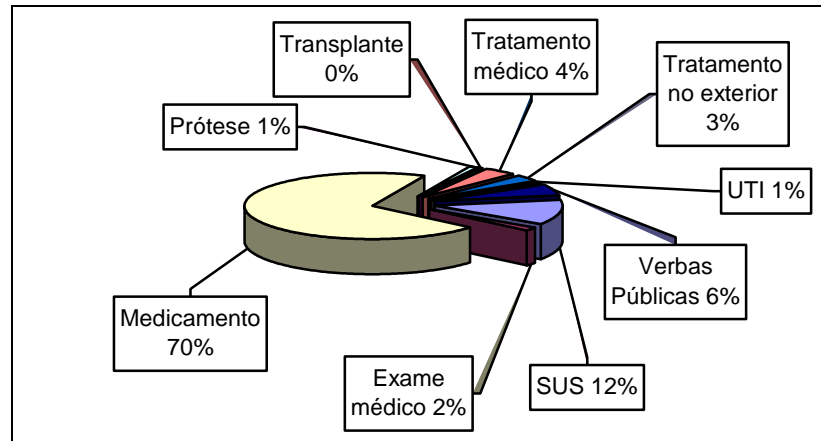
- Tratamento médico no exterior, também com pedido cumulado de custeio de deslocamento e estadia, entre eles uma cirurgia na NASA;
- Internação em UTI;
- Troca de medicamentos: remessa de remédios para Cuba;
- Legitimidade de intervenção do Judiciário em tema de políticas públicas;
- Condenação de senador a doar medicamentos para a Fundação Santa Casa;
- Lei estadual que regula obrigações relativas a serviços de assistência médico-hospitalares regidos por contratos de natureza privada, universalizando a cobertura de doenças.

De maneira geral, as decisões analisadas apresentam temas comuns apontados pelos julgadores, como se pode perceber. Para sistematizar, agrupei tais temas em categorias conforme a natureza das lides. É importante observar que não trabalhei com alguns temas (como os três últimos acima apontados) por serem residuais e/ou casuísticos. Assim, resumi em nove tipos as demandas que são ajuizadas dentro desse registro de decisões sobre o direito prestacional pesquisado. Como resultado, outra tabela foi gerada, dessa vez, apenas com as decisões que efetivamente tratam dos casos que discutem, em maior ou menor grau, o conceito de direito à saúde, e têm como pleito uma prestação pública. Nesse contexto, para resumir e apurar os dados, o Gráfico II foi gerado.

Gráfico II

Natureza dos conflitos sobre o direito à saúde

OBJETO DA DISPUTA	CASOS	%
Medicamentos	166	70,04%
SUS	30	12,65%
Verbas Públicas	14	5,90%
Tratamento médico	10	4,21%
Tratamento no exterior	8	3,37%
Exame médico	4	1,69%
Prótese (ocular, dentária, auditiva)	3	1,26%
Internação em UTI	2	0,84%
Transplante	1	0,42%
Total	237	100%



Nesse gráfico II, os agrupamentos foram feitos pela própria natureza das demandas. Em primeiro plano, agrupei na categoria “medicamentos” casos que requerem algum tipo de bem público, como remédios (entre eles: Viagra e Interferon)²²⁵, fraldas, leite especial, e suplemento alimentar, e isso porque, pela natureza, tais prestações geram um mesmo tipo de obrigação de fazer ao Estado. Aliás, o resultado desse gráfico é que o tema que denominei “medicamentos”, que requer recursos diretos e concretos, representa a maior parte das demandas.

Em segundo plano, coloquei sob a denominação “SUS” todos os pleitos que versavam sobre ressarcimento ao SUS pelos planos de saúde privados, por conta do financiamento da rede pública²²⁶, e contratação de serviço hospitalar privado sem licitação, os quais têm impacto diferenciado nas verbas da saúde pública. Em terceiro, na categoria “verbas públicas”, ficaram englobadas as lides que tratavam de: bloqueio de verbas públicas para garantir serviços e bens; alocação de recursos financeiros para hospital; requisição de melhorias a hospital municipal; sequestro de verbas públicas municipais em razão do não pagamento de precatório; e requisição de bens e serviços, em casos que a União decreta calamidade no SUS local.

²²⁵Há uma distinção entre os tipos de remédios: a) de assistência, voltados para assistência básica; b) de estratégia, para programas endêmicos; c) excepcionais, ou medicamentos de alto custo que, em regra, não estão previstos na lista de distribuição. Entretanto, neste momento da pesquisa, não é uma distinção relevante, já que o que interessa nessa categoria é a natureza do processo de *per se*.

²²⁶“O atual modelo de ressarcimento [ao SUS] é restrito aos casos de internação e atendimentos de urgência e emergência dos beneficiários dos planos de saúde na rede pública e conveniada. A legislação estabelece que devem ser ressarcidos pelas operadoras, em valores superiores aos pagos pelo SUS, os procedimentos com cobertura prevista nos contratos dos usuários. (...) [Aliás, interessante que] há casos em que o médico prefere registrar o procedimento realizado para clientes dos planos de saúde como atendimento a ser cobrado no âmbito do SUS. Isso porque alguns procedimentos da tabela do SUS têm maiores valores de remuneração, se comparados às tabelas das operadoras. A ANS não divulga quanto exatamente o SUS já deixou de receber diretamente dos planos”. SCHEFFER, Mario; e BAHIA, Lígia. Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação. In: HEIMANN, Luiza Sterman, et. al. (org). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: HUCITEC, 2005, p. 153.

Em seguida, resolvi fazer a distinção entre tratamento médico e tratamento no exterior, porque, apesar de ambos afetarem a política pública de saúde de forma similar, eles possuem particularidades. O primeiro representa os pedidos de cirurgia e tratamentos hospitalares de vários tipos, e, muitas vezes estão associados cumulativamente com requerimentos de distribuição de medicamentos. O segundo abarca desde pleitos que requerem ressarcimento de valores gastos em tratamento médico no exterior, até pedidos por fornecimento de recursos para cirurgia na NASA, com custeio de despesas do tratamento, passagens aéreas e estadia.

Por fim, as categorias “exame médico”, “transplante”, “internação em UTI” e “próteses”, muito embora pudessem tranquilamente ser realocados para categorias mais gerais como tratamento médico, SUS ou medicamentos, preferi individualizá-las para retratar com maior precisão esses temas que são frequentemente utilizados como exemplos significativos nos debates jurídicos.

Em outra perspectiva, no que tange o controle das decisões diante dos decisores envolvidos, isto é, dos ministros do STF enquanto grupo de poder, alguns dados também sobressaem. Julguei, assim, interessante, até para revelar a extensão dos dados empíricos, classificar a quantidade de decisões que são julgadas individualmente pelos ministros e aquelas que são decididas coletivamente por eles.

Gráfico II

Quantidade e tipos de decisões sobre o direito à saúde no STF

TIPO DE DECISÃO (por decisor)	QUANTIDADE DE CASOS JULGADOS	%
COLETIVA:	19	8%
Pleno	2	0,84%
1ª Turma	4	1,68%
2ª Turma	13	5%
INDIVIDUAL	218	92%
Ministro Carlos Velloso	8	3,37%
Ministra Cármen Lúcia	17	7,17%
Ministro Celso de Mello	32	13,50%
Ministro Cezar Peluso	17	7,17%
Ministra Ellen Gracie	38	16,03%
Ministro Eros Grau	6	2,53%
Ministro Gilmar Mendes	28	11,81%
Ministro Joaquim Barbosa	7	2,95%
Ministro Marco Aurélio	15	6,33%

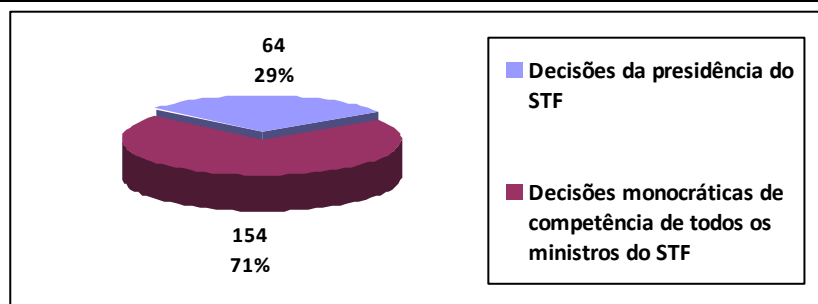
Ministro Maurício Côrrea	7	2,95%
Ministro Nelson Jobim	17	7,17%
Ministro Sepúlveda Pertence	14	5,91%
Outros	12	5,06%
TOTAL	237	100%

Como se pode notar, as decisões tomadas em colegiado, seja nas turmas e no pleno, são minoria diante daquelas decisões judiciais formuladas individualmente por cada ministro, seja enquanto relatores ou na qualidade periódica de presidente da Corte. Observo que na tabela coloquei como ‘outros’ os ministros: Ayres Britto, Carlos Menezes Direito, Neri da Silveira, Luiz Gallotti, Ricardo Lewandowski, e Sydey Sanches, os quais individualmente produziram poucos votos sobre a matéria, cada um. Logo, compreendi que a atuação deles, nesse caso, era mais reduzida. Diferentemente, portanto, de ministros como Ellen Gracie, Celso de Mello e Gilmar Mendes, que detêm a maior quantia de decisões individuais sobre o direito à saúde. Aliás, o fato de eles terem sido presidentes da Corte, em alguma medida, pode gerar consequências, principalmente, na compreensão da composição do STF como elemento do processo decisório de poder. Diante disso, quantifiquei as decisões analisadas pelos tipos de decisões individuais.

Gráfico III

Tipos de decisões individuais do STF sobre o direito à saúde

DECISÕES INDIVIDUAIS	QUANTIDADE	%
- Decisões de competência específica da presidência da Corte (SS, SL, STA)	64	29,36%
- Decisões monocráticas de competência geral para todos os ministros (RE, AI, ED, AgR, AC, MC, ADI, Inq, Rcl)	154	70,64%
Total	218	100%



Pelo gráfico acima (IV), o que se percebe é que, aproximadamente, a cada dez processos com pleito sobre direito à saúde, três foram concentrados e julgados pela presidência do STF, no período. Essas decisões individuais que são de competência específica

da presidência julgar (SS, SL, e STA)²²⁷ acabam consubstanciando determinados critérios para sedimentar a posição da Corte, e, no entanto, garantir a possibilidade de o tribunal rever seus parâmetros com maior mobilidade. Falar sobre a posição do tribunal, para tais situações, é falar sobre a própria posição do presidente. O problema, nesse ponto, é o da estabilização de expectativas do tribunal, porque caso se altere o presidente do STF, a tendência das decisões também muda, uma vez que não foram parametrizados de forma colegiada. Logo, as decisões que deveriam se pretender perenes e duráveis tornam-se mais e mais instáveis²²⁸, e aquilo que deveria ser decidido no coletivo (no plenário, por exemplo) é decidido individualmente, o que é importante sinalizar por conta da quantidade e qualidade das decisões. Esse ponto será ainda mais relevante na análise da STA nº175, feita no próximo capítulo, e no ponto final deste.

Assim, se no primeiro capítulo tratou-se da questão teórica pertinente ao assunto do direito à saúde, e, nessas duas primeiras fases, apresentou-se o resumo das decisões, a fim de delimitar melhor a questão, até mesmo para revelar o viés prático da pesquisa, procurar-se-á identificar, agora nessas próximas fases da MAD, o sentido da prática decisória a partir da narrativa de justificação das decisões. Aliás, consciente de que o enfoque original da metodologia em questão requer que ela seja operada por uma teoria lógico-formal da linguagem, será exposta a seguir a teoria da linguagem escolhida como fornecedora do instrumental necessário para se chegar à quarta fase.

²²⁷Conforme o art. 4º da Lei nº 8437/92: “Art. 4º **Compete ao presidente do tribunal**, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, **suspender**, em despacho fundamentado, **a execução da liminar** nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”. (grifo nosso). E a Súmula nº 696 do STF, de 2003, e o artigo 297 do Regimento Interno do STF. Muito embora esses artigos não falem expressamente de sua aplicação à Suspensão de Tutela Antecipada (STA) e da Suspensão de Segurança (SS), assim como é feito com a Suspensão de Liminar (SL), o entendimento que vigora é o de que a tais recursos são extensivos essas regras. Ademais, a questão que o julgador deve analisar, nessas ações, é se houve, ou não, lesão à ordem, à economia e à saúde pública. A princípio, não tocaria especificamente no mérito do fornecimento de medicamentos, mas para julgar a demanda, os ministros-presidentes acabam fazendo-o.

²²⁸ Esse é um nível de discussão, na qual as decisões que envolvem políticas públicas são matizadas por uma questão não só dogmática, de cunho processual, mas política (não partidária). Nesse argumento apresentado, a dimensão política também tangencia a questão de quem é o decisor. Apesar de não ser o foco dessa pesquisa, faço nota de que há um campo de estudo que se concentra nos na influência das características e projeto pessoal daqueles atores responsáveis por harmonizar a jurisprudência. No meu caso, apenas quis demonstrar sob dados empíricos que podem ser interessantes inclusive para outras pesquisas, que há possibilidade de concentração de poder nos julgadores, e como um ministro pode, em alguma medida, consciente ou não, direcionar a compreensão e aplicação das regras perante uma política pública prestacional, direcionando-a, em especial, naquelas *uti singuli* prestacionais, como as decisões da Presidência do STF sobre STA, SS e SL que versam sobre o direito à saúde. Não há prejuízo de fazer a mesma análise aos outros tipos de processo que são decididos individualmente pelos mesmos ministros sobre matéria semelhante.

2.3. O instrumento analítico: a escolha da teoria da linguagem para análise das decisões: 3ª etapa da MAD.

Nessa fase da metodologia, o foco é a formação da elaboração do argumento tendo em vista os problemas e a hipótese apresentada, isso considerando ser possível a construção de critérios para subsidiar processos decisórios no âmbito do Poder Judiciário. É dizer que, como condição para a próxima fase, o grau de variabilidade conceitual e a verificação de possíveis erros lógicos decorrentes de fundamentos e interpretações utilizados nas decisões do STF só poderão ser revelados com um parâmetro de análise. Nessa fase da metodologia, portanto, é definida e explicitada, como critério de análise, a coerência conceitual das decisões, tendo como conceitos chave aqueles parametrizados pela doutrina especializada, no primeiro capítulo, assim como pelo uso dos termos nas próprias decisões.

Conceitualmente, a linguagem²²⁹ funciona como instrumento mediador das relações sociais, representa o pensamento²³⁰ e, em alguma medida, é constitutiva da realidade²³¹. Especificamente, o campo jurídico tem como instrumento basilar de trabalho a linguagem, esta enquanto língua, ou seja, como conjunto de probabilidades linguísticas à disposição do usuário, mas também, como discurso — pensamento organizado à luz das operações do raciocínio, com estruturas preestabelecidas, ou não. Nesse contexto, pressupõe-se que, no Direito, o instrumento vital de comunicação não pode enfrentar à solta o problema da diversidade argumentativa de seus juristas, porque ele é um saber complexo que disciplina a conduta das pessoas, e, portanto, quanto mais se demanda e predica critérios objetivos, mais claras serão as normas.²³²

Nesse sentido, é importante observar um pouco mais o ramo da filosofia que se dedica ao estudo da linguagem, e isso como pré-requisito para se entender qual corte teórico será utilizado na pesquisa. A teoria da linguagem é composta das várias correntes filosóficas

²²⁹“A linguagem é um sistema de signos ou sinais usados para indicar coisas, para a comunicação entre pessoas e para a expressão de ideias, valores e sentimentos. Embora tão simples, essa definição de linguagem esconde problemas complicados com os quais os filósofos têm-se ocupado desde há muito tempo. (...) A definição nos diz, portanto, que a linguagem é um sistema de sinais com função indicativa, comunicativa, expressiva e conotativa”. CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2009, p. 151.

²³⁰“Escrevendo sobre a teoria da linguagem, o linguista Hjelmslev afirma que “a linguagem é inseparável do homem, segue-o em todos os seus atos, sendo “o instrumento graças o qual o homem modela seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças o qual ele influencia e é influenciado, a base mais profunda da sociedade humana”. CHAUI, Marilena. Op. cit., 2009, p. 148.

²³¹“Numa palavra, não existe mundo totalmente independente da linguagem, ou seja, não existe mundo que não seja exprimível na linguagem. A linguagem é o espaço de expressividade do mundo, a instância de articulação de sua inteligibilidade”. OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loylo, 2006, p.13.

²³²DAMIÃO, Regina Toledo; e HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico**. 9 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004, p.28.

que estão preocupadas com a linguagem, e cujo objeto é a capacidade de expressar significados, sentidos compartilhados, pois problematiza, em determinado nível, a própria capacidade humana de construir sentido, que é o que conecta as pessoas umas às outras. Em linhas gerais, a teoria da linguagem teve viradas na sua própria compreensão e no seu procedimento, é o que Manfredo Oliveira chama em seu livro de “reviravolta linguístico-pragmática”. Em um momento inicial, concentrava-se na consideração da sintaxe e da semântica da linguagem²³³, e preparou terreno para um movimento mais radical da reviravolta em questão, em outro momento, a pragmática²³⁴. Para este trabalho, se utilizará, como preocupação em torno da linguagem, a semântica²³⁵, uma vez que esta se concentra no significado das palavras (isto é, em definir a inteligibilidade do conceito léxico) e na verdade das sentenças em que tais palavras estão incluídas, ou seja, o modo de relação entre os signos linguísticos com os objetos que designam²³⁶.

O fato é que a teoria da linguagem, entre as formas de se utilizar a linguagem, pode estar preocupada, entre outros, com a determinação de conteúdo aos signos linguísticos – como é caso das teorias descritivistas e substancialistas –, ou com os requisitos formais que são essenciais para a formação do juízo moral – como se pode ver nas teorias procedimentais e analíticas²³⁷.

Em síntese, as teorias da linguagem descritivistas e as substancialistas se preocupam com o conteúdo correto das palavras. A primeira toma a linguagem como descrição da realidade, mas não como uma construção de sentido, ou seja, a linguagem apenas descreve um sentido objetivo do juízo – é o caso da teoria platônica da linguagem²³⁸. A segunda, está

²³³“Segundo a definição tradicional encontrada em Morris e em Carnap, a sintaxe examina a relação entre os signos [(isto é, entre as palavras, agrupadamente consideradas para a composição de uma proposição)]; a semântica estuda a relação dos signos com os objetos a que se referem [(ou seja, se preocupa com o sentido que as palavras têm)]; e a pragmática diz respeito à relação dos signos com seus usuários e como estes os interpretam e os empregam [(o foco está nos efeitos que o proferimento linguístico gera, no impacto prático na realidade)]. Essa distinção e a definição de cada uma dessas áreas tiveram uma grande influência no desenvolvimento dos estudos sobre a linguagem no pensamento contemporâneo, não só na filosofia, mas também na linguística e na teoria da comunicação”. MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea**. Filosofia passo-a-passo. v. 59. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005, p. 8.

²³⁴OLIVEIRA, Manfredo. Op. cit., 2006, p.14.

²³⁵É sabido que a semântica busca a relação entre significante e significado, e que, para tanto, algumas correntes teóricas passaram a estudar essa relação da palavra com o mundo, entre elas: o essencialismo (a palavra, a partir da qualidade essencial do objeto) e o convencionalismo (arbítrio cultural; denomina por convenção). No entanto, não é o foco a distinção entre essas doutrinas, mas apenas evidenciar que uma preocupação da semântica é com a constituição de significado, podendo ter como solução básica o recurso da lógica. MARCONDES, Danilo. **Filosofia Analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 14.

²³⁶MARCONDES, Danilo. Op. cit., v. 59, 2005, p. 9.

²³⁷Essa nomenclatura, apesar de comum no campo da filosofia, é utilizada conforme entendimento e conversa com Roberto Freitas Filho, o qual, inclusive, inspirou a síntese e descrição de cada teoria.

²³⁸Ressalte-se que: “a teoria platônica da linguagem afirma a correspondência fundamental entre linguagem e ser. (...) Os nomes distinguem coisas, separam essências. (...) A adequação se mede de acordo com a sua capacidade, enquanto estrutura linguística, de corresponder à estrutura ontológica. Essa é a tese central de uma

iminentemente preocupada com a correção do conteúdo das palavras. Para tanto, propõe como correto determinado discurso de conteúdo moral – um exemplo, é a teoria de John Finnis, que problematiza qual seria o mínimo ético do direito²³⁹, ou os estudos em torno da dignidade humana, uma vez que são ontológicos (preocupados com o que é e qual o seu conceito, considerada a palavra enquanto valor).

Por outro lado, teorias de linguagem procedimentais e analíticas, diferentemente das anteriores, estão interessadas nas condições do discurso, não em predicar um conteúdo. Para as teorias descritivistas, é o procedimento que garante a correção do argumento. Na verdade, o foco, para eles, é que a linguagem não seria controlada pelo seu conteúdo, mas pelo corpo social e na capacidade crítica do indivíduo natural (onde quer que ele esteja). Assim, o importante seria a possibilidade de a sociedade se organizar para o diálogo – é, portanto, uma teoria claramente vinculada à de Habermas. Todavia, para as teorias analíticas, a preocupação está nas condições lógicas do discurso produzido em torno de um juízo moral. Cumpre evidenciar que essa teoria não está preocupada com a correção do discurso e com a proposição de um conteúdo para as categorias. Essa última teoria é que foi escolhida para se utilizar como instrumento teórico na MAD, uma vez que ela é absolutamente compatível nas preocupações em torno da linguagem que ora se visa abordar na análise das decisões judiciais.

A teoria analítica, em geral, retoma a teoria aristotélica clássica²⁴⁰. Aristóteles chamava de analítica a lógica propriamente dita²⁴¹. A lógica, para ele, é um instrumento para a investigação dos argumentos, ou seja, um veículo para o exercício do pensamento e da linguagem, o qual oferece, além do mais, meios para realizar o conhecimento e o discurso. Entre esses meios estão procedimentos que devem ser empregados naqueles raciocínios que

semântica realista (se é que podemos falar assim): a da correspondência entre estruturas gramaticais e estruturas ontológicas”. OLIVEIRA, Manfredo. Op. cit., 2006, p.20. Crátilo (nas palavras de Hermógenes) sustenta que “cada um dos seres tem um nome correcto que lhe pertence por natureza, e que não é nome aquilo a que alguns chamam nome, acordando em chamar-lhe assim, e enunciando uma parcela da sua voz, mas que pertence aos nomes uma certa correcção, que é a mesma para todos sejam, Gregos ou bárbaros”, enquanto Hermógenes trata essa mesma correcção como uma convenção e um acordo, de modo que o nome que alguém puser a uma coisa, esse será o nome correto. PLATÃO. **Crátilo**. Trad. Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 43/44.

²³⁹FINNIS, John. **Ley natural y derechos naturales**. Trad. Cristóbal Orrego. Buenos Aires: Abeldo-Perrot, 2000, p.37-57.

²⁴⁰ A propósito, “a linguagem, para Aristóteles, não é imagem reprodução do real, mas seu símbolo. Partindo daí, pode-se dizer que a linguagem não manifesta o real, mas o significa, isto é, ela não é um instrumento natural da designação, mas apenas convencional”. Nesse sentido, “toda reflexão é sempre reflexão mediada linguisticamente”. P. 28, 29

²⁴¹“A palavra lógica [apenas] será empregada, séculos mais tarde, no período helenístico, pelos filósofos estoicos e por Alexandre de Afrodísia”. CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2009, p. 107. “A palavra empregada por *analíticos*, *analytikós*, do verbo *analýo*, que significa: desfazer uma trama, desembaraçar fios, desembaraçar-se de laços, dissolver para encontrar elementos, examinar em detalhe e no pormenor, remontar às causas ou às condições”. _____. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2002, p . 357.

podem deter um conhecimento universal e necessário, de modo que o pressuposto dessa lógica não são opiniões contrárias, mas princípios, regras e leis necessários e universais do pensamento²⁴², que permitem afirmar se certa conclusão de um argumento é verdadeira ou falsa logicamente (isto é, preocupa-se com o procedimento que conduz a determinar as premissas que levaram à conclusão).

Entre os procedimentos mediatos do pensamento está o silogismo²⁴³ a partir do qual, por meio de um raciocínio dedutivo²⁴⁴, um argumento é formado por proposições encadeadas que de maneira fundamentada levam a uma conclusão. Desse modo, um silogismo é constituído por três proposições: a primeira chamada de premissa maior, a segunda, de premissa menor e a terceira, de conclusão. A conclusão, que é sempre uma proposição verdadeira, é retirada das premissas pela mediação de um termo médio, que deve aparecer nas duas premissas, e o qual, por sua vez, garante a possibilidade do silogismo e vincula as premissas uma à outra. Assim, “um argumento bem construído pressupõe a apresentação de *razões suficientes* que deem suporte à conclusão. Em um argumento mal construído as premissas não são razões suficientes para garantir a conclusão”²⁴⁵.

Posta assim a questão, é preciso ressaltar que a linguagem própria do Direito materializa-se em seu uso prescritivo, ou seja, o emissor tenta dirigir ou interferir no comportamento do receptor em determinada situação, no intuito claro de induzi-lo a portar-se de maneira específica, tanto que a forma básica do discurso jurídico é a ordem²⁴⁶. O problema está, então, na dificuldade do processo interpretativo e aplicativo a um tipo de linguagem e texto prescritivo: a normas abertas de sentido, ou seja, aquelas que demandam um esforço hermenêutico adicional em relação àquelas que versam sobre conduta específica e que possuem palavras descritivas em seu bojo (normas fechadas)²⁴⁷. A questão, como aponta Freitas Filho, é que, muito embora não haja possibilidade de controle absoluto sobre o

²⁴² CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. São Paulo: Ática, 2009, p. 107.

²⁴³Silogismo é, afinal, “um argumento no qual certas coisas, tendo sido supostas (como verdadeiras), alguma coisa diferente resulta da necessidade de sua verdade, sem ser necessário recorrer a algum termo exterior que a verifique. CHAUI, Marilena. Op. cit., 2002, p. 368. ARISTÓTELES. **Órganon: Analíticos Anteriores – Livro I**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2005, p. 112.

²⁴⁴“Dedução é o movimento que o pensamento realiza indo de uma afirmação universal verdadeira (ou de uma negação universal verdadeira) para os casos particulares que dela dependem”. ²⁴⁴ CHAUI, Marilena. Op. cit., 2002, p. 368.

²⁴⁵“Há frases verdadeiras. - *Paris é a capital da França*. Há frases falsas - *A Terra é achatada*. Há frases não apreciáveis - *Que horas são?* Há frases que dependem do contexto para serem apreciadas - *O carro é bonito*”. FREITAS FILHO, Roberto. **Políticas públicas e discriminação**. Texto no prelo.

²⁴⁶NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007, p. 64-65.

²⁴⁷FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2009, p. 309.

resultado do processo de interpretação e aplicação das normas, não necessariamente isso significa que ele seja irracional²⁴⁸.

Na prática, é possível que, no âmbito do ordenamento jurídico, possa haver decisões judiciais aparentemente com fundamentações coerentes com a ordem posta, sem que, entretanto, efetivamente assim se dê. Logo, ainda que não se possa fazer um controle do conteúdo substantivo das decisões jurídicas — ou seja, não se possa julgar uma opinião individual, faz-se necessária a apreciação do discurso daquele que julga (e, ao julgar, determina como agir) em seu aspecto formal, de modo a, por conseguinte, identificar possíveis inconsistências no exercício da competência judicante.

Até aqui, todo esse esforço teórico serviu para contextualizar a escolha do instrumento teórico para a MAD, que tem como pressuposto de investigação das decisões do STF o ponto de vista da lógica. O marco teórico que será utilizado, portanto, é a teoria da linguagem de Richard M. Hare, para quem é possível haver a avaliação de decisões judiciais com base na lógica da linguagem moral, a qual tem o condão de fornecer as regras da argumentação²⁴⁹. A utilização da teoria de Hare²⁵⁰ se justifica, nesta pesquisa, porque permite a apreciação de coerência do discurso²⁵¹, da decisão e daquele julga. O que se pode esperar de tal teoria é a exposição da lógica dos conceitos morais, a demonstração das regras que eles geram, e a identificação de inconsistências no âmbito do discurso jurídico²⁵².

A teoria de Hare é uma teoria ética e lógica, pois trata sobre a natureza, o significado e as propriedades lógicas dos conceitos morais. Uma de suas particularidades está no fato de que não prevê, diferentemente de outras teorias morais, um conceito moral substantivo, nem propõe um princípio/ conteúdo moral universal. É dizer que não é uma teoria substantiva e se

²⁴⁸FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 30-31.

²⁴⁹FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 16.

²⁵⁰ Ressalto que será utilizada, cumulativamente, à teoria de Hare a tese de Roberto Freitas Filho que originou a pesquisa coletiva e a própria MAD; isso porque, a partir da compreensão de Hare, o autor fez o mesmo exercício sobre verificação da estabilidade dos conceitos normativos e da coerência das decisões.

²⁵¹“Um argumento é coerente se cumpre três requisitos: 1. As premissas são verdadeiras. 2. A conclusão é verdadeira. 3. A ligação entre ela é pertinente. Um exemplo de argumento coerente poderia construído da seguinte forma; todos os paulistas são brasileiros; João é paulista. Logo, João é brasileiro. Um exemplo de argumento incoerente: todos os paulistas são brasileiros; João não é paulista. Logo, João não é brasileiro. No segundo argumento as premissas não são suficientes. Para ser válido, um argumento deve ser coerente. Com base no conceito de coerência é possível fazer a apreciação lógica de validade (correção) dos argumentos jurídicos. Nesse nível de apreciação não se trata de verificar a adequação do resultado do argumento a algum padrão axiológico. Não é o caso, portanto, de defender a ideia de que uma decisão seja melhor do que outra em razão da coerência com algum mínimo ético que sirva de referencial decisório, mas apenas constatar que um princípio básico (uma ideia que dá sentido a um campo qualquer da experiência humana) da linguagem informativa é a utilização consistente dos conceitos com os quais se trabalha”. FREITAS FILHO, Roberto. **Políticas públicas e discriminação**. Texto no prelo.

²⁵²HARE, Richard Mervyn. **Moral thinking: its levels, method and point**. Oxford: Oxford University Press, 1981, p. 20. E, FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 24.

contrapõe ao intuicionismo²⁵³. Então, o que essa teoria afirma, e que é especialmente relevante para a MAD, é a possibilidade de explicação dos significados das palavras morais, por meio de suas propriedades lógicas formais²⁵⁴.

A teoria de Hare é chamada de “Prescritivismo Universal” e segundo ela palavras morais (em geral e na prática, são palavras, sintaticamente falando, adjetivas ou com função adjetiva, que precisam ser significadas, por não terem descrição definida), tais como “correto”, “bom”, “excessivo”, “integral”, têm duas propriedades lógico-semânticas: universalizabilidade e prescritividade. Em resumo, segundo a primeira, um julgamento moral dá origem a uma regra moral e essa regra deve ser aplicável (aceita e obedecida) também a quem decide/propõe e a qualquer agente que esteja em situação precisamente igual. O que a universalizabilidade visa garantir é que a conduta moral seja aplicada a todos indistinta e indiscriminadamente, ou seja, visa a uma isonomia na aplicação do proferimento prescritivo²⁵⁵.

Já a propriedade da prescritividade²⁵⁶, com forte influência da teoria kantiana, versa sobre a reflexão da ação humana, no sentido de que o uso das palavras morais, pelos agentes, está condicionado à aplicação da conduta moral devida (aquela que é preferível em todas as situações possíveis), estando os sujeitos naquela situação em que cabe a sua aplicação. Isto é, eles devem realizar a conduta que consideram obrigatória moralmente quando estiverem em condição de assim agir. Sem espaço, portanto, para determinação da conveniência pessoal na aplicação da conduta²⁵⁷. Em suma, esses conceitos formais fazem da teoria de Hare um

²⁵³“Isso se torna possível porque os significados das palavras morais (a natureza dos conceitos morais) são explicados inteiramente com base em suas propriedades lógicas formais, sem introduzir nenhuma substância na explicação”. HARE, Richard Mervyn. **Ética: problemas e propostas**. Trad. Mário Marscherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003, p.7-8.

²⁵⁴FREITAS FILHO, Roberto. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. In: SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008, p.21.

²⁵⁵Ibidem, p. 26. HARE, Richard Mervyn. **Freedom and reason**. Oxford: Oxford University, 1963, p. 1-6. E, _____. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 102-107.

²⁵⁶Insta ressaltar que a linguagem prescritiva, por estar atrelada ao fato de que aquele que se encontra na situação de agir/ decidir tem de fazê-lo de forma inescusável, é encontrada (embora não exclusivamente) no modo de comando, de imperativo, pois o problema da correção da ação humana é fundamentalmente inadiável. É este modo imperativo a parte central do argumento de Hare, e que nos interessa aqui, porque uma sentença prescritiva, ao determinar uma conduta, pode significar um tipo de comando aplicado de forma direta, ou um outro tipo, o qual necessariamente deve ser especificado antes que se proceda à aplicação do modo dedutivo. HARE, Richard Mervyn. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 6-16.

²⁵⁷“Hare foi declaradamente influenciado pela filosofia da linguagem de John Austin e pelo segundo Wittgenstein, bem como pela filosofia utilitarista e, ainda, pelas ideias de Kant. A influência do utilitarismo não conduziu Hare a aceitar o princípio da utilidade como fundamento das regras éticas, mas sim a reconhecer que o indivíduo faz considerações de ordem utilitarista ao produzir julgamentos éticos. Assim, uma das crenças centrais é a de que o indivíduo deve se imaginar na posição do outro. (...) A combinação dos dois requisitos (universalizabilidade e prescritividade), e, portanto, a adoção do Prescritivismo Universal, conduz a um modelo de consequencialismo denominado “utilitarismo de preferências”. [Apesar de não ser foco da pesquisa, mas vale

instrumento teórico forte para a análise da coerência das decisões, sem, para tanto, preocupar-se em prescrever conteúdo e com a correção substantiva delas²⁵⁸.

Apesar de Hare compreender que todo juízo moral tem um conteúdo moral, como visto, sua preocupação não está propriamente com o conteúdo da regra moral, e sim, em saber qual o requisito formal identifica as regras que governam a argumentação, isto é, quais as condições lógicas e qual a definição dos elementos operativos²⁵⁹, para que as regras sejam aplicadas. É, dessa forma, que a aplicação do Prescritivismo Universal permite a análise lógica dos argumentos utilizados nos tribunais: a partir da retomada à lógica aristotélica, sob as perspectivas do silogismo e dos princípios da identidade e da não-contradição, além de permitir o controle do discurso judicante por meio das propriedades lógicas das palavras morais e da coerência na utilização dos significados das palavras nas decisões²⁶⁰.

Nesse contexto, quando uma norma (nas palavras de Hare, um princípio geral) é formulada com uma palavra de valor, não é possível tratá-la como um conceito analítico, pois demanda uma decisão moral sobre seu significado, justamente por não ser autoevidente, o que, aliás, pode gerar um problema lógico se tiver tratamento diverso (como se evidente fosse)²⁶¹. As palavras de valor são aquelas com função avaliatória evidente e todas as outras que possam ser utilizadas como se de valor fossem, ou seja, palavras que expressam um juízo sobre algo que está a se falar. Desse modo, a proposta de Hare é que a aplicação da palavra de valor deve implicar em uma racionalidade moral. A palavra de valor não pode, assim, ter seu significado definido meramente consultando o uso das palavras ou vendo se há, ou não,

lembrar que a posição de Hare de entender Kant como um utilitarista de preferências é minoritária e baseada no fato de que no fundo o que o Kant alcança com o imperativo categórico é uma situação em que as preferências dos indivíduos quanto às condutas e a sua teleologia vão criar uma situação em que haverá um de preferências que vão ser os critérios para avaliar se o resultado das condutas permitirá atingir aqueles fins]. (...) Embora influenciado por Kant, Hare difere dele ao propor que o agente deve universalizar suas prescrições considerando, porém, as consequências de sua ação. (...) Hare se afasta da visão kantiana, ao propor a universalizabilidade das nossas prescrições, inserindo o dever de consideração das circunstâncias específicas de aplicação da máxima". FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 19-21.

²⁵⁸ Assim, exemplifica Freitas Filho em aula: "Exemplo: se jogar lixo na rua é errado não é dado a ninguém fazê-lo (universalizabilidade). E mais, não jogar lixo na rua não é uma opção de conduta do sujeito moral, mas um dever do qual ele não pode se eximir, a não ser por uma outra regra que, dependendo do caso, possa ser aplicada (prescritividade). Exemplo 2: 1. Carros não podem andar na grama do Parque da Cidade (regra). 2. No caso de ambulância, mesmo sendo um carro, pode andar na grama do Parque da Cidade se for pra salvar a vida de alguém em risco.

²⁵⁹ Com elementos operativos da regra, quero dizer os próprios conceitos, categorias, palavras que compõem a regra.

²⁶⁰ FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 31. HARE, Richard Mervyn. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 50-51.

²⁶¹ A importância desse ponto é fundamental para que se esclareça como, no âmbito do Direito, é possível decidir com aparência de fundamentação adequada sem que efetivamente assim se dê. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 19-21.

determinada reação psicológica²⁶², é necessária uma decisão moral baseada na lógica e nos fatos²⁶³.

Outra proposta de Hare, quanto às palavras avaliatórias e com função avaliatória, é que não é suficiente saber o que é a palavra²⁶⁴, a que ela se refere, mas, principalmente, como a palavra é usada no contexto, qual a função lógica das palavras que a compõem as normas, isso porque, até na dimensão descritiva, a linguagem pode ser polissêmica, vaga e imprecisa²⁶⁵. Em geral, toda palavra descritiva pode ser usada como avaliatória, e toda palavra avaliatória pode ser usada como descritiva. A chave para a compreensão lógica dessas palavras quando detêm uma função avaliatória, portanto, está na dissociação do significado descritivo (que varia de acordo com o objeto a que corresponde) em relação àquele avaliatório (que é sempre mantido, independente do objeto de avaliação). Se, feito isso, houver um déficit de explicitação dos elementos descritivos das palavras e expressões que compõem a norma aplicada e interpretada, a possibilidade de apreciação lógica relativa a decisões proferidas fica obstaculizada, ou no mínimo prejudicada, pois não se podem fundamentar racionalmente as decisões com palavras, cuja definição foi dada arbitrariamente²⁶⁶.

Como não é possível estabelecer uma propriedade que seja identificável, *a priori*, para todos objetos a que se referem as palavras avaliatórias, é necessária uma avaliação completa dos elementos que caracterizam o objeto. Para tanto, a determinação dos critérios de avaliação, seja de utilidade, eficiência, e similaridade, é que possibilitará a elaboração de um juízo que possa ser universalizado, aplicável a todos, inclusive quem o profere²⁶⁷.

²⁶²HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 1996, p. 45.

²⁶³“No Direito, isso implica dizer que **aspectos relevantes** a fatos considerados importantes **para o julgamento não podem ser desconsiderados nem distorcidos**” (grifo nosso). FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 23.

²⁶⁴As várias significações que a palavra pode ter na linguagem natural, não é o foco da teoria de Hare, mas sim a diferença da função lógica das palavras em um pronunciamento.

²⁶⁵“[Tanto] palavras como “vermelho”, por exemplo, que tem um sentido descritivo, quanto “bom”, usada para descrever um “bom automóvel”, podem ser imprecisas em seu uso. A polissemia (assim como a vagueza ou a imprecisão) não é uma palavra característica que diferencie as palavras descritivas das palavras de valor. O padrão para se determinar o que é a cor vermelha ou o que é um bom automóvel é normalmente impreciso. (...) Há, de certa forma, uma relatividade da linguagem da moral no que tange ao seu conteúdo, mas não em relação à sua função, já que esta é condição de um pensamento coerente e, portanto, significativo”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 25/29. E, HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 1981, p. 124.

²⁶⁶“Para tomar um exemplo de texto normativo jurídico – se há “oneriosidade excessiva”, haverá em cada caso específico, dependendo de que tipo de relação jurídica se analisa, uma série de critérios para determinar o sentido descritivo da expressão, embora o sentido avaliatório esteja mantido. (...) No caso dos proferimentos imperativos que expressam juízos morais ou jurídicos, a determinação de uma ação de uma forma específica deve ser acompanhada de razões que a justifiquem. A discricionariedade nas decisões jurídicas é absolutamente residual e não lhe caracteriza como um tipo de discurso”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 26/30.

²⁶⁷Ibidem, p. 29.

A universalizabilidade proposta por Hare torna-se um diferencial, no que tange à compreensão e aplicação das normas (principalmente aquelas que detêm termos avaliatórios), e posiciona-se como uma ferramenta poderosa na MAD. A universalizabilidade, que é uma tese lógica, não moral²⁶⁸ (não propõe um conteúdo moral mínimo), nem geopolítica²⁶⁹, e doadora do sentido de justiça, “garante que o argumento seja coerente logicamente, independentemente do que quer que seja seu conteúdo substancial. É um erro lógico o emissor contradizer algo que acaba de ser anunciado por ele como um princípio”²⁷⁰. O que essa propriedade lógico-semântica professa, então, é que não é possível, ou ao menos não deveria ser, fazer um juízo moral diverso para duas ações que se desenvolvam em contexto de similaridade, sob pena de contradição lógica.

Como as pessoas utilizam a linguagem com uma finalidade específica, e no caso das decisões judiciais e dos discursos imperativos, em geral, indicam o comportamento correto a ser realizado, é por meio de um critério formal que se pode averiguar se há contradição²⁷¹. Assim, esses critérios lógicos, como elementos para verificação de contradições, são importantes para se verificar, ademais, a coerência do discurso. Logo, como a teoria em questão utiliza a lógica formal e seus princípios vinculados à linguagem, como o dever de coerência é evidenciado como condição necessária, e como a contradição deve ao máximo ser evitada nas decisões, algumas regras analíticas, processos fundamentais da atividade racional, devem ser retomadas, entre elas: o princípio da não-contradição, o princípio da identidade e o princípio do terceiro excluído²⁷².

Em síntese, o princípio da não-contradição afirma que nenhum enunciado pode ser verdadeiro e falso ao mesmo tempo²⁷³. Já o princípio da identidade afirma que, se qualquer

²⁶⁸Não propõe nenhum conteúdo prescritivo relativo a uma ação moral, como já citado anteriormente. HARE, Richard Mervyn. **Freedom and reason**. Oxford: Oxford University, 1963, p. 35.

²⁶⁹Ademais, o apelo simbólico do conceito genérico de universalidade é amplo, mas se essa categoria é aplicada de forma descontextualizada pode gerar um problema de inadequação, uma vez que não considera a especificidade da situação.

²⁷⁰FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 23.

²⁷¹“A decisão (que é, portanto, uma forma de discurso imperativo) não pode deixar de ser expressa na forma “faça algo” ou “não faça algo”, não havendo decisão que se expresse na forma “faça ou não faça algo”. (...) Evidentemente aqui se trata do caso de determinação de uma conduta adequada, na qual não há apenas a declaração judicial de uma faculdade de agir”. Ibidem, p. 31.

²⁷²Ibidem, p. 31.

²⁷³ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. **Lógica, proposición y norma**. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008, p. 84. Copi ressalta ainda que: “esses princípios têm sido alvo de objeções, de tempos em tempos, mas, em sua maioria, as objeções parecem basear-se em mal-entendidos. (...) O Princípio de Contradição foi criticado por hegelianos, os semânticos, em geral, e os marxistas, com fundamento em que há contradições, ou situações nas quais forças contraditórias ou conflitantes estão em ação”. COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2 ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978, p. 257. “A solução de Aristóteles consistiu em mostrar que, apesar de não podermos provar o [princípio da não-contradição], é possível estabelecer que quem se recusa a aceitar o princípio não pode propriamente falar (...). Pois, para falar, é preciso dispor de termos que discriminem objetos; portanto, é preciso compreender limites – o

enunciado é verdadeiro, então ele é verdadeiro, ou seja, toda proposição ou é verdadeira ou é falsa, ou seja, verifica-se sempre um destes casos e nunca um terceiro. E, o princípio do terceiro excluído aduz que toda proposição ou é verdadeira ou é falsa, isto é, sempre irá se verificar um desses casos e nunca um terceiro (um domínio intermédio)²⁷⁴. Na teoria de Hare, significa que todas as coisas que recebem determinada denominação, devem merecer universalmente essa qualificação, em nome da não-contradição e da coerência lógica. Em outras palavras:

Significa dizer que, se há a utilização de um determinado sentido descritivo para uma situação x, outras situações em que estejam presentes os mesmos aspectos relevantes deverão também ensejar o mesmo juízo. O que impõe o dever de coerência é o sentido descritivo dos fatos a partir do qual se estabeleceu o sentido prescritivo do juízo. Assim, é a partir do conceito de palavra descritiva que se verifica a característica de universalizabilidade da teoria²⁷⁵.

Desse modo, é necessário que se estabilize o sentido específico de uma palavra e que se empregue esse mesmo significado no contexto discursivo. A regra da universalidade semântica só ficará satisfeita, então, com a utilização das mesmas categorias em um mesmo sentido, pois ao fazê-lo haverá a determinação das mesmas conclusões, por uma imposição lógica da não-contradição. É claro que, se os fatos, em determinado juízo, são classificados de determinada forma, e se não for observada nenhuma diferença relevante que mude o contexto situacional, e conseqüentemente o sentido das palavras, não é razoável que se atribua um juízo oposto para uma situação semelhante²⁷⁶.

Nesse sentido, ao se utilizar o conceito lógico-formal para a MAD está-se pensando na lógica aristotélica, aplicada às prescrições morais. Supõe que a linguagem tem um sentido minimamente estável e que a comunicação faz sentido. Assim, quem diz que x é branco não pode dizer que x é preto ao mesmo tempo sem incorrer em um estado de ilogicidade. A lógica formal é, assim, condição de possibilidade da comunicação entre seres humanos, e se organiza na forma desses princípios básicos de identidade e não-contradição. Ademais, a MAD não propõe uma fórmula sobre conteúdo certo ou adequado em relação às decisões. Por isso é que

limite, digamos, entre uma maçã e o que a rodeia e não é maçã. Para falar de maçãs é preciso saber que nada pode ser ao mesmo tempo maçã e não-maçã”. GOLDSTEIN, Laurence; et. al. **Lógica**: conceitos-chave em filosofia. Trad. Lia Levy. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 32/33.

²⁷⁴ “Mas, ainda que o enunciado “isto é preto” não possa ser verdadeiro a par do enunciado “isto é branco” (em que a palavra “isto” se refere, exatamente, à mesma coisa em ambos os enunciados), um não é a negação do ou o contraditório do outro. Indubitavelmente, não podem ser ambos verdadeiros, mas podem ser ambos falsos. São contrários, não contraditórios”. COPI, Irving M. Op. cit., p. 257.

²⁷⁵ FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 29. E, HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 1963, p. 17.

²⁷⁶ FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 33.

sua perspectiva é somente formal. A parte de conteúdo é apenas um critério para analisar se as decisões são mais ou menos unívocas, coerentes, se a linguagem é utilizada de forma séria.

Logo, o que se espera dos tribunais, e principalmente dos órgãos judiciais de cúpula, é coerência e consistência em seus julgados. Quando se fala de coerência, está se arguindo a possibilidade de fazer o sistema jurídico cada vez mais próximo de um conjunto de decisões estruturado racionalmente. E o argumento da consistência está intimamente ligado a não tolerância da existência de dois ou mais entendimentos judiciais que se contradigam e diverjam um do outro²⁷⁷. Para tanto, há um dever de fundamentação pública das decisões, com a exposição e explicitação dos critérios e argumentos justificados, como forma de permitir a crítica racional de tais julgamentos, e para que qualquer cidadão, lendo a fundamentação de um acórdão, ou de uma sentença, deva ficar convencido de que a decisão proferida foi a mais acertada e de que, portanto, caso precise recorrer do poder judiciário algum dia, ele se encontrará em boas mãos.

2.4. Análise dos fundamentos das decisões utilizados nas decisões do STF: 4ª etapa da MAD.

Uma vez selecionado com mais precisão o objeto de pesquisa, nas duas primeiras fases, e escolhido, ainda, o aporte teórico que norteará uma análise mais aprofundada dos argumentos nas decisões em questão, chega-se à última fase da metodologia.

A pretensão é verificar se é, primeiramente, possível avaliar a coerência da jurisprudência do STF, e, caso seja viável, se tais decisões são, de fato, coerentes, no nível lógico. Para tanto, é necessário averiguar que tipo de argumento é mais utilizado na fundamentação dos julgados, se há compatibilidade da aplicação do artigo 196 pelos ministros com relação ao conteúdo descritivo deste – isto é, como eles se posicionam diante dos elementos essenciais do preceito constitucional – universalidade, integralidade e igualdade – e, nesse sentido, se o orçamento é um fator de peso para se compreender e na aplicação do direito à saúde.

Primeiramente, faz-se absolutamente necessário revelar o parâmetro de análise, isto é, compreender melhor o artigo 196 em termos descritivos. Observa-se que esse dispositivo, que cuida do direito à saúde, apresenta em seu bojo palavras com funções tanto descritivas como avaliatórias. Como visto, as palavras de valor podem gerar contradições caso não sejam

²⁷⁷MACCORMICK, Neil. *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon Series, 2003, p.152.

bem delimitadas (identificadas), o que, em último caso, pode gerar uma margem alta de discricionariedade, e um juízo moral repetido acriticamente²⁷⁸.

Desse modo, considerando que o texto do artigo 196 da Constituição Federal assim dispõe:

Art. 196. A saúde é direito 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.

É preciso, então, fazer algumas observações. O direito à saúde, tal qual diz o seu texto, apresenta-se como um valor desejado, e não funciona, portanto, como tão-somente uma descrição de um fato concreto, nem demanda um processo simplificado de subsunção da norma²⁷⁹. Isso porque algumas condições (valores desejáveis) são exortadas e valorizadas no referido artigo e, assim, revelam a complexidade na predicação das premissas²⁸⁰ que envolvem a compreensão do direito à saúde. Tal complexidade, aliás, é possivelmente determinada tanto pela polissemia de algumas palavras que compõem o texto²⁸¹ como pelas opções políticas que as fundamentam.

Nesse sentido, a forma que as palavras são usadas em seu texto, (e não apenas o que elas podem dizer em concreto) detém uma grande carga avaliatória. Tomando como base a teoria de Hare, o que se aduz é que essas palavras de valor²⁸² são definidas só em contexto. Assim, muito embora não esteja expressamente previsto de maneira literal a “integralidade” no artigo 196, ela é de suma importância para o conceito de direito à saúde, tal qual se pode

²⁷⁸As normas são feitas em linguagem natural, e, portanto, passíveis de serem polissêmicas, e os conceitos abstratos, a priori, não são estabilizáveis. Aliás, as normas, por terem que avaliar situações, necessitam ter essa natureza avaliatória. Assim, não é porque se parte do pressuposto que as normas podem ser de valor, que se defende que só deva haver normas descritivas. O que se utiliza como marco teórico na MAD é aquela teoria que afirma que tais normas existem, devem existir, mas, principalmente, devem ser identificadas, esclarecidas e utilizadas de forma coerente. ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 79.

²⁷⁹“No caso de normas expressas dessa forma [com termos avaliatórios], a ideia de que conduta possa ser orientada por um mero procedimento de inferência não é correta e não é possível excluir a ideia de “decisão” do raciocínio sobre a conduta correta, sendo que ela é da própria essência da razão prática. Decidir o que significa [uma palavra de valor] e que uma dada diferença justifica a exceção à regra é um processo outro que não o de meramente inferir algo”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 41. Um exemplo de processo mais simplificado de decidir, com base na subsunção e inferência é o: “Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos”. BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. E LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. 383.

²⁸⁰ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 252.

²⁸¹NINO, Carlos Santiago. Op. cit, 2007, p. 245-272.

²⁸²“A palavra em questão não precisa ser uma palavra de valor; pode ser uma palavra descritiva cujo significado é impreciso o bastante para admitir tal tratamento. Tais decisões, é claro, tornam a lei mais precisa, não menos. O âmbito da palavra pode ser efetivamente alterado ou pode meramente torna-se mais preciso”. HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 1981, p. 55. Tradução do trecho: FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 40.

perceber no primeiro capítulo, quando da compreensão legal e histórica (movimento sanitaria) do instituto.

Desse modo, acabam compondo os elementos normativos, ou melhor, os elementos que compõem a regra do direito à saúde: a saúde integral e a saúde universal. Para serem utilizadas de forma isonômica, tais palavras avaliatórias necessitam ser estabilizadas semanticamente, em colocações mais descritivas. Logo, diante do sentido histórico, técnico e doutrinário, compreendido no capítulo anterior, pode-se chegar à seguinte situação:

- a) A saúde integral é direito a tudo aquilo que estiver vinculado aos aspectos da saúde humana e que estejam objetivamente previstos nas listas do SUS, por meio de política pública;
- b) A saúde universal é um direito a ser fruído por todos aqueles que estejam em condição específica prevista na regra do SUS.

Nesse contexto, Larenz afirma que, na ordem jurídica, as normas jurídicas são, na sua maioria, tanto de decisão, para os tribunais e órgãos administrativos, como de conduta, para os cidadãos, e que tais normas, além do mais, têm a forma linguística de proposição, pois é uma estrutura linguística que associa a situação de fato circunscrita de forma geral, à uma consequência geral, também circunscrita de forma geral²⁸³. Logo, há um esquema lógico de aplicação da norma, cuja importância na aplicação do Direito se não sobrevaloriza, mas que também não deve deixar de se ter em atenção, é ele o silogismo jurídico. Considerando que o imperativo jurídico²⁸⁴ está na forma “se x, então y” (que é a própria premissa maior do silogismo)²⁸⁵, o que se tenciona é qual o significado de ‘x’²⁸⁶, que, no caso em tela, é o

²⁸³Aliás, ressalta ainda que “enquanto a consequência jurídica subsiste (vale) em cada caso como facto normativo em virtude da validade da proposição jurídica, o resultado fáctico almejado depende de outros múltiplos factores, e assim pode também faltar num caso concreto. (...) Esta consequência jurídica sobrevém porque está disposta numa proposição jurídica válida, sem que para isso tenha que ver com outros factores”. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 349-351.

²⁸⁴“O sentido do enlace do pressuposto de facto com a consequência jurídica não é, como na proposição enunciativa, uma afirmação, mas uma ordenação de vigência. O dador da norma não diz: assim é de facto; mas diz: assim deve ser de Direito, assim deve valer”. Larenz faz ainda um recorte que, nesse trabalho, não será abordado, mas é mister ressaltar que há um debate e um limite na forma de se analisar as proposições jurídicas como imperativos: “A teoria imperativista crê que todas as disposições jurídicas podem reduzir-se em última análise a proposições que prescrevem ou proíbem uma determinada conduta, ou seja, são imperativos, e quer reservar só para estas a designação de proposições ‘jurídicas’. (...) [No entanto,] existem numerosas normas jurídicas cuja consequência jurídica imediata ou próxima consiste não tanto na imposição ou modificação de um dever quanto na aquisição ou perda de um direito. (...) ‘Consequências jurídicas’ possíveis são, nestes termos, não só o surgimento ou extinção de um dever jurídico, mas também a aquisição, a variação de conteúdo, a transmissão ou perda de um direito subjectivo, a aquisição ou perda de um poder jurídico, de uma legitimidade ou do estatuto jurídico de uma pessoa. (...) [O importante a destacar é que] nem toda a norma jurídica contém assim necessariamente um comando ou uma proibição, mas contém decerto uma ordenação de vigência. O sentido como proposição normativa é colocar em vigência consequências jurídicas”. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 353, 355, 358.

²⁸⁵“A consequência jurídica resulta de um silogismo que tem a seguinte forma:

próprio direito à saúde com suas particularidades. Fazendo um exercício, diante da análise lógica e sob o sentido do microsistema do capítulo da ordem social da Constituição, a sentença imperativa poderia ficar dessa forma:

Se: algum cidadão estiver acometido de alguma enfermidade ou algum risco de doença, que demandem bens ou serviços públicos, e cujas medidas de proteção e recuperação estiverem previstas expressamente em uma determinada política pública, garantirem, de forma isonômica, acesso aos mesmos recursos a todos aqueles que estão em igual situação, e não comprometerem o orçamento destinado às demais políticas sociais e econômicas de saúde,

Então: será direito do cidadão e dever do Estado garantir a implementação do referido direito.

Interessante é que, olhando para o texto do artigo 196, em sua literalidade e sem uma reflexão crítica, essa conduta determinada pela norma não aparece, a princípio, plenamente transparente e revelada, podendo gerar a falsa impressão de que o direito constitucionalmente previsto à saúde significa que todos os recursos devem estar disponíveis para todos os cidadãos, em todas as ocasiões emergenciais. Na estrutura lógica proposta acima, os termos avaliatórios foram mediados descritivamente, a fim de esclarecer o estado de coisas a que o artigo se refere, sem perder o ponto de vista moral.

Em segundo plano, diante desse parâmetro sobre o conceito de direito à saúde, passa-se efetivamente para a continuação da MAD. Conforme se percebeu nas fases anteriores, apenas algumas decisões do STF, sob determinado marco temporal e recorte temático, tratavam efetivamente do direito à saúde enquanto um instituto vinculado à percepção de políticas públicas. Pôde-se examinar, ainda, que dentre essas decisões, uma parcela considerável era decidida de forma individualizada pelos ministros. Estas, a propósito,

- Se [a previsão] P se realiza numa situação de facto, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica C (premissa maior).

- Esta determinada situação de facto S realiza P, quer dizer, é um ‘caso’ de P (premissa menor).

- Para S vigora C (conclusão)”. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 380.

²⁸⁶Há um debate bem conhecido sobre se a previsão normativa, a norma, deve ser interpretada, e, em algum nível, significada, se atendo ao uso corrente da linguagem, à vontade do legislador, ao sentido normativo da lei, ou ao fim racional da lei. Esse é uma discussão que não se travará aqui. Afinal, cada uma destas teorias subjaz uma parte de verdade; por isso, nenhuma delas pode ser aceite sem limitações. Larenz e Engisch tratam muito bem desse tema em seus livros. LARENZ, Karl. Op. cit., p. 439-518, e ENGISCH, Karl. Op. cit., p. 115-164. Neste trabalho, e, principalmente, nesta metodologia, o ponto fulcral para determinação do sentido da norma, pelo magistrado, está na consideração do fato de que a palavra tem uma história, como no caso, toda a luta política do movimento sanitarista, tem um sentido dado, técnico e doutrinário, determinado, por exemplo, pela doutrina constitucional e do direito sanitário, e tem um contexto teórico moral (tem uma teoria de base que discute se a saúde deve ser universal ou individual, como se poderá ver no capítulo 3).

conseguem revelar a posição de cada julgador e têm firmado entendimentos por todo o campo jurídico, uma vez que as novas ações (SS, STA e SL), que são apreciados pela Presidência da Corte, têm se tornados mais usuais. Por fim, ainda dentro dessa parcela, alguns ministros, quantitativamente, se sobressaem. É sob esses recortes que essa etapa será construída.

Além do mais, para especificar e precisar mais o objeto, a maior parte dos temas relativos ao direito à saúde, demonstrados no Gráfico II, serão trabalhados aqui. Apenas as decisões que dizem respeito ao SUS e às verbas públicas não serão abordadas, pois não tocam direto e essencialmente na natureza distributiva da política pública de saúde, como os outros o fazem. Essa dimensão distributiva, aliás, interessa neste trabalho, pois ela traz subsídios para uma reflexão ainda mais profunda, como se verá no terceiro capítulo. Os outros temas são especialmente interessantes ao foco desta etapa da pesquisa, pois se expõe de modo mais especializado que os outros dois não incluídos aqui. Ademais, tanto o pleito como a fruição do pedido, se satisfeito, são exercidos de forma individualizada e introduzem na esfera da saúde a percepção do *quantum* devido a cada um²⁸⁷. Outro ponto relevante é que, sobre esse tema, o momento da intervenção das decisões judiciais, em geral, é da execução, pois, em geral, o pleito volta-se para prestações estatais que estão, ou não, determinadas em certa política pública de saúde.

É mister ressaltar que, entre os ministros que efetivamente julgaram o tema de forma individualizada, alguns, como mencionado, tiveram maior quantidade de julgados, até pelas circunstâncias fáticas atuais de aumento desse tipo de demanda judicial nos últimos anos. Posto isso, para esta etapa, admitindo como ponto de partida o fato de que nas decisões individuais há mais probabilidade de se averiguar o conceito pesquisado, foram escolhidas, para a análise dos fundamentos das decisões, as decisões individuais dos ministros Celso de Mello, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.

Ocorre que, com a leitura detida das decisões e com a identificação dos argumentos utilizados nesses precedentes, o que se percebeu foi que cada ministro possui um corpo de decisões, cujo fundamento ora varia ora se repete de uma para outra. Aquelas com fundamento e redação profundamente similar, que expandem uma interpretação prévia aos outros casos subsequentes (decisões repetitivas), estão em grande maioria. Desse modo, a fim de melhor sistematizar as decisões, será utilizado o instrumento metodológico do “tipo ideal” (conceitos analíticos gerais e ideais), no qual é possível reduzir a complexidade da definição

²⁸⁷MARINHO, Carolina Martins. **Justiciabilidade dos Direitos Sociais**: Análise de julgados do Direito à educação sob o enfoque da capacidade institucional. 2009. 122 p. Dissertação (Mestrado em Teoria Geral e Filosofia do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 11.

do objeto, apontar as características que permitem afirmar, de modo geral, como o pensamento liberal fluiu no tempo, e configurar significação ao conjunto da explicação, ainda que, para tanto, não seja a representação perfeita do fenômeno empírico²⁸⁸. Nesse contexto, cabe explicar um pouco mais sobre os argumentos de cada ministro.

Algumas decisões do ministro Celso de Mello, convém salientar, em verdade não tratariam do mérito sobre o fornecimento de medicamentos ou próteses, por exemplo, pois não tinham os requisitos de admissibilidade necessários para que o recurso (como certos Recursos Extraordinários) fosse conhecido. Entretanto, ainda assim elas fazem parte desta análise e são equiparadas àquelas que efetivamente adentram no mérito do pleito, pelo fato de o ministro tratar da questão central sobre o direito à saúde e que motivou a ação, ainda que não fosse necessário ou devido fazê-lo. Nas decisões do ministro, de forma geral, há compreensão do direito à saúde como uma consequência indissociável do direito à vida e um dever constitucional do poder público, de todos os entes federativos àqueles destituídos de recursos financeiros. Para isso, ele usualmente faz citação da doutrina de José Afonso da Silva e José Cretella Júnior, além de se basear no artigo 196, 197 e 198 da CF, mas sem se ater ao seu conteúdo ou parametrizar o que o núcleo essencial que o compõe possa descritivamente revelar, e nos precedentes do STF, entre eles, há a citação, em regra, de alguma decisão dele mesmo. Um exemplo dessas decisões é o voto, feito pelo próprio ministro, que será analisado no próximo capítulo, quando se analisará a *leading case* STA nº 175 do STF.

Por outro lado, o corpo de decisões da ministra Ellen Gracie possui dois marcos: um que compreende o direito à saúde, na linha dos outros ministros, como um direito que deve ser priorizado a despeito dos programas de medicamentos existentes, por exemplo. E outra posição representa uma nova interpretação, na qual ela foca essencialmente no orçamento, ressaltando o possível impacto no sistema público de saúde e a compreensão do artigo 196 em torno de políticas públicas, cuja dimensão é coletiva e, portanto, não aceitaria qualquer decisão sobre pleitos individuais, sob pena de um efeito multiplicador, que é a própria aplicação isonômica e consequencialista do preceito. Praticamente não se utiliza de argumentos doutrinários e precedentes, como os demais fazem.

Por fim, as decisões do ministro Gilmar F. Mendes são divididas, tal qual as do ministro Celso de Mello, entre aquelas que efetivamente tratam do mérito, do pleito sobre o direito à saúde, e as outras que, a princípio, tratariam de questões processuais, mas que, na

²⁸⁸ WEBER, Max. Metodologia das ciências sociais, parte 2. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993, p.138/139. E FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009, p. 36/37.

verdade, reforçam determinada posição sobre esse tema. Em geral, aquelas que versam, de fato, sobre o direito à saúde se utilizam de doutrina estrangeira, alemã, portuguesa e argentina, além da brasileira, e de precedentes, como aqueles do ministro Celso de Mello. Elas são similares à STA nº 175, que será abordada na íntegra no terceiro capítulo, de modo que as peculiaridades desses argumentos ficaram ainda mais claros na ocasião.

Nesse contexto, uma tabela foi feita para deixar mais transparentes os argumentos utilizados pelos ministros em suas decisões. Para a composição, algumas classificações foram feitas:

- 1) o nome do ministro da decisão que teve seu julgado analisado;
- 2) a classe e o número da ação – aliás, as ações utilizadas na tabela foram escolhidas a título de exemplo, uma vez que foi adotada a tipologia dos julgados;
- 3) o número de ações com decisões repetitivas, que tiveram fundamentação similar entre si;
- 4) o tipo de estrutura argumentativa utilizada pelos ministros, que baseou as decisões para denegar ou conceder os pedidos. É considerado apenas o argumento predominante, pois em regra a estrutura argumentativa, em maior ou menor grau, detém os três tipos de argumentos: dogmáticos (quando a decisão se fundamenta na norma, constitucional e infraconstitucional, e na doutrina, as quais possam expressar juridicamente certa política pública), axiológico ou razão de princípio (a decisão se baseia em argumentos baseados na evocação de princípios gerais do direito como se evidente fossem, indo além do texto normativo expresso), e consequencialista, ou teleológico (quando a decisão considera como razão o provável impacto que ela gera e por ponderar os interesses de todos em uma dada sociedade como um fator importante, verifica, portanto, as possíveis consequências negativas que poderão resultar ao se postular uma prestação da política pública, ainda que contrarie a norma ou princípio);
- 5) como o direito à saúde trata de recursos escassos e o pedido das ações, em regra, é individualizado (demanda apropriação individual de um recurso destinado à saúde pública como um todo), averiguar se as decisões consideram o componente orçamentário/ financeiro da política pública como um limite na concessão ou não do pleito;
- 6 e 7) se a decisão se aprofunda no conceito do direito à saúde esclarecendo seus núcleos fundamentais – universalidade e integralidade –, tendo, para tanto, como parâmetro a descrição feita acima e se essa interpretação condiciona sua razão de decidir;

8) qual sentido político do direito à saúde a decisão compreende e resolve o conflito, sem chave coletiva ou individual. Essa classificação, na realidade, será mais importante para o terceiro capítulo, que se propõe a abordar esse tipo de discussão;

9) muito embora não seja uma categoria fundamental – pois o que interessa, na pesquisa, é o nível de coerência interna e a compreensão do direito à saúde nas decisões –, conhecer se as decisões são, em geral, pela concessão ou não do pedido individual. Afinal, é uma preocupação válida olhar para a concessão ou não dos pleitos, como maneira de verificar o problema da distribuição, pois a demanda custa individualmente.

Tabela II

Organização da lógica interna das decisões sobre o direito à saúde no STF

DECISOR	AÇÃO	Nº DE AÇÕES COM FUNDAMENTOS REPETIDOS	TIPO PREDOMINANTE DE ARGUMENTO NA DECISÃO	JULGAMENTO CONSIDERADO ORÇAMENTO COMO RAZÃO DA DECISÃO?	DISCUTE UNIVERSALIDADE	DISCUTE INTEGRALIDADE	SENTIDO ATRIBUÍDO AO DIREITO À SAÚDE	CONCEDE O MEDICAMENTO OU SERVIÇO?
Celso de Mello	RE 232335	28	Dogmático	NÃO	NÃO	NÃO	Individual	SIM
Celso de Mello	RE 557548	-	Dogmático	NÃO	NÃO	NÃO	Individual	SIM
Ellen Gracie	STA 162	28	Dogmático	NÃO	SIM	SIM	Individual	SIM
Ellen Gracie	SS 3663	10	Consequencialista	SIM	SIM	SIM	Coletivo	NÃO
Gilmar Mendes	STA 198	8	Dogmático	NÃO	NÃO	NÃO	Individual	SIM
Gilmar Mendes	AI 474623	20	Dogmático	NÃO	NÃO	NÃO	Individual	SIM

Algumas ressalvas devem ser feitas sobre as decisões analisadas e sobre a própria tabela (II) que organiza a lógica interna das fundamentações de cada ministro. E, depois, há determinadas questões a se verificar: como os ministros entendem a questão do direito prestacional à saúde? Na fundamentação das decisões, há considerações de natureza consequencialista, com base, por exemplo, em razões econômicas? O decisor entende a prestação como um direito subjetivo individual oponível *erga omnes*, ou um direito coletivo, apropriável individualmente com limites, isto é, observados os elementos intrínsecos ao direito à saúde?

Primeiramente, a maior parte das decisões dos ministros detinham fundamentos repetidos ou similares entre si²⁸⁹. Isso torna os entendimentos dos três decisores sobre a matéria ainda mais relevantes para a análise, uma vez que eles vão, aos poucos e pela repetição, se sedimentando no campo.

Uma característica comum aos julgados, de forma geral, é a utilização de uma fundamentação predominantemente dogmática, isto é, com nítida adoção e remissão a argumentos da doutrina, da jurisprudência da própria Corte e de normas infraconstitucionais. A maioria dos julgados analisados trata o direito à saúde, textualmente, como uma consequência constitucional indissociável do direito à vida, um imperativo de solidariedade social, um direito subjetivo, social, programático, e fundamental inalienável e inviolável, que assiste a todas as pessoas, sob pena de “converter-se em promessa constitucional inconsequente”²⁹⁰. Afirma-se, para tanto, que não bastaria ao Estado meramente proclamar o reconhecimento formal do direito à saúde. Todavia, é importante destacar que nas decisões estudadas, os julgadores não decidiram de forma explícita e transparente o conteúdo desse direito.

Ao privilegiar a concessão de um pleito individual por algum medicamento ou tratamento, sobre “um interesse financeiro e secundário do Estado” (RE 232335/2000, rel. min. Celso de Mello), afirmam os referidos precedentes que se estaria, em verdade, “por razões de ordem ético-jurídica”, privilegiando “o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles que têm acesso, por força da legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes” (idem), isto é, daqueles “que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial desigualdade” (RE 241630/2001, rel. min. Celso de Mello). Desta maneira, uma conclusão é que os ministros do STF em questão, de modo majoritário, posicionam-se no sentido de serem suficientes, para configurar a plausibilidade da fundamentação jurídica: as alegações em torno de uma compreensão axiológica do direito à saúde, como um preceito

²⁸⁹ Há uma forma de pesquisar, mais antropológica, que provavelmente vai se fixar em como tais decisões são construídas na prática, isto é, vai tentar compreender a dinâmica comportamental do magistrado, dos seus assessores e estagiários e tentar perceber aquele fenômeno, conhecido nos bastidores do judiciário, de “copia-e-cola”, dos famosos “padrões de decisão”. E há outros trabalhos jurídicos que, ao contrário, justamente por conta dessa práxis jurídica, não considera ser possível controlar as decisões judiciais, e, portanto, considera desnecessário fazer uma análise jurisprudencial e uma crítica institucional. No entanto, o ponto de partida dessa dissertação, por sua vez, claramente não corrobora, tampouco se concentra nelas, essas duas propostas de encarar o objeto. Assume-se, aqui, como visto, não apenas a possibilidade de controle crítico das decisões, por meio da compreensão da linguagem, que é o instrumento mais básico e necessário do campo, e isso, como uma forma de garantir isonomia.

²⁹⁰ Toda essa terminologia foi usada aqui, a propósito, sem paráfrase, isto é, exatamente como as decisões descrevem o referido direito.

maior que vinculado ao direito à vida e a dignidade das pessoas deve ser o máximo possível respeitado²⁹¹; ou a argumentação dogmática de que tal direito deve ser interpretado como um direito fundamental que demanda ação positiva do Estado, conforme a Constituição Federal.

Essas últimas citações, de algum modo, fornecem indícios de compreensão do conceito do direito à saúde como sendo aquele vinculado a uma política pública específica, e potencialmente indicam a universalidade e a integralidade como elementos inseridos no entendimento do artigo 196. Entretanto, essas colocações foram utilizadas de forma minoritária nas decisões e não pareciam fatores essenciais na aplicação da previsão normativa, pois, apesar de reconhecer os programas de saúde locais, a decisão tomava como relevantes fatores outros. Variáveis como a hipossuficiência econômica daquele que demanda determinado recurso ou serviço, a urgência na utilização do medicamento (como risco do perigo da demora ser inverso), ante a ineficácia de outros tratamentos, o fato de os insumos estarem registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, mesmo que não fornecidos pelos SUS, ou previstos na listagem de medicamentos excepcionais do Ministério da Saúde (relacionados na Portaria nº 1318/02, do Ministério), eram os fatores que, por fim, determinavam a concessão do pleito²⁹².

Outra constatação a ser anotada é que a maioria absoluta dos acórdãos analisados manteve a liminar deferida em instância inferior, e, muito embora em algumas vezes tenha tocado no tema do orçamento, não o considerou como fator limitante à concessão da demanda individual. O interessante é que, muitas vezes, na fundamentação das decisões foi possível ver argumentos como: “o que não se pode perder de vista é a possibilidade de vultoso prejuízo à coletividade, por multa fixada em decisão liminar” (SL 228, rel. min. Gilmar Mendes), ou que “o julgador precisa assegurar-se de que o SUS possui condições de arcar não só com as despesas da parte, mas também com as despesas de todos os outros cidadãos que se encontrem em situação idêntica” (SS 3751, rel. min. Gilmar Mendes). No fim, contudo, o que prevalecia era o entendimento de que “o fornecimento de medicamento excepcional mostra-se necessário, adequado e proporcional” (idem), que, “ainda que haja lesão aos cofres públicos, esta perde importância quando em jogo um bem maior, como a vida e a saúde” (SS 2998, rel. min Ellen Gracie) e que “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não

²⁹¹ Uma interpretação possível dessa forma de argumentação pode entender que há razões pietativas (se eu não der ele morre) pelos ministros.

²⁹² Resultando, inclusive, em argumentos como: “vale ressaltar que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária”. (SL 166, rel. min. presidente. Ellen Gracie); e ainda aqueles para os quais a concepção de saúde suplementar é baseada na noção de quanto se pode pagar, como se a saúde fosse um bem mercadológico disponível à venda simplesmente.

fornecimento” (STA 245, rel. min. Gilmar Mendes). Disso se extrai uma tendência de favorecer a posição daquele jurisdicionado enfermo que demanda individualmente, tendência esta fundada notadamente no risco de grave comprometimento do estado de saúde²⁹³, o que acaba provocando uma cisão e uma diferença na adoção de critérios entre o âmbito judicial e o administrativo.

Como boa parte das decisões eram relativas às suspensões da execução de liminar (SS, STA e SL), foi dado um destaque especial à análise do requisito delas que é averiguar se o deferimento do pedido, que tem o Poder Público como parte, evitará a “grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas”, e o “perigo de dano iminente, irreparável ou de difícil reparação” (requisito intrínseco à concessão de qualquer medida cautelar)²⁹⁴. Entretanto, a cognição exigida não foi tão aprofundada quanto aquela necessária para a análise da natureza distributiva da demanda e do impacto em nível coletivo da decisão.

Por outro lado, há um conjunto de decisões da ministra Ellen Gracie que, em uma mudança de posição, introduz uma nova forma, uma maneira consequencialista²⁹⁵, de interpretar e aplicar o artigo 196 da CF. Muito embora reconheça que a controvérsia instaurada gira em torno dos princípios da dignidade da pessoa e da solidariedade, enfatiza, por sua vez, que a execução das decisões que deferem os pleitos individualizados pode afetar o “já abalado sistema público de saúde” e gerar um efeito multiplicador (em razão do incremento do número de demandas judiciais da mesma natureza), pois admite que “a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários”. Há outra compreensão sobre o dispositivo

²⁹³LOPES, José Reinaldo de Lima; et. al. Jurisprudência: Relatório de pesquisa sobre jurisprudência de planos de saúde no Estado de São Paulo. In LOPES, José Reinaldo de Lima; MARQUES, Cláudia Lima; PFEIFFER, Augusto Castellanos. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 176.

²⁹⁴VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 141. E STA 69, rel. min. Ellen Gracie, julgado em 25/09/2006.

²⁹⁵ É sabido que há limites ao argumento consequencialista, isto é, em ter como razão de decidir uma avaliação ou uma ponderação de uma complexidade de fatores. Entre eles, a hipótese de, em uma sociedade desigual, quando o magistrado concede sucessivamente o fornecimento de medicamentos, a consequência fática poderia ser: gerar demandas no mercado, que geraria demandas ao SUS, que poderia, por sua vez, proporcionar mais empregos, que afetaria o dinamismo econômico, de maneira que, uma vez desorganizado o sistema de demandas, desorganizaria a própria política pública e todo o sistema econômico em torno dele. Considerada essa possível situação tipológica, talvez decidir pela concessão não necessariamente teria uma consequência de todo ruim (nesse caso haveria também a apreciação da correção do conteúdo da decisão, que não é o foco dessa pesquisa). Mas o ponto que se quer ressaltar aqui é que “as decisões, mormente as que estejam relacionadas com a implementação de políticas públicas, provocam inexoravelmente impacto na realidade. Qualquer decisão tem, portanto, consequências que não podem deixar de ser consideradas quando o julgador faz suas escolhas. Mesmo o não decidir implica em que ocorram consequências no mundo fático”. FREITAS FILHO, Roberto; et. al. *L'organization mongiale du commerce: un révélateur des divergences internes aux pays en développement*. In: Revue Internationale de Droit Économique, v. XXII, 2008, p. 505.

constitucional²⁹⁶, a qual entende que, a princípio, a efetivação das políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando o acesso universal e igualitário, e não as situações individualizadas (nas quais se diminui “a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade”), é o sentido da norma que trata do direito à saúde²⁹⁷.

Ademais, é importante reafirmar que o último campo da tabela, o qual atesta se os pleitos foram concedidos ou não, de forma geral não é o ponto fulcral desta pesquisa, e sim a razão, os fundamentos, e a lógica interna das decisões, pois é o que caracteriza o sistema judicial como campo da experiência humana e da razão prática.

Realizadas essas considerações preliminares, interessa verificar, dentro da MAD e da investigação sobre o uso prático da razão, se é possível extrair dos acórdãos: a sistematização de critérios para a definição do conceito do direito à saúde; se é clara a posição dos ministros em relação às políticas públicas e a alocação de recursos; e se é possível depreender das decisões uma regra²⁹⁸ de aplicação do dispositivo constitucional.

O que se pôde perceber é que 90% das decisões analisadas não trataram de forma aprofundada o conceito de direito à saúde. Por meio da doutrina, ressaltaram a classificação do referido direito, mas não adentraram no conceito de políticas públicas, tampouco explicitaram o que seria integralidade e universalidade e quais os critérios de distribuição norteiam as prestações de saúde, de forma não casuística. Assim, o fato é que não estabeleceram, conscientemente ou não, um parâmetro descritivo sobre as expressões contidas

²⁹⁶ Não há uma relação direta e necessária em considerar o orçamento e tratar de forma aprofundada a definição do direito à saúde e dos núcleos fundamentais deste conceito. É claro que, ao se verificar a noção descritiva de universalidade e integralidade, acaba tornando-se inevitável considerar o erário como um elemento importante das políticas de saúde.

²⁹⁷ “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”. STA 91, rel. min. Ellen Gracie, julgado em 26/02/2007.

²⁹⁸ Há uma complexidade na compreensão entre norma, regra e valor. Não é objeto deste trabalho tratar a fundo esse debate, mas apenas a título de recorte metodológico é necessário dizer qual noção de regra está a se falar aqui. Primeiramente, uma distinção possível “entre as normas e os valores se até (...) ao fato de que os valores não estão necessariamente ligados a exclusões e correções das nossas atividades, enquanto as normas sim. É porque as normas nos ordenam correções de nossas atividades que elas se dirigem às atividades humanas. Uma norma pode, portanto, tratar de atividades não intencionais, mas aquilo que ela visa, é, entretanto, certo tipo de atividades intencionais, aquelas que consistem em corrigir a atividade não intencional em questão de maneira a que esta permaneça conforme a norma”. Em seguida, e o que nos interessa, “uma diferença entre o conceito de norma e o conceito (...) de regra[,] repousa sobre a diferença entre seguir uma regra e conformar-se a uma regra. (...) As normas sociais são satisfeitas ao nos conformarmos a elas. (...) Para **seguir uma regra** é preciso, pois, que na minha conduta eu me refira à regra. Se eu sigo a regra, vou aceitar corrigir a minha atividade desde que me mostrem que a transgriro. (...) Em outras palavras, se a regra não nos é explícita, se não a possuímos, não podemos saber qual sequência de comportamentos ela exigirá em um futuro longínquo. (...) Mas uma vez que tenhamos aprendido a linguagem, as palavras são sempre em um sentido de ordens: elas nos indicam a regra que é preciso seguir, o uso no qual precisamos mergulhar, e o jogo que é preciso jogar”. LIVET, Pierre. **As normas: análise da noção, estudo de textos**: Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles. Trad. Fábio dos S. C. Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2009, p. 38, 39, 41.

no artigo 196, isto é, não estabilizaram o sentido das palavras avaliatórias que compõem o dispositivo constitucional.

Nesse sentido, é um problema as decisões não construírem seu critério hermenêutico a partir do significado descritivo da norma, o qual justificaria e deixaria transparecer as razões de decidir, pois, diferentemente de ações e reações mecânicas e físicas condicionadas, as ações humanas ordenadas são opções que podem ser justificadas. Em outras palavras, o agir está no campo da liberdade que demanda sempre uma escolha, de modo que as reais justificativas podem até não estar formuladas, mas devem existir. O mecanismo de argumentação (predicação) tem que identificar o que está falando e, principalmente, explicitar aquilo de que não está falando.

Assim, muito embora em algum momento na fundamentação das decisões os ministros tenham, em geral, mencionado, textualmente, a vinculação entre as políticas públicas e os programas do SUS à noção de direito à saúde, não discutiram o conteúdo do artigo 196 exaustivamente. Logo, não é possível fazer uma apreciação de coerência, porque não é possível verificar o que os ministros consideraram sobre os elementos operativos da regra, que para serem universalizados, precisavam ter seu sentido exposto descritivamente. Como a jurisprudência parece não fazer uma digressão mais profunda da discussão moral sobre distribuição (a própria decisão entre coletivo e individual) – ou pelo menos não a revela, em suas fundamentações, pois não é clara a posição de fundo que ela toma –, e como não discute apropriadamente o sentido que o direito à saúde detém (diante do seu contexto político e histórico²⁹⁹), não é possível determinar o sentido da regra aplicada nas decisões. O resultado é que a estrutura argumentativa é feita para ser aplicada caso a caso, e os magistrados acabam julgando de forma diferente casos semelhantes, mas (e isso é interessante) sem parecer diferente.

Um bom argumento, diante do instrumento teórico escolhido, deve ter, no que tange às premissas, pontos de partida amplamente aceitos (dogmas), mas não precisam ser incontestáveis, apenas ter aceitação ampla no campo, e, ainda, no que tange à inferência válida, uma correlação entre a premissa maior e a premissa menor, pois o que gera o resultado (inferência) é a passagem de uma premissa para outra. Como visto, é difícil depreender uma

²⁹⁹Lembrando que o contexto do conceito, o jogo de linguagem que o fundamenta, demonstra uma preocupação mais com aquilo que o distingue enquanto termo normativo do que, propriamente, a gênese da norma. Essa é uma norma cujo esforço hermenêutico não é tão simples, e cujo contexto é parte integrante do significado. Nesse sentido, “a decisão judicial pode ser, em alguns casos, produzida por meio de dedução, mas em outros, talvez a maioria, ela não é somente um ato de dedução, mas um processo de juízo complexo no qual há a consideração de questões de relevância, de interpretação e de classificação”. FREITAS FILHO, Roberto; et. al. Op. cit., 2008, p. 506.

regra clara das decisões pesquisadas. Porém, se fosse possível resumir e fazer um exercício lógico, propositalmente simplificado, sobre que tipo de silogismo pode se encontrar nas decisões descritas, a partir daqueles apontamentos extraídos delas, haveria três possibilidades de regras que podem ser compreendidas a partir da análise das decisões:

1^a) ‘Se’: *algum cidadão estiver acometido de alguma enfermidade ou algum risco de doença, que demandem bens ou serviços públicos, tem o direito à saúde, que é um **imperativo de solidariedade social** e um **preceito indissociável e indeclinável ao bem maior da vida e da dignidade humana**, e, portanto, devido a todos”*.

‘Então’: *O pedido judicial individual por um medicamento específico, fora da lista do SUS, deve ser fornecido a fim de prejuízo à saúde do requerente.*

Nesse caso, a primeira ressalva é que essa previsão normativa, como premissa maior, configura-se apenas em um enunciado no qual a estrutura linguística não é disjuntiva, ou seja, que não estaria numa posição se-então. Observo que foi colocada de forma exemplificada acima, como se disjuntiva fosse, apenas a título de ilustração, e para retratar uma forma de discurso judicial que leva a crer que assim seja possível. O problema dessa forma de estruturar e, especialmente, de fundamentar a consequência jurídica (o “então”) é que não é possível utilizar um metadiscurso (uma proposição que enuncia um valor ou fim a ser atingido) com palavras avaliatórias – como o bem maior da vida, ou a dignidade humana, ou mesmo a solidariedade social –, para compor elementos da regra, sob pena de a aplicação da norma se tornar arbitrária, pois, em geral, não tem essas normas seu conteúdo descritivo estabelecido antes da aplicação.

Nessa situação, ou naquelas que utilizam princípios³⁰⁰ para explicar o direito à saúde, o fato de a mediação não ser descritiva não possibilita apreender o sentido do artigo 196. Aliás, a falta de mediações ou a existência de mediações genéricas, nas quais o Estado é obrigado a prover um direito por uma justificativa de valor, não resolve a chamada “concretização dos direitos fundamentais” (tão usual de ser encontrada nas decisões pesquisadas). No silogismo jurídico, estariam muito acima da premissa maior e, essencialmente, apenas indicariam um caminho valorativo a ser seguido pelo campo na aplicação das regras.

³⁰⁰“No caso dos princípios, não há uma sanção prevista, de forma que a decisão deverá ser dada com o recurso a uma regra, outro motivo pelo qual os princípios constituem-se em metanormas”. FRETIAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 309.

Outra possibilidade é aquela em que a premissa maior é composta por uma regra, mas cujas condições estão expressas em palavras abertas de sentido, por exemplo:

2^a) *Se: algum cidadão estiver acometido de alguma enfermidade ou algum risco de doença, que demandem bens ou serviços públicos, tem o direito à saúde, que é um **direito subjetivo**, social, e **fundamental**, destinado a pessoas **carentes** e **hipossuficientes**, e um dever do Estado, que, por meio de **políticas públicas**, deve fornecer tratamentos e medicamentos, ainda que não previstos na lista do SUS, mas registrados na ANVISA, e que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, mesmo que haja **lesão** aos cofres públicos.*

Então: O pedido judicial individual por um medicamento específico e emergencial deve ser fornecido a fim de evitar potencial dano inverso.

Nessa outra alternativa, existe uma estrutura de implicação se-então na previsão normativa, cuja função é, em menor parte, descrever e, em grande medida, prescrever uma conduta. O problema aqui, também, é que a exposição da norma tem sua estrutura composta de palavras avaliatórias, que demandam uma atividade predicativa complexa. Aliás, é o que aproxima essas duas primeiras possibilidades de estrutura lógica, pois elas são formadas de palavras adjetivas, ou com função adjetiva (como aquelas destacadas nos dois textos), que não descrevem nem estabilizam um critério interpretativo (a abertura semântica leva à abertura normativa), mas permitem modalizar substantivos e verbos, a partir de uma predicação substantiva moral, e são amplamente utilizadas como se autoevidentes fossem.

Dessa maneira, nessa segunda forma de compor uma regra de distribuição também não é possível fazer a análise do discurso, porque ele detém um fundamento valorativo, que está passível de uma aplicação discricionária, e não exaure ou adensa a fundamentação dos elementos da regra. Essas normas abertas de sentido, muito embora não tenham a função precípua de indicar uma valor ou fim almejado (diferente da primeira hipótese, portanto), do ponto de vista do silogismo jurídico formulado pelo intérprete-aplicador da norma também estariam acima da premissa maior e a precederiam, uma vez que a forma como está disposta não admite aplicação direta ao caso concreto, sendo necessária, ainda, uma mediação descritiva.

Se, somada a esses dois primeiros tipos hipotéticos de regras extraídas das decisões, e que se pretendem e são aplicadas como se premissa maior fossem, considerarmos a premissa menor, relativa ao fato trazido na lide (foi utilizado um exemplo típico e recorrente, entre os processos analisados), e, aqui, tipificado a partir das categorias selecionadas na segunda fase da MAD (vide Gráfico II), veremos que a conclusão judicial será:

Premissa menor (fato): “Cidadão Fulano, menor e portador da Síndrome X, medicamento importado não constante da lista de medicamentos excepcionais do SUS, requer da União o fornecimento do medicamento W, de tratamento individual e anual, sob o custo de R\$ 2.600.000,00, sob pena de dano inverso e arriscar a vida dele”.

Conclusão (sentença): Já que “há um direito público subjetivo a políticas públicas de saúde que promovam, protejam e recuperem a saúde, que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento”, e “que o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável ao direito à vida e da dignidade humana”, então conceder o medicamento evita acarretar dano irreparável para o menor, não sendo possível vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde pública ou à economias públicas.

Nesse sentido, expressões como “direito à saúde”, “políticas públicas”, “direito subjetivo”, “direito à vida” e “dignidade humana” têm sentidos avaliatórios. Podem, portanto, dizer respeito a vários objetos ou circunstâncias situacionais, e tornam-se de difícil concretização, dada a sua vagueza de sentido. Logo, o silogismo em questão é insuficiente e de difícil universalização, pois a regra emanada na premissa maior acaba não sendo replicada da mesma forma para premissas menores similares, pois permanece em um campo mais amplo e genérico de aplicação. As decisões que se fundamentam nessas categorias destacadas sem, para tanto, explicar os critérios que determinam o seu conteúdo, não permitem a aplicação isonômica da norma, tampouco a verificação de coerência de julgamento. Era preciso, portanto, que o julgador dissesse por que, com critérios descritivos, em determinada situação fática a universalidade e a integralidade previstos no direito à saúde, e concretizados por meio de políticas públicas definidas e de alcance determinado, permitem a concessão de medicamento pleiteado.

Como os julgadores, por exemplo, não definem o que entendem e o que aplicam da política pública, é como se selecionassem os critérios de distribuição dos programas³⁰¹, tornando a decisão irracional, ou seja, sem razões claras e objetivas para justificar a tomada de decisões. Há, aparentemente, a sedução de um discurso mais superficial e heroico, dado o déficit de fundamentação, uma vez que o tema é tratado assistematicamente pela Corte e os conceitos são utilizados sem critérios.

Uma situação distinta parece ser aquela das decisões predominantemente consequencialistas da ministra Ellen Gracie, cuja regra pode assim se apresentar:

*3ª) Se: algum cidadão estiver acometido de alguma enfermidade ou algum risco de doença, que demandem bens ou serviços públicos, e, a princípio, for garantida a **gestão e a efetivação da política nacional de saúde, a qual é feita de forma regionalizada e busca maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários em situação potencialmente idêntica ao do requerente, assegurando o acesso universal e igualitário, e não as situações individualizadas.***

Então: O pedido judicial individual por um medicamento específico e emergencial deve ser fornecido, evitando, para tanto, o efeito multiplicador.

Nesse último caso, também não há análise e definição do que seria universalidade e integralidade, muito menos o que o direito à saúde é e implica, de forma descritiva e exaustiva. No entanto, a diferença dessa estrutura lógica do discurso para as outras duas é que ela percebe a noção e aplicação da política pública de saúde de forma mais aprofundada, e esclarece melhor o critério de distribuição dos recursos, e como os beneficiários devem ser percebidos, se individualizados ou diante do coletivo. Diferentemente dos outros, parece haver aqui a constituição de uma regra, vinculada à ideia de isonomia e escassez, e na qual a posição de fundo fica mais clara. A consideração das possíveis consequências da escolha da decisão em um sentido, isto é, das consequências no processo de determinação de um juízo, fixam sua prevalência em relação a outras possibilidades, de maneira que, na fundamentação dos julgados, essa avaliação dos prováveis impactos resultantes da decisão judicial no mundo

³⁰¹ Há um movimento aqui de deslegitimar a própria atividade administrativa, uma vez que há concessão de medicamentos fora da listagem do SUS, mas que os ministros justificam que ele é registrado nacionalmente na ANVISA. Esse tema será visto mais detidamente no próximo capítulo, quando se analisará a STA nº 175.

dos fatos fica mais evidente e justifica racionalmente o entendimento sobre o artigo 196 e tenta consolidar o léxico deste texto constitucional.

Aparentemente, a regra que deriva desse tipo de decisão detém uma estrutura lógico-interna parecida com aquela teórica proposta no início do tópico. A princípio, também não se posicionaria como uma premissa maior, tal qual uma norma descritiva, de sentido semântico estável, porque é uma norma com palavras abertas de sentido, cuja aplicação não pode ser imediata, nem é evidente. Entretanto, nesse caso hipotético, a regra que se pode depreender, após a leitura dos julgados, já detém elementos descritivos que compunham as decisões judiciais. Ou seja, a regra de aplicação do art. 196 a ser replicada nos demais casos, nessa situação, possui uma forma de mediação em que os conceitos e as questões inseridas na expressão “direito à saúde” passam a ser refletidos de forma menos avaliatória e a determinar um rol de critérios objetivos de aplicação da norma. Assim, poderia se pensar o seguinte silogismo, para essa hipótese de regra:

Premissa menor (fato): “Cidadão Fulano, menor e portador da Síndrome X, medicamento importado não constante da lista de medicamentos excepcionais do SUS, requer da União o fornecimento do medicamento W, de tratamento individual e anual, sob o custo de R\$ 2.600.000,00, sob pena de dano inverso e arriscar a vida dele”.

Conclusão (sentença): Já que “a política pública de medicamentos excepcionais não prevê o medicamento W na lista própria, e isto tendo essa política buscado a maior forma de atender a universalidade e integralidade de acesso, na expectativa de assegurar o acesso igualitário a todos que dependam dos mesmos serviços e recursos”, então o pedido individual por medicamento, ainda que emergencial, não pode ser concedido, sem ofender diretamente às políticas formuladas e geridas pelo SUS e, conseqüentemente, a isonomia na distribuição dos recursos escassos.

Nesse caso, o fato de esse último silogismo estar voltado substancialmente para uma determinada direção e conclusão (qual seja, o não fornecimento de medicamentos), não é o que motiva sua possibilidade de aferir coerência, e sim, o fato de a fundamentação da decisão delimitar e explicitar parte do rol de requisitos que determina o conceito de direito à saúde. Ou seja, o conjunto de decisões que aplicam essa regra tende a ser mais isonômico, porque as fundamentações são mais estáveis semanticamente e mais bem feitas, no plano lógico-formal, sem que, para tanto, esteja se falando, aqui, na proposição de um conteúdo correto aos casos de direito à saúde. Assim, ainda que os outros ministros não compartilhem da justificativa e

escolha de tais critérios, é a determinação destes que possibilita o controle de coerência entre as várias decisões proferidas em vários casos semelhantes.

Pode-se observar, ademais, que há aplicação, ainda que não consciente, dos princípios lógicos aristotélicos, que permitem que a decisão seja universalizável: há a identificação dos elementos fundamentais do conceito pesquisado e constante da norma constitucional, de modo que, ao contrário do que se possa pensar, essa delimitação não engessa a compreensão do direito à saúde, apenas identifica como verdadeira uma regra de aplicação do artigo 196, a qual em específicas circunstâncias é aplicada de determinada forma; caso se mude a compreensão de um desses critérios, mudar-se-á regra, a qual para também ser universalizável, deverá ter seus aspectos essenciais fundamentados.

Como se aduziu na terceira fase da MAD, a ideia de identidade conceitual representa o critério crítico lógico para apreciação do discurso³⁰². Isso implica dizer que, no âmbito do discurso jurídico, não é passível de controle racional uma decisão na qual, para um mesmo conceito, se utilizem sentidos diferentes, por um mesmo emissor, e/ou na qual as soluções sejam proferidas sem a consideração e esclarecimento de todos os elementos que importam para a determinação da regra. Desse modo, o critério de coerência e consistência das decisões judiciais prevê que o significado do conceito pesquisado deve ser estabilizado, e ser utilizado de forma a respeitar a lógica-formal aristotélica. Ou seja, para comunicar-se, no discurso, a linguagem precisa respeitar os princípios da identidade, da não contradição, e do terceiro excluído. Todavia, é mister ressaltar que não se está aqui a defender regras e definições únicas e imutáveis, mas, do ponto de vista do discurso coerente, que seja definida e aplicada uma regra semântica isonômica, que respeite o requisito da universalizabilidade e na qual os aspectos fáticos não são suprimidos e o contexto de compreensão do conceito atualize a definição das palavras-chave.

Como visto, para fazer avaliação do discurso decisório, no nível infraestrutural da linguagem, primeiro é necessário postular sentido de correspondência entre a palavra, que deve ser levada a sério, e ao objeto fático a que se relaciona. No caso, o “direito à saúde” é uma expressão e detém um conteúdo de difícil estabilização semântica. A crítica e a conclusão que se depreende, nessa última fase da MAD, é que o fato de não se poder aferir a coerência não é uma situação melhor do que produzir decisões incoerentes.

Quando os ministros do STF não estabelecem e não revelam a métrica de suas decisões, isto é, como exatamente a regra de distribuição inerente ao direito à saúde é

³⁰² FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 130

compreendida e aplicada, o que ocorre é que não é possível se identificar logicamente e descritivamente o conceito, logo, não é possível saber o que faz parte e o que não faz parte dele, ficando impossibilitada, até mesmo, a averiguação de provável contradição interna. O mesmo acontece quando os elementos constitutivos do conceito são tratados como se fossem evidentes e não são esclarecidos de maneira aprofundada. Em geral, as decisões analisadas foram fundamentadas em nome de uma noção nebulosa de direito fundamental subjetivo, como se, por meio de uma argumentação utilitarista (no sentido de trabalhar com noções implícitas de prazer e dor, que visam responder o pleito individual de modo a fornecer mais “bem sentir” àqueles que demandam do Estado), desobrigasse a fundamentação racional da decisão e legitimasse uma abertura para discricionariedade decisória. Nesse contexto, se um dos ministros diz que alguém tem o direito à saúde, sem, para tanto, justificar o que isso significa, em momento posterior poderá dizer o oposto sem que precise contrariar os critérios utilizados para o primeiro juízo.

O resultado dessa impossibilidade de se fazer uma análise sobre a coerência do sentido do direito à saúde, nas decisões pesquisadas, acaba sendo o mesmo daquela situação em que, ao contrário, é possível fazê-lo, mas na qual a utilização do significado é feita de forma inconsistente. Isso porque, nos dois casos, há supressão de complexidades (como se verá no próximo capítulo), pois há uma falta de explicitação das convicções de cada decisor (da exposição da preferência por determinado tipo de projeto de sociedade que ele priorizou), e, ao mesmo tempo, não há transparência nas razões de decidir (sem publicidade dos reais motivos e das escolhas morais que determinam a decisão), e tampouco uma aplicação racional³⁰³ do conceito, o que gera, em consequência, uma redução da *accountability*³⁰⁴ do poder judiciário, e uma dificuldade em se fazer a crítica e a demonstração de inconsistências no processo decisório. E, principalmente, não há como se garantir razoável previsibilidade e conhecimento do sentido normativo da norma jurídica, ou seja, segurança jurídica, assim como não é possível asseverar a igualdade como uma regra e como uma ideia que dá sentido e constitui o campo jurídico.

3 O CONTEÚDO ÉTICO-POLÍTICO DO DIREITO À SAÚDE

³⁰³ “Embora o processo decisório seja realmente incontrolável empiricamente, isso não quer dizer que as decisões sejam totalmente irracionais. A ideia de que as leis são expressas em linguagem natural pressupõe sua aplicação como um discurso que deve ter, para que faça algum sentido, um mínimo de racionalidade”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2007, p. 58.

³⁰⁴Ibidem, p. 59.

No capítulo anterior, foi utilizada Metodologia de Análise de Decisões – MAD, em uma tentativa de se aferir a consistência e a coerência das decisões, como uma forma de controlar criticamente as decisões judiciais pelo princípio isonômico do Direito. Tal metodologia tem base aristotélica, já que está voltada para a razão prática, uma discussão sobre a aplicação das normas. E a utilização do Hare se justificou, pois retoma os princípios lógicos atrelados a uma dimensão ética, na qual a preocupação está nos critérios do bem agir, em como pensar a ação moral coletivamente. Entretanto, a lógica-formal, como condição de pensamento, apenas consubstancia-se em regras mínimas para comunicação, mas não garante lógica de conteúdo. Desse modo, não cabe neste trabalho propor o que é o bem agir no caso, tampouco a correção daquilo que ocorre e move o campo, mas focar-se nessas condições, a fim de avaliar (apontar os possíveis problemas) criticamente o trabalho dos magistrados. Nesse mesmo sentido, este capítulo não tem por finalidade avaliar a correção do conteúdo das decisões, tampouco propor um conceito substantivo para o direito à saúde.

Considerando que não houve possibilidade de se medir coerência e consistência nas decisões do STF, porque os ministros não descreveram o sentido das palavras abertas que compunham o conceito de direito à saúde, uma das conclusões que se extrai desse fato é que os parâmetros formais e morais do debate em torno do direito à saúde não foram delimitados judicialmente. Por conseguinte, a discussão sobre que tipo de projeto democrático define as escolhas valorativas e distributivas, também fica impossibilitada; gerando, para tanto, possível supressão de complexidades no discurso desses decisores. Assim, a preocupação aqui é a de que, havendo uma superficialidade da discussão, pode-se não considerar determinados aspectos fundamentais relativos às complexidades próprias do problema de política pública de saúde, como uma discussão sobre bem comum; sobre distribuição, justiça e alocação de recursos escassos; e sobre que tipo de projeto político faz sentido para a sociedade.

Desse modo, sem entrar propriamente na discussão sobre o papel do judiciário no espaço democrático crítico, o mote aqui é compreender de que forma o Supremo Tribunal Federal vem lidando com o conceito de direito à saúde, no plano da compreensão sobre questões inerentes desse direito, entre elas: justiça distributiva³⁰⁵ e bem comum³⁰⁶, quando decide sobre políticas públicas. Em outras palavras, uma vez estabelecidas as premissas e as

³⁰⁵ Apenas como recorte metodológico: “A justiça distributiva tem como objeto as relações da comunidade com os seus membros. Ela distribui aquilo que pertence à comunidade (bens e serviços) entre os indivíduos que a compõem”. BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 91.

³⁰⁶ Esse é um conceito que também será visto mais profundamente ao longo do capítulo, mas a título de parametrização: O bem comum, por sua vez, advém da noção de justiça social, a qual “ao regular as relações do indivíduo com a comunidade, não faz mais do que regular as relações do indivíduo com outros indivíduos, considerados apenas na sua condição de membros da comunidade”. BARZOTTO, Luis Fernando. *Idem*, p. 92.

condições de argumentação dos elementos constitutivos do conceito pesquisado, o que se pretende, neste capítulo, é demonstrar um tipo de omissão judicial de determinada complexidade, e demarcar o horizonte hermenêutico no processo de decisão a partir da análise da filosofia política, e isto para cotejar o que os juízes decidem e os temas importantes que eles não deixam transparecer em suas decisões. Para tanto, não se continuará a usar como instrumento teórico a análise lógico-formal, tal qual foi feito anteriormente, e sim, a utilização da filosofia política (ou também chamada de filosofia moral), cuja finalidade é compreender quais os valores e critérios morais os juízes deveriam articular ou, ao menos, demonstrar explicitamente como o estão fazendo.

Nesse contexto, nota-se que por trás da interpretação do conceito constitucional de direito à saúde há uma discussão, ou, no mínimo, uma escolha implícita, sobre qual matriz epistemológica dentro da filosofia política deve ser utilizada nas decisões distributivas a respeito de um direito prestacional positivo. Em outras palavras, o direito à saúde pode, em último plano, ser interpretado filosoficamente sob uma base política comunitarista, ou uma liberal, na medida em que o efeito prático dessa compreensão moral³⁰⁷ e política³⁰⁸ do preceito constitucional mencionado representa uma eleição, consciente o não, da primazia de determinados valores, conceitos e princípios filosóficos em dada sociedade.

Assim, sabendo que a Constituição Federal enseja uma abertura para essas diferentes correntes da filosofia política, questiona-se: o debate em torno dessas questões morais é verificado, em algum nível, nas decisões judiciais? Qual matriz teórica seria a mais apropriada³⁰⁹ para entender e aplicar o direito à saúde, previsto em seu artigo 196 da CF? E

³⁰⁷Ao falar em critérios, decisões e compreensão ‘moral’, por todo o texto que se segue, estarei tratando do ponto de vista da boa/melhor conduta a ser realizada, isto é, do estabelecimento de razões justificadoras das condutas adequadas e válidas do bem agir. Reconheço a existência de uma possível diferença entre moral e ética, no que tange as condições da tomada de decisão (se individual ou coletiva), mas não farei distinção alguma aqui, pois o que me interessa é esse objeto em comum que elas possuem.

³⁰⁸O termo “político” é aqui – e ao longo de todo o texto, nessas menções que evocam, por exemplo, ‘compreensão política’ do termo, ou ‘decisão política’ – utilizado no seu sentido próprio, indicando a discussão sobre os interesses, costumes e valores que formam a sociedade, e que, em geral, são debatidas nas instâncias próprias em que a luta ideológica é realizada: nos poderes executivo e legislativo. Não se utilizará, assim, no sentido de política partidária, tampouco da relação estrita que a política tem com a noção de poder.

³⁰⁹Reconheço, como me apontou Luiz Eduardo Abreu, que não há como dizer, para a interpretação de um mesmo artigo constitucional, qual pressuposto filosófico – entre diversos pontos de vista, *a priori*, filosoficamente incompatíveis – é melhor que outro, pois no fundo algum deles acaba sendo postulado, ou seja, é necessária uma solução de compromisso (vide MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral**. 3 ed. Bauru/SP: EDUSC, 2004). Nesse sentido, corretamente me lembrou ainda Roberto Freitas Filho que Kuhn já havia argumentado que toda produção científica é, também, política (KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006). Afinal, como afirmou, em síntese, Tércio Sampaio: ideologias competem, não dialogam (FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.). De modo que, no caso, é sabido que ao se tratar de teorias da filosofia política, a decisão sobre que marco doutrinário adotar, como ‘melhor’, é eminentemente política, ou seja, é uma opção, uma escolha de valor – não é neutra e estritamente objetiva; o que não significa que não tenha valia ou que seja inescapável para tomada de decisões. Logo, é sabido que, no âmbito dos tribunais, por

mais, qual a consequência dessa escolha política³¹⁰, no âmbito dos tribunais, para o projeto coletivo de sociedade que se deseja, no contexto atual brasileiro?

A hipótese deste trabalho é que, no que tange à interpretação do direito à saúde, há uma complexidade ético-política que escapa à atenção dos tribunais, e há uma naturalização de uma perspectiva eminentemente liberal conservadora (um determinado tipo de liberalismo) no campo jurídico³¹¹, na qual o indivíduo tem direitos a despeito da comunidade. Do ponto de vista da aplicação, pelo poder judiciário, dos direitos, em especial os fundamentais, essa escolha liberal pode ser inadequada, pois dificulta a decidir judicialmente de forma justa demandas que originalmente exigem escolhas distributivas de bens comuns e que devem, simultaneamente, observar a isonomia entre cidadãos em um ambiente democrático e a noção inevitável da escassez de recursos. Desse modo, o que se propõe é a possibilidade de o direito prestacional à saúde ter sua reflexão (re)construída por uma matriz filosófica diversa, ou seja, sob uma visão comunitarista, por se entender que o próprio artigo 196 da Constituição apresenta um sentido coletivo, não individual.

Aliás, é importante esclarecer que o objetivo aqui é averiguar, antes de tudo, se há uma discussão no campo jurídico, sobre a complexidade da noção de coletivo e individual, presente no próprio bojo do artigo constitucional, e se esse debate é feito pelos decisores judicantes. Estes, aparentemente, não o fazem ou parecem ignorar o problema, de modo que uma naturalização difusa e imprecisa sobre o direito à saúde vigore inconscientemente. A preocupação é, portanto, específica: a de que o debate sobre o direito à saúde é indissociável da discussão dos princípios filosóficos que norteiam as decisões, e a qual precisa ser observada pelos tribunais, se já não o é. Dessa forma, não farei aqui uma análise sobre qual projeto político-filosófico é adotado sistematicamente por toda a Constituição Federal de

exemplo, a preponderância de uma interpretação liberal ou comunitária vai depender de qual dessas teorias consegue prevalecer no poder.

³¹⁰‘Escolha’ como um desejo deliberado e acompanhado de reflexão sobre o que está no poder dos decisores, e não um desejo passional, que busca o impossível ou segue a necessidade natural. E ‘político’, vinculado à opção moral. Atento também, que essa é uma expressão genericamente considerada e não tem ligação estrita, nesse trabalho, com a Teoria da Escolha Pública, própria da Economia e da Ciência Política, ainda que essa teoria também esteja preocupada com as falhas das decisões econômicas e distributivas do governo e com cálculos de consentimento.

³¹¹A esse respeito, ressalta-se ainda que há algumas considerações pertinentes sobre o paradigma juspositivista normativista vigente no campo jurídico brasileiro, entre elas: que esse paradigma pode estar relacionado, do ponto de vista epistemológico, ao liberalismo e seus valores; que ele teve sua construção teórica forjada e consolidada no decorrer da modernização sócio-econômica do Brasil, entre os anos 60 e 80; que teve ainda importante influência na estrutura conceitual de base do ensino jurídico nacional; e que, por fim, está vinculado ao caráter normativista do positivismo kelseniano. Essas hipóteses, bem explicitadas por Roberto Freitas Filho, apesar de não serem precisamente o foco de estudo nesse trabalho – que se volta essencialmente para o direito à saúde, tentando mostrar como ele é visto e qual a sua concepção inerente –, servem de esclarecimento sobre qual o real motivo da ascensão do liberalismo na cultura jurídica do país. Para maior aprofundamento, vide: FREITAS FILHO, Roberto. **Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

1988³¹², tampouco que tipo de sociedade a brasileira pode ser globalmente considerada: liberal, comunitária, ou mista³¹³. No máximo, só poderá ser especificamente analisada a matriz política que norteia a interpretação do artigo 196, e isso perante a literalidade da lei e a história de sua legiferação, vistas no primeiro capítulo, quando se tratou da Reforma Sanitária.

A propósito, quando se fala sobre a aplicação do artigo constitucional mencionado, acredito ser improvável caber a mistura (combinação entre comunitarismo e liberalismo), sob pena de, caso contrário, no que tange às decisões judiciais, isso significar aleatoriedade, uma vez que os efeitos da decisão são, em geral e ao final, orientados mais para uma visão coletivista, ou mais para uma visão individualista. Aliás, essa dualidade entre uma abordagem mais coletivista e outra mais individualista irá permear todo o debate moral a seguir, sendo preponderante, inclusive, sobre as classificações tipológicas de comunitarismo e liberalismo. Assim, é importante salientar que, ao se falar em individualismo, está em verdade a se falar de uma forma atomística de se compreenderem os direitos, na qual o indivíduo é o centro da tomada de escolha distributiva (trata a parte independente do todo)³¹⁴, e, ao se falar em coletivismo, por outro lado, está se considerando o argumento que engloba toda a sociedade, isto é, que considera o todo e suas estruturas básicas, para a tomada de decisões³¹⁵.

Assim, ao se questionar sobre qual arranjo político-ideológico pode estar, em certa medida, positivado na Constituição, no artigo 196, é que se verifica a importância tanto teórica como prática da reapreciação do chamado “direito à saúde”. Logo, se pretende analisar, agora, qual sentido que o artigo 196 da CF norteia as escolhas ético-políticas, hoje. A relevância dessa investigação, nesse sentido, é que o campo jurídico necessita dessas reflexões filosóficas, cuja utilização não é apenas de cunho acadêmico, como também pragmático, pois, afinal, decidir sobre recursos escassos, como, em geral, são os da saúde,

³¹²Para fins de recorte metodológico, observo que o conteúdo e a extensão do que proponho, muito embora intimamente ligados, são diferentes, desse modo, dos argumentos das autoras Gisele Cittadino, a qual argumenta que a Constituição Federal foi, em grande medida, concebida sobre a égide de uma matriz comunitarista, e Julia Maurmann Ximenes, que constrói seu trabalho no sentido de que, caso se admita o pressuposto de Cittadino, o que ocorre hoje é que os atores possuem interesses “particularizados” que acabam por encobrir essa influência do comunitarismo no campo jurídico brasileiro.

³¹³A esse respeito vide: DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000. Para ele o individualismo seria uma ideologia moderna e, portanto, signo da modernidade em oposição ao tradicionalismo das sociedades holistas hierárquicas, como é o caso, para ele, da Índia.

³¹⁴Estou pensando aqui naquela teoria que encara o direito à saúde como um direito subjetivo, no sentido de que os indivíduos possuem direitos antes de qualquer relação social e/ou compreendido como capacidade efetiva de exercer a liberdade individual contra qualquer um que o queira impedir. Em outras palavras, é o direito subjetivo compreendido pela dogmática jurídica, apontado por Barzotto. BARZOTTO, Luis Fernando. Op. cit., 2010, p. 45. E BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 95.

³¹⁵É bem verdade que a noção de coletivismo, em grande medida, pode remeter a uma teoria radical marxista, mas não será sob esse marco teórico que o termo será utilizado aqui.

sem causar iniquidades, exige saber que tipo de diretriz moral³¹⁶ a norma induz. Dessa forma, o Direito poderá se posicionar diante do fato de que é materialmente impossível distribuir igualmente para todos os cidadãos, em um só tempo, o mesmo tipo de tentativa de cura caríssima que alguns magistrados têm deferido de forma rotineira.

Assim, primeiramente, será mostrado qual o contexto do debate, ao se analisar, em uma apertada síntese, o campo da filosofia política; em seguida, a ideia é compreender qual o sentido da norma constitucional específica e qual a sua abertura de conteúdo filosófico afora a dimensão descritiva; e, por fim, vou fazer uma análise da jurisprudência dominante e recorrente ao se tratar sobre o direito à saúde.

3.1 O debate filosófico-político

Ao final do século XX, diante de uma conjuntura histórica complexa, marcada, entre outros, pela derrocada do autoritarismo comunista no Leste Europeu, pela reconstrução estatal dos países latino-americanos após longas ditaduras militares, e pela convivência de grupos étnicos e religiosos em sociedades multiculturais, a filosofia política começou a refletir sobre a retomada das relações entre ética, direito e política³¹⁷. Surge, então, uma discussão sobre universalismo de pretensões, sejam econômicas, sejam democráticas, e o particularismo contextual e cultural. Dessa maneira, a agenda filosófica contemporânea acabou por direcionar-se para o debate liberal-comunitário³¹⁸.

Assim, se, por um lado, o liberalismo já é um velho conhecido na formação dos Estados modernos, na consolidação do capitalismo e nos estudos sobre política; por outro lado, apenas em 1980, são produzidas, nos países anglo-saxões, as primeiras críticas comunitárias à tradição liberal, motivadas principalmente pela publicação da célebre obra de John Rawls sobre a teoria da justiça (que fora publicada em plena Guerra ao Vietnã) e sobre “projeto deste de interpretar os direitos individuais numa sociedade genuína, [mas não irreduzivelmente] pluralista, sem recorrer a qualquer visão substantiva do que seja o bem

³¹⁶ STERBA, James P. *Filosofia Política* In: AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006, p.398. Em suma, o objetivo é dizer que assumo como ponto de partida importante, para a discussão da aplicação do direito à saúde em decisões judiciais, a filosofia política, ainda que existam outros pontos de partida igualmente interessantes e fundamentais, como, por exemplo, o econômico e o baseado no existencialismo, os quais, aliás, não são uma preocupação direta no trabalho, porém, tangencialmente, serão abordados.

³¹⁷ CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p 75.

³¹⁸ STERBA, James P. *ibidem*.

humano”³¹⁹. Muito embora a maior parte dessa literatura tenha se firmado neste período, a discussão ética de fundo já estava, por sua vez, muito enraizada no tempo³²⁰.

É mister ressaltar que o comunitarismo (ou neocomunitarismo³²¹), como doutrina ético-política cujos temas chave, em geral, são inconfundíveis, não foi inteiramente sistematizado³²². Na realidade, toda essa discussão filosófica e política, apesar de possuir referenciais teóricos bem definidos, não observa classificações bem delimitadas, quiçá absolutas. Justamente por esse motivo, trabalharei primeiramente com uma organização possível do “estado da coisa”, posteriormente tentarei traçar os perfis do liberalismo e do comunitarismo, abordando suas características mais importantes (principalmente ligados ao caso do direito à saúde), e, por fim, farei considerações a respeito da utilização desses pensamentos teórico-políticos.

3.1.1 O cenário das várias correntes da filosofia política

No debate teórico sobre o que é discutido no âmbito da filosofia política encontram-se pelo menos quatro grandes correntes de pensamento e há inúmeras maneiras de introduzir a discussão. Nesse contexto, utilizo a seguir uma terminologia proposta por José Eduardo Faria³²³ ao prefaciar a obra de Gisele Cittadino, e por outros autores³²⁴. Reconheço a possibilidade de haver outras maneiras que consigam explicar o mesmo objeto de forma diferente, sem prejuízo às teorias dos autores de cada pensamento³²⁵.

- a) *Liberais libertários* (liberalismo clássico; liberalismo tradicional; liberalismo de mercado; liberalismo proprietarista³²⁶; conservadorismo libertário³²⁷; neoliberalismo)

³¹⁹CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Comunitarismo, Liberalismo e tradições morais em Alasdair MacIntyre. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe N. de A. e S (orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

³²⁰GONÇALVES, Gisela. **Comunitarismo ou liberalismo?**. Portugal: Universidade da Beira Interior, set. 1998, p.1. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>. Acesso em 12 de julho de 2010.

³²¹FORNERO, Giovanni. Comunitarismo. In ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 194.

³²²FRAZER, Elizabeth. Comunitarismo. In: HONDERICH, Ted. **Enciclopedia Oxford de Filosofia**. Trad. Carmen García Trevijano. Madrid: Tecnos, 2001, p. 187.

³²³FARIA, José Eduardo. op. cit. p. xviii.

³²⁴De modo que não reivindico nenhuma originalidade para aquela que escolhi. Assim como Álvaro de Vita, em sua recente obra, “o que fiz foi procurar um ponto de vista amplo o suficiente para permitir uma visão de conjunto da paisagem normativa que temos diante de nós”. VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.1.

³²⁵Observo que, entre parênteses, e diante dos itens, sinalizo outras nomenclaturas não exaustivas que também são comumente vinculadas e utilizadas para especificar as diferentes correntes.

³²⁶Quanto esta última terminologia vide: PARIJS, Philippe Van. **O que é uma sociedade justa? Introdução a prática da filosofia política**. São Paulo: Ática, 1997, p. 210-212.

Os adeptos desse marco teórico, em geral, apresentam uma concepção marcada pela defesa do livre mercado, das liberdades negativas, e por ser radicalmente individualista: cada um deve determinar sozinho o seu projeto de vida. O valor liberdade é exaltado ou privilegiado em relação a tudo que pareça sufocá-lo: para ser justa, uma sociedade deve ser livre. Representa, portanto, uma corrente política que insiste na exigência de limitar a intervenção do Estado na vida pública – daí a defesa de um “Estado mínimo”, e cuja principal função é salvaguardar os direitos individuais de liberdade. Os autores que defendem essa típica teoria liberal são, principalmente, Robert Nozick e Friedrich Hayek.

Como essa é uma síntese, e não tem o condão de mostrar todas as teorias com uma profundidade de detalhes, é mister ressaltar que é sabida uma possível distinção entre o liberalismo clássico e o chamado libertarismo³²⁸. No entanto, como essas duas tradições, por suas peculiaridades, estão mais próximas do que o pensamento político seguinte (liberalismo igualitário), é que, nesta pesquisa, essas duas formas de liberalismo são agrupadas em um só conjunto, e, para maior compreensão das formas de pensamento, tidas como se uma só fossem. Portanto, a partir de uma preocupação com a linguagem unívoca e sem maiores contradições, aplicar-se-á, neste tópico, para essas formas de liberalismo clássico, conservador e radical, o instrumento metodológico do “tipo ideal” (conceitos analíticos gerais e ideais), que já foi utilizado e explicado no último tópico do segundo capítulo.

Nesse contexto, o que se segue é que as ideias desse tipo de liberalismo, apesar de terem assumido várias formas, todas têm em comum muitas características, entre elas:³²⁹

³²⁷“É particularmente importante distinguir libertários dos “neoconservadores”, [os quais, por sua vez, têm um interesse peculiar em restaurar valores tradicionais, preocupação essa não necessariamente idêntica ao dos primeiros], embora ambos sejam parte do movimento por políticas a favor do mercado livre sob Thacher e Regan e, portanto, sejam colocados juntos sob o rótulo de “Nova Direita””, que é o que interessa neste tópico. KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 121.

³²⁸“O libertarismo se refere a uma gama de teorias que dão estrita prioridade à liberdade (entendida em termos negativos) sobre outros valores, como autoridade, tradição e igualdade. (...) O libertarismo é por vezes diferenciado do liberalismo porque este último, mesmo em sua forma clássica, recusa-se a considerar a liberdade mais importante que a ordem. Entretanto, sua diferença em relação ao anarquismo reside no fato de os libertários em geral reconhecerem a necessidade de um Estado mínimo, às vezes chamando a si mesmos de “minarquistas”.” HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas: Do liberalismo ao fascismo**. v. 1. São Paulo: Ática, 2011, p. 95. Ademais, “nem todos os que preferem o mercado livre são libertários, pois nem todos compartilham a visão libertária de que o mercado livre é inerentemente justo”. KYMLICKA, Will. Op. cit., 2006, p. 119.

³²⁹FARIA, José Eduardo. Prefácio. In CITTADINO, Gisele. Op. cit., 2009, p. xviii. Aliás, importante ressaltar que, como visto, essa forma de Estado Liberal apoia-se em diferentes doutrinas, demonstradas em diversos tipos de classificação, mas as mais recorrentes, diante dessas características são: direitos naturais, utilitarismo, liberalismo econômico, darwinismo social e neoliberalismo. A propósito, essa delimitação teórica, na qual o Liberalismo clássico é composto por essas cinco formas de pensamento listadas, assim como a feita por José Eduardo Faria (mencionada e que intitula este e os demais tópicos), são, ao meu ver, complementares e servem de pressupostos para esse trabalho, uma vez que demonstram de forma clara o “estado da coisa”. HEYWOOD, Andrew. Op. cit., v. 1, p.55.

- As instituições coercitivas se justificam moralmente quando promovem a liberdade, ou seja, o aparato coercitivo-jurídico do Estado moderno é, em grande medida, utilizado para pressionar o indivíduo e para, inclusive, violar os seus direitos, por exemplo, quando o obriga a ajudar seus pares, ou o proíbe de realizar certas atividades para proteção contra roubos, fraudes, e violência³³⁰.
- As ideias de justiça social são, em princípio, um contrassenso por comprometer as liberdades inerentes ao homem. Dessa maneira, uma sociedade justa é uma sociedade que não permite que seja extorquido do indivíduo o que lhe é devido, em virtude de direitos pré-sociais³³¹. A justiça seria, para essa corrente, apenas a medida que regula o mercado para assegurar a igualdade de oportunidades e os direitos individuais.
- A livre apropriação seria o único princípio de justiça. Afinal, para essa doutrina, as leis de mercado são as leis naturais e a liberdade econômica seria o pressuposto de qualquer outra forma de liberdade - uma derivação, inclusive, do argumento de John Locke de que o Estado deve salvaguardar a propriedade³³².
- Os libertários afirmam que quando a liberdade é assim encarada, somente um Estado mínimo com função residual de suplência do mercado seria justificável. Hayek³³³ acredita que existem algumas esferas nas quais a intervenção estatal é desejável (como exemplo, a ordem pública e a tutela de minorias), enquanto Nozick³³⁴, em seu libertarismo radical baseado em direitos, sustenta que o Estado, para ser considerado legítimo e suas ações justificáveis, está limitado às funções de proteção contra a força e de fiscalização do cumprimento de contratos. A ação pública do Estado segue, assim, conforme os valores ensejados nesse contexto³³⁵.
- Essa tradição defende ainda um individualismo egoísta e a reponsabilidade individual, nos quais “a sociedade é, portanto, vista de forma atomística, composta por uma coleção de indivíduos autossuficientes³³⁶, criaturas racionalmente interesseiras; apoia uma liberdade negativa (ausência de limitações

³³⁰NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, p. IX.

³³¹PARIJS, Philippe Van. **O que é uma sociedade justa? Introdução a prática da filosofia política**. São Paulo: Ática, 1997, p. 211.

³³²P.J.W. Liberalismo. In: AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006, p. 566

³³³HAYEK, Friedrich Auguste. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984, *passim*.

³³⁴NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991, *passim*.

³³⁵G.F. Liberalismo. In ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.698.

³³⁶HEYWOOD, Andrew. Op. cit., v. 1, p.55.

externas ao indivíduo) e uma justiça baseada em direitos; e sustenta uma economia de mercado autorregulada³³⁷.

Assim, considerando que essa corrente de pensamento é incompatível com o contexto atual da maioria dos países ocidentais, pois, em geral, ela não acredita na possibilidade de se formular um ideal de justiça distributiva compatível com o pluralismo contemporâneo³³⁸ e a responsabilidade social, este estudo não a tomará como foco de análise. Isso pois, em outras palavras, para essa doutrina, a justiça distributiva (consubstanciada em programas de bem-estar social liberais-igualitários e/ou comunitários) é uma perigosa ilusão que pode limitar a autodeterminação individual e negar a dignidade das pessoas³³⁹, de modo que todas as soluções sociais para o problema da desigualdade social deveriam ser proscritas e, em última instância, o apelo seria, no máximo, à generosidade voluntária³⁴⁰. Ora, sabendo que, por sua vez, uma discussão sobre o direito à saúde nada mais é que também um debate público sobre igualdade e justiça³⁴¹, seria incompatível utilizar o modelo libertarista como referência, pois este, em termos de saúde, tende a estar vinculado a um contexto em que o mercado detém função predominante e no qual os serviços essenciais, em sua maior parte, ficam à mercê das grandes corporações privadas.

³³⁷“(…) é uma economia dirigida pelos preços de mercado e nada além dos preços de mercado. Um tal sistema capaz de organizar a totalidade da vida econômica sem qualquer ajuda ou interferência externa”. POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. 4 ed. Trad. F. Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, p. 63.

³³⁸ FARIA, José Eduardo. Prefácio. In CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xix.

³³⁹Nesse sentido, observa Kymlicka: “os libertários defendem as liberdades de mercado e exigem limitações ao uso do Estado para a política social. Portanto, eles se opõem ao uso de esquemas de tributação redistributiva para implementar uma teoria liberal de igualdade. (...) [Desse modo], não há nenhuma educação pública, nenhuma assistência médica pública, transportes, estradas nem parques. Todos eles envolvem tributação coercitiva de algumas pessoas contra a sua vontade, violando o princípio “de cada um, como escolher, para cada um, como escolhido””. KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 119, 123, e 156-158. Interessante notar ainda que, esse mesmo autor, afirma, *a posteriori*, que o libertarismo talvez não pudesse ser defendido em termos de posse de si mesmo, consentimento, autodeterminação ou dignidade, tal qual afirma Nozick, pois todos esses são critérios indeterminados ou sustentam o igualitarismo liberal.

³⁴⁰ DELACAMPAGNE, Christian. Idem, p.122. Ademais, “Nozick, partidário do modelo de Hayek, (...) apresenta diversas teses em contraposição à redistribuição de renda, defendendo que cada indivíduo tem direito legal sobre seus bens e as repartições devem se dar perante a troca, sendo injusta a repartição feita pelo Estado. Nozick expõe três princípios [na teoria da titularidade]: [1] princípio de apropriação legítima – pode-se tomar para si algo que não possui dono (Nozick reafirma a ideia proposta por Hobbes de que a terra não é de ninguém, diferentemente de Locke, que defende que ela é um bem de todos); [2] princípio da transferência – pode-se vender, doar, trocar etc. aquilo que lhe pertence; e, finalmente, [3] princípio da compensação - deve-se indenizar casos de direito que foram infringidos”. VALEIRÃO, Kelin. **Sobre a antinomia: liberalismo versus comunitarismo**. Disponível em: < <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/cienciassociais/0021.html>>. Acesso em 27 de setembro de 2010. Vide ainda: NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991. E KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 122.

³⁴¹SEN, Amartya. Por que equidade na saúde?. In: SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 73.

- b) *Liberais contratualistas*³⁴² (liberalismo igualitário ou liberalismo do bem-estar³⁴³, ou liberalismo solidarista³⁴⁴, ou liberalismo moderno ou do século XX³⁴⁵; ou liberalismo social-democrata³⁴⁶; liberalismo progressista³⁴⁷)

Tanto o libertarismo como esta outra forma de liberalismo estão comprometidos amplamente com o indivíduo. Semelhança essa que se deve, então, à suposição, por ambos, de que os direitos individuais são básicos e justificam as ações das instituições coercitivas³⁴⁸. Entretanto, o que eles têm de diferença e especificidade fica evidenciado em sua comparação: o liberalismo contratual é um modelo mais moderado, defende liberdades positivas, economia controlada, bem-estar e justiça como equidade, e já apresenta determinada preocupação coletiva de distribuição e de responsabilidade social³⁴⁹. Representa, portanto, um casamento entre o novo e o velho liberalismo, personificando as tensões ideológicas e teóricas. Ainda assim, os liberais clássicos afirmam que este pensamento, na verdade, rompeu com os princípios e doutrinas definidoras do liberalismo: especificamente, o abandono do individualismo e a aceitação do coletivismo³⁵⁰.

Esse pensamento é herdeiro, entre outros, de Locke, Hobbes, e Kant, e, na atualidade, tem outros grandes expoentes, como John Rawls, Ronald Dworkin, Thomas Nagel, Bruce Ackerman, Charles Larmore e Isaiah Berlin³⁵¹. Em geral, apesar de esses autores não concordarem plenamente entre si³⁵², eles tratam de questões relacionadas ao reconhecimento

³⁴²Como dito, essa é uma terminologia utilizada por José Eduardo Faria. Porém, complementa Parijs, há outros autores que, apesar de entenderem que as duas doutrinas liberais – tanto a clássica, como a moderna – são, na realidade, contratualistas, também acreditam ser pertinente o exercício tipológico em grupos teóricos, e isto por perceberem a multiplicidade e a estrutura das escolhas efetuadas por cada doutrina. PARIJS, Philippe Van. **O que é uma sociedade justa? Introdução a prática da filosofia política**. São Paulo: Ática, 1997, p. 218. Assim, muito embora os liberais clássicos sejam contratualistas em alguma medida (como Hobbes e Locke), o foco nesse novo tipo de liberalismo, está nos novos contratualistas como John Rawls.

³⁴³ W.K. Liberalismo. In HONDERICH, Ted. op. cit. p.622.

³⁴⁴PARIJS, Philippe Van. Idem. p.212.

³⁴⁵HEYWOOD, Andrew. Op. cit., v. 1, p.64.

³⁴⁶ CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000, p.5

³⁴⁷VALLESPÍN, Fernando. Introducción. In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993, p. 11.

³⁴⁸STERBA, James P. Filosofia Política In: AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006, p.397.

³⁴⁹PARIJS, Philippe Van. Ibidem.

³⁵⁰HEYWOOD, Andrew. Idem, p. 65.

³⁵¹BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. **Libéraux et communautariens**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 4.

³⁵²“Os liberais, na linha de Hobbes, defendem que a política está desprovida de significação moral, que o Estado não é mais do que um instrumento destinado a assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos numa determinada sociedade contractualista. Já na linha de Kant, consideram que o Estado tem uma função moral autêntica e que transcende as considerações pragmáticas ou naturalistas determinantes para os anteriores. Aqui incluídos encontramos Rawls, Dworkin, Larmore, para quem, a política não tem por obrigação responder às exigências de sobrevivência mas sim garantir a cada um, e de maneira igualitária, a liberdade de escolher e de

dos direitos civis e a sua efetividade dentro da concepção que reconhece, em geral, a sociedade como um somatório entre a afirmação de identidades e a eclosão de conflitos a partir de distintas formas individuais de se pensar a boa vida³⁵³ (ou vida digna³⁵⁴).

Nesse contexto, é importante ressaltar que o termo “liberal”, por conta dessa tipologia diferenciada de tradições, pode gerar problemas de compreensão se feita acriticamente e/ou fora de contexto. A expressão, nesse sentido, não parece ter, por exemplo, nos Estados Unidos a mesma acepção que lhe é atribuída na Europa³⁵⁵ e no Brasil³⁵⁶. Interessa notar que, para o país norte-americano, marcado em boa parte por uma ideologia liberal econômica conservadora (*conservative* ou *new-conservative*), referir-se a algo/alguém como sendo “liberal” pode também, dicotomicamente, significar como se social-democrata fosse, ou seja, admite-se a possibilidade de uma forma de liberalismo que, ao contrário da corrente mais radical, busque o máximo de liberdade ao mercado e, simultaneamente, defenda o controle e a ingerência estatais naqueles aspectos que sejam decisivos para a estabilidade econômica e política, o que passa naturalmente pela aproximação entre moral e política, como intenta John

perseguir uma concepção da "vida boa", nos limites do respeito de uma capacidade equitativa por parte dos outros.” GONÇALVES, Gisela. **Comunitarismo ou liberalismo?**. Portugal: Universidade da Beira Interior, set. 1998, p.3. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>. Acesso em 12 de julho de 2010.

³⁵³“Boa vida”, ou “vida boa”, é um conceito que é mencionado, em grande medida, para aqueles que retomam a noção de justiça proporcional e distributiva. Isso porque essa concepção acaba por nortear a maior parte das teorias de justiça e de igualdade modernas, as quais serão abordadas neste trabalho. No entanto, definir o que venha a ser boa vida se mostra um trabalho árduo, e muitas vezes não está demonstrada de forma tão explícita nas obras estudadas. Assim, para tentar balizar o que, em geral, está a se falar ao utilizar esse conceito, para fins de corte metodológico, utilizo a definição de Aristóteles: quando o homem consegue organizar, a partir de bons hábitos, as possibilidades de sua própria natureza e ainda levar em conta as circunstâncias que o rodeia, utilizando-as como apoio e não como obstáculo à sua ação, alcança o a finalidade que deseja, isto é, consegue levar uma vida racional, feliz, e justa, isto é, uma boa vida, na qual as escolhas e decisões são moralmente virtuosas e orientadas para o bem e para felicidade. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4 ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2009, p. 32-36; e, ADLER, Mortimer J. **Aristóteles para todos: uma introdução simples a um pensamento complexo**. Trad. Pedro Sitte-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010, p.105. Para ver também um bom argumento sobre que elementos da vida possibilitam o florescimento ou a *eudaimonía*, em torno da noção de vida boa, fortuna, fragilidade e bem humano: NUSSBAUM, Martha C. **A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega**. Trad. Ana A. Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.5.

³⁵⁴FARIA, José Eduardo. Prefácio. In CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xviii.

³⁵⁵Um “contraste, que predominou principalmente entre o fim do século XVIII e a primeira metade do século XIX, discriminando o Liberalismo continental [europeu] do inglês, foi provocado pelos diferentes contextos culturais em que atuam os liberais”, de forma que surgiram, respectivamente, um Liberalismo ético e um Liberalismo utilitarístico. O primeiro teve sua origem – através de Kant e Constant – em Rousseau, enquanto o segundo – através de J. Bentham e James Mill – a teve em Hobbes. “[Tudo] não passa, porém de, um parênteses, visto que desde de John Stuart Mill é enfatizado o liberalismo ético, que caracterizará todo o sucessivo Liberalismo inglês”. MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 12 ed, 2004, p.689/690. Aliás, as ideias de J.S. Mill foram descritas como “o cerne do liberalismo”, pois ele construiu uma “ponte” entre o liberalismo clássico e o moderno.

³⁵⁶RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **Tópicos da filosofia contemporânea**. Londrina: UEL, 2001, p. 284.

Rawls³⁵⁷. No Brasil, essa divisão do grupo liberal, como duas posições distintas que marcam forte oposição no cenário nacional, não parece ser tão clara e evidente como o é no país americano³⁵⁸, e, por outro lado, diferentemente dos conservadores americanos, o liberalismo igualitário não se confunde com o socialismo, tampouco.

Demonstrar e revelar esse dissenso terminológico e essa diferença teórica das duas formas de liberalismo, aqui, é importante para viabilizar a possibilidade de cotejo entre o liberalismo igualitário com o comunitarismo. Ou melhor, para garantir a comparação entre projetos políticos de sociedade que são próximos (em algumas concepções) um do outro, que admitem a intervenção estatal, e que, no caso da saúde, por exemplo, conseguem entender que há prejuízo na redução da justiça distributiva em atividade benevolente, caridosa, como uma solução para os conflitos em torno desse direito constitucional. Aliás, justamente por essas características, essa corrente especificamente será estudada e caracterizada mais à frente de forma mais aprofundada.

c) Comunitaristas

No final do século XX, como visto, apareceu o movimento comunitarista no cenário da filosofia política, questionando determinados aspectos do individualismo, criticando algumas características do liberalismo, e em defesa de certos movimentos sociais.

A doutrina comunitarista é, nesse contexto, uma doutrina ético-política, cujos autores mais conhecidos são: Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer, Michael Sandel, e Robert Bellah³⁵⁹. Assim, opondo-se às tendências atomísticas, emotivistas e relativistas da ética moderna e remetendo-se a Aristóteles, Hegel e à tradição republicana da Renascença (em destaque, a obra de Maquiavel), o comunitarismo defende uma concepção solidarista e

³⁵⁷Ressalta-se que, apesar da preponderância do liberalismo no país, nos Estados Unidos não houve um movimento expressivo em favor da criação de qualquer espécie de Estado empresário. Por outro lado, “a corrente forte (liberal, em grande medida identificada com o Partido Democrata) caracteriza-se pela adoção de mecanismos oficiais destinados a promover a elevação dos padrões de renda da minoria que não consegue fazê-lo através do mercado (*New Deal* de Roosevelt; *Big Society* de Lyndon Johnson etc.)”. Observa-se, entretanto, que essa linha de liberalismo social está, de fato e em princípio, vinculada ao Partido Democrata dos EUA, uma vez que o Partido Republicano, por sua vez, tende a admitir um libertarismo econômico. CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 5/10. De todo modo, o que interessa de tal diferenciação nesse estudo é a possibilidade de demonstrar que há uma forma de liberalismo que consegue perceber moralmente a justiça e a responsabilidade social de forma mais evidentes, ou, no mínimo de alguma forma.

³⁵⁸Essa informação pode suscitar uma série de complexidades a respeito da formação do Estado, da política e da cultura brasileiros. Apesar de não ser o foco, entender que há uma diferença entre concepções liberais e admitir que ela não é tão explícita no Brasil pode ser importante na hora da análise das decisões.

³⁵⁹BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. Op. cit., p. 4.

contextualista da moral³⁶⁰, e insiste em realidades substanciais e concretas, como: ética de virtudes, tradições coletivas, comunidades históricas, e a noção de bem coletivo³⁶¹.

Nesse contexto, há ainda uma distinção importante, dentro do pensamento comunitarista, entre o chamado construtivismo social e o comunitarismo de valores, cuja aplicação e influência um no outro ainda são controversas entre teóricos. O construtivismo social se refere às teses que defendem que, mais do que dada, a realidade social está construída de forma contingente e é a base de relações sociais e das práticas humanas. E o comunitarismo de valores se subdivide em duas percepções. Em primeiro plano, propõe o compromisso com valores coletivos, os quais não poderiam ser desfrutados pelo indivíduo como tal: ao contrário, a premissa é de que o prazer de cada pessoa dependeria do prazer dos outros. E, em último plano, o compromisso com os bens públicos³⁶².

Para demonstrar a diferença dessa corrente com o pensamento liberal, algumas proposições comunitárias podem ser desdobradas das afirmações acima e aqui destacadas³⁶³:

- O comunitarismo coloca em xeque a pressuposição de um sujeito universal e não situado historicamente. Uma das críticas mais veementes ao liberalismo, então, é a defesa, por parte destes teóricos, das concepções demasiado individualistas da

³⁶⁰FORNERO, Giovanni. Comunitarismo. In ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 194.

³⁶¹É mister salientar que, muito embora não sejam objeto de estudo, há outras duas correntes importantes na filosofia política, que revisitam conceitos como justiça social e igualdade, são eles: o socialismo e o feminismo. O comunitarismo não se confunde com a corrente do socialismo, que aceita a igualdade como o ideal fundamental, como justificativa inclusive das próprias instituições coercitivas, à medida que estas promovam essa mesma igualdade; e tampouco tem as mesmas reivindicações do feminismo, doutrina política segundo a qual as mulheres e os homens têm os mesmos direitos fundamentais. STERBA, James P. Filosofia Política In AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006, p. 397.

³⁶²FRAZER, Elizabeth. Comunitarismo. In HONDERICH, Ted. **Enciclopedia Oxford de Filosofía**. Trad. Carmen García Trevijano. Madrid: Tecnos, 2001, p. 187. Ademais, mesmo sabendo que as grandes bases de dados virtuais, como o Wikipedia, não são reconhecidos como referenciais de ampla confiabilidade, e tampouco utilizáveis nesse nível de estudo, acredito, no entanto, ser importante ressaltar que, ao se retratar o “estado da coisa”, no que tange a discussão sobre o comunitarismo, uma classificação particular é sempre mencionada, em diferentes culturas/idiomas, nesses sítios digitais, e merece, portanto, ser trazida aqui, mesmo que tão somente a título de conhecimento, qual seja: o comunitarismo filosófico, o comunitarismo ideológico e o comunitarismo *sensible* (Responsive Communitarianism, cujo maior expoente é Amitai Etzioni). A verdade é que a diferença entre eles não é, como esperado, clara e bem explicada, e, muito embora a maior parte da doutrina pesquisada não mencione em nenhum momento essas distinções, julguei importante tomar nota. **Communitarianism**. Disponível em: <<http://en.wikipedia.org/wiki/Communitarianism>>. Disponível em: <<http://www.wordiq.com/definition/Communitarianism>>. **Pensamiento comunitario**. Disponível em: <http://es.wikipedia.org/wiki/Pensamiento_comunitario>. GUERRA, Pablo. **Corrientes del Pensamiento Contemporáneo (XI): El gran debate filosófico de actualidad: comunitarismo vs. Liberalismo**. Disponível em: <<http://pabloguerra.tripod.com/C11.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

³⁶³FARIA, José Eduardo. Prefácio. In CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xix.

pessoa e radicalmente universalistas de sociedade, cujo potencial efeito seria desagregação do tecido social³⁶⁴.

- Enfatiza ainda a multiplicidade de identidades sociais e culturas étnicas presentes na sociedade contemporânea.

- E concebe a justiça social como a virtude na aplicação de regras a partir das especificidades de cada meio ou ambiente social. Nesse sentido, critica “os liberais por não serem capazes de lidar com as situações intersubjetivas e de ver os diálogos apenas como uma ‘sucessão alternada de monólogos’”³⁶⁵. Defende, por sua vez, que os indivíduos devem ser entendidos, como que “constituídos pelas instituições e práticas das quais eles são parte, e os seus direitos e obrigações derivam destas mesmas instituições e práticas”³⁶⁶.

Essa forma política e ética de se pensar também será mais aprofundada à frente, uma vez que, no estudo sobre a interpretação do conceito de direito à saúde no âmbito nacional, pode influenciar e ser determinante em nossa reflexão.

d) *Críticos-deliberativos* (ou procedimentalistas)

Formados na tradição greco-moderna hegeliano-marxista³⁶⁷, ou também numa tradição liberal anglo-saxã³⁶⁸, o modelo procedimentalista pode ser encontrado na politologia contemporânea em vários autores. Nesse contexto, destacam-se a obra e a teoria de Jürgen Habermas, para quem o procedimentalismo está focado nas chamadas “regras do jogo democrático” e na ética do discurso, cujo objetivo é obter um consenso generalizado, sem adjetivação, do que seja a própria democracia, e isso na medida em que se retira da política qualquer resquício de essencialismo, de substancialismo. Assim, diz Habermas:

³⁶⁴FORNERO, Giovanni. Comunitarismo. In ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 194.

³⁶⁵FARIA, José Eduardo. Prefácio. In CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xix.

³⁶⁶STERBA, James P. Filosofia Política In AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006, p. 397.

³⁶⁷“Sua doutrina é uma doutrina de lógica no sentido hegeliano amplo: uma análise filosófica dos pressupostos do discurso racional que inclui dentro de si todos os elementos substanciais manifestos das doutrinas religiosas e metafísicas”. RAWLS, John. Resposta a Habermas. In **Educação & Sociedade: Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, ano XVII, nº 57/especial, dezembro/96, p.628.

³⁶⁸É como considera Zaidan Filho, que complementa: “A contribuição de J. Habermas a essa teoria procedimental da democracia reside na incorporação daquilo que Hannah Arendt chama de “espaço público” ou “esfera pública”. Só que, ao contrário da pensadora alemã, a originalidade de Habermas reside no uso racional das regras do discurso argumentativo à disposição dos cidadãos-vox, e não numa qualidade republicana inata (a virtude cívica) em cada participante da assembleia política”. ZAIDAN FILHO, Michel. Honneth, Habermas e a dimensão política do reconhecimento. In **Gramsci e o Brasil**. Disponível em: <<http://www.acesa.com/gramsci/?id=679&page=visualizar>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

[a teoria procedimental] focaliza exclusivamente os aspectos procedimentais do uso público da razão e deriva o sistema de direitos da ideia de sua institucionalização legal. Ela pode deixar questões mais abertas [do que a justiça como equidade] porque confia mais coisas ao *processo* de opinião racional e formação da vontade ³⁶⁹.

Logo, o sentido da aplicação dessa visão procedimental estaria, em grande medida, voltado para uma ideia teórico-discursiva, ou seja, uma teoria do diálogo restrita do ponto de vista da moral e focada no procedimento da legitimação democrática. E, apesar de haver, conseqüentemente e *a latere*, um debate em torno da distinção entre justiça procedimental e justiça substantiva, J. Habermas parece acreditar que, uma vez atribuídas idealizações ao procedimento do discurso, os elementos de conteúdo são necessariamente embutidos neste, ou seja, sua preocupação está na tão somente garantia do processo democrático ³⁷⁰, por meio de um procedimento deliberativo ³⁷¹ que gere uma situação política justa, e cujos argumentos normativos constituem um padrão que permite ao “poder comunicativo” adquirir validade.

Há, no entanto, alguma dificuldade em tomar esta forma de raciocínio como base para a análise proposta aqui. De qualquer modo, para que fique mais compreensível esta corrente filosófica, determinadas características dela, defendidas principalmente por Habermas, são simplificadas, a seguir:

- A teoria procedimentalista afirma que os valores normativos modernos só podem ser entendidos por meio de leituras intersubjetivas. Desse modo, não existiriam valores predefinidos e absolutos que pudessem ser encontrados ou descobertos, por exemplo, por magistrados; “antes pelo contrário, estes conteúdos precisam ser construídos, argumentativa e discursivamente (ação comunicativa) no processo”³⁷², e isto com base na ideia de que a função essencial dos tribunais constitucionais seria a de garantir e implementar os procedimentos democráticos: a função do Estado não é a de tutelar apenas os direitos subjetivos, mas a

³⁶⁹HABERMAS, Jürgen Apud RAWLS, John. Resposta a Habermas. In **Educação & Sociedade: Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, ano XVII, nº 57/especial, dezembro/96, p.653.

³⁷⁰ “[P]odem ser apontadas duas correntes em princípio antagônicas: uma *substancialista*, que defende a função destacada do Judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos (...), e outra tida como *procedimentalista*, aqui representada pelo pensamento de Jürgen Habermas, para quem a função daquele órgão consiste em assegurar processos democráticos”. LEAL, Mônica Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. In **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 4, n.17, jul./set. 2004, p. 41.

³⁷¹HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, cap. III.

³⁷²LEAL, Mônica Clarissa Hening. Op. cit., 2004, p. 55.

participação e a autonomia pública e privada dos cidadãos, em contraposição à concepção intervencionista e paternalista³⁷³.

- Ademais, só a razão comunicativa³⁷⁴, cujo elemento de mediação é a linguagem, possibilita “acordos sem constrangimento”³⁷⁵ em condições de se irradiar para toda a sociedade. Nesse modo de entender, a legitimidade do direito não se apoia nem exclusivamente no direito do indivíduo, nem no estado dos virtuosos do povo soberano, mas na mediação comunicativa, no princípio do discurso do direito³⁷⁶, que se baseia, por sua vez, na seguinte premissa³⁷⁷: só são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais.

Por essa posição mediadora, ou melhor, exclusivamente focada nos aspectos procedimentais do uso público da razão, na visão de Habermas, a diversidade de concepções individuais a respeito da vida digna, enfatizada pelos liberais, e a multiplicidade de formas específicas de vida que compartilham valores, costumes e tradições, defendida pelos comunitaristas³⁷⁸, não estão comprometidas, nem se posicionam uma em detrimento da outra,

³⁷³Para os procedimentalistas, “não há valores universais e imutáveis, dados, especialmente em se tratando de sociedades que não possuem tradições e valores históricos compartilhados. Por isso Habermas propõe substituir a moralidade e os valores preexistentes por um processo comunicativo, de construção de identidades”. LEAL, Mônica Clarissa Hening. Op. cit., 2004, p. 50/52.

³⁷⁴“A proposta é de substituir o conceito da razão prática, que até então mediava a relação entre sociedade e racionalidade (...), pelo conceito de razão comunicativa, a partir da qual seria possível compreender em larga medida o problema da integração sob a ótica da tensão entre facticidade e validade. Isso porque a razão comunicativa é compreendida a partir do *medium* da linguagem cotidiana, liberando-se, portanto, do elemento moral que estava presente na razão prática, sendo capaz, contudo, de se abrir ao mesmo tempo para discursos morais, éticos e pragmáticos”. XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo & dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 41.

³⁷⁵“Quanto mais igual e imparcial, quanto mais aberto for esse processo e quanto menos os participantes forem coagidos e estiverem dispostos a ser guiados pela força do melhor argumento, mais provável será que os interesses verdadeiramente generalizáveis sejam aceitos por todas as pessoas afetadas de modo relevante. (...) Além disso, Habermas sustenta que os resultados do trabalho da razão pública por meio de procedimentos democráticos são razoáveis e legítimos”. RAWLS, John. Resposta à Habermas. In **Educação & Sociedade: Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, ano XVII, nº 57/especial, dezembro/96, p.656.

³⁷⁶“Na análise de Habermas, tanto a moral quanto o direito têm como base comum o princípio do discurso. (...) A moral é regulada pelo princípio “U” (universalização) e o direito pelo princípio da democracia. O Direito não medeia a moral e a democracia, ele é tensão permanente entre facticidade e validade (tanto instituição social que regula a ação, quanto um texto de proposições e de interpretações normativas por meio das quais o direito é legítimo. (...) Sendo regulado pelo princípio da democracia, o direito se abre para a justificação de diversos tipos de discurso, dos quais depende a sua legitimidade. (...) [A] legitimação do direito positivo se dá a partir do princípio do agir comunicativo na formação da opinião e da vontade”. XIMENES, Julia Maurmann. Op. cit., 2010, p. 43.

³⁷⁷HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 113-168. REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 2 ed. Trad. Vilmar Schneider. Petrópolis: Vozes, 2009, p.86.

³⁷⁸FARIA, José Eduardo. Prefácio. In CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. xvii/xviii.

mas isso se dá apenas porque, no final, não trata o procedimentalismo da mesma análise dessas correntes filosóficas outras.

Nesse sentido, o problema é que, como mencionado anteriormente, essa teoria não serve de marco teórico para o debate substantivo pretendido, pois, para esta doutrina, só há um contexto em que se produz acordos morais, os quais são dados pela ação comunicativa da formação da opinião e da vontade discursivas – ou seja, a busca pela legitimidade via procedimento. Assim, essa corrente não é suficiente para resolver o debate sobre direito à saúde, no qual se procuram essencialmente os pressupostos substantivos da discussão³⁷⁹: daí o cotejo entre liberais e comunitários. Essa insuficiência se dá apesar de Habermas repudiar o individualismo da propriedade, reconhecer que o processo de interpretação e aplicação do direito deve não apenas considerar a validade das normas e defender a doutrina segundo a qual os direitos subjetivos não têm seu núcleo composto por indivíduos atomísticos e alienados, e sim, pela cooperação dos indivíduos e de seu reconhecimento mútuo. Vale ressaltar que alguns teóricos compreendem que, em verdade, a teoria de Habermas, por primar pelo diálogo coletivo, faria parte, ou se associaria, à teoria comunitarista, mas mesmo que assim o fosse, são preponderantes os argumentos em torno do procedimentalismo, por isso não será essa teoria uma opção de análise neste trabalho.

Para fazê-lo, não basta apenas o contexto do discurso (é o caso, por exemplo, das audiências públicas, que, na prática, figuram apenas como medidas incipientes e alternativas de solução judiciais³⁸⁰), e tampouco de uma doutrina que não se fundamenta em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas essencialmente em procedimentos – é, a propósito, justamente por isso que o processo comunicativo é visto como um projeto aberto³⁸¹.

Ademais, mesmo que se considere a ideia de legitimidade procedimental, como hipótese para resolução desses problemas, tem-se que só parece ser plausível admitir essa teoria para uma sociedade civil (cuja liberdade comunicativa acontece em fóruns, palcos, arenas, etc), em uma sociedade razoavelmente bem-ordenada³⁸². Em sociedades como a

³⁷⁹ RAWLS, John. Resposta à Habermas. In **Educação & Sociedade: Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, ano XVII, nº 57/especial, dezembro/96, p.659.

³⁸⁰LIRA, Daiane Nogueira de. **A audiência pública da saúde e o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde**. Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto4.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2011. Ressalto que a autora, em seu trabalho de mestrado, aprofundou a análise, procurando introduzir e aprofundar a discussão sobre a realização de audiências públicas pela Corte Constitucional no direito brasileiro, como instrumento de legitimação das decisões do STF em sede de controle de constitucionalidade.

³⁸¹LEAL, Mônica Clarissa Hening. Op. cit., 2004, p. 51.

³⁸²RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 5. Nessa mesma direção, indica Luiz Eduardo Abreu: MCCARTHY, T. **Kantian constructivism and reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue**. Ethics, 1994, p. 44-63.

brasileira, cujas instituições democráticas não são, de todo, bem-ordenadas, ou, no mínimo, as tomadas de decisões não são acessíveis faticamente a número significativo de sujeitos capazes de falar e de agir, essa garantia de legitimidade é enfraquecida e o modelo procedimental demonstra-se de difícil utilização pragmática nas funções estatais.

Em suma, no cotejo de todos esses pontos, e com respeito aos autores³⁸³ que se utilizam de teorias procedimentalistas e descritivas, como são as de Habermas e Luhman, para analisar o direito à saúde, neste trabalho, especificamente, em que se pretende discutir questões de conteúdo e analisar normativamente as teorias políticas, acredito ser difícil a utilização, com êxito, desses referenciais teóricos, apesar de admitir sua importância no campo das discussões teóricas.

3.1.2 Liberalismo contratualista x comunitarismo

Até esse ponto, foi proposta a assunção da seguinte premissa: é possível que algumas teorias da filosofia política se apresentem normativamente – conscientemente, ou não, e de forma implícita, ou expressa, pelos decisores – como prováveis matrizes epistemológicas a serem utilizadas na tomada de decisões distributivas de impacto coletivo. No entanto, como também visto acima, diante da realidade brasileira repleta de circunstâncias históricas e constitucionais e da preocupação filosófica com a organização social e institucional, duas posições políticas se destacam predominantemente: o liberalismo contratualista ou social, e o comunitarismo³⁸⁴.

Logo, antes mesmo de se procurar saber qual o sentido que o próprio art. 196 da CF visa em seu bojo, e quais princípios filosóficos prevalecem nas decisões judiciais analisadas, é melhor entender mais profundamente o que cada uma dessas duas linhas de pensamento defende, seus limites e sua relação com questões primordiais que fundamentam os direitos prestacionais, tais como a justiça distributiva e a noção de bem coletivo e individual³⁸⁵. E isso a partir de requisitos objetivos de análise, como a percepção entre chave coletiva e individual

³⁸³É o caso de Germano Schwartz.

³⁸⁴Ademais, convém ressaltar que a escolha das correntes filosóficas do liberalismo igualitário/contratual e do comunitarismo se deve, entre outros, ao fato de se tratar sobre a sociedade capitalista contemporânea ocidental – como de fato é a brasileira, a americana, a francesa, a canadense, a mexicana, etc. –, de modo que não faria sentido abordar, por exemplo, uma ideologia socialista, a qual, por sua vez, costuma ser definida pela sua oposição ao capitalismo, ou uma ideologia feminista, que está invariavelmente associado ao movimento feminino, de gênero, muito embora ambas ideologias também tenham a igualdade como principal valor.

³⁸⁵Ressalto que este trabalho não endossa o ceticismo. Um argumento cético possivelmente diria que se todas as maneiras de vida são igualmente valiosas, então, ninguém pode reclamar quando o governo escolhe um modo de vida específico para a comunidade, seja individual ou coletivista. Nesse sentido, o ceticismo deixa a questão por solucionar ou não se importa com o resultado. Não é o caso aqui. Aliás, é exatamente o oposto: o Poder Judiciário ao decidir sobre o direito à justiça automaticamente toma uma posição, individual ou coletivista, o objetivo é avaliar qual delas mais se encaixaria com a nossa sociedade, e qual seria mais desejável frente um ideal de isonomia democrático.

presentes nessas teorias, e na tentativa de argumentar, afinal, que a escolha dessas perspectivas influenciam sobremaneira a forma de se tomarem decisões judicantes e de se formarem conceitos jurídicos, como o do direito à saúde.

Nos próximos tópicos que se seguem, não se pretende demonstrar uma “evolução histórica” nem algo que poderia se denominar um “apanhado geral comparativo”³⁸⁶. O objetivo é tão somente identificar a inspiração e a influência de dois “projetos” políticos de sociedade, que são retratados em grande medida, no debate contemporâneo entre as posições liberal e comunitarista. Talvez, a forma mais organizada seja trazer os argumentos de certos autores³⁸⁷. Para tanto, as escolhas de quais autores serão analisados para cada teoria seguem uma opção deliberada de preferência e de observância à notoriedade no campo, e não significam, portanto, que existem apenas as teorias mencionadas, tampouco que a seleção delas representa, e tenha a pretensão de ser, a única verdade universal.

Insta salientar, ainda, que classificar e nominar um teórico como “contratualista”, “jusnaturalista”, “liberal”, ou “comunitarista”, etc, é, muitas vezes, trabalho árduo e impreciso. Afinal, repensar, modificar e transformar faz parte do trabalho acadêmico, e, ademais, especificamente nesse debate liberal-comunitário, há uma interseção entre esses grupos teóricos, na qual diversos autores compartilham preocupações similares, de modo que é difícil separar e simplificar suas obras em uma só categoria de análise. Assim, para abordar os argumentos de cada pensador, o importante não será propriamente encaixá-los em uma categoria específica, ainda que, por vezes, se faça necessário contextualizá-los em determinado grupo³⁸⁸, mas o foco será sempre a demonstração de suas teorias que podem estar construídas com parâmetros liberais ou comunitários, e as quais têm grande relevância no âmbito de cada ideologia política.

3.1.2.1 A ética-política liberal

³⁸⁶FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 42. Vide ainda: “[A] verdade é que, treinado em primeiro lugar – na maioria das vezes exclusivamente – para conhecer e operar o ordenamento, o jurista que ingressa na pós-graduação, por mais que esteja imbuído de boas intenções, não pode pretender, de uma hora para outra, escrever capítulos de história ou de sociologia que mereçam o reconhecimento de sociólogos e historiadores. Falta-lhes, para falar de um modo muito franco, traquejo para tanto”. OLIVEIRA, Luciano. Não me fale do Código de Hamurabi! – a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In: _____. **Sua excelência e comissário: e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p.151/152.

³⁸⁷Mesmo porque “raciocinar sobre questões morais é sempre raciocinar com alguém”. TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p.41.

³⁸⁸A minha preocupação ainda, em certo sentido, se assemelha às considerações de Vita ao afirmar que: “a pergunta pertinente, em meu entender, não é: “é essa uma interpretação correta dos textos [de determinado autor]?”, e sim: “até que ponto o argumento que está sendo proposto para enfrentar o problema x [no caso, o direito à saúde] é válido?””. VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.9.

O liberalismo não se resume, como visto, a uma doutrina única, e “veio a se confundir com o sentido da história do Ocidente moderno e supera em muito a ação de partidos liberais”³⁸⁹. Além do mais, detém dois grandes recortes³⁹⁰: o liberalismo clássico/libertarismo e o liberalismo contratualista. O liberalismo clássico e o libertário não são abordagens que servem para o fim da presente análise, pois são, em grande medida, pensamentos radicais, conservadores e, atualmente, anacrônicos (no mínimo, residuais), e, principalmente, porque não possuem em sua teoria uma forte afirmação da igualdade, o que seria relevante para a determinação dos direitos e deveres legais³⁹¹. Logo, para melhor definição do objeto e na tentativa de compreender o atual contexto teórico brasileiro, o foco será essa segunda corrente, a qual, por sua vez, convém mencionar, não é uma fórmula imutável e uniforme para todos os países ocidentais, mas serve de referencial nesse debate político³⁹².

Detentor de certa indefinição terminológica quanto às referências na história³⁹³, o liberalismo, como um fenômeno histórico continuado e ético-político, se manifestou na Idade Moderna (após o século XVI), com baricentro na Europa (embora tenha exercido notável

³⁸⁹MACEDO, Ubiratan Borges de. O liberalismo moderno. In: **Cadernos Liberais**. v. 2. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997, p. 15.

³⁹⁰ “A definição de Liberalismo como fenômeno histórico oferece dificuldades específicas, a menos que queiramos cair numa história paralela dos diversos Liberalismos. (...) A razão da inexistência de consenso quanto à definição comum, quer entre historiadores quer entre os estudiosos da política, é devida a uma tríplice ordem de motivos. Em primeiro lugar, a história do Liberalismo acha-se intimamente ligada à história da democracia; é, pois, difícil chegar a um consenso acerca do que existe de liberal e do que existe de democrático nas atuais democracias liberais. (...) Em segundo lugar, o Liberalismo se manifesta nos diferentes países em tempos históricos bastante diversos, conforme seu grau de desenvolvimento; daí ser difícil individualizar, no plano sincrônico, o momento liberal capaz de unificar histórias diferentes. (...) [E, por fim,] conforme os diferente países, que tinham diversas tradições culturais e diversas estruturas de poder, o Liberalismo defrontou-se com problemas políticos específicos, cuja solução determinou sua fisionomia e definiu seus conteúdos, que muitas vezes são apenas uma variável secundária com relação à essência do Liberalismo”. MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 12 ed, 2004, p.687.

³⁹¹KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 171. E GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 245.

³⁹² Assim, para fins de recorte metodológico, a partir desse momento, quando se falar nesse trabalho em “liberal”, na forma de adjetivo, o seu sentido confundir-se-á com o próprio substantivo, ou seja, o Liberalismo moderno, uma das formas substantivas do termo. Isso porque, mesmo sabendo que em trabalhos de História confundir liberais com o Liberalismo significa atribuir (“de forma globalizante, explicativa e não descritiva”) ao último um vasto conjunto de atitudes políticas, que muitas vezes não faziam parte do seu bojo originalmente, o que pretendo nesse trabalho é caracterizar dois *tipos-ideais* (como tais dificilmente encontráveis inteiramente puros de contaminações na realidade) de projetos de civilização e de Estado, no qual um é voltado à perspectiva mais individualista e outro, mais coletivista, ou seja, um liberal e um comunitário. Afinal, a preocupação principal está na aplicação da norma constitucional frente essas posições éticas-políticas possíveis. MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. Idem, p.688.

³⁹³ Alguns autores afirmam que, provavelmente, a “palavra ‘liberal’, como rótulo político, foi utilizada pela primeira vez nas cortes espanholas, em 1812, quando o parlamento se revoltou contra o absolutismo”. BARRETO, Vicente de Paulo. Liberalismo. In _____. **Dicionário de Filosofia Política**. Rio Grande do Sul: Uniensinos, 2010, p.307. No entanto, trata-se de “uma definição arriscada porque o mapa dos agrupamentos de movimentos ou de partidos liberais do século XIX e no século XX apresenta inúmeros espaços vazios; o que não significa que nesses países inexistiram ideias liberais”. MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. Idem, p.688.

influência nas colônias latinas e australiana³⁹⁴), esteve intimamente ligado ao surgimento do capitalismo industrial do século XIX, e serviu de resposta ao absolutismo monárquico. Assim, apesar de as particularidades culturais terem influenciado na construção do projeto político de cada sociedade, principalmente no âmbito europeu, inglês e americano (Revoluções liberais), o contexto de formação dos Estados nacionais e de avanços posteriores à industrialização, no qual os liberais encontravam cada vez mais dificuldades de manter a crença de que o individualismo econômico havia trazido prosperidade e liberdade para todos³⁹⁵, fez com que o liberalismo do século XX³⁹⁶ se definisse de forma própria e tivesse algumas características típicas³⁹⁷.

Ou seja, enquanto o liberalismo clássico, em geral, representa uma tradição que visa maximizar o domínio da ação individual irrestrita, por meio do estabelecimento de um Estado mínimo e da confiança no mercado, o novo pensamento liberal endossa a intervenção social e econômica do Estado como forma de promover o desenvolvimento pessoal, e não somente a satisfação de interesses. Por conseguinte, as concepções sobre Estado liberal tiveram que ser repensadas, pois o chamado Estado mínimo demonstrava-se cada vez mais incapaz de reparar as injustiças e as desigualdades da sociedade civil industrial. Dessa forma, os liberais modernos³⁹⁸ tenderam a apoiar, portanto, a criação de um Estado intervencionista ou promotor, sem, para tanto, romper com a noção de autodeterminação³⁹⁹ das pessoas, que lhe é tão peculiar.

³⁹⁴Mais especificamente, surgiu como doutrina na Inglaterra, fruto da Revolução Puritana de 1640 e da Revolução Gloriosa de 1688, e foi a base intelectual do processo de formação da nação norte-americana, tanto na Independência, em 1776, quanto na Assembleia Constituinte de 1787. Esse pensamento também está presente, nas revoluções francesas de 1789, 1830 e 1848, e no processo de unificação da Itália e da Alemanha. BARRETO, Vicente de Paulo. *Idem*, p.307/308.

³⁹⁵Temas como pauperismo, convulsão social e políticas industriais marcaram esse período. POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. 4 ed. Trad. F. Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, p. 112-114.

³⁹⁶ Observa-se que o liberalismo pode possuir, em geral, três enfoques: político, ético e econômico. O político constitui uma oposição às ideias absolutistas e busca nas teorias contratualistas a legitimação do poder, o qual não deveria ficar sob o monopólio de uma autoridade, mas, ao contrário, subordinado ao consentimento dos cidadãos. O ético, por sua vez, centra-se na garantia dos direitos individuais, como a liberdade de pensamento e expressão, a religião e o estado de direito, e rejeita inclinações paternalistas. O econômico, por fim, se opõe à intervenção estatal e o controle externo no livre mercado, que é viabilizado essencialmente com procedimentos típicos da economia mercantilista, como a concessão de monopólios e privilégios, e com a crença nas forças de mercado (“mão invisível”) – além disso, por estar intimamente ligado a uma teoria econômica clássica, este tipo último de enfoque de liberalismo acaba sendo ainda mais característico do liberalismo clássico/libertarismo. Importante ainda salientar que todas essas ideias liberais estão intimamente ligadas às noções de: defesa da propriedade privada e dos meios de produção; livre iniciativa; e competição.

³⁹⁷ HEYWOOD, Andrew. *Op. cit.*, v. 1, p.64.

³⁹⁸ Relembrando que aqui os chamados liberais modernos não são aqueles da era liberal clássica da Idade Moderna (após o século XVI), mas aqueles definidos como liberais contratualistas.

³⁹⁹A autodeterminação, inclusive, é um dos pontos de partida liberal para tratar as pessoas como iguais, como seres plenamente morais. Afinal, “todas acreditam que promovemos os interesses das pessoas ao deixar que escolham por si mesmas que tipo de vida querem conduzir. [Apenas] discordam quanto ao pacote de direitos e recursos que melhor capacita as pessoas a perseguir suas próprias concepções do bem. (...) [O] direito de ter

Nesse contexto, considerando que um dos temas centrais do liberalismo é o compromisso com o indivíduo e o anseio por uma sociedade na qual as pessoas possam se realizar e satisfazer seus interesses individuais – independentemente da aceitação liberal moderna da redistribuição e do bem-estar, a figura do indivíduo⁴⁰⁰ é uma característica desse pensamento, entre várias que o identificam, que se destaca como mais relevante para essa apertada síntese. A importância do indivíduo, portanto, gera consequências importantes e tensões de ideias antagônicas entre si, como de singularidade – uma vez que as pessoas detêm e são reconhecidas por suas qualidades interiores e atributos específicos – e de igualdade – visto que todos, por serem indivíduos, a princípio, compartilham o mesmo status⁴⁰¹.

Dessa maneira, a crença na primazia do indivíduo, apesar de ser um tema típico da ideologia liberal (“sem individualismo não há liberalismo”⁴⁰²), influenciou o pensamento dos autores de diversas maneiras, e chegou a ensejar alguns desdobramentos conceituais, entre eles atomismo⁴⁰³, individualismo⁴⁰⁴ e individualidade. Diante desse quadro, os liberais mais “modernos propagam uma forma progressista de individualismo que prioriza o florescimento

autodeterminação nas decisões importantes da vida é inviolável”. A título de informação, essa é a justificativa para que o liberalismo se oponha a atos de paternalismo estatal: “em princípio, nada exclui a possibilidade de que os governos possam identificar erros nas concepções de bem das pessoas, [porém] nenhuma vida será melhor por ser vivida exteriormente, segundo valores que a pessoa não endossa”. KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 253/255/ 259.

⁴⁰⁰Há que “distinguir dois sentidos da palavra “indivíduo”: (1) sujeito empírico da palavra, do pensamento, da vontade, amostra indivisível da espécie humana, tal como o observador encontra em todas as sociedades; (2) o ser [valor] moral, independente, autônomo e, assim (essencialmente) não social, tal como se encontra, sobretudo, em nossa ideologia moderna do homem e da sociedade. (...) Falar-se-á, assim, segundo o caso, de “holismo” e de “individualismo””. DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000, p. 75.

⁴⁰¹ HEYWOOD, Andrew. Idem, 41. Além disso, “o individualismo subentende, ao mesmo tempo, igualdade e liberdade”. DUMONT, Louis. Idem, p. 91.

⁴⁰²BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995, p.16.

⁴⁰³ “Atomismo é a crença de que a sociedade é formada não por grupos sociais, mas por um conjunto de indivíduos – ou átomos- autossuficientes e voltados para os próprios interesses”. HEYWOOD, Andrew. Idem, p. 41.

⁴⁰⁴ O individualismo pode ser *lato senso* considerado como “toda doutrina moral ou política que atribua ao indivíduo humano preponderante valor de fim em relação às comunidades de que faz parte. (...) [O] termo [individualismo] é habitualmente utilizado na acepção mais moderada [ou seja, não anarquista], tendo sido, nesse sentido, o fundamento teórico assumido pelo liberalismo assim que surgiu no mundo moderno. É de fato pressuposto comum ao jusnaturalismo, ao contratualismo, ao liberalismo econômico e à luta contra o Estado, que constituem os aspectos fundamentais da primeira fase do liberalismo”. ABBAGNANO, Nicola. Individualismo. In _____. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 638. desse modo, especificamente, o individualismo pode vir a ser considerado como “a crença na importância suprema do indivíduo acima de qualquer grupo social ou corpo coletivo. Na forma de individualismo metodológico [doutrina que afirma a prioridade explicativa dos indivíduos sobre os conjuntos de cuja constituição participam], o indivíduo está no centro de toda teoria política ou explicação social – todas as afirmações sobre a sociedade devem ser feitas considerando os indivíduos, exclusivamente considerados, que a compõem”. HEYWOOD, Andrew. Idem, p. 65. Assim, tanto o atomismo como o individualismo, em seus formatos mais radicais, são característicos do liberalismo clássico e do libertarismo, como já visto acima em tópico próprio.

humano em vez da satisfação dos interesses pessoais”⁴⁰⁵. Ou seja, veementemente influenciada por John Stuart Mill⁴⁰⁶, essa corrente teórica mais atual e igualitarista, em oposição ao libertarismo, sustenta a individualidade (“o modo de ser do indivíduo”⁴⁰⁷), na qual a liberdade é vista como uma força construtiva e positiva que possibilita aos indivíduos adquirir autonomia e controlar suas próprias vidas, para, por fim, alcançarem sua realização pessoal, sem, para tanto, enfatizar e priorizar o interesse pessoal egoísta/atomizado desmedido, cuja liberdade seja o valor em primazia. O foco é o desenvolvimento pessoal, não a maximização de utilidades⁴⁰⁸, contraposição clara ao utilitarismo.

Assim, mesmo não servindo de parâmetro uma visão teórica liberal mais radical e conservadora que defende o indivíduo egoisticamente considerado com valor infinito e a comunidade com valor nulo, a importância dessa característica, para a composição do argumento e a identificação do debate com o comunitarismo, está, não tanto na sua definição *per se*, e sim no fato de que o pensamento liberal, ainda que em seu modelo mais progressista, define seu critério político de escolhas com base no **indivíduo**. Ou seja, a discussão de fundo que interessa é sobre qual “o conceito primordial ou principal em que se baseia a valorização fundamental, se é o todo, social ou político, ou o indivíduo humano elementar”⁴⁰⁹. É essa peculiaridade sobre o indivíduo que demarca a ideologia liberal em suas escolhas sobre justiça, e, simultaneamente, é o que importa na construção da hipótese aqui sustentada, pois, a partir dessa característica marcante, pode haver grandes consequências e implicações, por exemplo, nas decisões sobre o direito à saúde.

Como já mencionado anteriormente, a possibilidade de classificações e recortes teóricos é sempre muito vasta nesse campo da filosofia política. Para maior compreensão, e observada a pertinência com o tema central, algumas escolhas precisam ser feitas. Portanto, diferentemente de outros autores que abordam essas especificidades do debate liberal-comunitário a partir do aprofundamento direto de tópicos específicos como justiça, liberdade, igualdade e cidadania para cada matriz doutrinária⁴¹⁰, neste trabalho a divisão seguirá os

⁴⁰⁵ HEYWOOD, Andrew. *Idem*, p. 60.

⁴⁰⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Coimbra: Edições 70, 2006.

⁴⁰⁷ ABBAGNANO, Nicola. Individualismo. *Idem*, p.638.

⁴⁰⁸ “A premissa dos liberais é o reconhecimento da pessoa como livre e igual perante as demais – valor primário e referencial da sociedade humana, decorrente de uma noção individualista de liberdade. A princípio, todas as expectativas são legítimas ante a capacidade de autodeterminação moral dos indivíduos”. XIMENES, Julia Maurmann. **O comunitarismo & dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

⁴⁰⁹ DUMONT, Louis. *Idem*, p. 75.

⁴¹⁰ Como XIMENES, Julia Maurmann. *Op.cit.* p. 23. Ou, uma reflexão sobre a ideologia liberal guiada por características, como: racionalismo, individualismo, igualitarismo, universalismo, reformismo e progressismo. MACEDO, Ubiratan Borges de. *Idem*, p. 16. Ou, conforme Heywood, uma abordagem que esmiúça ideias particulares, tais como: individualidade, liberdade positiva, liberalismo social e administração da economia.

argumentos principais que propõe cada autor escolhido, entre diversos existentes, como referência no pensamento liberal igualitário. São eles: John Rawls e Ronald Dworkin, e esta escolha tem como base a preocupação em caracterizar e identificar concepções liberais, de modo a organizar a discussão. Afinal, fazer tópicos específicos sobre os grandes temas e valores do liberalismo social poderia representar uma impossibilidade de trabalho, ou, nesse caso, torná-lo demasiadamente prolixo, uma vez que são muito abertos, complexos, vastos e não necessariamente bem delimitados⁴¹¹.

a) O projeto liberal de John Rawls

Entre os autores que se destacam no pensamento liberal contratualista⁴¹² está John Rawls, que desenvolveu uma teoria da justiça que está intimamente ligada às ideias de liberdade e igualdade. Rawls, assim como os demais autores dessa tradição filosófica e política, considera primordial o valor intrínseco de cada indivíduo⁴¹³, tendo tentado, simultaneamente, conciliar essa autodeterminação individual com os princípios da justiça

HEYWOOD, Andrew. Op. cit., v. 1, p.65. E, ainda, Gray ao sustentar seu argumento sobre o liberalismo: “*I conclude that none of the four constitutive elements of doctrinal liberalism – universalism, individualism, egalitarianism, and meliorism – survives the ordeal by value-pluralism, and that liberalism, as a political philosophy, is therefore dead*”. GRAY, John. What is dead and what is living in liberalism?. _____. **Post-liberal: Studies in Political Thought**. London: Routledge, 1993. p. 284.

⁴¹¹Relembro que a intenção é fazer uma síntese tão somente, e não o aprofundamento de todas as construções teóricas e obras dos autores, que são expoentes no campo da filosofia, e que têm, diga-se de passagem, diversas obras que interessam e tocam direto e/ou indiretamente no tema principal. O objetivo é demonstrar os argumentos que sirvam para contextualizar e construir o debate político em torno do foco principal, que é o direito à saúde.

⁴¹²“Minha tentativa foi de generalizar e elevar a uma ordem mais alta de abstração a teoria tradicional do contrato social representada por Locke, Rousseau e Kant. (...) As principais ideias são clássicas e bem conhecidas, (...) [portanto,] minhas ambições para o livro estarão completamente realizadas se ele possibilitar ao leitor uma visão mais clara das principais características estruturais da concepção alternativa de justiça que está implícita na tradição contratualista, e se apontar o caminho para uma elaboração maior dessa concepção”. RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.XXII.

⁴¹³“O contratualismo ocupa um lugar muito significativo na teoria da justiça de Rawls. (...) Em linhas gerais, poderíamos dizer que a especial importância do contratualismo deve-se ao fato de nos ajudar a responder, de modo interessante, a duas perguntas básicas de qualquer teoria moral: a) O que a moral exige de nós? E b) Por que devemos obedecer a certas regras?”. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça de Rawls: um breve manual da filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 14. De modo que “o indivíduo racional é uma condição necessária de toda a estrutura argumentativa de *Uma Teoria da Justiça*, mas ela de modo nenhum parece ser uma condição suficiente”. ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós?. In: SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006, p.152.

social e da redistribuição de bens⁴¹⁴ para compensar os desfavorecidos natural e socialmente⁴¹⁵.

Em breve síntese, tem-se que, para formular uma concepção alternativa⁴¹⁶ de justiça, defendeu Rawls que, por meio de um contrato contrafático⁴¹⁷, firmado em condições ideais e sob dado procedimento, seria possível estabelecer princípios básicos de “justiça como equidade” aplicáveis a sociedades bem organizadas⁴¹⁸. Por esse contrato, cujo pressuposto é a igualdade, os indivíduos representativos, livres, racionais, morais e interessados em si mesmos (não invejosos) deliberariam – em posição de igualdade moral (“posição original”, que não se confunde com um “estado de natureza”⁴¹⁹) e “sob um véu de ignorância” (“que não lhes permite aperceberem-se das suas circunstâncias particulares”⁴²⁰ naturais e sociais futuras) –, e selecionariam como princípios de justiça aqueles mesmos princípios latentes que suas intuições diriam ser equitativos, de modo que o resultado consequente seriam decisões imparciais, com a definição dos próprios direitos e deveres e da divisão das vantagens provenientes da cooperação social pelas instituições sociais mais importantes⁴²¹. Tais

⁴¹⁴Importante salientar que há um debate, que não é objeto deste estudo, sobre se a teoria de Rawls justificaria uma ética socialista, com a realização da justa distribuição de bens primários e da intervenção estatal, e isto com consequente ruptura com o liberalismo clássico. E, por outro lado, seu argumento tão somente encontrar-se-ia na linha de tradição liberal reformista de J.S. Mill, ou seja, intenta resultados mais igualitários, sem, para tanto, romper com os pressupostos fundamentais do sistema. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: Uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.145.

⁴¹⁵KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 123.

⁴¹⁶“A razão principal para buscar essa alternativa é, no meu modo de pensar, a fragilidade da doutrina utilitarista como fundamento das instituições da democracia constitucional”. RAWLS, John. Idem, p. XIV. Essa oposição com a corrente doutrinária do utilitarismo, e também do intuicionismo, é forte na formulação da teoria rawlsinana, mas não será objeto de análise nesse trabalho.

⁴¹⁷Nota-se que “Rawls não se interessa em defender a exigibilidade dos arranjos institucionais que derivariam da posição teórica que ele propõe [na vida real]. Se Rawls desenvolve sua própria concepção em termos de um contrato hipotético, isso se deve ao valor desse recurso teórico como meio para pôr à prova a correção de algumas intuições morais”. (...) “De acordo com essa postura, a moral, não surge como um mero produto da criação humana, derivando os princípios morais de certo processo de raciocínio que faz uso da ideia de contrato. Nesse caso, a força moral do acordo não depende do consentimento real de cada um, mas de um tipo especial de procedimento”. GARGARELLA, Roberto. Idem, p.18. “A questão não é saber se a posição original poderia realmente ter existido, mas se é provável que os princípios que seriam escolhidos nela seriam equitativos, dada a natureza do processo de seleção”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 81.

⁴¹⁸“Sociedade é uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem certas regras de conduta como obrigatórias e que, na maioria das vezes, agem de acordo com elas”. “Sociedade bem-ordenada é uma sociedade não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça. Isto é, trata-se de uma sociedade na qual (1) todos aceitam e sabem que os outros aceitam os mesmos princípios de justiça, e (2) as instituições sociais básicas geralmente satisfazem, e geralmente se sabe que satisfazem esses princípios. (...) [Sociedades] concretas são, é obvio, raramente bem-ordenadas nesse sentido, pois o que é justo e o que é injusto estão geralmente sob disputa”. RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.4/5

⁴¹⁹A posição original, desse modo, “não é uma situação histórica real, tampouco uma condição primitiva de cultura, mas uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça”. RAWLS, John. Op. cit., p.13.

⁴²⁰WOLFF, Jonathan. **Introdução à filosofia política**. Lisboa: Gradiva, 2004, p. 223.

⁴²¹RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5.

princípios, como critérios críticos de escolha de bens primários⁴²², seriam fundamentos razoáveis, a partir de um ideal de boa vida⁴²³, para afirmar se determinado arranjo normativo representa uma solução justa que pudesse basear os argumentos em situações discursivas reais – em outras palavras, tornariam possível discutir o que é justo em dada sociedade⁴²⁴ –, e, ademais, garantiriam, em última análise, a negação – diferente, portanto, dos contratos hobbesianos –, da desigual capacidade de negociação dos indivíduos⁴²⁵.

Desse modo, o individualismo suposto na proposta rawlsiana aparece enraizado nos principais temas e características teórico-metodológicas da Teoria da Justiça – como, por exemplo, quando explicita sobre a posição original, o véu da ignorância, a suposição dos indivíduos racionais, o equilíbrio reflexivo, a noção de coerência do indivíduo para com ele mesmo (autenticidade), e o método de quatro etapas para formulação e aplicação das normas jurídicas. No entanto, nessa proposta de uma justiça social equânime articulada com a plena afirmação das liberdades básicas, Rawls defende um modelo de justiça baseado, essencialmente, na maximização dos interesses e nas escolhas individuais⁴²⁶, mas consciente também da necessidade de redistribuição de riquezas.

Nesse contexto, muitos princípios diferentes poderiam ser escolhidos, porém, Rawls propôs que dois princípios de justiça se destacariam como equitativos (considerando as condições hipotéticas do processo de seleção deles⁴²⁷), regulariam os arranjos institucionais básicos⁴²⁸ e demonstrariam que alguns bens sociais são mais importantes do que outros, de maneira que não poderiam ser sacrificados para melhorar outros bens. Para tanto, além do

⁴²²“Por meio do apelo a noções tais como a de “bens primários”, Rawls apresenta-se defendendo a adoção de uma medida de tipo objetivo nas discussões sobre a justiça e igualdade. De fato, Rawls supõe que todas as pessoas, independentemente de qual for seu plano de vida, vão buscara obtenção de bens primários”. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.23.

⁴²³“Sejam quais forem as diferenças entre os planos de vida dos indivíduos, todos eles compartilham uma coisa – todos envolvem *a condução de uma vida*”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p.81.

⁴²⁴ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós?. In: SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006, p.150.

⁴²⁵GARGARELLA, Roberto. Idem, p.18.

⁴²⁶“Na teoria de Rawls, as pessoas realizam dois movimentos: a orientação tanto para a busca da felicidade pessoal quanto para a instauração da vida coletiva. Estes movimentos em duplo sentido são complementares e convergentes. (...) Esta busca insistente do bem próprio, virtude da individualidade, mostra que o sentimento do bem e da felicidade pessoal de que as pessoas são portadoras, tem importância similar à do próprio sentimento de justiça. Não esgota porém a essência do ser humano”. NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: Uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p.77/78.

⁴²⁷Muito embora Rawls variasse a apresentação dos seus dois princípios de justiça ao longo de seus trabalhos, uma vez tendo como parâmetro sua obra original, é que se destaca aqui a essência desses princípios particulares. RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XVII. GARGARELLA, Roberto. Idem, p.224.

⁴²⁸“É preciso primeiro pactuar os princípios da estrutura básica da sociedade, depois os princípios para indivíduos e, por fim, os princípios dos direitos das nações”. Aqui, serão analisados principalmente os primeiros. RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 130.

foco no indivíduo, há um pressuposto que fundamentaria esses princípios de justiça postulados por Rawls:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais do auto-respeito – devem ser *distribuídos de forma igual*, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores *seja vantajosa para todos*. (grifo meu)⁴²⁹

Interessante é que essa concepção mais geral de justiça demarca bem a diferença entre a matriz epistemológica liberal igualitária e o libertarismo, e demonstra, ainda, a complexidade dos pactos mútuos de justiça distributiva. Significa dizer que Rawls propõe uma ideia sofisticada de que defender o indivíduo não significa necessariamente que o projeto político funcione apenas na lógica de mercado. Há uma noção de igualdade e de modelo de sociedade que não podem ser desconsiderada, de modo que a desigualdade só é permitida se beneficia a todos, ou seja, se aumenta a parcela inicialmente igual de cada um, pois, caso o contrário, se ela invade a parcela equitativa dos indivíduos, não pode ser admitida⁴³⁰.

Para Rawls, conforme o primeiro princípio⁴³¹, o princípio da liberdade, as leis que definem as liberdades fundamentais devem ser aplicadas igualmente a todos, e as liberdades básicas de cada indivíduo devem ser, o mais amplamente possível, compatibilizadas com um sistema semelhante de liberdades de todos. Portanto, vinculado, principalmente, à ideia de liberdade (um padrão de convivência determinado por formas sociais)⁴³², esse princípio tem, para o autor, prioridade léxica e contextual sobre o segundo, pois a liberdade não poderia ser “limitada a favor da obtenção de maiores vantagens sociais e econômicas, mas apenas no caso de entrar em conflito com outras liberdades básicas”⁴³³.

No entanto, destacam-se, entre outras, algumas ideias importantes desse preceito: 1) “Rawls não está endossando um princípio geral de liberdade de tal modo que qualquer coisa que possa ser plausivelmente chamada de liberdade deva receber prioridade avassaladora” (grifo nosso)⁴³⁴, mas tão somente liberdades (básicas) civis e políticas próprias das democracias liberais modernas; 2) Nenhuma das liberdades é absoluta: se ajustam em um

⁴²⁹RAWLS, John. Op. cit., p. 75.

⁴³⁰KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 67.

⁴³¹“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso [(abrangente)] de iguais liberdades fundamentais [(básicas)] que seja compatível com um sistema similar de liberdades para as outras pessoas”. RAWLS, John. Op. cit., p. 73.

⁴³²“É essencial observar que as liberdades fundamentais figuram em uma lista de tais liberdades. Dentre elas, têm importância a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa); o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão e detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito. RAWLS, John. Op. cit., p. 74 e 77.

⁴³³GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.25.

⁴³⁴KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 68.

sistema único e igual para todos⁴³⁵; e 3) Cada pessoa terá um conjunto igual e vasto de liberdades, porém, apenas uma vez atingido certo nível de bem-estar, é que as considerações sobre a liberdade devem ter prioridade sobre as questões de bem-estar econômico ou igualdade de oportunidades (referentes ao próximo princípio)⁴³⁶.

Por sua vez, o segundo princípio⁴³⁷ retrata a prioridade da justiça como equidade ante a eficiência e o bem-estar⁴³⁸, versa sobre a distribuição dos produtos de cooperação social, e se subdivide em dois princípios: da oportunidade justa/ da igualdade equitativa de oportunidades (b) e da diferença (a).

Nesse contexto, o reconhecimento da igualdade de oportunidade visa assegurar que o destino das pessoas seja determinado mais pelas suas escolhas que pelas circunstâncias que por acaso possam ocupar/deter – caso em que já seria possível haver parcelas desiguais dos bens sociais. O ponto é que os talentos naturais e as circunstâncias sociais são, essencialmente, questões aleatórias e arbitrárias, e os direitos morais das pessoas não deveriam estar sujeitos e dependentes da sorte bruta⁴³⁹. Assim, Rawls defende que posições de autoridade e cargos de responsabilidade sejam acessíveis a todos, ou seja, é aceitável haver desigualdade de renda, prestígio, etc, apenas se ninguém estiver em desvantagem por causa de sua raça, sexo ou histórico social, e se derivar do merecimento de uma ação individual.

Algumas considerações derivadas: 1) Rawls “nega que as pessoas que preenchem as posições tenham, com isso, direito a uma parcela maior dos recursos da sociedade”⁴⁴⁰, necessariamente e a despeito de todos. Ao contrário, a possível desigualdade de proventos, por exemplo, só se justifica se for, ao mesmo tempo, em benefício de todos; afinal: “não devemos lucrar com os esforços cooperativos de outrem sem ter contribuído com a nossa quota justa”⁴⁴¹; e 2) Suspeito ainda que, embora esse princípio valorize o desempenho e as escolhas individuais, na medida em que o sucesso seja “merecido” e determine um tipo de desigualdade justa, a teoria de Rawls não parece admitir que, na prática, determinadas visões

⁴³⁵ RAWLS, John. Op. cit., p. 75.

⁴³⁶ WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 228.

⁴³⁷“Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem estar dispostas de tal modo que tanto (a) propiciem o máximo benefício esperado para os menos favorecidos [(ou seja, razoavelmente vantajosas para todos)] como (b) estejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades”. RAWLS, John. Op. cit., p. 100.

⁴³⁸ KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 67.

⁴³⁹“A natureza não é justa ou injusta conosco, o que é justo ou injusto é o modo como o sistema institucional processa esses fatos da natureza. (...) Quando Rawls nega a propriedade pessoal dos talentos e capacidades, não pretende negar o direito a posse e gozo de nossas habilidades, mas o direito de reclamar plena propriedade sobre todos os lucros que geramos a partir de tais recursos que recebemos por mera causalidade”. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.28 e 40.

⁴⁴⁰KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 70.

⁴⁴¹RAWLS, John. Op. cit., p. 134.

equivocadas sobre o que, e quando, é justo preponderarem. Por exemplo, recorrendo ao *reductio ad absurdum*, a crença de que alguém “merece” maior cobertura do direito à saúde (como se bem mercadológico fosse), pelo sistema público, porque paga mais imposto ou porque, em geral, ocupa determinado cargo. Nenhuma dessas características é, nesse sentido, relevante para um critério de justiça equitativo.

No entanto, o esquema de justiça não se satisfaz tão somente com a ideia de igualdade de oportunidades. Dessa forma, é o princípio da diferença, por outro lado, que tem o condão de conferir à “justiça como equidade” o seu caráter liberal ou social-democrata⁴⁴². Trata-se, em geral, de um princípio de igualdade democrática e de distribuição, o qual prima por uma distribuição igual dos bens da sociedade entre todos os cidadãos, a menos que a desigualdade traga benefício para todos, ou seja, afirma que as “vantagens dos mais beneficiados pela loteria natural só são justificáveis se estão dentro de um esquema que as expectativas dos membros menos favorecidos da sociedade também melhorem”⁴⁴³.

Logo, para esse princípio, ao contrário da teoria utilitarista (que se importa essencialmente com a chamada “soma zero”), não é justo, em geral, quando algumas pessoas têm que perder para outros ganharem, pois a ideia central é que só se permitirão mudanças que melhorem as perspectivas de todos: é justo quando todos se beneficiam⁴⁴⁴. Embora o princípio de diferença não seja idêntico ao da reparação⁴⁴⁵, ele expressa uma concepção de solidariedade e reciprocidade (um princípio de benefício mútuo), pois foi, em verdade, concebido para que as contingências operassem para elevar ao máximo as expectativas dos menos favorecidos, os quais não deveriam receber menos bens sociais por causa da sua simples circunstância. Isso não significa que esse critério não seja aceitável também para os mais favorecidos, os quais possuem o direito, em razão do primeiro princípio inclusive, de não serem prejudicados, ficando ficar aquém da linha do mínimo de liberdades e bens necessários⁴⁴⁶.

Por conseguinte, após uma leitura sistemática do segundo princípio, tem-se que o objetivo maior de tentar igualar os indivíduos em suas circunstâncias⁴⁴⁷ se traduz

⁴⁴²RAWLS, John. Op. cit., 2002, p. 659.

⁴⁴³GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.25.

⁴⁴⁴RAWLS, John. Op. cit., p. 96.

⁴⁴⁵“Mas é claro que o princípio de diferença não é o princípio da reparação [(compensação de desvantagens mútuas)]. Aquele não exige que a sociedade tente contrabalancear as deficiências, como se se esperasse que todos competissem em igualdade de condições na mesma corrida. Mas o princípio da diferença alocaria recursos para a educação, digamos, para elevar as expectativas a longo prazo dos menos favorecidos” RAWLS, John. Op. cit., p. 121.

⁴⁴⁶RAWLS, John. Op. cit., p. 97, 122, e 124.

⁴⁴⁷Frisa-se que “as desigualdades sociais são compensadas, e as desigualdades naturais não influem na distribuição”. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.67.

fundamentalmente em dotar cada um, uma vez ainda cobertos pelo véu da ignorância, com um conjunto igual de “bens primários”⁴⁴⁸, e para isso é necessário selecionar um princípio de escolha racional⁴⁴⁹, na posição original. No caso, a partir do princípio da diferença, o princípio de escolha é o de maximização do mínimo (maximini), para qual o pior resultado possível é tão bom quanto possível, ou seja, “conquanto o princípio da diferença seja capaz de assimilar grandes desigualdades, a prioridade que dá à condição dos mais pobres é independente do número relativo de pessoas situadas nas diversas posições sociais”⁴⁵⁰.

A relevância dessa reflexão, primeiramente, é que a preferência por esse princípio de escolha maximini deriva de outro ponto de vista moral, ou seja, se identifica com uma ideia de imparcialidade, neutralidade e justiça⁴⁵¹, de modo que, na prática, possibilita a formação de uma sociedade que não seja tão profundamente desigual, pois o olhar não está nos melhores resultados que alguns podem conseguir, e sim nas melhores condições possíveis que podem ser oferecidas aos menos favorecidos⁴⁵². Em segundo plano, e ainda mais interessante, é a natureza da escolha. A escolha por maximizar expectativas, independente do resultado, carrega consigo a possibilidade de perceber os limites, restrições e condições para a tomada de uma decisão redistributiva. Nesse sentido, afirma Wolff:

Porque não escolher um princípio como << todas as pessoas devem viver num palácio >>? Desta maneira, eu teria a certeza de viver bem. Mas, como é óbvio, Rawls responderia que eu não posso saber se a sociedade seria capaz de suportar tal situação; é quase certo que não. A minha sociedade encontra-se nas << circunstâncias de justiça >> - entre a escassez e a abundância – e temos de escolher um princípio que seja

⁴⁴⁸“Estamos todos comprometidos com um ideal de boa vida e certas coisas são necessárias para perseguir estes compromissos, seja qual for seu conteúdo mais específico. Segundo a teoria de Rawls, estas coisas são chamadas “bens primários”. Há dois tipos de bens primários: 1. Bens primários sociais – bens que são diretamente distribuídos pelas instituições sociais, como renda e riqueza, oportunidades e poderes, direitos e liberdades; 2. Bens primários naturais – bens como a saúde, a inteligência, o vigor, a imaginação e os talentos naturais, que são afetados pelas instituições sociais, mas não são diretamente distribuídos por elas”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 82. “Mas a objecção é que estes bens [sociais] não são neutros. Estes bens são particularmente adequados à vida nas economias capitalistas modernas, assentes no lucro, nos salários e nas trocas”, e não se confundem com os bens não econômicos e comunais. WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 245.

⁴⁴⁹A teoria da escolha racional é aplicada em casos de decisão em condições de incerteza, e pode ser de três formas: a) princípio da maximização da utilidade esperada, muito usada na teoria econômica, representa uma teoria de justiça utilitarista média; b) princípio maximin (ou maximini) da escolha racional, essencialmente associado à teoria de John Rawls – muito embora, ele ter tentado evitar esse nome (RAWLS, John. Op. cit., p. 100), simboliza a opção pelo menor dos piores resultados possíveis ou o melhor resultado dentre os menos favorecidos na posição original; e c) princípio maximax, que advoga a escolha da opção que tenha o melhor resultado não importando o risco: maximizar o máximo. WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 231.

⁴⁵⁰NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: Os impostos e a justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.73.

⁴⁵¹OLIVEIRA, Nythamar. **Paso-a-passo 18: Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, P.20.

⁴⁵²Cada um dos três princípios tem como resultado resulta em decisões diversas e em um modelo diferente de sociedade justa. WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 235.

adequado a todos os níveis de produtividade que se situem entre os dois extremos⁴⁵³. (grifo nosso)

Ou seja, os bens sociais não dão para todos da mesma forma ao mesmo tempo. Uma possível implicação desta ideia é que não se deve fazer uma escolha social impulsivamente, a despeito dos piores resultados e riscos, para depois se considerar em recuar, no caso de as coisas correrem sobremaneira mal⁴⁵⁴. Afinal, considerando que as pessoas não merecem suportar o fardo de custos não escolhidos, a concepção de justiça de Rawls importa-se, sobretudo, com a redução das desigualdades que afetam as oportunidades de vida das pessoas (e não as desigualdades advindas das escolhas pessoais, de responsabilidade de cada indivíduo), de modo que é a parcela de bens primários das pessoas que é medida, não o seu nível de bem-estar⁴⁵⁵.

Em suma, o que essa teoria tem a ver com decisões sobre direito à saúde? O que toda essa síntese teórica pode contribuir para o argumento?⁴⁵⁶

Como visto, a discussão da justiça distributiva em saúde no Brasil, principalmente no campo jurídico, perpassa a mera observância da racionalidade estrita das leis específicas, pois há necessidade amiúde de se formular um juízo equânime – não apenas de base constitucional, mas também ideológica, na medida em que se relaciona com uma escolha de projeto político da sociedade como um todo – sobre o conceito e aplicação do direito à saúde, e o qual se articula filosoficamente por meio de princípios de justiça possíveis, que, por sua vez, devem servir de diretrizes para estabelecer critérios de distribuição de bens e serviços em saúde. É nesse contexto que a teoria de Rawls se apresenta como uma alternativa filosófica

⁴⁵³“Assim, pode dizer-se, há restrições físicas que se aplicam à nossa escolha. E quase não seria preciso acrescentar que se lhe aplicam igualmente restrições lógicas. O que quer que eu escolha terá de ser logicamente possível. Assim, não se pode escolher o princípio (...) << todas as pessoas deviam ser mais ricas do que as restantes >>”. WOLFF, Jonathan. Op. cit., p.236.

⁴⁵⁴ WOLFF, Jonathan. Op. cit., p.237. Mesmo porque “a teoria da escolha racional não tem instrumentos para lidar com os aspectos culturais e societários; não pode responder, por exemplo, quais são os valores fundamentais que devem ser preservados acima de todos os outros”. ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Op. cit., p. 152.

⁴⁵⁵Ressalta-se, só a título de observação, que Kymlicka aponta, como hipótese, que “o princípio da diferença não faz tal distinção entre desigualdades escolhidas e não escolhidas. Portanto, um resultado possível do princípio da diferença é fazer as pessoas pagarem pelas escolhas dos outros, se por acaso aqueles com a menor renda estiverem nessa situação por escolha”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 94, 97-98.

⁴⁵⁶ A título de recorte metodológico, ressalto que havia duas opções: explicar a relação entre a teoria de John Rawls e depois tecer a relação com o problema proposto, ou demonstrar os dois simultaneamente, de forma misturada. Por preferência, optei pela primeira, pois receei correr um risco maior de estabelecer conexões teóricas indevidas e impróprias se misturasse os argumentos. Entendi que os separando deixaria o texto mais fluído e menos inseguro.

que pode servir de, senão uma referência, pelo menos um exemplo, uma possibilidade, dentro do debate da filosofia política contemporânea⁴⁵⁷.

No Brasil, em meados do ano 2000, iniciou-se esse esforço mais nítido, sobretudo por parte dos acadêmicos, de justificar, com fundamento na teoria de justiça rawlsiana, a focalização da equidade em saúde pública para os mais carentes⁴⁵⁸. Note-se que a reflexão, em geral, girava em torno da defesa das ações afirmativas, o que, aliás, continua a sustentar argumentos em torno de outros programas como política de cotas, bolsa família e estratégia de saúde da família. Contudo, em consonância com Nogueira, o que se verificou, posteriormente, foi a diferença do critério seletivo de usuários ou focalização desses programas sociais, que são regidos essencialmente pela concessão de prioridade de atendimento à específica parcela da sociedade, em geral, os membros “menos privilegiados”⁴⁵⁹, com outros específicos do SUS (por exemplo, os hospitais públicos), que são, por sua vez, baseados na lógica da livre demanda, e os quais, em grande medida, são o foco dos pleitos judiciais tratados aqui.⁴⁶⁰

Desse modo, a reflexão sobre direitos baseados em políticas de acesso restrito à determinada parcela da população não faz parte do recorte dessa análise, e sim a compreensão de uma matriz epistemológica alternativa que tenha uma perspectiva mais abrangente (em termos de parcela populacional) na distribuição e formulação de políticas, que seja compatível com os preceitos do Movimento Sanitário de outrora, os quais foram materializados no artigo 196 da Constituição “como pedras de toque do direito de todos à saúde”⁴⁶¹. Com base nisso, a teoria de John Rawls continua importante para a composição do estudo sobre a solução prática das decisões sobre direito à saúde, porque demonstra um tipo de concepção de justiça que mesmo baseada no indivíduo, detém um ponto de vista sobre a sociedade civil que inclui todos os cidadãos, e que o permite utilizar, por fim, critérios instrumentais que podem compor a interpretação desse direito.

⁴⁵⁷NOGUEIRA, Roberto Passos. Critérios de justiça distributiva em saúde. In IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão 1591**. Brasília, março de 2011, p. 7. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em 02 de julho de 2011.

⁴⁵⁸NOGUEIRA, Roberto Passos. Idem, p. 16.

⁴⁵⁹O termo menos privilegiado é, inclusive, utilizado pela defesa dessas políticas de atendimento em forte consonância com a teoria de justiça de Rawls, e, equivale, na prática, organizar ações e serviços direcionados para grupos em condições de desvantagem, desigualdade e exclusão sociais. NOGUEIRA, Roberto Passos. *Ibidem*.

⁴⁶⁰Nesse sentido, a noção da época era, por exemplo, a de que “equidade é compreendida como estratégia de organizar ações e serviços de saúde distintos e direcionados para grupos populacionais desiguais socialmente, com forte traço de “discriminação positiva” para orientar a formulação e implementação de uma determinada ação”(grifo nosso). CARNEIRO JR., N.; ELIAS, P. E. Controle público e equidade no acesso a hospitais sob gestão pública não estatal. In: **Revista de Saúde Pública**, v. 40, n. 5, 2006, p. 916.

⁴⁶¹Observo que o contexto desse chamado “direito de todos à saúde”, pelo Movimento Sanitário, está muito mais relacionado com o objetivo de eliminar qualquer estratégia de discriminação, ainda que temporária, entre clientela distintas, próprio de um período antecedente à Reforma Sanitária, do que atribuído a noção, cada vez mais usual e contemporânea, de tudo para todos sempre. NOGUEIRA, Roberto Passos. *Op. cit.*, p. 14 e 18.

O liberalismo rawlsiano adota, como já mencionado, uma postura metodologicamente individualista como ponto de partida, e essa opção faz grande diferença em um projeto político de sociedade. Se, por um lado, essa corrente teórica chama atenção para o fato de que as pessoas são autônomas e diferentes entre si, por outro, apesar da defesa de medidas afirmativas, “o liberalismo afirma que os direitos individuais não devem nunca ser sobrepujados pelos direitos coletivos”⁴⁶². Logo, verificam-se algumas complexidades a partir dessa premissa, entre elas a questão existencial sobre o indivíduo e a saúde e a tomada de uma posição distributiva a cerca dos direitos individuais.

Para Rawls, conceber o homem como pessoa é caracterizá-lo como: livre (para ter uma faculdade moral que o possibilite a conceber os bens; para se considerar fonte autoautenticadora de reivindicações válidas; e para ter capacidade de assumir responsabilidade por seus objetivos), igual, e capaz de integrar-se em esquemas sociais cooperativos (de firmar contratos com os outros)⁴⁶³. E isso equivale, em outros termos, atribuir a ele o conceito de indivíduo, que na estrutura ontológica liberal se compatibiliza diretamente com a noção de “ser-em-si-mesmo”, e não de “ser-com-os-outros”⁴⁶⁴, ou seja, vincula-se a um antecedente kantiano de que os indivíduos são fins em si mesmos, e não meios que podem ser utilizados para melhorar o destino dos demais⁴⁶⁵. Desse modo, essa análise sobre o ‘ser’ possui um reflexo institucional, que, particularmente, é o que mais interessa neste estudo: para essa corrente teórica, ao se tratar da concepção de saúde, a comunalidade do homem enfermo frente aos demais não é visto, *a priori*, como um fenômeno natural, pois ele estaria limitado em suas possibilidades de cooperação social como “cidadão

⁴⁶²“O liberalismo igualitário defende que o direito de cada um dos membros da família deve prevalecer (...) sobre os direitos da própria família, na qual pode ocorrer certa violação de direitos. (...) [Nesse sentido, ainda quanto à ideia de direitos,] a teoria defendida por Nozick é, como a de Rawls, uma teoria deontológica, que afirma a existência de certos direitos básicos invioláveis, e que, como tal, rejeita a possibilidade de que os direitos de algum indivíduo sejam deturpados em favor do maior bem-estar de outros”. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.35.

⁴⁶³RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000, p. 72-78. É nesse ponto que Rawls afirma que a concepção de pessoa é, essencialmente, política e não metafísica, tal como tradicionalmente ocorre com as definições filosóficas do sujeito. SILVA, Sidney Reinaldo da. **Formação moral em Rawls**. Campinas: Editora Alínea, 2003, p. 67.

⁴⁶⁴ Hedegger, por sua vez, baseia a estrutura ontológica do homem a partir da relação dele com os outros. HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009, 129-154.

⁴⁶⁵GARGARELLA, Roberto. Idem. “[Kant] insiste em que devemos ver os outros não apenas como objetos de interesse ou respeito moral, mas como *outras mentes, outros intelectos, outros agentes de pensamento moral, coordenados e em competição com os nossos*”. WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 76. Nesse mesmo sentido, sob a premissa de que o universo moral é artificial, inteiramente construído, e não dado, “(...) o homem, longe de ser o fragmento minúsculo e insignificante de uma totalidade que o engloba de todos os lados, torna-se um “fim em si” – não mais um meio, um ser que poderíamos “instrumentalizar” se o Todo assim exigisse, mas o alfa e o ômega de todo valor e toda dignidade morais.” FERRY, Luc. **Kant: uma leitura das três “Críticas”**. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010, p. 14.

livre e igual” (categorias demarcadas na teoria de Rawls), e, por conseguinte, a viabilidade para participar ativamente das obrigações e direitos que caracterizam esse nível de cooperação na sociedade estaria condicionada a uma determinada mediação política de saúde⁴⁶⁶.

Aliás, essa forma de pensar está intimamente ligada, ainda, à ideia de sociedade bem-ordenada de Rawls, que não chega a ser uma comunidade, mas uma união social de uniões sociais resultantes dos diversos níveis institucionais⁴⁶⁷. O ponto é que existe uma conexão direta dessa forma de conceber tais categorias de sentido (indivíduo e saúde) com os métodos distributivos do direito à saúde⁴⁶⁸.

Muito embora o liberalismo moral rawlseano tenha pouco a ver com o individualismo do liberalismo econômico e político tradicionais⁴⁶⁹ – uma vez que não está restrito à proteção unívoca das liberdades básicas, em especial, da propriedade de bens (fundamental para libertários, como Nozick) – e tampouco defenda o direito de reclamar plena propriedade sobre todos os lucros gerados pelos talentos e capacidades recebidos por mera causalidade, isso não significa que pretenda negar o direito a posse e gozo das habilidades dos indivíduos. Nesse sentido, tratar as pessoas como fins em si mesmos significa eleger determinado direito como mais importante, e, no caso, para Rawls, um dos direitos liberais mais importantes é o direito a certa parcela equânime de recursos da sociedade⁴⁷⁰.

Logo, para essa teoria, a saúde não ocupa um lugar institucionalmente relevante, não é um bem primário a ser diretamente distribuído pela sociedade, e sim um bem primário natural que todos almejam e que é afetado pela estrutura básica de sociedade⁴⁷¹. Já os tão falados “direitos”, que, por outro lado, são bens sociais atribuídos pelas instituições sociais justas, não parecem defender, diante de toda a lógica não egoísta da teoria, um patrimônio jurídico subjetivo e inviolável, e sim o acesso igual à divisão de bens, que necessariamente deve

⁴⁶⁶“O doente grave e o deficiente “têm mundo” de uma maneira privativa, porque já não podem atender às demandas repetidas e regulares da cotidianidade, com suas ocupações e seus cuidados usuais, como modo de ser com os outros”. NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., p. 32.

⁴⁶⁷Essa sociedade não possui uma doutrina coletiva filosófica, religiosa, moral ou econômica anteriormente concebida que justifica ou define os valores das pessoas e estabeleça de antemão privilégios e direitos básicos diferentes. RAWLS, John. Op. cit., p. 85/86.

⁴⁶⁸ Não é objetivo do trabalho exaurir o conceito de saúde para Rawls, mesmo porque em sua teoria da justiça, a saúde é um bem primário natural, o qual, apesar de ser almejado por todos e influenciado pela estrutura básica da sociedade, não pode ser controlado diretamente pelas instituições. Desse modo, o que nos interessa diretamente é o conceito de direito a saúde, pela devida pertinência com o argumento e por ser objeto da pesquisa, o qual, ademais, é um bem primário social, diferente circunstância, portanto.

⁴⁶⁹SILVA, Sidney Reinaldo da. Op. cit., p.48.

⁴⁷⁰KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 133.

⁴⁷¹NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., p. 17.

observar os princípios de justiça, e as reivindicações advindas de uma obrigação moral de obedecer à lei, como dever de agir com equidade (*fair play*)⁴⁷².

Interessa notar, ademais, que, ainda que se tenha consciência de que a totalidade de recursos a distribuir é menor do que a procura e de que há limites na busca de uma distribuição justa de recursos materiais, esse direito é uma opção em torno do indivíduo, já que visa à defesa da esfera pessoal daquilo que cada um entende por bem e boa vida, e observa diretamente a aplicação dos princípios de justiça postulados por Rawls. Logo, o individualismo de Rawls não parece ser possessivo – ainda que a propriedade seja um dos elementos liberais recorrentes em sua teoria – e, portanto, não representa uma teoria liberal proprietarista; ao contrário, baseia-se em um individualismo filosófico, que está próximo de uma teoria liberal solidarista, a qual necessariamente é prospectiva (consequencialista), no sentido de que tem olhos para a produção das melhores consequências possíveis, sempre avaliadas imparcialmente do ponto de vista de todas as pessoas consideradas⁴⁷³, é o caso, por exemplo, de eleger como um critério de escolha racional o princípio do maximini, tal qual exposto mais acima.

Isso quer dizer que os indivíduos possuem liberdades básicas e direito aos bens primários sociais, que os melhor capacita a perseguir suas próprias concepções de bem e levar suas vidas de acordo com suas crenças, pois negar às pessoas esta autodeterminação seria, para essa teoria, deixar de tratá-las como iguais. Porém, diferente das teorias libertárias, o pacote de direitos e de recursos obedece a uma lógica de distribuição que não é feita de qualquer forma, nem sob a convicção de que todos merecem tudo, e que observa, para tanto, a condição dos menos favorecidos. Por outro lado, algumas críticas apontam essa teoria como insuficientemente igualitária. A crítica marxista, por exemplo, afirma que os direitos liberais de segurança, igualdade, liberdade e propriedade encorajam sentimentos de separação e

⁴⁷²“Isso significa que a ordem legal é construída como um sistema de cooperação social ao qual nos fazemos ligados por obrigação porque, em primeiro lugar, o esquema é justo (isso é, ele satisfaz os princípios de justiça), e nenhum esquema justo pode garantir que não venhamos a pertencer à minoria em um pleito”. RAWLS, John. **Obrigação jurídica e o dever de agir com equidade (*fair play*)**. Trad. Wladimir Barreto Lisboa. In: Estudos Jurídicos. Unisinos. v. 40, n.1, jan-jun., 2007, p. 49.

⁴⁷³É sabido que a utilização dessa nomenclatura é muito específica, mas o intuito de trazê-la é demonstrar um tipo de explicação para a teoria estudada. Tem-se assim que “uma teoria liberal *proprietarista* define uma sociedade justa como uma sociedade que não permite a ninguém extorquir de um indivíduo *o que lhe é de direito* em um sentido predefinido. Para uma sociedade liberal *solidarista*, uma sociedade justa é uma sociedade organizada de tal maneira que não trata seus membros somente com igual respeito, mas também com *igual solicitude*. (...) Aplicadas à estrutura básica da sociedade, com efeito, as teorias proprietaristas pretendem modelar as instituições que respeitam as pretensões “pré-institucionais” das partes sem considerar as consequências de curto e longo prazos dessas instituições. Em compensação, [para a teoria solidarista,] quer se trate de maximizar um agregado, de maximizar o valor mais baixo assumido por uma variável, é sempre a lógica consequencialista que orienta a seleção das instituições justas”. VAN PARIJS, Philippe. **O que é uma sociedade justa? Introdução a prática da filosofia política**. São Paulo: Ática, 1997, p. 210 e 216.

isolamento, e servem de limitações à própria liberdade. Já a comunitarista, entre vários argumentos, afirma que o liberalismo, mesmo igualitário, tende a manter a defesa da dissociabilidade das pessoas, já que os indivíduos liberais seriam dissociados dos costumes, tradições e cultura das suas próprias sociedades⁴⁷⁴.

É mister ressaltar, ainda, que em países onde há uma maior homogeneidade na sociedade⁴⁷⁵, ou seja, na qual a diferença entre “classes” (termo aqui genericamente considerado) não seja muito grande, suspeito que faça mais sentido destacar essa teoria como defesa das liberdades fundamentais, pois é nesse contexto que a liberdade prepondera como valor primordial, e que, portanto, o segundo princípio é, de fato, complementar ao primeiro⁴⁷⁶, como afirma Rawls. Entretanto, para países como o Brasil, cujo nível de desigualdade social é um dos maiores do mundo, e cuja formação de Estado e da cultura são diferenciados⁴⁷⁷, o que salta os olhos nessa teoria é a importância dada à igualdade, principalmente no sentido de tentar elevar as condições dos menos favorecidos. Não quero dizer que para cada país essa teoria proponha algo distinto, mas sim que ela possivelmente foi formulada a partir de um tipo de sociedade⁴⁷⁸, e que justamente por isso seja difícil assumir e adotar essa posição teórica em outros ambientes sociais.

⁴⁷⁴WOLFF, Jonathan. Op. cit., p.189.

⁴⁷⁵“A suposição de que a comunidade política é culturalmente homogênea está presente em muitas passagens em Rawls e Dworkin (...). Embora a revisão desta suposição pudesse afetar as conclusões que depois extraem a respeito dos direitos das pessoas, Rawls e Dworkin nunca discutem que mudanças seriam necessárias em países culturalmente pluralistas (...)”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 301.

⁴⁷⁶Aliás, é nesse mesmo sentido – de que a liberdade é muito importante, mas não suficiente para determinar a forma como a propriedade deve ser distribuída – que alguns defensores do liberalismo admitem que “a tributação com a finalidade de redistribuição também umenta a liberdade, pois aumentando o rendimento dos pobres dá-se-lhes acesso a um leque de escolhas que de outra forma eles não teriam” (grifo nosso). WOLFF, Jonathan. Op. cit., p.253. Observo ainda que a competição entre liberdade e igualdade – claramente vista no privilégio dado à primeira pelos conservadores – não pode ser o nervo de uma teoria política de sucesso, segundo Dworkin. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 281/283. _____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 410.

⁴⁷⁷“(…) [O] que faz o Brasil, BRASIL? (...) Numa linguagem mais precisa e mais sociológica, dir-se-ia que o primeiro “Brasil” é dado nas possibilidades humanas, mas que o segundo Brasil é feito de uma combinação especial dessas possibilidades universais. O mistério dessa escolha é imenso, mas a relação é importante. Porque ela define um estilo, um modo de ser, um “jeito” de existir que, não obstante estar fundado em coisas universais, é exclusivamente brasileiro. (...) Tanto os homens como as sociedades se definem por seus estilos, seus modos de fazer as coisas”. DAMATA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 15.

⁴⁷⁸GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.156. Interessante notar que existem argumentos, nesse sentido, de que, muito embora o Estado liberal seja um Estado laico, ou seja, um Estado que, em geral, não se identifica com uma determinada confissão religiosa, tampouco filosófica (BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 11 ed. Trad. Maco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p.129), e que o próprio Rawls não defenda a utilização de doutrinas abrangentes (concepções morais, religiosas e seculares que norteiam a vida das pessoas) em sua teoria liberal, é possível que o Liberalismo se desenvolva melhor em países que foram formados sob a base de uma ética protestante. Isso porque, dentre os vários elementos que plasmam e fundamentam a cultura moderna norte-americana (o maior exemplo), a influência de uma ética protestante ascética trouxe a lógica da conduta de vida racional fundada na ideia de profissão como vocação, que está intimamente ligada com o “espírito do capitalismo”, cuja lógica é de acumulação como expressão da vocação. Em outras palavras, uma vez a noção de boa vida racionalizada, foi mais fácil o capitalismo se desenvolver e, paradoxalmente, fixar o sentido do destino individual, do indivíduo que busca sua felicidade (WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito”**

b) *O projeto igualitário de Ronald Dworkin*

Assumindo que qualquer teoria do direito deva ser ela mesma um exercício de teoria moral e política normativa⁴⁷⁹, Dworkin, um dos principais representantes da filosofia jurídica anglo-saxônica, tem uma vasta reflexão política, filosófica e jurídica que domina diversos debates no campo jurídico. Contudo, neste ponto do trabalho, serão utilizadas as partes de sua tese que conseguem delimitar e caracterizar o chamado liberalismo igualitário, a fim de compreender melhor as categorias “indivíduo”, “comunidade” e “igualdade”, no âmbito de uma teoria substantiva de justiça, já que elas juntas refletem uma forma de distribuição justa de recursos, em especial, nas decisões sobre direito à saúde.

Uma das chaves de êxito da obra de Ronald Dworkin encontra-se em sua pretensão de justificar uma teoria política liberal superadora⁴⁸⁰ do liberalismo “conservador”⁴⁸¹ e do utilitarismo, e a qual pode ser identificada, para tanto, como igualitária e progressista. É considerada assim porque afirma uma concepção particular de igualdade como constitutiva dessa posição liberal, qual seja: uma teoria moral cuja virtude soberana, o valor principal, é a igualdade, pela qual todos devem ser tratados com a mesma consideração, e, cujo valor derivado é aquele que supõe as decisões políticas, tanto quanto possível, como independentes

do capitalismo. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 29/30, 94, 148, 166/167). Entretanto, observo que não é que todo Estado voltado pra o capitalismo seja protestante e liberal, ou mesmo que todo Estado que tem marcada influencia protestante, como a Inglaterra, tenha o mesmo tipo de liberalismo americano. Por fim, aduz Bresser Pereira: “Em sociedades em que as diferenças de educação, renda e poder são enormes, o contrato social clássico é insuficiente, sendo necessário um pacto político e uma correspondente coalizão de classes em torno de um projeto de desenvolvimento econômico e social”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Interpretações sobre o Brasil*. In: LOUREIRO, Maria Rita (org.). **50 anos de ciência no Brasil (1946-1996): pensamento, instituições, depoimentos**. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 63.

⁴⁷⁹CALSAMIGLIA, A. Apresentação. In DWORKIN, Ronald. *Derechos em Serio*. Barcelona: Ariel, 1984. Trad. SAMPAIO, Patrícia. **Ensaio sobre Dworkin**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em março de 2007.

⁴⁸⁰Um adendo é pertinente: Dworkin discorda plenamente dos céticos, os quais, por sua vez, tendem a crer que o conjunto de ideias liberal não contém nenhuma moralidade política fundamental, formou-se por acaso e manteve-se coeso graças aos interesses pessoais, e tampouco acredita que o crescimento econômico é necessariamente elemento constitutivo do liberalismo (no máximo, derivativo). O autor, portanto, acredita que o liberalismo consiste numa moral política constitutiva que permaneceu a mesma, em linhas gerais, ao longo de certo tempo, que continua a ser influente na política, e cujas questões fundamentais não podem ser, dessa forma, resolvidas separadamente da história e da teoria social desenvolvida. Ademais, reconhece que “o liberalismo compartilha os mesmos princípios constitutivos com muitas outras teorias políticas, inclusive o conservadorismo, mas distingue-se delas por atribuir importância relativa diferente a diferentes princípios. E, por fim, admite que nem todos que sustentam alguma das posições liberais sustentarão ou sustentaram sempre todas elas. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p.274, 275, 278, e 280. Ou, o mesmo texto em obra organizada francesa: _____. *Le Libéralisme*. In BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. Op. cit., 1997, p. 51-86.

⁴⁸¹O conservadorismo, como ideologia política engloba diferentes tendências e inclinações, entre elas o conservadorismo tradicional e a “nova direita”. No caso, está se falando do segundo tipo, o qual “é caracterizado, essencialmente, pela crença de um Estado forte, porém mínimo, combinando libertarismo econômico com autoritarismo social”, consonante, por exemplo, com os ideais do Partido Republicano americano. HEYWOOD, Andrew. Op. cit., v.1, p. 75.

de qualquer concepção particular do que é viver bem, ou do que dá valor à vida⁴⁸². Essa posição moral tende, dessa forma, a propor uma teoria geral de distribuição política⁴⁸³ baseada na igualdade de recursos (quaisquer que sejam eles).

Nesse sentido, diante de decisões políticas⁴⁸⁴ cotidianas, o liberal necessita, afirma Dworkin, de um esquema de direitos civis – em essência, baseado no direito individual, e não na posição (econômica ou social) do indivíduo no grupo –, que se justifica para proteger o igual interesse e consideração (respeito), sem, para tanto, representar uma oposição entre a igualdade e outro objetivo ou princípio advindos da democracia e da economia de mercado. Esses direitos funcionariam como **trunfos** frente à maioria nas mãos dos indivíduos: capacitariam os indivíduos autônomos a resistir a determinadas decisões políticas. O intrigante é que, muito embora nenhuma diretriz política nem objetivo social coletivo possam, em regra, triunfar frente a um autêntico direito⁴⁸⁵, não é qualquer direito que assume a qualidade de trunfo, e este, enquanto direito de propriedade, não é ilimitado sobre tudo aquilo que for adquirido, mas apenas representa um domínio mínimo sobre uma esfera de posses demonstrada como desejável⁴⁸⁶. Dworkin afirma ainda que, em prol de uma sociedade justa,

⁴⁸²Interessante notar, nesse contexto, que a “fórmula geral” da concepção de igualdade para os conservadores (qual seja: “o conteúdo do igual tratamento não pode ser independente de alguma teoria sobre o que é bom para o homem ou o bom da vida, pois tratar uma pessoa como igual significa tratá-la da maneira como a pessoa boa ou verdadeiramente sábia desejaria ser tratada”) parece diferir de uma concepção de igualdade comunitarista apenas no preenchimento de conteúdo do que seria a ‘boa vida’ para determinada sociedade, ou seja, conservadores e comunitaristas tendem assumir a mesma moralidade política constitutiva de igualdade, se diferenciando apenas naquilo que propriamente entendem como bem viver e, portanto, nas instituições e decisões políticas que endossam. À propósito, nesse sentido, “o liberalismo não é, decididamente, algum meio-termo ou ponto intermediário entre duas posições mais vigorosas”, e sim umas das teorias que admite uma determinada versão de teoria de igualdade. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 286/287.

⁴⁸³“Uma teoria de como distribuir tudo o que a comunidade precisa distribuir, na forma de bens, recursos e oportunidades”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 287.

⁴⁸⁴Para fins de recorte metodológico, ao tratar sobre decisão política, Dworkin a define como aquela que “reflete não apenas certa acomodação das preferências *pessoais* de todos, de modo a garantir a todos o máximo de igualdade possível em termos de oportunidades, mas o predomínio de um conjunto de preferências *externas*, isto é, preferências que as pessoas têm sobre o que os outros deverão fazer ou ter.(...) O liberal, portanto, precisa de um esquema de direitos civis cujo efeito seja identificar essas decisões políticas que são antecipadamente propensas a refletir fortes preferências externas e retirar inteiramente essas decisões das instituições políticas majoritárias”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 150. E _____. Op. cit., 2001, p. 296.

⁴⁸⁵DWORKIN, Ronald. **Rights as trumps**. In: WALDRON, Jeremy. Theories of Rights. Oxford: Oxford University, 1984, p.153. _____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 268.

⁴⁸⁶DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 299. Os direitos como trunfos são direitos morais preexistentes, concebidos em uma comunidade de princípios, e cuja identificação ocorre a partir da concepção liberal de igualdade, do exame da distribuição de direitos, e da observância à tradição, à história institucional e à moralidade comunitária, ou seja, é balizado de forma contextual e não se reduz necessariamente a um individualismo radical. No caso americano, alguns direitos-trunfo figuram, também, no texto constitucional. Porém, Dworkin não oferece uma lista dos direitos-trunfo, tampouco concebe uma fórmula mecânica que permita a sua identificação, por isso são reconhecidos pela via interpretativa. Não há, portanto, uma clara equivalência entre direito-trunfo e o conceito de direito fundamental enquanto norma jurídica positivada, especialmente quando se tem em conta Constituições analíticas, como a brasileira e a portuguesa. MARTEL, Leticia de C.V. **São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI.

como condição de possibilidade desses direitos, haveria um imperativo moral contextual a ser observado: o compromisso público permanente de cada indivíduo a sustentar valores de liberdade, tolerância, igualdade, solidariedade e transparência política⁴⁸⁷.

Ademais, ao mesmo tempo em que propôs uma teoria política própria, Ronald Dworkin aproximou-se bastante da de Rawls, uma vez que ambas são fundadas nas ideias de que: a) o ponto de partida, o núcleo de sentido, da teoria da justiça são os indivíduos, os quais devem ser tratados como iguais e considerados responsáveis pelos resultados de seus gostos e ambições⁴⁸⁸; b) uma boa concepção igualitária não deve ter como medida principal de igualdade o bem-estar ou a satisfação que cada um possa ter⁴⁸⁹; c) o liberalismo igualitário afirma a justiça distributiva como uma questão de recursos iguais (para Rawls, em termo de “bens primários”)⁴⁹⁰; d) o Estado liberal igualitário, como visto, deve ser neutro em matéria de ética e da noção pessoal de boa vida (neutralidade estatal)⁴⁹¹; e) uma das principais falhas do mercado é permitir que diferenças moralmente irrelevantes, como as de talento, afetem a distribuição, de modo que ambos os autores defendem a redistribuição em nome da justiça; e f) o mercado não é suficiente para regular a sociedade (conforme insistem os libertários), nem para definir quotas iguais, mas, ao contrário, pode, com a participação estatal, fazer parte de um sistema político igualitário: admite-se, dessa forma, a intervenção estatal para alcançar uma justa distribuição de recursos⁴⁹².

No entanto, é possível notar algumas diferenças entre as duas teorias liberais, e é a partir delas que Dworkin postula um modelo distributivo hipotético (não necessariamente baseado na noção de contrato) alternativo ao de John Rawls. Duas destacam-se como mais relevantes para o argumento:

Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 6331/6332. A importância de demonstrar, ainda que sinteticamente, essa construção teórica na reflexão é, entre outros, porque é comum que os direitos-trunfos sejam utilizados imponderadamente para justificar a concessão de direitos constitucionais, como o direito à saúde (cuja associação com direito-trunfo não é óbvia), e, ademais, pois é uma forma de mostrar que mesmo na reflexão sobre direitos individuais, Dworkin não parece acreditar que esses direitos sejam ilimitados de todo.

⁴⁸⁷DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993, p. 53-57. Ou, a mesma discussão é travada em outro texto similar e presente em diferentes obras, como: _____. *La communauté libérale*. In BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. Op. cit., 1997, p. 337-358; e _____. **La comunidad liberal**. Trad. Claudia Montilla. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1996, p. 133-184.

⁴⁸⁸PISIER, Evelyne. **História das ideias políticas**. São Paulo: Manole, 2004, p.626.

⁴⁸⁹Nesse sentido, Dworkin faz uma análise profunda sobre as várias teorias de bem-estar social, em uma tentativa de averiguar sua viabilidade como tratamento igualitário das pessoas. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 3-77 e 157.

⁴⁹⁰“Distribuir recursos segundo uma “teoria rasa do bem”, ou o que Dworkin denomina “recursos no sentido mais amplo”, capacita as pessoas da melhor maneira para atuar com base em suas crenças e examiná-las quanto ao valor, e esta é a maneira [, para esses autores,] de promover o interesse essencial das pessoas em ter uma vida boa”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 263.

⁴⁹¹GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p.65/66.

⁴⁹²DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 298 e 302.

I- Para satisfazer os princípios de igual tratamento, a despeito das discordâncias das pessoas acerca do que é bom e das preferências pessoais, duas principais instituições políticas gerais se destacam na teoria liberal: o mercado econômico e a democracia representativa⁴⁹³. Nesse contexto, para Dworkin, a teoria da justiça de Rawls desenvolve uma concepção radical de igualdade, na qual a equidade funciona como parâmetro da ordem jurídica, e os princípios de justiça representam a base mínima para a organização dos serviços (de saúde, por exemplo) oferecidos e prestados pelo mercado. Por sua vez, Dworkin defende uma participação ainda maior do Estado, com a regulação dos mercados e da relação entre os indivíduos e estes, e isso como forma de proteção do sistema como um todo⁴⁹⁴, com especial relevo ao contexto do direito à saúde americano.

II- Ademais, há uma diferença quanto ao alcance da teoria de justiça. Dworkin aceita o preceito que motivou o princípio da diferença de Rawls, qual o seja: o destino das pessoas deve depender de suas ambições/ projetos de vida (“sensível às ambições”, portanto), mas não de seus dotes naturais e sociais (“insensível à dotação”, às circunstâncias)⁴⁹⁵. Entretanto, para o autor, mesmo que, em geral, as desigualdades sociais fossem compensadas e as desigualdades naturais não influíssem na distribuição, ainda assim a teoria rawlsiana não distingue as desigualdades escolhidas e as não escolhidas, tampouco consegue evitar o fato de que as circunstâncias que afetam os indivíduos continuam impondo-lhe encargos dos quais outros são isentos. Dessa maneira, Dworkin acredita que outro esquema regulador, diferente do rawlsiano, poderia ter mais sucesso no que se refere à concretização do objetivo exposto inicialmente⁴⁹⁶.

Aliás, um dos fundamentos do esquema distributivo de Dworkin está no fato de que tratar os indivíduos como iguais exige que cada um tenha permissão de usar, nos seus projetos pessoais, não mais que uma parcela igual dos recursos disponíveis para todos. Desse modo, não seria possível computar quanto alguma pessoa consumiu, ao final, sem levar em conta os

⁴⁹³Dworkin acredita que são essas mediações (mercado e democracia representativa) que “tornam a própria distribuição de um cidadão uma função das preferências pessoais de outros, bem como das suas, e é a soma dessas preferências pessoais que fixa o verdadeiro custo para a comunidade de satisfazer as preferências por bens e atividades”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 289/290.

⁴⁹⁴ Nota-se que, “na igualdade de recursos, o mercado quando entra, o faz de maneira mais positiva, porém também mais servil. Entra porque foi endossado pelo conceito de igualdade como o melhor meio de garantir, pelo menos até certo ponto, o requisito fundamental de que somente uma parcela igualitária dos recursos sociais seja dedicada à vida de cada um de seus membros, conforme avaliada pelo custo de oportunidade de tais recursos para os demais”. Interessante é que a escolha por uma economia de mercado se dá mais por razões de igualdade que de eficiência, e isto baseado na ideia do mercado como um dos métodos de distribuir recursos. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 147.

⁴⁹⁵DWORKIN, Ronald. **What is Equality? Part 2: Equality of Resources**. Philosophy and Public Affairs, Vol. 10, No. 4 (Autumn, 1981), p. 311.

⁴⁹⁶KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 97/98. E GARGARELLA, Roberto. Idem, p.68.

recursos com que contribuiu e os recursos que tirou da economia – ou seja, as escolhas pessoais, sobre investimento, trabalho e lazer, “têm impacto sobre os recursos da comunidade como um todo, e esse impacto deve se refletir no cálculo que a igualdade exige”⁴⁹⁷.

O modelo ideal proposto por Dworkin consiste na elaboração de um dispositivo igualitário que basicamente se divide em duas partes: a do leilão, na qual não há diferença de talentos naturais entre as pessoas hipoteticamente consideradas e o qual visa o problema das escolhas individuais (sensível à ambição); e a do esquema de seguros, no qual se procura compensar as desvantagens naturais⁴⁹⁸. Todas essas alternativas de promoção da igualdade de recursos serão revisitadas, agora, em apertada síntese, a fim de ressaltar como essa concepção liberal igualitária funciona em exercícios de reflexão.

Utilizando o exemplo de uma ilha deserta, Dworkin constrói, primeiramente, o arranjo distributivo chamado ‘leilão igualitário’, do qual todas as pessoas participariam e no qual todos os recursos da sociedade (ditos impessoais, como terra, remédios etc.) ficariam colocados à disposição do público, para venda, sob um conjunto de preços que se adaptaria a todos os mercados (isto é, todos os lotes serão vendidos e haverá apenas um comprador por aquele preço). Nessa situação, cada indivíduo começaria com um idêntico poder de compra (ou seja, ninguém tem direito prévio e todos têm iguais possibilidades de adquirir qualquer um dos bens comuns)⁴⁹⁹ e faria lances pelos recursos que se ajustariam melhor ao seu plano de vida. Logo, o leilão acabaria quando cada participante ficasse satisfeito com o lote de recursos que adquiriu⁵⁰⁰ e arcasse com os custos de sua própria escolha. Em vista disso, o leilão será, então, considerado bem-sucedido apenas se o teste da divisão igualitária de recursos (teste da cobiça) for satisfeito, qual o seja: depois de feita a divisão dos recursos, cada pessoa deve preferir sua própria parcela de bens em relação aos dos demais, porque, afinal, teve a oportunidade de ter comprado os bens dos outros em vez daquilo que comprou, no momento dos lances⁵⁰¹.

⁴⁹⁷(Grifo nosso). DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 307.

⁴⁹⁸Dworkin desenvolve ainda hipóteses teóricas a cerca dos tributos e da questão da redistribuição, como equivalentes do mundo real. Entretanto, esses modelos, apesar de intimamente ligados com as preocupações ético-morais desse trabalho, não serão explicitados aqui, pois, me parece, os modelos do leilão hipotético de do seguro são a verdadeira base, e trazem os elementos necessários, para a construção sobre a reflexão prática da justiça e o direito da saúde.

⁴⁹⁹Interessante que uma vez satisfeita essa condição, “uma distribuição de mercado asseguraria que *ninguém poderia reclamar* com razão que tem menos que outros, *ao longo de toda a sua vida*” (grifo nosso). DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 308.

⁵⁰⁰Nesse contexto, observa-se que as pessoas “não perceberam, digamos, que talvez fosse sensato manter alguns recursos como propriedade comum de qualquer Estado que venham a criar”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 81.

⁵⁰¹“Se [o teste] for satisfatório, as pessoas serão tratadas com igual consideração, pois as diferenças entre elas refletirão suas diferentes ambições, suas diferentes crenças a respeito do que dá valor à vida”. KYMLICKA,

O objetivo desse mecanismo hipotético não é apenas resolver abstratamente possíveis problemas técnicos da igualdade de recursos, mas propor uma métrica à premissa de que todos os recursos dedicados à vida de cada pessoa devem ser iguais, e proporcionar um padrão para julgar/ testar até que ponto instituições e distribuições reais (qualquer que tenha sido o modo de se chegar a elas) aproximam-se da igualdade de recursos em dado momento, com a possibilidade de reformá-las depois, se o caso for, a fim de aproximá-las do modelo⁵⁰². Sob essa hipótese, interessante é que o custo dos bens resulta da noção que cada um tem daquilo que é seu com justiça, e o teste da cobiça ressalta que a medida dos recursos sociais distribuídos a cada indivíduo é determinada indagando-se a real importância desses recursos para os outros⁵⁰³.

Ocorre que, uma vez encerrado o leilão, previu-se que, mesmo em tese, o teste da cobiça não teria um êxito tão longo, pois, no momento de fazer comércio sob a forma que as pessoas bem quisessem, as desvantagens naturais e a sorte (bruta e por opção) poderiam ter o condão de fazer com que alguns indivíduos passassem a preferir o quinhão de bens dos outros aos seus próprios. Refletindo sobre essa questão, teve-se por bem garantir aos indivíduos uma parcela adicional e igual de meios para que eles adquirissem bens – e assim perseguirem o plano de vida que cada uma delas escolheu, e, para que contratassem, previamente, seguros hipotéticos, se assim o desejassem⁵⁰⁴.

O esquema do seguro serviria, então, para enfrentar eventuais desvantagens futuras surgidas fundamentalmente a partir das diferentes capacidades com as quais as pessoas nascem dotadas, ou que as pessoas tenham perdido ao longo da vida, e que as impede de produzirem riquezas para si mesmas. A decisão de comprar ou rejeitar, aqui também, não partiria de uma posição privilegiada, e figuraria como uma aposta calculada, uma vez que o foco é o quanto os indivíduos estão dispostos a gastar, no mercado de seguros hipotéticos⁵⁰⁵,

Will. Op. cit., p. 99. Em outras palavras, uma distribuição não poderia ser contestada como desigual sobre o fundamento dos fatos contingentes dos bens disponíveis (como, por exemplo, o número de pessoas que tenham as mesmas preferências), e das variedades de gosto (ou seja, se as preferências de alguém serão caras ou frustrantes). O teste de inveja é um teste econômico, não psicológico. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 85. E GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p.255.

⁵⁰²“É claro que nenhuma sociedade orgânica complexa teria, em sua história, nada remotamente compatível a um leilão igualitário”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 89. Mesmo porque, “no mundo real, as pessoas não começam suas vidas em termos iguais; alguns partem com acentuadas vantagens de riqueza de família ou educação formal e informal. (...) Além dessas desigualdades inequívocas, as pessoas não são iguais em habilidade, inteligência ou outras capacidades inatas”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 308.

⁵⁰³“As pessoas devem pagar o preço da vida que decidiram levar, avaliado naquilo de que as outras pessoas abrem mão para que possam viver como escolheram”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 92.

⁵⁰⁴DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 91. GARGARELLA, Roberto. Idem, p. 69. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 102.

⁵⁰⁵“Mesmo se as pessoas corressem riscos iguais de sofrer todas as catástrofes, e medissem o valor e a importância do seguro de maneira diferente em consequência de suas aspirações e planos, o mercado de seguros,

em prêmios de seguro contra o risco de serem deficientes ou desfavorecidos na distribuição de dotes naturais. Esse contrato forneceria, portanto, uma solução intermediária entre ignorar os bens naturais desiguais, e tentar igualar, em vão, as pessoas em suas circunstâncias (isto é, colocar as pessoas menos favorecidas em uma situação de ter aproximadamente os mesmos recursos, que possam ser compensados pela restituição do prêmio, que os afortunados pela loteria natural)⁵⁰⁶.

O objetivo desse segundo modelo de distribuição é, como no caso de Rawls, reduzir o peso de fatores arbitrários, de um ponto de vista moral. Ademais, visa evitar problemas graves como o da “escravidão dos talentosos”, pois, afinal, é tarefa impossível compensar, por exemplo, a má saúde de todos os menos favorecidos, ainda que as políticas governamentais e os mais talentosos só se dedicassem a isso⁵⁰⁷. Não é, tampouco, diretamente traduzível à realidade, no entanto, constitui um modelo para orientar uma política igualitária real, cujas ideias dominantes são: que os recursos (impessoais) destinados a uma pessoa devem ser medidos pelo que custa aos outros ela tê-lo, ou seja, os tipos de deficiências compensadas e os custos do prêmio são medidos em termos de custos para os demais⁵⁰⁸, e os recursos sociais para compensar as desvantagens naturais individuais limitam-se à soma das coberturas que as pessoas individualmente se comprometem a pagar; e, principalmente, que ninguém, em sua esfera individual, gastaria todos os seus recursos em seguro, já que não lhes sobraria nada com que buscar seus objetivos⁵⁰⁹.

não obstante, estaria estruturado em categorias que designassem os riscos contra os quais a maioria das pessoas faria seguro de uma maneira geral”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 99. Não seria necessário, portanto, personalizar o seguro para cada indivíduo. “O mercado determina quais deficiências - os casos de má sorte bruta - as pessoas estariam preparadas para segurar porque suas preferências estão ligadas ao custo”. GUEST, Stephen. Op. cit., p.257.

⁵⁰⁶“A proposta de Dworkin é similar à ideia de Rawls de posição original. Devemos imaginar pessoas por trás de um véu de ignorância modificado. Elas não conhecem seu lugar na distribuição de talentos naturais e devem supor que são igualmente suscetíveis às várias desvantagens naturais que poderiam surgir”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 103. Ressalto que Kymlicka afirma, ainda, que “a igualdade completa de circunstâncias é impossível”, logo, defende ser impossível atingir o objetivo desse esquema, uma vez que, em muitos casos, nenhuma quantidade de bens sociais seria suficiente para compensar plenamente certas desvantagens mútuas. Entretanto, concorda ser irracional não fornecer proteção alguma contra as calamidades que podem nos ocorrer (em especial, devido à sorte bruta, na qual os resultados dos riscos não advêm de apostas deliberadas, por exemplo, a queda de um meteorito sobre nossas casas). (p.102)

⁵⁰⁷Caso em que, “se tentássemos oferecer a mais alta cobertura possível àqueles que venham a ser desfavorecidos, (...) os que foram felizes na loteria natural seriam forçados a ser tão produtivos quanto possível para pagar os prêmios elevados que comprariam hipoteticamente contra a desvantagem natural”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 105.

⁵⁰⁸GUEST, Stephen. Op. cit., p. 258/259.

⁵⁰⁹Nesse contexto, a propósito, para duplicar os resultados, Dworkin acredita que poderíamos usar o sistema tributário, como melhor resposta para o problema da aplicação do esquema de seguro e o que ocorre no mundo real. “O imposto de renda seria uma maneira de recolher os prêmios que as pessoas concordariam hipoteticamente em pagar e os vários esquemas de bem-estar social, assistência médica e desemprego seriam maneiras de pagar a cobertura aos que viessem a sofrer desvantagens naturais cobertas pelo seguro”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 103/104.

Todo esse aparato teórico complexo serviu, na teoria de Dworkin, para refletir sobre as controvérsias políticas reais, como os debates sobre assistência médica e programas de previdência social. Nesse sentido, a fim de demonstrar essas acepções teóricas norteadoras da teoria igualitária defendida pelo autor, é que foram demonstrados os diferentes esquemas de distribuição. A seguir, portanto, como Dworkin organizou a discussão em torno do específico problema do direito à saúde⁵¹⁰.

Partindo da premissa de que não é possível oferecer a todos a assistência médica que os mais ricos entre nós podem comprar para si, ou seja, de que a nação não pode pagar todos os exames e tratamentos que seus cidadãos venham querer ou precisar, como se deve decidir, enquanto nação, o quanto gastar coletivamente e com cada cidadão, passa ser uma questão fundamental de justiça, e não apenas uma justificativa econômica de políticas governamentais⁵¹¹.

Assim, em torno dessas questões sobre racionamento, Dworkin atenta para o fato de que, há milênios, existe uma apologia, intuitivamente atraente e que recebe vasto apoio na retórica política, de uma justiça ideal na medicina, que ele chama de “princípio do resgate” e que se baseia em duas afirmações: a de que a vida e a saúde são os bens mais importantes, e todo o resto deve ser sacrificado em favor desses dois; e o de que a distribuição da assistência médica deve ser equânime, no sentido de não se negar a ninguém a assistência médica de que precisa⁵¹².

O autor prontamente aduz que “nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio”⁵¹³. E complementa: “a ciência criou tantas formas caríssimas de assistência médica, [que] é absurdo que a comunidade continue tratando a vida como um bem fornecido a qualquer custo”⁵¹⁴. Ora, esse argumento está estritamente vinculado aos esquemas de distribuição de igualdade acima demonstrados e, principalmente, coloca em

⁵¹⁰De fato, poderia ter omitido toda a demonstração teórica dos esquemas de distribuição, a fim de dar mais dinamismo ao texto e cair no erro de torná-lo demasiadamente prolixo, e só apresentar a reflexão sobre o problema prático. Contudo, toda forma de pensar que Dworkin expõe, principalmente em seu livro *Virtude Soberana*, está extremamente conectada. Logo, achei melhor demonstrar sua teoria com mais cuidado e profundidade.

⁵¹¹DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 433. Afinal, diz Dworkin, “*sick citizens are expensive to the community’s overall economy as they are to their private employers, and they are particularly expensive to a community of decent people who will not let the indigent die or suffer for lack of medical care*”. DWORKIN, Ronald. Replies: to Lesley Jacobs. In: BURLEY, Justine (org.). **Dworkin and his critics: with replies by Dworkin**. Reino Unido: Backwell Publishing Ltd, 2004, p. 361.

⁵¹²DWORKIN, Ronald. **Justice in the distribution of Health Care**. In: McGill Law Journal. v. 38. Canadá: McGill University, 1993, p. 885.

⁵¹³Afinal, esse princípio, em resumo, estaria afirmando que “devemos gastar tudo até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 435.

⁵¹⁴(Grifo nosso). DWORKIN, Ronald. Idem.

xeque boa parte dos argumentos que sustentam, por exemplo, o direito à saúde como subjetivo oponível *erga omnes*.

Nesse contexto, Dworkin tenciona ainda que talvez seja necessária outra definição, mais útil, de justiça ideal na assistência médica. Propõe, então, a partir do sistema de planos de saúde, o “seguro prudente” ideal, no qual os recursos são divididos entre a saúde e outras necessidades sociais, e entre os diferentes pacientes que precisam de tratamento, isso imaginando como seria a assistência médica se não ficasse à mercê de um mercado livre, desregulamentado, e não subsidiado (ou seja, não fosse o mercado defendido pelos economistas conservadores), e se a distribuição de riquezas na nação, por outro lado, não fosse tão injusta a ponto de as pessoas não poderem pagar qualquer seguro-saúde⁵¹⁵.

É claro, essa é uma proposta que, em geral, requer certas reformas no Estado, como a melhoria na distribuição de rendas e o amplo acesso público às informações sobre as predisposições de doenças e os tratamentos avançados. Mas, com essa ressalva, o que o autor pretendeu foi parametrizar uma comunidade, na qual a distribuição justa represente aquela que as pessoas bem informadas criam para si⁵¹⁶ por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na sociedade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos⁵¹⁷. Essas conclusões são importantes para ajudar a escolher qual assistência médica deve-se almejar oferecer a todos em uma sociedade imperfeita e injusta, e, no caso deste trabalho, apontar para o fato de que tomadas de decisão sobre direito à saúde não se reduzem à satisfação, ou não de uma demanda unilateral, mas, ao contrário, significa observar a escolha moral de um modelo de distribuição igualitária de recursos, o qual está inserido e motivou determinada política pública de saúde.

Em geral, em condições mais justas de sociedade, a maioria das pessoas quer continuar viva o máximo possível, mas conscientes, alertas, e com o mínimo de dor imaginável. Logo, para determinar um nível de cobertura médica em um mercado livre de forma ponderada, propõe-se aderir àquilo que os mais prudentes⁵¹⁸ comprariam como seguro, antes da velhice e de serem acometidos por alguma enfermidade, o que, para Dworkin, seriam

⁵¹⁵O método prudente começa com a “ideia de que ninguém pode reclamar, por questões de justiça, que tem menos do que outra pessoa, contanto que tenha tudo o que queria se a sociedade fosse totalmente justa”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 448.

⁵¹⁶E não vinculadas apenas às escolhas das companhias de seguro, que, em geral, não tem incentivo direto para economizar

⁵¹⁷DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 440.

⁵¹⁸“[O] que é prudente para alguém dependa das necessidades, dos gostos, da personalidade e das preferências da pessoa, contudo podemos emitir alguns juízos com a confiança de que se encaixariam nas necessidades e nas preferências da maioria dos [cidadãos] contemporâneos”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 441.

os planos de saúde medianos⁵¹⁹. Por conseguinte, ao se substituir o princípio do resgate (que defende como consenso geral a noção de que, se for possível salvar uma vida, por mais remota possibilidade de fazê-lo e não importando o custo, vale a pena tentar) por essa abordagem do seguro prudente (com planos de saúde básicos) como ideal de justiça na assistência médica, passam-se a **aceitar limites** na cobertura universal, sem, para tanto, eles serem considerados transigências da justiça, mas, ao contrário, exigidos por ela⁵²⁰. Note que, “nesse caso, o teste do seguro prudente não oferece motivo para que um plano nacional de saúde devesse tornar possível [às pessoas] o que elas mesmas não teriam feito para si”⁵²¹.

Assim, um dos pontos altos de toda essa hipótese de Dworkin, e que renova nossas expectativas em torno daquilo que se espera do Estado – e, em especial, do Judiciário, quando é demandado para satisfação de um direito à saúde – está no fato que a decisão deve também orientar-se pelo padrão da prudência individual. É dizer que o princípio do seguro prudente equilibra o valor estimado de um dado tratamento médico com outros bens e riscos, e, para tanto, a pergunta principal desse princípio seria: quanto as pessoas decidiriam gastar com a própria assistência médica individualmente, se comprassem um seguro no mercado livre em condições justas? Pois, esse modelo de igualdades de recursos insiste em refletir que nós como nação devemos gastar tanto quanto os indivíduos gastariam, coletivamente, em tais condições; e, em segundo lugar, que se deve usar a despesa agregada para garantir que todos tenham, individualmente, o que aquelas pessoas teriam.

Em outras palavras, se individualmente uma pessoa não gastaria todas as suas economias em seguro-saúde, por que o Estado seria obrigado a prover tudo ilimitadamente a todos?⁵²² Dworkin defende o equilíbrio entre o que os indivíduos estão dispostos a pagar nos mercados – note-se aqui a influência de esquemas como o leilão e o contrato hipotéticos – e o papel do Estado, que pode seguir a mesma lógica de escolha para a regulação da saúde pública. Ademais, comenta ainda, a esse respeito, que redistribuição é preciso, mas é inaceitável a ideia de que o governo deve cuidar do povo do berço ao túmulo, em vez de lhes permitir que assumam a responsabilidade pela própria vida, e de respeitar os juízos de

⁵¹⁹ “[S]eguros que [cobririam] os tratamentos médios comuns, hospitalização quando necessária, tratamento pré-natal e pediátrico e exames gerais regulares, bem como outros tratamentos preventivos, por exemplo”. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 443.

⁵²⁰ Limites para aquilo que o Estado que respeita a igualdade pode escolher deliberadamente quando houver outras escolhas disponíveis. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 315.

⁵²¹ DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 444.

⁵²² “The decision about exactly how much should be spent on health care ought to reflect how much important health care is to particular individuals”. JACOBS, Lesley A. Justice in health care. In BURLEY, Justine. Op. cit., p. 138.

necessidade e valor que os cidadãos tenham formulado nas condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade⁵²³.

Como o racionamento deve expressar não apenas cálculos técnicos de custo-benefício mas também a noção de prioridade das pessoas, a consulta, ressalta Dworkin, à opinião pública antes de se tomarem decisões é vital, e o órgão encarregado dessas decisões deve ser composto por representantes de diversos grupos que se poderia esperar que tomassem decisões diferentes, e deve decidir a cobertura sempre aberto à revisão e relativa ao contexto⁵²⁴. Essas condições são interessantes, pois relembram a complexidade da formulação de uma política pública no âmbito dos órgãos responsáveis pela pasta da saúde, e em como essa mesma política é formada escutando diversos atores; e, enquanto isso, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, muitas vezes, reduz a complexidade da questão do direito à saúde em decisões unilaterais e desconsidera esses aspectos morais e processuais que fundamentam, por exemplo, as listas de medicamentos e filas de transplantes.

O fato é que, admite Dworkin, não existe um programa completamente justo de distribuição, e, naturalmente, nenhum programa viável pode oferecer a cada cidadão uma vida valiosa a seus próprios olhos. No entanto, “devemos escolher programas que mais nos aproximem do complexo e inatingível ideal de igualdade, e estar constantemente prontos a reexaminar a escolha quando novas provas ou novos programas forem propostos”⁵²⁵. E, para isso, seria essencial um mercado regulado com regras públicas de igualdade, para produtos e serviços, e pautado por normas provenientes da própria Constituição, o que aumentaria a capacidade de participação do Estado e o incentivo a gastos prudentes na previsão de bens da saúde.

Nesse contexto, Dworkin destaca o papel da comunidade como de suma importância. Para ele, uma comunidade com uma tradição cultural forte e comprometida com a igualdade de recursos, incentiva, em vez de subverter, os princípios adequados da responsabilidade individual, pois ela é, em suma, a própria união dos indivíduos no seio da empresa coletiva que é a sociedade⁵²⁶. A respeito dessa concepção de igualdade liberal, o autor salienta ainda que, a partir de uma visão ética-política unitária, “liberdade, igualdade e comunidade não são

⁵²³DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 449.

⁵²⁴DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 447.

⁵²⁵DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 309.

⁵²⁶DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 492. Afinal, já diria Waldron: “O fato é que a justiça social não é algo que alguém possa fazer sozinho; é algo que buscamos juntos”. WALDRON, Jeremy. Op. cit., p. 108

três virtudes distintas e quase sempre em conflito, como outras teorias políticas (...) declaram, mas aspectos complementares de um só ideal político”⁵²⁷.

3.1.2.2 A ética-política comunitária

O comunitarismo, apesar de estar associado a vários significados⁵²⁸, tem como o mais comumente aplicado e que aqui será utilizado, o de um movimento cujo ponto de partida é a comunidade, tida como um núcleo de reflexão moral. Dessa maneira, tal teoria está inserida em uma determinada arena para o debate filosófico: o multiculturalismo⁵²⁹, o qual tem como base a diversidade no interior da comunidade e o direito de diversos grupos culturais ao reconhecimento, à diferença, e ao respeito. O ponto central para essas matrizes teóricas é, portanto, a defesa do indivíduo inserido e moldado intrinsecamente em um contexto social, cultural, institucional ou ideológico específico – não sendo possível, para tanto, entender as pessoas “fora” da sociedade (não existe um “eu desimpedido”)⁵³⁰.

Heywood atenta para o fato de que, muito embora claramente contrário ao individualismo metodológico liberal, o comunitarismo pode assumir diversas formas políticas. Entre elas, um comunitarismo de esquerda, no qual a comunidade exige liberdade e igualdade social irrestritas, com uma forte tendência anarquista, para tanto. Há ainda um comunitarismo de centro, para o qual a comunidade está fundamentada no reconhecimento de direitos mútuos e responsabilidades recíprocas (por exemplo, o social-democrata). E, por fim, um comunitarismo de direita que afirma que uma comunidade deve ter respeito pela autoridade e pelos valores estabelecidos, com influência conservadora e da “nova direita”⁵³¹. Neste trabalho, em paralelo ao modelo feito com a matriz liberal, não adotarei como referência os movimentos mais radicais, pois, se já é difícil propor uma dada teoria moral para uma sociedade já formada, principalmente como a brasileira, me parece pior ainda fazer esse trabalho para aquelas que remotamente nos afetam.

Feita essa ressalva, tem-se que o comunitarismo é uma doutrina que não ignora, tampouco combate, a noção de indivíduo. Ao contrário, não há um descarte do indivíduo em

⁵²⁷ DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 331.

⁵²⁸GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 138. “O termo “comunitarismo” é, na verdade, o que se poderia chamar um termo “guarda-chuva”, isto é, assim como “liberalismo”, significa coisas diferentes para pessoas diferentes”. CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Op. cit., p. 289.

⁵²⁹“Embora as sociedades multiculturais existam há muito tempo (...), o termo “multiculturalismo” é relativamente recente. Ele foi usado pela primeira vez em 1965, no Canadá, para descrever uma forma específica de se lidar com a questão da diversidade cultural e da unidade cívica”. HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas: Do feminismo ao multiculturalismo. v. 2**. São Paulo: Ática, 2010, p. 95. Assim, ao mesmo tempo em que contextualiza o comunitarismo, o multiculturalismo se utiliza das premissas comunitárias.

⁵³⁰HEYWOOD, Andrew. Idem.

⁵³¹HEYWOOD, Andrew. Op. cit., p. 101.

nome do todo, como potencialmente pode se sustentar no comunismo. No entanto, de acordo com os comunitários, os indivíduos são constituídos pelas instituições e práticas das quais eles são parte, e seus direitos e obrigações derivam destas mesmas instituições⁵³², ou seja, a liberdade do indivíduo é valorizada, mas o ponto fulcral é a relação do indivíduo com o contexto ao qual pertence: o “eu”, ou a pessoa, é constituído por meio da comunidade na qual vive e se desenvolve, de modo que há, por outro lado, uma dívida de respeito e consideração a essa mesma comunidade⁵³³. A noção de **comunidade**⁵³⁴, portanto, é o núcleo de sentido que norteia as construções teóricas em torno de bens coletivos e distribuição justa.

Muitos autores sustentam o desenvolvimento do comunitarismo em permanente polêmica com o liberalismo em geral e com o próprio liberalismo igualitário em particular. Esse enfrentamento seria uma nova versão das antigas disputas filosóficas que opunham diferentes correntes. De fato, e em boa parte, o comunitarismo retoma a defesa da prioridade dos laços comunitários e da realização do indivíduo apenas com sua integração na comunidade, argumentos tipicamente atribuídos a Hegel, em clara distinção às teorias liberais, que, em geral, sustentam a existência de certas obrigações universais e prioritárias, aquelas mais contingentes, e a valorização de um sujeito autônomo, ideais esses que caracterizam, por sua vez, a teoria de Kant⁵³⁵.

A título de recorte vital, uma consideração de Charles Taylor é muito importante ser ressaltada logo no introito desse item. As questões que são invocadas para explicar a vida social tendem, no calor do debate, a serem separadas e polarizadas entre atomistas (primazia aos direitos individuais) e holistas (maior prioridade à vida comunitária ou ao bem das coletividades), e, para tanto, seriam apresentadas no modo “ou uma ou outra”. No entanto, devemos nos livrar dessa antítese e considerar que elas são diferentes, e até autônomas, mas

⁵³²STERBA, James P. Op. cit., p. 397.

⁵³³“A premissa comunitarista de sujeito é inversa – não se trata mais do reconhecimento da pessoa como livre e igual perante as demais, mas do reconhecimento do direito à diferença, e da reivindicação política de bens em nome dessa diferença” XIMENES, Julia M. Op. cit., p. 31. E HEYWOOD, Andrew. Op. cit., v.2, p. 101. “O indivíduo tem obrigações éticas para com a finalidade social, deve viver para sua comunidade organizada em torno de uma só ideia substantiva de bem comum”. GONÇALVES, Gisela. Op. cit., p. 02.

⁵³⁴“*Preguntarnos si una sociedad en particular constituye una comunidad no implica simplemente preguntarnos si una gran cantidad de sus miembros tienen casualmente entre sus diversos deseos el de asociarse con otros o promover objetivos comunitarios – aunque éste puede ser uno de los rasgos de una comunidad –, sino si la sociedad es en sí una sociedad de cierto tipo, ordenada de una cierta manera, de forma tal que la comunidad describa su estructura básica y no meramente las disposiciones de las persona dentro de la estructura. Para que una sociedad constituya una comunidad en este sentido fuerte, la comunidad debe ser constitutiva de la autocomprensión compartida de los participantes, y estar incorporada en sus acuerdos institucionales, y no ser simplemente un atributo de los planes de vida de ciertos participantes*”. SANDEL, Michael. **El liberalismo y los límites de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 2000, p. 216.

⁵³⁵Entre os autores: GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 137. CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Op. cit., p. 288. DELACAMPAGNE, Christian. Op. cit., p.123. E GUTMANN, Amy. **Communitarian Critics of Liberalism**. In *Philosophy and Public Affairs*. Blackwell Publishing, v. 14, n. 3, 1985, p. 308/309.

que não há contraposição, nem independência, plena entre elas. Assim, seria possível defender uma relativa distribuição coletiva em torno do direito à saúde, tendo como núcleo de sentido o indivíduo, assim como tentar combinar uma sociedade relativamente coletivista com uma identidade liberta, ressalvado, é claro, um possível limite para combinações viáveis entre eles⁵³⁶. Ora, o que pretendo ressaltar é que cada posição do debate atomismo-holismo⁵³⁷ pode ser combinada com qualquer posição gradiente da questão individualista-coletivista, e, com as devidas proporções e contextualizações, com qualquer das matrizes teóricas liberais-comunitárias⁵³⁸.

Modernamente, muito embora a teoria comunitária não seja de todo homogênea, depois de observar as críticas comuns ao liberalismo, encontra-se um núcleo de autores que se sobressaem como associados ao movimento comunitarista (ainda que, apesar das críticas, no fim das contas, defendam critérios muito próximos daqueles da postura liberal), como Charles Taylor e Michael Walzer⁵³⁹, cujas teorias serão aqui abordadas como referências no estudo sobre o comunitarismo. Não será objetivo aqui, portanto, demonstrar a famigerada oposição e as críticas formuladas entre liberais e comunitários, como questão principal⁵⁴⁰, ainda que seja inevitável a comparação. O foco é saber como a teoria comunitária trabalha as categorias “indivíduo”, “comunidade”, e “justiça distributiva”, que servirão de base para a hipótese sustentada, e, mesmo que a partir das críticas comunitárias ao liberalismo, tentar delimitar o que o comunitarismo defende e o que ele não defende.

a) A visão comunitária de Charles Taylor

⁵³⁶TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail U. Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000, p.197-199.

⁵³⁷Há um aspecto desse debate que envolve a tradição analítica, na qual filósofos da mente e da linguagem dividem-se ente atomistas e holistas. RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. Trad. João Carlos Pijnappel. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 289. Entretanto, não optei por utilizar esse tipo de abordagem aqui, pois nesse momento o que é importante averiguar é como moral e institucionalmente se organizam as teorias liberais e comunitaristas.

⁵³⁸Nota-se que a hipótese de Taylor é a de que, quando se utiliza um critério ontológico, o campo de possibilidades torna-se estruturado. TAYLOR, Charles. Idem. “Seria um erro, pensar que, se não somos individualistas, teremos de ser holistas. (...) Há uma posição intermediária – na verdade, todo um leque de possibilidades. Talvez alguns direitos e deveres sociais possam ser explicados em termos de sua origem em ações individuais, mas outros não. Efectivamente, tanto os individualistas como os holistas, na prática, aceitam a posição intermediária”. Observo apenas que para Wolff, o que ele chama de individualismo é, nesse contexto, o que os demais autores chamam de atomismo, e de holismo, ele considera a forma mais extrema de oposição. WOLFF, Jonathan. Op. cit., p. 261.

⁵³⁹Outros exemplos de autores são: “[aqueles] que oscilam entre a defesa de posições socialistas e republicanas, como Michael Sandel; e ainda outros que assumem posturas mais decididamente conservadoras, como, no caso de Alasdair MacIntyre”. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 138.

⁵⁴⁰Para saber mais sobre as críticas feitas pelo comunitarismo ao liberalismo, e suas respostas: BUCHAMAN, Allen E. Assessing the Comunitarian Critique of Liberalism. In: **Ethics**. Estados Unidos: The University of Chicago Press, v. 99, n. 4, 1989, p. 852-882. E, FORNERO, Giovanni. Comunitarismo. In: ABBAGNANO, Nicola. Op. cit., p. 194.

As obras de Charles Taylor sobre Hegel e a sociedade moderna, de alguma forma, contribuíram sobremaneira para a polêmica entre comunitarismo e liberalismo, no final do século XX. O mote desses livros, na ocasião, foi dar continuidade ao propósito hegeliano de imersão do indivíduo em sua comunidade⁵⁴¹ e marcar oposição às teorias, em especial de Kant, que defendiam um conceito de razão formal, conceito esse que, para o autor, esvaziava o conteúdo das obrigações morais dos indivíduos e da própria autonomia deles⁵⁴². É a partir dessa formulação teórica, aliás, que os críticos, em geral, percebem uma suposta oposição nevrálgica, entre os dois posicionamentos morais (liberalismo e comunitarismo), e entre as justificativas que norteiam esse debate estaria, por exemplo, a existência de uma potencial distinção na maneira que indivíduo e comunidade seriam compreendidos por cada matriz teórica⁵⁴³.

Especificamente neste trabalho, a intenção não é demonstrar a correção, ou não, do argumento, mas sim explicitá-lo, sob a justificativa de que essa é mais uma forma de pensar moralmente os temas complexos inseridos nas tomadas de decisões importantes para a sociedade, por agentes públicos – tal qual ocorre nas decisões judiciais sobre a saúde pública. Nesse sentido, para melhor compreensão da teoria comunitária de Taylor, a ideia é demonstrar, em síntese apertada, como ele compreende a dicotomia entre indivíduo e comunidade, porque, embora ele não tenha, diferentemente de Dworkin ou Walzer, uma alternativa distributiva clara para a questão da saúde, possui indicativos vigorosos sobre como institucionalmente as escolhas devem ser feitas e como os direitos devem ser encarados.

Logo, no que tange à noção de indivíduo, Taylor afirma que as pessoas, como agentes humanos, ou *selves*⁵⁴⁴, não são capazes de desenvolver suas potencialidades humanas

⁵⁴¹TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 26. Em síntese, o contexto da teoria hegeliana retomada por Taylor é: “a colocação da *história* no centro do sistema [teórico], mostrando que o modo de compreensão filosófico é necessariamente histórico; a crítica à filosofia de *Kant* por não se perguntar nem pela origem nem pelo processo de formação da consciência subjetiva, considerada um ponto de partida formal e abstrato; o questionamento da *dicotomia* kantiana entre *razão teórica e razão prática*, defendendo [, por sua vez,] a unidade da razão; e em sua interpretação do processo de formação da consciência e da marcha do Espírito até o saber absoluto adota um *método dialético*”. MARCONDES, Danilo. **Iniciação à História da Filosofia: Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 7 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002, p. 224.

⁵⁴²GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 138. TAYLOR, Charles. **Hegel**. Reino Unido: Cambridge University Press, 1975. p. 560. Ou, uma versão mais, nas próprias palavras de Taylor, condensada e acessível em _____. **Hegel and Modern Society**. Reino Unido: Cambridge University Press, 1979, p. xi/ 03. Nesse sentido, Taylor veio afirmar depois: “O desencantamento do mundo está ligado [à] (...) primazia da razão instrumental. Por “razão instrumental” quero dizer o tipo de racionalidade em que nos baseamos ao calcular a aplicação mais econômica dos meios para determinado fim. Eficiência máxima, a melhor relação custo-benefício, é sua medida de sucesso”. _____. **A ética da autenticidade**. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011, p.14.

⁵⁴³BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. Op. cit., 1997, p. 18/19.

⁵⁴⁴Optei por manter o termo *self/ selves* sem tradução, no original, seguindo todas as traduções das obras de Charles Taylor. “Falamos de um ser humano como sendo um *self*. Esta palavra é usada de inúmeras maneiras; e (...) toda essa linguagem é historicamente condicionada. Há, porém, um sentido deste termo no qual nos

isoladamente, mas só podem crescer e se autorrealizar dentro de certo contexto particular⁵⁴⁵. Essa teoria social (ou o chamado holismo tayloriano) se contrapõe, assim, às teorias atomistas⁵⁴⁶, pois, para ele, o indivíduo livre, detentor de direitos, não conseguiria assumir essa identidade⁵⁴⁷, se não fosse sua relação com uma sociedade desenvolvida a partir da história de cada cultura⁵⁴⁸.

Ou seja, ao contrário de concepções morais que defendem o Estado como um mero instrumento para assegurar a coexistência pacífica dos indivíduos (o que seria próprio de uma sociedade contratualista que se vê como uma associação de indivíduos)⁵⁴⁹, e que enxergam na teoria da igualdade um somatório dos livres acordos individuais e na definição do bem

referimos às pessoas como *self*, dizendo com isso que elas são serás da profundidade e complexidade necessárias para ter (ou para estar empanhadas na descoberta de) uma identidade (...). Temos que distinguir esse sentido de todos os tipos de outros usos surgidos na psicologia e na sociologia. (...) Minha autodefinição é atendida como resposta à pergunta “Quem sou eu?””. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2005, p. 50/51.

⁵⁴⁵“Só se é um *self* no meio dos outros. Um *self* nunca pode ser descrito sem referência aos que o cercam”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2005, p. 53 e 74. Diogo Gualda afirma que Taylor permite uma distinção na sua teoria: “argumentos meramente ontológicos e argumentos ontológicos com consequências normativas. No primeiro campo, figuram afirmações sobre as condições da agência ou da possibilidade do conhecimento; no segundo, (...) das específicas delimitações a opções normativas que uma determinada concepção ontológica enseja. (...) Certamente a distinção entre ontologia e normatividade tem o intuito de nos mostrar como é bem possível seguir com uma concepção que ressalte a liberdade individual e a dignidade do agente sem apelar para alguma concepção atomista da sociedade”. GUALDA, Diego de Lima. Op. cit., p. 73. Para esse trabalho não me optei por focar os argumentos mais existenciais e ontológicos, como o estudo aprofundado do *self* e da específica retomada da teoria de Hegel, por exemplo. Apesar de sua importância, como o meu objetivo é demonstrar uma alternativa de projeto de sociedade e a influência de suas escolhas no nível institucional, utilizarei esse aspecto articular da teoria de Taylor com suporte para composição daquilo que, de fato, nos interessa.

⁵⁴⁶ Como visto, o atomismo tem seu conceito para a doutrina mais conservadora do liberalismo (libertarismo) como uma radicalização da noção de individualismo, na qual os indivíduos seriam “átomos”, separados uns dos outros e de sua comunidade, de modo que a intervenção estatal praticamente não existiria. Contudo, o comunitarismo, em especial Charles Taylor, utiliza esse tema para se opor “aquelas doutrinas ‘contratualistas’, surgidas no século XVIII, que adotam uma visão da sociedade como um agregado de indivíduos orientados por objetivos individuais”. TAYLOR, Charles. **Atomism**. In *Philosophical Papers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p.187. “O ‘atomismo’ [, como posição ontológica peculiar,] parte de uma análise sobre os indivíduos e seus direitos, aos quais atribui uma óbvia prioridade perante as questões sociais”. Nesse sentido, a teoria de Taylor se contrapõe à noção de indivíduo que caracteriza o liberalismo igualitário, na qual o “eu” antecede os fins (Rawls), e na qual há adoção do individualismo metodológico. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 144.

⁵⁴⁷ Observo que, dentro de uma teoria que defende a política de reconhecimento, Taylor conceitua o termo identidade como “aquilo que nós somos, <<de onde nós provimos>>. Assim, definido, é o ambiente no qual os nossos gostos, desejos, opiniões e aspirações fazem sentido. (...) A descoberta da minha identidade não significa que eu me dedique a ela sozinho, mas, sim, que eu a negocie, em parte, abertamente, em parte, interiormente, com os outros. (...) A minha própria identidade depende, decisivamente, das minhas reações dialógicas com os outros”. TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 54. A definição é trazida, ainda que a título de complemento (sem relevância direta com o estudo em questão), porque é necessário ressaltar o caráter constitutivo, na teoria de Taylor, da noção de identidade, reconhecimento e multiculturalismo.

⁵⁴⁸“A individualidade e o bem, ou, em outras palavras, a identidade e a moralidade, apresentam-se como temas inextricavelmente entrelaçados”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2005, p.15.

⁵⁴⁹GONÇALVES, Gisela. Op. cit., p. 01.

comum uma marcada neutralidade estatal sobre os critérios de uma boa vida⁵⁵⁰, o comunitarismo defende que é preciso, sim, se preocupar com as escolhas individuais das pessoas sobre um ideal moral⁵⁵¹, da mesma forma que é necessário cuidar da comunidade em que essas escolhas são realizadas. Desse modo, o Estado, para essa visão comunitarista, tem uma função moral autêntica e engajada; transcende às considerações pragmáticas e procedimentalistas⁵⁵²; provê condições sociais necessárias para a autonomia individual⁵⁵³; e é essencialmente ativista, no sentido de estar comprometido com a organização da vida pública em torno de uma concepção substantiva de bem⁵⁵⁴ (política do bem comum), e com a consequente determinação de uma noção particular de vida boa, a qual é, nesse contexto, compreendida necessariamente com referência aos valores veiculados pela tradição de uma comunidade histórica particular⁵⁵⁵.

Importante destacar que as teorias morais tipicamente atomistas, nas quais cada indivíduo possui uma concepção de boa vida e um plano de vida particular (individualismo da

⁵⁵⁰ À propósito, para certo tipo de liberalismo, aponta Taylor que “a vida boa é o que cada indivíduo busca, à sua própria maneira, e o governo precisaria de imparcialidade, bem como no que diz respeito a todos os cidadãos, caso tomasse partido nessa questão”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2011, p.26.

⁵⁵¹ “O que quero dizer com ideal moral? Quero dizer um quadro de como seria um modo de vida melhor ou mais elevado, onde “melhor” e “mais elevado” são definidos não em relação ao que possamos desejar ou precisar, mas sim oferecer um padrão do que devemos desejar”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2011, p.25.

⁵⁵² Taylor tentar demarcar uma diferença com os liberais, os quais, por sua vez, possivelmente se baseiam em uma “ética procedimental, [isto é,] que definem uma teoria moral fundada segundo normas procedimentais, formais, desligadas de qualquer concepção específica de bem”, as quais serviriam ainda de justificativa para orientar a vida pública e definir o que é moralmente justo. GONÇALVES, Gisela. Op. cit., p. 02. “É importante ressaltar que o formalismo nem sempre depende da postura atomista. É possível adotarmos uma postura formalista sem ter qualquer simpatia pelo atomismo. (...) Uma teoria que adota o formalismo pode ser absolutamente contra uma concepção e descrição instrumental da sociedade. Seja como for, para Taylor, mesmo nestas circunstâncias, o formalismo continua limitando o alcance a questões e dilemas morais, especificamente, os que se relacionam ao *bem viver* e favorecendo, mesmo a contragosto, uma facilitação para a difusão da imagem instrumental”. GUALDA, Diego de Lima. **Individualismo Holista: uma articulação crítica do pensamento político de Charles Taylor**. 2009. 298 p. Dissertação. (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 40.

⁵⁵³ Kymlicka defende que tanto os liberais como os comunitários “almejam assegurar o leque de opções a partir do qual os indivíduos fazem suas escolhas autônomas. Sua discordância é quanto ao ponto em que os ideais perfeccionistas [ou seja, quando da promoção de escolhas específicas e consequente hierarquização do valor relativo das várias opções dentro de uma cultura,] devem ser invocados”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 282.

⁵⁵⁴ “No sentido amplo, “bem” significa todas as coisas valiosas que buscamos; no sentido estrito, refere-se a planos de vida ou modos de vida assim avaliados”. Considerando que algumas coisas têm valor para você e para mim, e algumas têm essencialmente valor para nós. O bem, para esta teoria, é aquilo que compartilhamos, no sentido estrito. Taylor faz uma pequena distinção entre bens, mas o que interessa para este trabalho é considerar aquilo que ele chamada de “bens convergentes” (comuns ou públicos), que são coletivamente proporcionados/garantidos e não podem ser obtidos de outra forma: nenhuma pessoa pode pagar por eles sozinha. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 207.

⁵⁵⁵ GONÇALVES, Gisela. Idem. E, TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p.202. Esse mesmo texto pode ainda ser conferido em: _____. *Qui pro quo et malentendus: le débat communautariens-libéraux*. In: BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. Op. cit., 1997, p. 87-119. Nota-se, ademais, que alguns “autores comunitaristas mais determinados declaram-se a favor de que o Estado promova certos planos de vida importantes. (...) [Por outro lado,] Raz, ao contrário de outros comunitaristas, afirma apenas que o Estado deve promover uma pluralidade de opções para contribuir com uma maior autonomia individual”. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 142.

autorrealização)⁵⁵⁶, seriam, para Taylor, primordialmente marcadas por uma ética do direito, a qual se concentra nos direitos individuais, no tratamento igualitário, e numa ação governamental que leve em conta as preferências dos cidadãos. Assim, os benefícios e bens públicos seriam determinados a partir das aspirações e exigências das pessoas (inclusive daquelas que não partilham dos objetivos comuns), bem como no poder delas de influenciar os reais tomadores de decisões⁵⁵⁷. Nesse caso, o papel da sociedade seria instrumental e se reduziria, portanto, a responder e a arbitrar às exigências concorrentes dos indivíduos; e o modelo institucional, por conseguinte, caracterizar-se-ia como um modelo adversarial, no qual os conflitos são resolvidos fundamentalmente por meio das instituições judiciais, em sistemas com um corpo de direitos reconhecidos⁵⁵⁸. Afinal, para esse modelo de sociedade, observa Taylor, poderia haver uma perigosa desatenção ao se tratar da fronteira dos direitos fundamentais, pois o “liberalismo de direitos”⁵⁵⁹ insiste em uma defesa permanente de direitos, em uma dignidade associada à portabilidade individual de direitos, e,

⁵⁵⁶Em paralelo, essa ideia está associada, ademais, à compreensão de uma identidade individualizada, ou seja, aquela que é especificamente do indivíduo, que ele descobre dentro dele. Surgida no final do século XVIII, e atrelada a um ideal moderno de autenticidade (monológico), autonomia (como a capacidade de cada pessoa determinar para si própria uma visão de vida boa) e de auto-satisfação, simbolizou a mudança da noção de honra, próprio de sociedades desiguais, para a concepção de dignidade, que, hoje, possui um sentido universalista e igualitário. Entretanto, afirma Taylor, o conteúdo desta política visa a igualdade dos direitos e privilégios e tende a ser homogeneizante. É dizer que, para algumas formas de liberalismo e de defensores do direito igualitário, as identidades culturais distintas só seriam permitidas, nesse sentido, de forma muito restrita (política de igual respeito). TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994, p.48, 51, 58, 72, 77. E, _____. Op. cit., 2011, p.23.

⁵⁵⁷TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 203 e 216. _____. Op. cit., 1994, p. 80.

⁵⁵⁸GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 146. Essa é uma das concepções que exemplifica, ainda, o lugar de destaque, na agenda política dos governos norte-americanos, da ideia generalizada de que os bens definidos e distribuídos coletivo e publicamente não deva vigorar, a qual, por sua vez, ajudou a dar mais ênfase à revisão jurídica, com base em textos constitucionais à custa do processo político normal de construir maiorias com vista à ação legislativa. TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994, p. 78. E, _____. Op. cit., 2011, p. 113.

⁵⁵⁹Taylor está pensando aqui no fato de que não é clara a distinção entre as liberdades fundamentais, distintas dos privilégios e imunidades, uma vez que não devem ser violadas, e, por outro lado, aqueles direitos que são importantes, mas que, a partir de uma razão forte, podem ser anulados ou limitados por razões de política pública. Ademais, apesar de não delimitar uma definição exata ao termo “liberalismo de direitos”, parece que o autor, ao mencioná-lo nesse contexto, atribui ao modelo liberal esse papel preponderante dos direitos. TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994, p. 79/80.

simultaneamente, em uma desconfiança dos objetivos coletivos da sociedade⁵⁶⁰, ainda que não tenha a pretensão de abolir as diferenças culturais⁵⁶¹.

Expus a crítica do autor comunitário, para demonstrar melhor o que ele formula em sua teoria, a partir da diferença com essa matriz atomista que ele toma como parâmetro de análise. Taylor, aliás, vincula-se à corrente holista, enquanto defesa de uma posição moral, pois acredita que uma sociedade democrática precisa de alguma definição da vida boa aceita em comum.

Nesse sentido, Taylor afirma que, quando nos centramos no estudo da identidade e do “outro”, diante do pressuposto de valor igual para todos, isso não necessariamente significa se debruçar sobre o que os outros possam exigir de nós na qualidade de direito⁵⁶². Logo, a ideia de primazia (proteção privilegiada) dos direitos⁵⁶³ não vigora para a teoria comunitária, pois para que o homem possa exercer e afirmar suas potencialidades especificamente humanas e sua autonomia, ele necessita, antes, reconhecer, no seu desenvolvimento pessoal, o significado da sociedade, a qual assegura determinadas políticas culturais e garantias de independência pessoal, mas que está amparada em instituições de participação política, ou seja, é a sociedade que define os bens que serão providos (ética do bem). Assim, para o comunitarismo, não se poderia insistir, sem reflexão, na necessidade de proteger certos

⁵⁶⁰“O ideal não é “governar e ser governado alternativamente”, mas ter voz ativa. Isso é compatível com o não-envolvimento no sistema participativo”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 217. Essa consideração, inclusive, faz parte de um entendimento que Taylor possui sobre o individualismo (como ideal moral e não como fenômeno amoral (egoísmo)), o qual, diante do específico contexto apresentado no parágrafo, tenderia à desagregação (ao tornar as afiliações entre as pessoas puramente instrumentais) e à “cultura do narcisismo”. Haveria, portanto, uma “disseminação de uma perspectiva que torna a autorrealização o maior valor da vida e que parece reconhecer poucas demandas morais externas ou comprometimentos sérios com os outros. (...) [Essas formas autocentradas] tendem a ver a realização apenas como do *self*, negligenciando ou deslegitimando as demandas que vêm de fora de nossos próprios desejos ou ambições, sejam elas da história, da tradição, da sociedade, da natureza ou de Deus; elas fomentam, em outras palavras, um antropocentrismo radical”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2011, p. 30 (nota de rodapé), 63 e 66.

⁵⁶¹É mister ressaltar que o autor reconhece a existência de outros modelos de sociedade liberal que, muito embora também defendam a preponderância de certos direitos, encaram os direitos e os objetivos coletivos de forma um pouco diferente das terias morais atomizadas: “não [são] modelos processuais de liberalismo, mas modelos que se fundamentam bastante em juízos de valor sobre o que constitui uma vida boa – juízos esses em que a integridade das culturas ocupa um lugar importante”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994, p. 81.

⁵⁶²TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994, p. 93.

⁵⁶³Ressalto que Kymlicka, em seu livro, afirma que a doutrina da “primazia de direitos” – na qual os direitos individuais têm primazia sobre outras noções morais, como os deveres individuais, o bem comum, a virtude, etc. – criticada por Taylor, não representaria o melhor esquema de argumentação. Ao contrário, essa discussão faz sentido, não perguntando se os direitos em geral têm primazia ante os deveres e valores em geral, mas “se há direitos, virtudes, etc. específicos que sejam inadequadamente reconhecidos nas teorias liberais ou (como Taylor as descreve) ‘ultra-liberais’. E, se encaramos o debate dessa maneira, um dos argumentos de Taylor é o de que (...) um Estado neutro não pode proteger adequadamente o ambiente social necessário para a autodeterminação”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 278. Ressalvada essa sutil diferença, observo que ambas as análises servem para composição da hipótese tencionada: ver se o direito à saúde é moralmente primário, ou não, ou identificar problemas na sua compreensão moral, perante o ordenamento jurídico, a partir de alguma teoria de igualdade.

direitos contra a própria sociedade ou à custa dela⁵⁶⁴, ou seja, a ética central de uma sociedade deve ser antes do bem do que uma ética do direito⁵⁶⁵. Nesse contexto, “não é nem um pouco óbvio que, no caso de conflito entre certas reivindicações “sociais” e algum direito individual, devemos optar necessariamente por proteger o direito que está em jogo”⁵⁶⁶.

Assim, tampouco vigoraria como uma constante, nessa matriz teórica, a percepção do pleito individual pelo direito à saúde como equivalente, alegoricamente, a uma fatia da torta dos direitos constitucionais, ou seja, a um patrimônio jurídico individual oponível contra todos. Isso porque Taylor faz uma crítica de que a noção de “respeito”, ao longo do tempo, no Ocidente moderno, adquiriu um caráter universal (todos os seres humanos merecem respeito) e sua formulação (predileta, nas palavras dele) consolidou-se em termos de direitos, o que se tornou central nos nossos sistemas legais, e, de forma paralela e análoga, acabou se formando no pensamento moral um foco na autonomia dos indivíduos. É nesse contexto que toma forma “a noção de um direito, também chamado de ‘direito subjetivo’, tal como desenvolvida na tradição [jurídica ocidental, o qual seria equivalente a] um privilégio legal visto como uma quase-posse do agente a quem é atribuído”⁵⁶⁷. No entanto, ao considerar o direito subjetivo como alguma coisa em relação à qual o possuidor pode e deve agir para colocá-la em vigor, Taylor afirma que é ampliado o grau de liberdade do sujeito e subvertido o entendimento de que a lei é aquilo que as pessoas devem obedecer, ainda que ela possa assegurar alguns benefícios – mas, fundamentalmente, as pessoas estão *sob* a lei, não o inverso⁵⁶⁸.

Dessa forma, sabendo que essa percepção sobre os direitos têm reflexos nas decisões judiciais, Charles Taylor salienta ainda que “decisões judiciais em geral são do tipo em que o vencedor fica com tudo; ou você ganha ou você perde. Em particular, as decisões judiciais acerca de direitos tendem a ser concebidas como questões de tudo ou nada”⁵⁶⁹. Desse modo, o comunitarismo tende a não preferir ajustar judicialmente problemas difíceis de solucionar, pois, do contrário, essas questões que requerem um amplo consenso democrático acerca de quais escolhas e medidas, as quais também envolverão algum sacrifício e dificuldade, devem

⁵⁶⁴ GARGARELLA, Roberto. Idem.

⁵⁶⁵ TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 202.

⁵⁶⁶ Reproduz Gargarella, ao expor a teoria de Taylor. GARGARELLA, Roberto. Idem. “Os objetivos colectivos podem implicar restrições ao comportamento dos indivíduos, restrições essas que violam os seus direitos”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 1994, p. 75.

⁵⁶⁷ “A revolução na teoria do direito natural do século XVII consistiu em parte em usar essa linguagem dos direitos para exprimir as normas morais universais. Começamos a falar de direitos “naturais”, aplicados agora a coisas como a vida e a liberdade, que supostamente todos têm”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2005, p. 25.

⁵⁶⁸ “De certo modo, falar de um direito universal e natural à vida não parece muita inovação. A mudança parece ser na questão de forma. (...) Ambas as formulações [, acima,] parecem proibir as mesmas coisa. A diferença, porém não está no que é proibido [, por exemplo,] mas no lugar do sujeito”. TAYLOR, Charles. Ibidem.

⁵⁶⁹ “O próprio conceito de um direito parece pedir por satisfação integral, se for um direito absoluto; se não, então nada”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2011, p. 115.

ser tomadas (como ocorre com os pleitos de acesso aos leitos em UTI e aos medicamentos, baseados no direito à saúde, no ordenamento jurídico brasileiro) se tornariam ainda mais difíceis de resolver. Ou seja, onde esse tipo de política judicial é dominante, parece ser mais complicado aprovar determinados tipos de projetos comuns⁵⁷⁰. Por conseguinte, quando o sistema torna-se desequilibrado – no sentido de que a dignidade do cidadão consista principalmente no poder de ter e reivindicar seus direitos, quaisquer que sejam as consequências para o todo –, a fragmentação da sociedade é fortificada⁵⁷¹.

Assim, quanto ao desenho institucional, essa matriz teórica, procura defender uma precedência da comunidade sobre o indivíduo, sob uma política comunitária do bem comum, a qual é baseada na não- neutralidade estatal sobre a definição de bem viver⁵⁷², e na promoção da autodeterminação das pessoas⁵⁷³, sem, para tanto, defender uma autonomia individual exarcebada. Um dos intuitos seria, então, combater a influência de um tipo de individualismo particular – o qual tenderia a desconsiderar condições de inserção social infraestruturais, como as arraigadas na tradição e cultura de uma dada comunidade histórica –, e os limites ao

⁵⁷⁰“Os julgamentos individuais a respeito do bem dependem da avaliação coletiva de práticas compartilhadas. Elas se tornam matéria de capricho subjetivo e arbitrário se forem separadas das deliberações coletivas”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 283.

⁵⁷¹“Uma sociedade fragmentada é aquela cujos membros acham cada vez mais difícil identificar-se com sua sociedade política como uma comunidade (...), que seu senso de pertencimento incorporado é transferido para outro lugar ou atrofia inteiro. E é alimentada, também, pela experiência de impotência política. (...) [Desse modo,] o que pode ajudar a mitigar esse sentimento é a descentralização do poder”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2011, p. 116/117.”Em consequência, uma sociedade em que a relação dos cidadãos com o governo é normalmente antagonica, e mesmo onde estes conseguem fazer o governo render-se a seus propósitos, não garantiu a dignidade dos cidadãos, permitindo apenas um baixo grau de capacidade do cidadão. (...) Se consigo as coisas manipulando as instituições comuns, como posso vê-las como refletindo um propósito comum para mim e para aqueles que delas participam?”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 217.

⁵⁷²“[Taylor] fala sobre como a capacidade de conceber imaginativamente concepções de boa vida exige o debate especializado entre intelectuais que tentem definir e esclarecer as outras possibilidades que temos diante de nós (...), e sobre como o Estado pode e deve proteger estas atividades culturais essenciais”. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 282. Diogo Gualda argumenta que “uma política do bem comum, nesse sentido, é aquela do tipo rousseauniana, que força os cidadãos a adotarem uma concepção de vida boa reconhecida como correta pela comunidade. “Em uma sociedade comunitária, porém o bem comum é concebido como uma concepção substantiva de boa vida que define o “modo de vida” da comunidade. Esse bem comum, em vez de justar-se ao padrão de preferências das pessoas, provê um padrão pelo qual estas preferências são avaliadas. (...) A busca pública dos objetivos compartilhados que definem o modo de vida da comunidade não é, portanto, limitada pela exigência de neutralidade. Ela tem precedência sobre os direitos dos indivíduos aos recursos e liberdades necessários para que busquem as suas próprias concepções do bem. Um Estado comunitário pode e deve encorajar as pessoas a adotar concepções de bem que se ajustem ao modo da vida da comunidade, ao mesmo tempo em que desencoraja concepções do bem que entre em conflitos com aquelas. Um Estado comunitário, portanto, é um Estado perfeccionista”. GUALDA, Diego de Lima. Op. cit., p. 18. Observo que a passagem transcrita pelo autor não tem sua fonte exposta de forma clara, mas ainda assim julguei interessante reproduzi-la, pela sua explicação do conceito de boa vida para a teoria comunitária.

⁵⁷³Ressalto que o autor está pensando aqui no fato de que as escolhas individuais são defendidas pela tese social, mas requerem um contexto cultural seguro, o qual, por sua vez, necessita de um contexto político seguro. É dizer que as pessoas só se identificarão com o Estado e aceitarão suas exigências como legítimas quando houver uma forma comum de vida. E é essa definição de bem viver que é vista como um bem supremamente importante, e sua continuidade e florescimento devem ter importância, não apenas instrumentalmente para os seus diversos bens individuais ou como a soma total destes bens individuais, mas para os cidadãos por si mesmos. KYMLICKA, Will. Op. cit., p. 289.

alcance, pelos indivíduos, de uma variedade de bens⁵⁷⁴ que constituem suas identidades. Nesse sentido, a tese social de Taylor também defenderia a prioridade do bem sobre o justo⁵⁷⁵.

Isto posto, a ideia norteadora comunitária é de solidariedade⁵⁷⁶ plena, na qual a identidade das pessoas nunca é definida tão somente em termos de propriedades individuais, mas se situa também em um espaço social, e é isso que faria toda a diferença para essa matriz teórica. Paralelamente, o Estado, no que tange às políticas de acesso a determinado direito, como o da saúde, é também orientado por um espírito de solidariedade, no qual o sistema de participação cívico e democrático deve ser significativo, e a reconfiguração do próprio Estado, para que o setor público prepondere sobre o privado, é admitido e incentivado, já que o autogoverno participativo é um dos bens mais elevados para o comunitarismo⁵⁷⁷.

Especificamente, nas decisões judiciais que envolvem alocação de bens comuns, o que se deveria ter em mente, ao seguir tal teoria, é, acima de tudo, que seguir as regras de impacto coletivo é próprio da dimensão comunitária da experiência humana e, ademais, representa a participação daquele que a segue em uma dada comunidade, ou seja, o sentido da regra – no caso, o sentido e os limites do direito à saúde – só pode ser compreendido coletivamente. Afinal, são as práticas sociais que dão significado à ação individual, e não o contrário, de modo que por mais individual que ação aparente ser, a meta é coletiva. E, para se estabelecer um parâmetro judicante sobre um dado problema fático, como nas decisões do Supremo Tribunal Federal, deve-se assumir, por fim, que não há regra em um único episódio, nem ação que não se refira ao contexto social⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Para Sandel, as distinções de concepção de comunidade entre Rawls e Taylor revelam o que significa a noção de bem para esses autores. Nesse sentido, afirma que o bem da comunidade limitado aos objetos de desejo, objetivos e sentimentos comunitários de sujeitos previamente individualizados, seria próprio de uma sociedade “sentimental”, uma sociedade liberal. Enquanto, aquele bem da comunidade que alcança as pessoas de forma aprofundada, a fim de descobrir, não apenas os sentimentos, mas também um modo de autocompreensão que constitui parcialmente a identidade, que define parcialmente quem essa pessoa, estaria diante de uma comunidade “constitutiva”, logo, comunitária. SANDEL, Michael. Op. cit., 2000, p. 201.

⁵⁷⁵ GUALDA, Diego de Lima. Op. cit., p. 17/21. “Os críticos comunitaristas do individualismo sugerem frequentemente que a tarefa da filosofia política não é fornecer princípios abstractos de justiça, mas criar uma perspectiva da boa sociedade (...), fornecer descrições pormenorizadas e concretas daquilo que faz prosperar a sociedade humana”. WOLFF. 259

⁵⁷⁶ “O cidadão está ligado às leis como repositório da dignidade sua e dos outros. (...) Meu compromisso moral (frequentemente inoperante) com o bem-estar de todos os seres humanos é altruísta. Mas o vínculo de solidariedade com meus compatriotas numa república que funcione se baseia num sentido de destino partilhado em que o próprio partilhar tem valor. É isso que confere a esse vínculo sua importância especial”, aquilo que anima o patriotismo das pessoas. “Podemos, portanto, dizer que a solidariedade republicana está na base da liberdade, por ser ela (...) tão essencial a um regime livre, porque é pedido a seus membros que façam coisas que meros súditos evitam”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 209.

⁵⁷⁷ TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 215.

⁵⁷⁸ Essa última reflexão sobre o que significa compreender e obedecer uma regra está, na obra de Taylor, vinculada e influenciada pelas obras de Wittgenstein. “A passagem do para-mim-e-você ao para-nós, a passagem para o espaço público, é uma das mais importantes coisas que fazemos vir à existência na linguagem, e toda teoria da linguagem tem de levar isso em conta”. “Ora, em casos, como serrar uma tora ou dançar, é fundamental

b) *A distribuição comunitária de Michael Walzer*

Walzer, assim como seu colega contemporâneo, Dworkin, está preocupado com a democracia americana e o seu progresso social⁵⁷⁹. Apesar de utilizar como ponto de partida uma sociedade diferente da brasileira, ele formula uma teoria que, nessa análise, pode contribuir como outra forma de se compreender as categorias pesquisadas até agora: “indivíduo”, “comunidade” e “justiça distributiva”.

A obra de Walzer mais significativa, nesse debate entre liberais e comunitários, é chamada *Esferas da justiça* e foi escrita em oposição à proposta de justiça distributiva que aparece em John Rawls⁵⁸⁰. O interessante é que, contrário à concepção de outros comunitaristas, como Sandel, as ideias de justiça e comunidade, para esse autor, podem ser compatíveis. Isso porque ele pressupõe que a sociedade é uma comunidade distributiva e que concebe, cria e avalia seus bens sociais de formas diversas; logo, a justiça distributiva surgiria da reflexão filosófica sobre esses bens⁵⁸¹.

Então, uma das diferenças entre essa teoria e o liberalismo igualitário de Rawls e Dworkin estaria no conteúdo atribuído à justiça. Afirma Walzer que a justiça defendida pelos liberais é, em geral, baseada em princípios universais, abstratos e a-históricos. Por outro lado, perante essa proposta comunitarista, a noção de justiça deveria ser preenchida a partir da avaliação sobre quais bens são importantes e das práticas comuns de uma dada sociedade, isto é, como as distribuições de direitos e de recursos são definidas e realizadas pela sociedade⁵⁸².

A hipótese de Walzer, para a relação entre a justiça distributiva e a comunidade, é de que diferentes bens sociais devem ser distribuídos por múltiplos motivos, normas, procedimentos, agentes e critérios. Desse modo, não haveria, para ele, um sistema único para

para o ritmo o fato de ser partilhado. (...) Trata-se de uma experiência diferente da coordenação de minha ação com a sua, (...) serrar e dançar são paradigmas de ações dialógicas”. TAYLOR, Charles. Op. cit., 2000, p. 206 e 188. Confesso que poderia ter optado por manter o paralelismo com a corrente anterior e concluir que o ponto alto da teoria comunitarista é a noção de comunidade de *per se*, mas essa análise sofisticada que concebe o indivíduo e a prática social, me pareceu ainda mais oportuna de replicar como reflexão síntese e final.

⁵⁷⁹DELACAMPAGNE, Christian. Op. cit., p. 127.

⁵⁸⁰WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. XXII.

⁵⁸¹Para Walzer, “os bens com seus significados – por causa de seus significados – são o meio fundamental das relações sociais, entrem nas mentes antes de passar pelas mãos; as distribuições se modelam segundo conceitos compartilhados do que são os bens e para quem servem”. WALZER, Michael. Op. cit., p. 06

⁵⁸²GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 150. A questão que motiva o autor não é o que os indivíduos racionais escolheriam em situações universalizantes, mas, ao contrário, o que escolheriam determinados indivíduos, situados numa dada coletividade, que compartilham uma cultura e estão decididos a continuar compartilhando-a. Em outras palavras, o que Walzer está, de fato, preocupado é: “quais opções já fizemos no decorrer da nossa vida cotidiana? Quais entendimentos compartilhamos (realmente)?”. WALZER, Michael. Op. cit., p. 01 e 04. O que, a propósito, tem muito a ver com o tema proposta sobre as decisões morais em torno do direito à saúde.

efetuar todas as distribuições, e, sim, vários critérios distributivos⁵⁸³ que coexistem de maneira tensa⁵⁸⁴. Por conseguinte, a sociedade se dividiria em “esferas”⁵⁸⁵, e em cada uma delas um tipo de bem determinado seria buscado⁵⁸⁶ e, em geral, monopolizado por um pequeno grupo. Em outras palavras, é, por meio dessas “esferas”, que se poderia pensar quais critérios específicos norteariam a divisão de riquezas, de saúde e de educação, por exemplo, pois cada uma delas tem uma lógica própria e um bem significativo que será preciso distribuir.

Para tanto, Walzer vai defender ainda que o igualitarismo “simples”, no qual haveria pretensa disposição dos indivíduos a serem iguais, idênticos, na distribuição de bens, – a qual ocorreria, por sua vez, conforme aquilo que a noção abstrata de justiça requer –, não deve vigorar. Ao contrário, ele propõe um igualitarismo complexo, segundo o qual os indivíduos são essencialmente diferentes, pois se dedicam a múltiplas atividades, e a distribuição de bens se baseia no próprio significado dos bens sociais (que são interpretados perante o coletivo) em cada “esfera”, não na justiça compreendida como princípio geral⁵⁸⁷. Logo, cada comunidade, de acordo com sua visão singular sobre os bens sociais que ela concebe para si, é que define sua própria visão de igualdade complexa⁵⁸⁸.

⁵⁸³Para explicar e limitar as várias possibilidades distributivas, o autor formula uma teoria dos bens, que é sintetizada em seis proposições, que reproduzo aqui apenas a título de informação e contextualização da teoria estudada. “1. Todos os bens de que trata a justiça distributiva são bens sociais. (...) Pelo mesmo motivo, os significados dos bens variam de uma sociedade para outra. (...) 2. Homens e mulheres assumem identidades concretas devido ao modo como concebem e criam, e depois possuem e empregam os bens sociais. 3. Não existe conjunto concebível de bens fundamentais ou essenciais em todos os mundos morais e materiais. (...) Um único bem necessário, e que é sempre necessário – alimento, por exemplo –, tem significados que mudam de um local para outro. (...) 4. Os critérios e os acordos distributivos não são intrínsecos ao bem em si, mas ao bem social. (...) Todas as distribuições são justas ou injustas em relação aos significados sociais dos bens em questão. [Em ‘significado social’ o autor está pensando na cultura de um povo, que é sempre produção conjunta e complexa, mesmo que não seja totalmente cooperativa]. (...) 5. Os significados sociais são históricos em caráter; portanto, as distribuições, e as distribuições justas e injustas, mudam com o tempo. 6. Quando os significados são diferentes, as distribuições devem ser autônomas. Todo bem social ou conjunto de bens sociais constitui, por assim dizer, uma esfera distributiva dentro da qual só são apropriados certos critérios e acordos”.

⁵⁸⁴ Entre eles, “mérito, classificação, hereditariedade, amizade, necessidade, livre intercâmbio, lealdade política, decisão democrática: cada uma tem seu lugar, juntamente com muitas outras, e coexistem (...) convocadas por grupos concorrentes, confundidas umas com as outras”. WALZER, Michael. Op. cit., p. 06-11.

⁵⁸⁵ “Esferas” como, “por exemplo, o “mercado” econômico, o mundo da administração, o universo do lazer, os da educação, da saúde, da vida familiar, da vida religiosa e das honras públicas”. DELACAMPAGNE, Christian. Op. cit., p. 131.

⁵⁸⁶ Esse bens são entendidos, para essa teoria, como produtos de um particularismo histórico e cultural. WALZER, Michael. Op. cit., p. 04. No contexto do parágrafo, exemplifica-se: “o dinheiro, o poder, o tempo livre, o conhecimento, a longevidade, o amor, a graça divina ou as recompensas oficiais”. DELACAMPAGNE, Christian. Op. cit., p. 131.

⁵⁸⁷ GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 151. Ademais, Walzer pretende fundamentar a limitação do poder político sob a pluralidade “esferas da justiça” na sociedade, e mesmo “consciente do fato de que o poder político pode se tornar coercitivo, recusa a estratégia liberal que visa neutralizar essa ameaça, que repousa na separação entre as esferas pública e privada, e na proteção institucionalmente garantida de certos direitos e liberdades”. PISIER, Evelyne. Op. cit., p. 633.

⁵⁸⁸ “Para Walzer, a comunidade tem, por vezes, um senso moral, quando se trata do grupo de indivíduos ligados por uma compreensão compartilhada dos bens sociais. Em outros casos, trata-se da comunidade política, criada

A partir dessas considerações, julguei importante a apresentação sintética dos argumentos mais teóricos de Walzer, e isso para mostrar que ele também está preocupado com uma teoria moral, com a justiça distributiva e seus critérios de divisão dos bens sociais, e, como é próprio dos autores do comunitarismo, com o papel da comunidade na formulação de um projeto coletivo de sociedade. Isso é especialmente interessante neste trabalho, porque, apesar de corroborar com a perspectiva comunitária dos bens, aborda um foco diferente do de Taylor, no sentido de que propõe, alternativamente, um projeto de sociedade baseado em “esferas”, o que, por sua vez, tem impacto nas decisões públicas sobre saúde.

Em relação ao direito à saúde, uma vez que a assistência médica é considerada uma necessidade socialmente reconhecida e provida pela comunidade⁵⁸⁹, a primeira consideração que chama atenção é o tratamento dado, por Walzer, ao critério da distribuição por “necessidade”, o qual tem sido preponderantemente avaliado e utilizado como justificativa para garantir o pleito individual nas decisões sobre saúde⁵⁹⁰.

Ele diz que definir o verbo “necessitar” é difícil, de modo que seria mais difícil ainda ter um critério adequado de distribuição correspondente⁵⁹¹. Mesmo assim, admite que a “necessidade” pode sim ser um princípio distributivo, mas desde que sujeito à limitação política, uma vez que, afirma Walzer, a natureza da necessidade não é evidente, e, apesar da força inerente da palavra, as necessidades são enganosas, pois, ressalta o autor, ninguém tem necessidades, de fato. As pessoas teriam, na verdade, ideias sobre a “necessidade”, as quais representariam graus de necessidade e prioridades pessoais, e se relacionariam com a natureza humana, com a história e com a cultura. Diferentemente dos recursos, que são sempre escassos e os quais demandam “acordos compartilhados que devem ser concebidos como uma obra coletiva, uma tarefa na qual deve intervir toda a sociedade”⁵⁹². Nesse contexto, as

por um consentimento específico, e à qual estão ligados aos poderes de soberania. Em seu livro *Esferas da justiça*, os dois gêneros de comunidade se confundem: o Estado-nação é, também, a comunidade das compreensões compartilhadas”. PISIER, Evelyne. Op. cit., p. 632.

⁵⁸⁹WALZER, Michael. Op. cit., p. 119. Note-se, por outro lado, que os direitos, para essa teoria comunitaristas, não são necessidades comuns compartilhadas por todos os indivíduos, independentemente da raça, religião ou sexo. “Os direitos fundamentais – direito à saúde, à educação, [etc] – não são necessidades universais. (...) De qualquer forma, tanto Taylor quanto Walzer reconhecem a necessidade de que os indivíduos tenham os seus direitos básicos protegidos em qualquer sociedade democrática liberal. Defendem apenas que, além desses direitos, impõem-se o reconhecimento das necessidades particulares destes mesmos indivíduos enquanto membros de grupos culturais específicos”. CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 131 e 132.

⁵⁹⁰NOGUEIRA, Roberto Passos. Op. cit., 2011, p. 19.

⁵⁹¹Tem-se ainda que “a categoria das necessidades socialmente reconhecidas é aberta, pois a noção do povo daquilo que precisa não abrange somente a própria vida, mas também uma vida boa”. (grifo nosso). WALZER, Michael. Op. cit., p. 111.

⁵⁹²Walzer diz que, como visto, os recursos exigem escolhas, que, ao ver dele, só podem ser políticas, e as quais “estão sujeitas a certa elucidação filosófica, mas a ideia de necessidade e o compromisso com a provisão comunitária não produzem nenhuma definição clara de prioridades ou graus”. Gargarella, nesse contexto, afirma que a satisfação do ideal de justiça aparece, nessa teoria, vinculada as peculiaridades – próprias de cada bem –

necessidades tendem, ainda, a serem vorazes: devoram recursos. Portanto, reforça o autor, “é claro que não podemos atender, e não temos de atender, a todas as necessidades no mesmo grau ou a qualquer necessidade até o último grau”⁵⁹³.

Mais uma vez se verifica que a fórmula “tudo para todo mundo sempre, em razão da manutenção imediata da vida” também não parece florescer nessa teoria. Considerando que todo critério de distribuição obedece apenas à regra geral dentro de sua própria esfera, e em nenhum outro lugar, Walzer afirma que a necessidade gera uma esfera distributiva especial, na qual nem sempre todos terão seus desejos satisfeitos⁵⁹⁴. No caso do direito à saúde (em especial, o direito a medicamentos, a leitos em UTI, a transplantes, etc.), ao qual, em geral, tem como parâmetro o “bem” saúde como aquele vinculado ao bem-estar físico e à cobertura de necessidades médicas, deve seguir, aparentemente, antes de tudo, à política pública que norteia a esfera específica e administrativa da saúde pública, porque, afinal, é ela que define bens e serviços básicos, os quais, para grande parte da população, só podem ser comprados marginalmente⁵⁹⁵ – aliás, assim como a determinados valores não é possível atribuir preço, nesse contexto, a saúde, que para Walzer está na “esfera de bem-estar social”, ou seja, provida essencialmente pelo Estado, não é mercadoria⁵⁹⁶ – e são escassos e, portanto, exigem escolhas públicas e políticas, ainda que trágicas. Isso significa que, no caso brasileiro, compreender o direito à saúde é respeitar o que o SUS determina e o sentido sanitário, não aquele jurídico esvaziado, de universalidade e integralidade que compõem tal dispositivo.

Ademais, tem-se que a interpretação desses bens sociais perpassa, como dito, por processos sociais e democráticos de significação coletiva desses bens. Inclusive, a provisão

que cada comunidade, em conjunto, deverá reconhecer por si só. GARGARELLA, Roberto. Op. cit., p. 152. Além do mais, Walzer salienta, nesse contexto, que a provisão comunitária é tanto particular quanto geral. É particular quando os bens são distribuídos a quaisquer dos cidadãos ou a todos. E, é geral “quando o fundo público é gasto em benefício de todos ou da maioria dos membros sem nenhuma distinção individual”. WALZER, Michael. Op. cit., p. 88/89. A saúde pública, enquanto garantia de fornecimento de assistência médica, é quase sempre geral, a distribuição dos atendimentos aos enfermos, via Judiciário, é particular. O importante de tudo isso é que, ao final, Walzer enfatiza: “O direito que os membros podem reivindicar com legitimidade é de tipo mais geral”. (grifo nosso. p.105)

⁵⁹³ WALZER, Michael. Op. cit., p. 88 e, para todo o parágrafo, p. 87, 88 e 89. “Não é possível distribuir com igualdade [certas coisas] aos que têm desejos iguais porque alguns desses objetos costumam ser, e alguns sempre o são, raros, e alguns deles ninguém pode ter mesmo, a não ser que outras pessoas, por motivos próprios, concordem acerca de quem vai possuí-los”. WALZER, Michael. Op. cit., p. 32.

⁵⁹⁴ WALZER, Michael. Op. cit., p. 32.

⁵⁹⁵ É, nesse sentido, que os direitos ao bem-estar social só são fixos quando a comunidade adota algum programa de assistência mútua. WALZER, Michael. Op. cit., p. 136 e 105.

⁵⁹⁶ “Em outras palavras, as sociedades democráticas definem aquilo que o dinheiro não pode comprar. (...) Ao discutir o tema da assistência médica nos Estados Unidos, o “compromisso comunitário” de Walzer se revela claramente [no sentido de não visualizar] razão alguma para respeitar a liberdade de mercado médico (...). Esta liberdade e o processo de compra e venda da saúde dela decorrente só podem ser assegurados uma vez garantidas as previsões de assistência médica fixadas pela comunidade através de decisões democráticas”. CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 126.

comunitária da “esfera de segurança e bem-estar social” fundamenta-se, além da noção de necessidade, na própria noção de afiliação, para qual, mais do que o auxílio mútuo, o que importa é o fato de que os membros da comunidade política devem “uma provisão mútua de todas as coisas em nome das quais se destacaram da humanidade e uniram forças em determinada comunidade”⁵⁹⁷. Isto é, quando se pensa na distribuição de bens comuns, a comunidade deve atender às necessidades dos membros, conforme estes, por sua vez, percebam coletivamente suas próprias necessidades, de maneira que, uma vez concedida a provisão comunitária, o que é “desejado” deve ser provido com igualdade a todos os membros da sociedade⁵⁹⁸.

Nesta linha sobre a comunidade, Walzer aponta que, ainda que isso não fique claro no debate mais acirrado entre as correntes morais, a estrutura liberal pode ser bem parecida com a comunitária, pois ambas estão preocupadas com o vínculo entre os “eus” constituídos, o padrão das relações sociais. A proposta liberal tem a associação voluntária em seu núcleo, enquanto o comunitarismo estimula o desenvolvimento de valores comunitaristas, calcados na tradição e cultura. Posteriormente, o autor vai defender, portanto, que seria bom se os comunitaristas pudessem ensinar aos “eus” liberais independentes, investidos de direitos, espontaneamente associados e que se expressam livremente, como conhecer-se como seres sociais, o produto histórico de valores liberais, e, em parte, a encarnação desses valores⁵⁹⁹.

Por fim, tem-se que Walzer, assim como Taylor, confere prioridade à comunidade em relação ao indivíduo, uma vez que: as pessoas são essencialmente seres produzidos culturalmente; a soberania popular (enquanto participação ativa dos cidadãos nos assuntos públicos) tem prioridade (não ilimitada) frente aos direitos individuais⁶⁰⁰; e a noção de

⁵⁹⁷WALZER, Michael. Op. cit., p. 85/86.

⁵⁹⁸WALZER, Michael. Op. cit., p. 112. Há um último argumento de Walzer, no que tange a análise distributiva do direito à saúde, que, na realidade não interessa para nosso contexto, pois é um exercício que tenta demonstrar esses princípios gerais distributivos, na realidade americana, que é bem distinta da brasileira. Considerando o critério da necessidade como aquele válido para a administração justa da saúde pública, Walzer explica que a forma como o sistema de saúde norte-americano foi feito – sistema de contribuição privada à previdência social, em que os cidadãos têm de pagar para obterem a prestação desse serviço público, restrito aliás à assistência básica e essencial –, somente os ricos conseguem plenamente a satisfação desse direito. Assim, defendendo que o Estado é que deva assumir essa esfera de bem-estar, Walzer propõe um novo tipo de serviço público, em que a saúde passe a ser totalmente, ou, ao menos, em grande parte, totalmente assumida pelo setor público, ainda que tenha que abolir políticas específicas, como o *Medicare* (atendimento aos velhos) e *Medicaid* (atendimento aos pobres). WALZER, Michael. Op. cit., p. 112-122. E, RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. Op. cit., p. 293.

⁵⁹⁹WALZER, Michael. **Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 224. Atento que este mesmo texto foi publicado originalmente em: _____. *The Communitarian critique of Liberalism*. In: *Political Theory*, v. 18, n. 1, fev. 1990, p. 15. E replicado como: _____. *La critique communautarienne du liberalism*. In BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. Op. cit., p. 311-336.

⁶⁰⁰Os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados traduzem mais vontade e autodeterminação da comunidade do que um espaço de independência individual contra arbitrariedades estatais. CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 161

pluralismo é concebida na visão comunitária como aquela incompatível com a ideia de imparcialidade sobre a vida digna⁶⁰¹. Nesse contexto, o Estado tem, para Walzer, um papel também mais atuante, a fim de desenvolver a solidariedade e estimular a organização de associação de pessoas, e isso com a finalidade de reforçar os vínculos comunitários, de permitir que o domínio público se sobreponha ao mercado nessas questões distributivas fundamentais, e, ainda, de zelar pelos limites entre as várias esferas.

Em realidades como a brasileira, a adoção de um comunitarismo extremado, não apenas na tomada de decisões judiciais mas em todas as esferas do arranjo institucional, também recebe críticas. “O comunitarismo tende para uma confusão entre o ideal de relações comunitárias próximas (o sonho perdido com a urbanização industrial) e a realidade das opressões cotidianas do pequeno mundo dos horizontes homogêneos”⁶⁰². O ponto é que a estreiteza do comunitarismo impediria o desenvolvimento do cidadão autônomo e capaz, pois tomado em uma medida exagerada poderia ser uma forma de autoritarismo⁶⁰³. Para nós, assim como foi feito na reflexão liberal, a importância de tal matriz teórica está na possibilidade de compreender um tipo de critério distributivo baseado no coletivo.

3.2 O artigo constitucional e a jurisprudência do STF em análise

Até agora, o que se viu, a partir da análise das diferentes correntes filosófico-políticas, foi a existência de uma complexidade teórica no que tange à reflexão das questões morais, em especial ao se tratar de temas como igualdade, bens coletivos e justiça distributiva, os quais, por sua vez, são extremamente importantes à compreensão do direito à saúde. Um dos fatores da opção por essas teorias (liberalismo e comunitarismo) perpassa pelo fato de que são elas expoentes na tentativa de reinterpretar os grandes arranjos políticos da vida constitucional⁶⁰⁴.

⁶⁰¹CITTADINO, Gisele. Op. cit., p. 86 e 90.

⁶⁰²“Uma concepção comunitária da vida humana não pode levar-nos a uma concepção comunitarizante de instituições de sociedades complexas. (...) A comunidade tampouco pode ser, do ponto de vista da moral, a comunidade real. Ela é um ideal, uma comunidade de sujeitos transparentes e bem-intencionados, ela também é um fim”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **Os Conselhos de Participação Popular: Validade jurídica de suas decisões**. In Revista de Direito Sanitário, v.1, n.1, nov. de 2000, p. 34.

⁶⁰³Em última análise: o risco de um argumento comunitarista inflamado é dúvida de qual patamar abaixo do qual não se pode permitir que as pessoas caiam em nome do maior benefício geral. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2001, p. 316.

⁶⁰⁴LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais: teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 187. Sobre o problema teórico da justiça, o autor comenta ainda: “a retomada da discussão filosófica e teórica da justiça dá-se dentro de um contexto mais amplo de discussão da tradição moral moderna e das transformações do Estado de bem-estar. (...) As diferenças sociais – diferenças de classe, de riqueza, de poder de consumo e de oportunidades – constituem o desafio da justiça liberal. (...) No discurso filosófico tal desafio mostrou de um lado tentativas de respostas de caráter liberal-democrático, recuperando a tradição kantiana sobretudo; de outro lado uma tentativa de resposta democrático-comunitária, recuperando a tradição especialmente aristotélica. Ambas as vertentes demonstram, porém, o esgotamento do modelo novecentista de justiça, cujo ápice [estava] (...) no regime privatista e civilista como fundamento da justiça social”. _____. Idem, p. 123.

Assim, a preocupação em destrinchar os diferentes argumentos liberais e comunitários esteve motivada, entre outros, pela possibilidade de revelar o “estado-da-coisa”, ou seja, aquilo que é mais importante no debate sobre a justiça social, e de depois formular, dentro do possível, parâmetros substantivos para uma análise mais detida do artigo constitucional ora objeto de estudo e do mais recente *leading case*⁶⁰⁵ nacional.

Para se postular alguma resposta ao problema de como fundamentar adequadamente, em termos morais, uma decisão judicial que trate sobre o direito à saúde⁶⁰⁶, é preciso que antes se verifique alguns pontos. Nesse sentido, nos próximos subtópicos serão verificados: a) o que o artigo constitucional que trata do conceito de direito à saúde dispõe e qual a sua provável orientação moral; e b) se a decisão judicial feita pelo Supremo Tribunal Federal, que tem servido de parâmetro às demais instâncias e à cultura jurídica, revela, em algum nível: o debate entre as teorias estudadas; a reflexão sobre as categorias selecionadas e/ou sobre os esquemas teóricos morais demonstrados; e qual dinâmica social e linha moral ela acaba por ressaltar, a partir da sua literalidade.

Primeiramente, o artigo 196 da Constituição deve ser examinado, pois é ele que baliza os entendimentos sobre o direito à saúde. Muito embora esse direito, enquanto direito social, esteja vinculado a outros artigos constitucionais que, por exemplo, dispõem sobre o Sistema Único de Saúde, e dependa de legislação federal para diversos de seus aspectos, a definição de tal direito está fundada nesse específico artigo, e sua interpretação é muitas vezes seletiva.

Posteriormente, a opção por analisar decisões judiciais tem seu ponto de partida na ideia de que saber exatamente o que a regra constitucional delinea nas mais diferentes lides significa, em outras palavras, “uma tarefa ao mesmo tempo de aplicação de regra já existente (a constituição) e de formulação de uma nova regra, pois, em caso de dúvida, a interpretação equivale à criação da regra”⁶⁰⁷. Ou seja, a diferença entre fazer regras que serão aplicadas (ato tipicamente atribuído à política) e aplicar regras já feitas (algo tipicamente associado ao direito), nos casos de disputa judicial sobre a constitucionalidade de leis e atos da administração, fica minimizada, pois, afinal, o STF, como órgão jurisdicional de última instância constitucional, ao interpretar de forma soberana a Constituição, exerce uma tarefa constitutiva do direito. Desse modo, o exame do *leading case* pode nos revelar qual a

⁶⁰⁵ A fim de estabilizar e pactuar um sentido ao termo *leading case*, daqui por diante o utilizarei no seguinte sentido: é um caso peculiar cuja decisão instaura um modo de interpretação do problema, a qual vira referência para os demais casos iguais ou similares.

⁶⁰⁶ Admitindo, como ponto de partida, a possibilidade de que é possível haver uma fundamentação mais adequada na decisão judicial, e que tais justificativas podem ser avaliadas criticamente. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p.11.

⁶⁰⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 224.

contribuição do Supremo Tribunal na interpretação sobre a noção de direito à saúde, para a cultura e as instituições jurídicas.

3.2.1 O artigo 196 da Constituição e seu ideal moral.

Na contextualização constitucional, o direito à saúde está inserido em uma ordem social que tem por finalidade a promoção da justiça e do bem-estar social (art. 193). Em especial, o artigo 196 da Constituição dispõe: “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 igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação” (grifos nossos).

Como se pode perceber, o núcleo doador de sentido do referido artigo é a saúde como acesso igualitário e universal. Curiosamente, em geral, o direito à saúde é medido, na jurisprudência, mais pela primeira parte do artigo, que determina a titularidade, a universalidade do acesso e o dever do Estado, do que, propriamente, pela segunda parte, que ressalta o instrumento garantidor da prestação e os objetivos das políticas de saúde⁶⁰⁸. Entretanto, é apenas com a leitura completa do artigo⁶⁰⁹ que se pode enxergar adequadamente o direito constitucional à saúde como um direito social e tal qual ele foi pensando em sua origem pelo Movimento Sanitário.

Há um contexto que deve ser observado, *a priori*, sobre como o direito à saúde, enquanto direito social, foi concebido. Inicialmente, os direitos sociais se aplicavam a determinados grupos considerados vulneráveis, em especial, os trabalhadores⁶¹⁰. Posteriormente, com a redemocratização, os direitos sociais foram desvinculados dos direitos trabalhistas e passaram a ser chamados **universais**, isso porque foram considerados sociais aqueles direitos de acesso aos serviços públicos prestados de modo universal, na forma de bens coletivos, mas que a rigor também poderiam ser comprados, individualmente, no mercado. Em outras palavras, o direito à saúde, assim como o direito à educação, foi definido

⁶⁰⁸ LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 220.

⁶⁰⁹ “Da mesma maneira que uma frase em português só é compreensível dentro de um contexto (conversa, texto, discurso) em português. Nestes termos, pode-se também dizer que a unidade significativa não é somente a frase, mas o discurso completo ou o texto completo. Frases podem ser mal compreendidas. Unidade significativa não é frase, mas o texto inteiro. A unidade de significação está no todo, no jogo, não em cada movimento ou lance. (...) Assim, em última instância, o sentido do texto está na composição complexa de unidades significativas menores, as frases. O que importa ressaltar aqui é essa dinâmica de inserção de significados parciais em um significado ou sentido geral, das frases do discurso”. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculos de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 322. E RICOEUR, Paul. **Do texto à ação: ensaio de hermenêutica II**. Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Portugal: RÉS, [s.d.], p. 185-206.

⁶¹⁰ AGUIAR, Zenaide Neto. Antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde (SUS) – breve história da política de saúde do Brasil. ____ **SUS: Sistema Único de Saúde – antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011, p. 23-30.

no sistema atualmente vigente, como um direito cuja titularidade não estava mais restrita a uma categoria profissional definida⁶¹¹, ou seja, a universalidade do serviço associou-se à meta de **não-discriminação**, não exclusão, dos mais diferentes grupos sociais – tanto é assim que duas das pretensões dessa forma de prestação eram a integração das classes inferiores e a mobilidade social⁶¹² – e não à garantia de que todos tenham o direito satisfeito como se titulares de uma cota, uma parte devida a todos, fossem⁶¹³.

Ademais, além de direito social, o direito à saúde é um direito de prestação positiva. É dizer que possui, como uma das características, **custos**, que supõem um cálculo distributivo e uma alocação distinta⁶¹⁴ dos recursos públicos. Especificamente, os custos de saúde, na prática, variam conforme a necessidade de cada pessoa, pois “nem todos ficarão doentes da mesma doença e nem todos custarão mais ou menos a mesma coisa para serem tratados”⁶¹⁵. Por isso, quando se fala em garantir o direito à saúde, está se falando, na verdade, em garantir uma prestação positiva que requer um planejamento baseado em estatísticas, planos e diretrizes, a partir dos quais se consegue definir o caráter universal do serviço conforme as situações que mais se apresentam, pois não é possível cobrir todos os casos singulares.

O artigo 196, apesar de ter, de forma preponderante, uma função informativa da linguagem, tem, aparentemente, uma dimensão performativa/ pragmática, pois, muito embora informe sobre os aspectos do direito à saúde, não consegue esgotar descritivamente a definição, de forma absoluta, do direito à saúde. Ou seja, não consegue exaurir, *per se*, as possibilidades de sentido do conceito (a função referencial do texto), que é muito instável,

⁶¹¹“A partir da Constituição de 1988, a prestação do serviço público de saúde não mais estaria restrita aos trabalhadores inseridos no mercado formal. Todos os brasileiros, independentemente do vínculo empregatício, passaram a ser titulares do direito à saúde”. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio P. de. (coord.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 885.

⁶¹²“Lembremos que a democratização brasileira dos anos de 1980 foi feita com a ajuda de movimentos sociais que organizaram a população urbana pobre (especialmente no final dos anos 70 e início dos anos 80) em torno da reivindicação de serviços de educação e saúde”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 223.

⁶¹³Provavelmente, uma das razões para a confusão adveio do fato que “nos estados sociais, cartas de direitos sociais apareceram ao lado das cartas de direitos individuais, como todos sabemos, o que nos levou a ser acomodados a teorias de direitos adquiridos, direitos subjetivos, direitos de propriedade e assim por diante”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 222.

⁶¹⁴José Reinaldo de Lima Lopes propõe que há uma distinção entre os distintos custos, dada a natureza que lhe parece realmente diferente das prestações, o que, portanto, não significa que os direitos não têm custos. Para mais: LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo W.; e TIMM, Luciano B. **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 177.

⁶¹⁵“(…) ao garantir um direito à saúde ou um direito à educação, o que se garante é realmente um prestação positiva que será diferente conforme a condição social e pessoal de cada indivíduo ou grupo. Grupos de idade, ou de etnia, ou de gênero ou mesmo geográficos precisarão de coisas diferentes em proporções diferentes”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2008, p. 175.

porque, entre outros, é contextual⁶¹⁶. Logo, é nessa outra dimensão que haveria uma mensagem, uma tarefa, ao poder público para que formule e execute programas que visem à tutela do direito à saúde.

A propósito, mesmo os direitos sociais, em geral, **não** são instrumentos de preservação de direitos adquiridos e interesses existentes. São antes “criação” de direitos, em nome de metas a atingir, ou criação de direitos que se opõem ou limitam direitos já existentes⁶¹⁷. Desse modo, como a parte do ordenamento jurídico que trata dos direitos sociais, em geral, consolida “programas”, isto é, finalidades a serem alcançadas, o que se verifica, conforme a leitura do artigo, é que a garantia do direito à saúde também se dará por meio de **políticas sociais e econômicas**, não por meio de decisões judiciais⁶¹⁸.

O objeto das políticas de saúde, em particular, é a redução da incidência geral/ do **risco** (em massa)⁶¹⁹, probabilística e estatisticamente, de doenças e outros agravos, mas não tem a pretensão de eliminar os riscos individuais. Essas políticas precisam, ainda, de critérios razoáveis para que todos tenham acesso igualitário às prestações positivas (v.g. lista de medicamentos do SUS, e filas de espera em UTI). Vale ressaltar que, nesse sentido, as regras não são feitas para os casos excepcionais, e tampouco os planos e programas, pois o objetivo das políticas é atingir a maior parcela possível da população, zelando, simultaneamente, pelo bem coletivo.

Conforme o artigo 196, as políticas sociais e econômicas de saúde promovem ações e serviços voltados para a promoção, proteção e recuperação. Entretanto, em interpretação sistemática do artigo 198 da CF⁶²⁰, verifica-se que a prioridade de tais políticas é com a integralidade **preventiva**. O direito constitucional à saúde não significa, portanto, a primazia de ações de proteção sobre as de promoção, de maneira que é difícil reduzir a interpretação do

⁶¹⁶A utilização dos termos ‘informativo’ e ‘performativo’ estão contextualizados na teoria de Austin, que trata sobre a relação da linguagem e o impacto de sua utilização nas pessoas (em especial, nos receptores). Sobre o sentido pragmático, trata-se, sobretudo das expressões que disfarçam, da possibilidade de haver um texto e um sub-texto, não apenas a dimensão informativa/ descritiva. Observo ainda que as funções trazidas pelo autor estão presentes em toda a comunicação, ou seja, o artigo em questão não possui apenas uma dimensão da função da linguagem Para mais: AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Trad. Danilo M. de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990, p. 23.

⁶¹⁷LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 233.

⁶¹⁸BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2008, p. 892.

⁶¹⁹Paralelamente, vale ressaltar a noção de coletivo que também está inserida no conceito de risco. “O direito social é um direito do risco. O risco é o perigo calculável e previsível (não necessariamente evitável. O risco é de todos e entre todos deve ser repartido”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 152.

⁶²⁰“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:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com **prioridade para as atividades preventivas**, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - **participação da comunidade**”. (grifo nosso)

direito constitucional à saúde em um instrumento de preservação de interesses individuais. Aliás, as ações e serviços, por sua vez, são percebidos em um Sistema Único, com **participação da comunidade**, o que denota, mais uma vez, a falta de um parâmetro individualista atomista na composição do direito em questão, e reforça a necessidade de compreensão comunitária do direito à saúde⁶²¹.

Além do mais, as discussões sobre o direito à saúde são, em suma, conflitos distributivos plurilaterais⁶²² por um **bem comum**⁶²³, cujo provimento é feito de maneira indivisível, e o consumo não pode ser exclusivo nem excludente, pois seu fornecimento é solidário e está condicionado à possibilidade de exercício simultâneo, e na mesma extensão, dos direitos por todos os membros da comunidade⁶²⁴. Assim, o fato de alguém ter acesso ou consumir determinado bem comum não pode significar a exclusão de qualquer outra pessoa da sociedade, do benefício ou satisfação desse mesmo bem. Como observa Lima Lopes, embora todos tenhamos interesses sobre bens públicos, como a saúde pública, nenhum de nós tem um direito subjetivo sobre ela em particular⁶²⁵, pois o que está em jogo é a continuação das relações.

Em outras palavras, e a contrário senso, o direito à saúde não é o direito de não ficar doente, tampouco o direito de ter todo o tratamento possível e imaginável⁶²⁶, mas um **direito de acesso** a um serviço que é garantido, pelo Estado, mediante políticas públicas sociais e econômicas que visam atender a todos indistintamente e de forma igualitária. ““Pode-se,

⁶²¹LIMA, Ricardo S. de Freitas. **Direito à saúde e critérios de aplicação**. In: SARLET, Ingo W.; e TIMM, Luciano B. Op. cit., 2008, p. 277.

⁶²²“As situações plurilaterais [que não são as que envolvem muitos participantes] – que a meu ver são justamente aquelas em que o objeto que medeia as relações dos sujeitos é indivisível ou está indiviso – têm como característica o fato de virem a afetar cada um diante de todos e todos diante de cada um. (...) O resultado de uma decisão em um conflito plurilateral afeta eventualmente outros que não participam da causa (feito, ação), mas cujos interesses são diretamente atingidos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 171/192. Não são, portanto, conflitos de natureza continuativa (relacional), as quais baseiam-se em disputas sobre relações jurídicas de oposição, ou relações episódicas, nas quais existe a possibilidade de as partes romperem suas relações e se separarem. (p.170)

⁶²³“Para os economistas a expressão usada é “bem coletivo”. Os bens coletivos, segundo eles, são aqueles (1) cujo suprimento é indivisível, ou (2) cujo consumo é não exclusivo”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 142/143. Em outras palavras, “o bem comum é um conjunto de condições que permite aos membros de uma comunidade atingir por si mesmos objetivos razoáveis, ou realizar razoavelmente por si mesmos o(s) valor(es) em razão dos quais têm motivos para colaborar uns com os outros (positiva e/ou negativamente) numa comunidade. Numa sociedade de homens livres, o bem comum é também um processo pelo qual se desvalidam regras e normas, se questiona justiça do *status quo*, se alteram as categorias sociais criadas nomotivamente” (p. 127), e FINNIS, John. **Ley natural y derechos naturales**. Trad. Cristóbal O. Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 195. O bem comum é superior ao bem de cada um não porque mais importante em si mesmo, mas por ser a condição essencial para a manutenção da vida comum.

⁶²⁴LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 144.

⁶²⁵LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 170 e 196.

⁶²⁶A ideia aqui é de que a pretensão a manter-se vivo, nesse sentido, deve ser entendida apenas como uma expectativa, um interesse não protegido, mas não um direito propriamente dito. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2008, p. 174

portanto, entender que o dever do Estado consiste em realizar e **executar programas** (ações coordenadas, integradas e de resultados mensuráveis) limitados pelo objetivo de acesso universal”⁶²⁷, e, não, conceder direitos apropriados individualmente.

Isso tudo nos revela que, do ponto de vista teórico e técnico, seja pela linguagem que utiliza, compreendido em toda a sua disposição, seja pelo contexto dos direitos sociais que o origina, e seja pela luta política dos sanitaristas que pensaram na definição constitucional do direito à saúde, o artigo 196 apresenta um **sentido coletivo**, e não individual. O acesso universal⁶²⁸ e igualitário não é discutido pelo tribunal, mas nem por isso pode ser refletido no sentido de tudo para todos, e, sim, em uma noção de coletivização da política de garantia à saúde, a qual não parece ser apropriável individualmente como um direito de primeira geração, vale dizer, contra todos, mas sim **com** todos. Essa reflexão nos remete aos modelos teóricos dos liberais igualitários e dos comunitaristas, os quais, cada um ao seu modo, se preocupam com a coletividade, e não parecem ceder à tensão da necessidade individual de um cidadão em particular e do suposto dever absoluto do Estado de provê-lo, com a concessão do medicamento específico.

Enquanto os liberais clássicos e libertários entendem, como visto, os direitos como prerrogativas individuais, exercíveis contra o Estado e as demais pessoas, os liberais igualitários se distinguem deles, defendendo, como Rawls, que, muito embora a igualdade tenha seu parâmetro moral no indivíduo e a boa vida na ideia de bem, só há equidade quando todos têm acesso igual ao mínimo, às garantias básicas, e na qual a desigualdade só se justifica se ninguém for prejudicado, ou seja, a distribuição dos bens sociais perpassa por critérios de justiça coletivamente aceitos. Ou, como Dworkin, para quem, o direito à saúde, ainda que pensado em nível individual, também não pode significar caridade e aleatoriedade; ao contrário, a distribuição equânime do bem comum deve seguir a mesma lógica dos planos de vida individuais, em que os investimentos na saúde, em geral, não são inexistentes, mas tampouco totalizantes, e que, para tanto, mais uma vez, ao Estado restaria talvez a função de garantir o mínimo de acesso às pessoas, conforme a virtude soberana da igualdade. De toda forma, esses dois autores não parecem coadunar com uma visão do direito individual absoluto libertária, mas sim parecem estar mais próximos da percepção coletivista dos direitos, ainda que explorem seus argumentos com bases tipicamente liberais.

⁶²⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 250.

⁶²⁸ “Para que a necessidade individual se convertesse em direito, na forma do art. 196 da Constituição, parece-me, que seria necessário fazer o pedido em termos universais, ou seja, para que o Tribunal se dispusesse a conceder o tratamento em termos de direito, não em termos de misericórdia ou caridade, seria preciso que fosse filtrado pelo princípio da universalidade”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 251.

Por outro lado, uma visão comunitária compreende os direitos sempre **em relação**, ou seja, matizados pela ideia de que uma regra somente faz sentido se ela é possível de ser aplicada para todos que estiverem na mesma situação, se ela tem a comunidade como seu núcleo doador de sentido, e se a noção de boa vida que a norteia é a ideia de um modo de viver coletivo. Para Taylor, a partir da defesa do multiculturalismo, o indivíduo só tem algum direito porque é fruto da sociedade, e perante ela deve ser exercido. Para Walzer, são as esferas de justiça que garantem um critério igualitário de distribuição de benefícios e direitos, às quais todos estão submetidos. Há uma clara inclinação moral, para ambos, de ver o todo antes dos indivíduos. Enfim, para esses quatro autores, um arranjo político-ideológico só é justo, se equânime, ou seja, se o mesmo tratamento entre as pessoas é garantido.

No caso brasileiro, a positivação da saúde na Constituição de 1988 ocorreu imbuída dessa ideia coletivista de prevenção e de recuperação para todos. Inclusive, a Reforma Sanitária aparentava ser ainda mais radical no conceito desse arranjo institucional. Os sanitaristas estavam, à época, inspirados na regulação profunda do mercado, o qual, para eles, também deveria seguir uma lógica de acesso equitativo, e defendiam, ainda, que o Estado fosse fortalecido e preponderasse nas questões de saúde, com mais recursos redirecionados ao SUS, um sistema público hierarquizado, e um ideal moral de solidariedade total/plena. As propostas mais radicais desse Movimento Sanitário pré-constituente se mostraram inviáveis historicamente, por conta de fatores, entre outros, como a impossibilidade de conciliar um setor privado reduzido e tão somente complementar com o custo crescente e inesgotável em termos de demanda, e o limite de financiamento para os gastos com a saúde⁶²⁹.

Assim, perante um contexto histórico, estrutural, de subfinanciamento da saúde, e de um modelo de saúde que detém anseios coletivistas, mas também é, *per se*, privatista, as estratégias em torno do direito à saúde foram formuladas no sentido de que é dever do Estado garantir políticas públicas e operar com um setor privado regulado. A consequência de tudo isso é que o direito à saúde, na sociedade brasileira, não foi concebido sob uma base individual, e, ainda que assim pudesse ser considerado, parece claro não coadunar com o entendimento do referido direito como um poder (“direito subjetivo”), no qual o indivíduo, contra o Estado e em desconsideração da comunidade, tem a faculdade de exigir de forma ilimitada e irrestrita um direito social como se uma propriedade fosse⁶³⁰. E, sim, como uma

⁶²⁹A Reforma Sanitária referia-se, nesse sentido, a um contradiscurso àquele desenvolvido no período do regime militar, cujo sistema de saúde baseava-se “numa assistência médica curativa fortemente vinculada ao setor privado lucrativo, eminentemente excludente, curativo, pouco resolutivo e dispendioso”. AGUIAR, Zenaide Neto. Op. cit., 2011, p. 36.

⁶³⁰LIMA, Ricardo S. de Freitas. Op. cit., 2008, p. 269.

relação de justiça social, cujo modelo de distribuição contempla critérios racionais e permite o acesso universal e igualitário às ações e serviços disponibilizados pelo Poder Público encarregado⁶³¹.

É importante ressaltar que, independente do processo de construção de todas as outras partes da Constituição, o artigo constitucional que dispõe sobre o direito à saúde foi pensado originalmente sob um vínculo associativo coletivista e que, portanto, há um reflexo institucional dessa discussão moral e ideológica no artigo 196. Isso não significa, para tanto, que necessariamente, na ocasião, a base do debate era formada pelas teorias da filosofia política (libertarismo, liberalismo igualitário e comunitarismo) tal qual se nominam e conhecem atualmente. Ademais, admitir que o direito à saúde foi possivelmente concebido, pelos sanitaristas, sob uma base equivalente à comunitária não significa que toda a Constituição também possa assim ser considerada, afinal ela foi feita a partir de pressões múltiplas e sem uma orientação unívoca⁶³².

Enfim, o que interessa ao argumento é o parâmetro moral que se depreende do específico artigo constitucional. Tal parâmetro é baseado em um projeto de sociedade no qual as questões de saúde perpassam por critérios justos de distribuição dos bens comuns, e pela ideia de universalidade, como uma forma de inclusão social, e de integralidade dos serviços, não como satisfação dos interesses individuais à saúde de forma aleatória e absoluta, e, sim, como reflexo das políticas sociais e econômicas, as quais contam com a participação e controle da sociedade. Além do mais, a saúde é tida, no sentido filosófico, como um bem comum e indivisível, pois é de fruição coletiva e está intimamente ligado à justiça distributiva⁶³³. Por fim, tem-se a concepção de direito à saúde como um direito social prestacional, o qual, mesmo em sua dimensão individual, diz respeito fundamentalmente à alocação equânime dos resultados do esforço coletivo e à sociedade como um todo.

⁶³¹LIMA, Ricardo S. de Freitas. Op. cit., 2008, p. 277. É nesse sentido que o Ministério da Saúde, ao estabelecer a Política Nacional de Medicamentos (Portaria nº 3916/98) e promover a elaboração da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), visa assegurar o suprimento de medicamentos destinados à atenção básica da saúde, além de outros medicamentos essenciais (escolhidos segundo critério de relevância de saúde pública; geralmente, medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos) definidos em planos municipais de saúde. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2008, p. 887.

⁶³²“Sem força hegemônica suficiente para impor uma completa transfiguração da ordem jurídica então vigente e para colocá-la a serviço do avanço coerente das novas práticas sociais, por causa da heterogeneidade política e ideológica dos candidatos eleitos nesse pleito, (...) **os constituintes [originários] acabaram agindo em conformidade com as pressões contraditórias dos lobbies**, das corporações e dos **movimentos organizados**. Esta é a razão pela qual os constituintes (...) não conseguiram evitar nem o risco de **fragmentação conceitual e ideológica da nova carta** nem a ilusão de que, a partir dela, a justiça social poderia ser assegurada pela simples produção de novas leis e novos códigos” (grifo nosso). FÁRIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. Rio de Janeiro: Graal, 1989, p.18.

⁶³³CASAGRANDE, Renato; e FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 47, n. 187, jul./set. de 2010, p. 22.

3.2.2 A jurisprudência mais recente do STF

Como visto, a Constituição cristaliza várias diretrizes para a realização de políticas públicas e prevê ainda uma série de direitos individuais e sociais, em um título dedicado à ordem social. Por sua vez, a cultura jurídica continua operando com a percepção de que o direito também é produzido pelas decisões dos tribunais⁶³⁴. Nesse sentido, é sabido que, no Brasil, o Judiciário tem o poder de examinar a constitucionalidade das leis e dos atos administrativos em todas as esferas de governo (federal e estadual), e em todos os níveis de jurisdição. O controle jurisdicional de constitucionalidade em disputas envolvendo o Estado tramita por todos os tribunais regulares, não por cortes administrativas (tribunais superiores de matérias exclusivamente administrativas), e tem o Supremo Tribunal Federal como última instância⁶³⁵.

Nesse contexto, a grande mudança no quadro institucional brasileiro não está nem na existência de uma carta de direitos sociais, que já fazia parte inclusive das Constituições de 1946 e 1967, nem do controle de constitucionalidade, mas na canalização crescente de demandas ‘políticas’ para o sistema judicial⁶³⁶. Isto porque uma boa parte da discussão jurídica sobre os direitos sociais gira em torno da história de negligência (herdada de outrora) em relação à implementação desses direitos, e, principalmente, da atual dificuldade ou lentidão da distribuição de bens comuns pelo processo legislativo e pela Administração Pública, uma vez que são a formulação e a execução das políticas públicas os principais meios de efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional⁶³⁷.

Na falta dessas duas ordens de solução, tem havido, nas últimas décadas, crescente movimento no sentido da judicialização⁶³⁸ da política, na qual a tensão entre práticas

⁶³⁴“A força normativa da Constituição Federal vincula-se à possibilidade de que os direitos nela previstos sejam concretizados por meio do controle judicial. As **cortes constitucionais** têm, assim, função garantidora da realização das prescrições normativas que consagram direitos, fazendo com que o texto constitucional supere a função simbólica de reconhecimento de demandas sociais e passe a ser um real programa de atuação das instituições”. CASAGRANDE, Renato; e FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 23.

⁶³⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 50-51. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 224.

⁶³⁶Coaduno com o autor e considerarei doravante como “políticas” “as demandas de caráter distributivo (objeto de reivindicação de partilha e não de troca) sobre bens coletivos (ou indivisíveis) já existentes ou que devam ser criados”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 224. A título de explicação, o autor complementa ainda, a respeito da canalização, que ela “também se deveu ao fato de que o parlamento e a disputa eleitoral ficaram amputados em muitos de seus aspectos pela ditadura militar (1964-1985), de modo que a efetividade da discussão política foi colocada sob suspeita”.

⁶³⁷“(…) é altamente difundida a ideia de que o Legislativo é omissivo sobre a matéria e o Executivo não fornece qualquer prestação na área de saúde, senão por interferência do Judiciário, ambas as assertivas completamente dissociadas da realidade”. LIMA, Ricardo S. de Freitas. Op. cit., 2008, p. 279.

⁶³⁸Não utilizo neste trabalho, a distinção feita por Felipe Dutra, qual seja: “Os conflitos políticos sofrem muito mais uma *juridicização* (conflitos são discutidos sob o ponto de vista jurídico) do que uma *judicialização* (ao máximo, se evita levá-los ao Judiciário)”. ASENSI, Felipe Dutra. **Judicialização ou juridicização?**. In *Physis – Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: UERJ, vol. 20, n. 1, 2010, p. 33. E isto, porque, não me parece ser

distributivas e direito posto transferiu-se para os debates judiciais⁶³⁹. Ou seja, o Judiciário se envolve, mais e mais, na distribuição de custos da produção de bens coletivos, pois enfrenta a questão de ter que dar respostas normativas às demandas, para todos os casos de violação de direitos de bem-estar social (saúde, educação, previdência social e assistência social), de vários grupos sociais que, sob os termos da declaração de direitos fundamentais da Constituição, aspiram vê-los realizados, e ter exigidas as promessas legislativas⁶⁴⁰. Logo, esse movimento de judicialização trouxe aos tribunais, ao menos em parte, questões que exigem decisões coletivizadas, as quais, em síntese, passam a valer para muitos que não participaram diretamente delas⁶⁴¹.

A proposta aqui, ressalte-se, não é negar a normatividade e a aplicabilidade do aparato constitucional que garante o direito à saúde às demandas individuais, nem contestar a possibilidade e a legitimidade de o Judiciário determinar prestações positivas ao Estado⁶⁴², tampouco discutir a centralidade do juiz na efetividade dos direitos, se ativista ou protagonista⁶⁴³, e muito menos verificar o reflexo desse fenômeno na separação de poderes⁶⁴⁴.

essa terminologia utilizada pelo autor a mais utilizada no campo jurídico. Ademais, também não parece haver distinção da judicialização à chamada ‘politização do sistema judicial’, se entendida, de fato, como o envolvimento dos tribunais na decisão de conflitos que necessitam de tomada de decisões coletivas. LOPES, José Reinaldo de Lima. **As palavras e a lei: Direito, Ordem e Justiça na História de Pensamento Jurídico Moderno**. São Paulo:Ed. 34/Edesp, 2004, p. 197.

⁶³⁹A esse respeito, Lima Lopes dicorre sobre os movimentos históricos e processuais em que a justiça de trocas e a justiça distributiva e o direito e a política estão relacionados. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2004, p. 197-251.

⁶⁴⁰CASAGRANDE, Renato; e FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2010, p. 22/31. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 102/160.

⁶⁴¹“Decisões coletivizadas são aquelas tomadas por alguns, mas que afetam e obrigam a todos ou a muitos (grupos mais ou menos extensos) e se distinguem das decisões coletivas, que são tomadas pelo próprio grupo que será afetados por elas”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 163. “Ou seja, decisões cujos resultados afetam um número de partes além das que imediatamente se apresentam em juízo. Decisões assim envolvem potencialmente problemas de representação política, pois são tomadas por alguns em nome de todos ou de muitos que serão afetados por elas sem que estejam presentes no processo e sem que sejam consultadas”. Op. cit., 2004, p. 197.

⁶⁴²Apenas a título de nota: há autores que acreditam, como Barroso, que o Judiciário deve interferir em deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas (Legislativo e Executivo), impondo ou invalidando políticas públicas, se, estiver atuando, inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição – o que se mostra um pouco aberto. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., 2008, p. 882. Outros autores, como Lima Lopes, que acreditam que a judicialização da política é possível, mas para alguns tipos de conflitos e tendo claro os limites dela. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 172/176. E, por fim, há a reação, principalmente, da Fazenda e do Poder Executivo, de que não é cabível ao Poder Judiciário controlar critérios de conveniência e oportunidade da Administração. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. In: **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2007, p. 148.

⁶⁴³A título de nota, o ativismo judicial, aqui, é tido como uma orientação ideológica emancipatória da Suprema Corte, que, nos Estados Unidos, está vinculado, por exemplo, ao papel da *Warren Court* na afirmação dos direitos individuais e na defesa dos direitos fundamentais, sob uma ideologia democrática liberal. Enquanto o protagonismo judicial está associado à ampliação da capacidade de se imiscuir em questões públicas por conveniência e oportunidade, e no qual falta uma posição ideológica assumida: apenas alarga o campo de possibilidade de atuação judicial para questões que tradicionalmente eram políticas. Existe argumento que caracteriza o STF como protagonista, não ativista. FREITAS FILHO, Roberto. et. al. **Políticas públicas e**

Trago a questão da judicialização, não como argumento de defesa ou combate, mas como um fato e um ponto de discussão que permeia a definição do direito à saúde e que contextualiza a decisão do Supremo Tribunal Federal ⁶⁴⁵. A importância da judicialização é que ela dá nova visibilidade para certas demandas, as coloca sob a linguagem própria do direito e exige um sistema específico de argumentos e de fundamentação judiciais ⁶⁴⁶. As demandas distributivas passam a fazer parte, então, de um contencioso social, isto é, um lugar em que são discutidas sob a égide do direito ⁶⁴⁷, mas continuam visando garantir a cada um sua participação na distribuição dos benefícios (bem comum) e do ônus (como os impostos, riscos e danos) ⁶⁴⁸.

O propósito deste trabalho não é fazer uma abordagem teórica completa sobre o problema da judicialização, mesmo porque o problema não está na intervenção judicial, mas na constituição de regra heterônoma judicial em torno da política pública. Com esse intuito, que também não tem a pretensão de resolver todas as dificuldades relacionadas a ele, visa-se apontar que, diante da fronteira entre várias maneiras de se decidir sobre os direitos sociais, e desse contexto que levou o Judiciário a assumir, querendo ou não, funções distributivas, há uma necessidade de se analisar o que tem sido decidido recentemente sobre o direito à saúde pelo Supremo Tribunal Federal, que é a instância que vincula as demais esferas judiciais e a Administração Pública. Aliás, a decisão escolhida é uma das decisões que servem de base para a proposta de Súmula Vinculante nº 4; além disso, ela diz respeito ao recurso da decisão da presidência sobre suspensão de tutela antecipada julgada após a convocação da Audiência Pública sobre saúde; é aquela que prevê também alguns argumentos do processo (RE

protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. In: Universitas Jus. Brasília: UniCeub, n. 22, jan./jun. 2011, p. 105-196.

⁶⁴⁴SIVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio P. de. (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 589/590.

⁶⁴⁵Assim como Freitas Lima, neste trabalho também não se pretende “restringir o âmbito de aplicação deste direito social, e sim fortalecê-lo, através de uma aplicação racional e criteriosa, pois é interessante lembrar de que a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los a tal ponto que acabaria sendo amolecido e descaracterizado o próprio conceito de direito fundamental”. LIMA, Ricardo S. de Freitas. Op. cit., 2008, p. 276.

⁶⁴⁶LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 165.

⁶⁴⁷“Demandas distributivas são essencialmente aquelas em torno de duas espécies de pedidos: (1) os que dizem respeito à distribuição de bens coletivos, ou seja, à *distribuição dos benefícios*, quanto aos bens que já existem; (2) as que dizem respeito à produção de bens coletivos e, portanto, à *distribuição dos ônus*, quanto aos bens que precisam ser criados. No primeiro caso, (...) trata-se do acesso a bens indivisíveis e de formas de adjudicação possíveis em caso de disputa destes bens. No segundo caso, (...) em que se provoca judicialmente a cooperação, ou melhor, a criação de um novo bem comum ou coletivo, o sistema judicial envolve-se em tarefas que eram até certo tempo atrás tidas como exclusivamente administrativas”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 166/167.

⁶⁴⁸Sobre esse desafio da justiça distributiva, faz-se a ressalva de que os limites à solução de controvérsias pelo Judiciário se tornam muitos, entre eles: os limites da coisa julgada, a legitimação política para decidir, a inércia institucional, o precedente, a tradição e a cultura jurídica e o aparelhamento insuficiente. Para mais: LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 134.

566.471), ainda não julgado, sobre o qual foi reconhecida a repercussão geral em matéria de saúde pública⁶⁴⁹; e é prevista, além de tudo, como uma das decisões de referência, ao artigo 196, da Constituição anotada (de jurisprudências) e institucional do próprio Supremo⁶⁵⁰.

A análise de jurisprudências parece ser, nesse contexto, um instrumento adequado para se identificarem as posições dos Ministros em relação ao problema pesquisado e/ou suas eventuais inclinações em relação às várias possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas⁶⁵¹. Ademais, uma vez estabelecido o marco teórico sobre a filosofia política, a qual assume como um de seus postulados a justiça distributiva, pode-se utilizar essa metodologia de análise jurisprudencial para analisar as implicações morais da prática dos decisores do STF.

Desse modo, a proposta é descobrir: se a percepção do direito à saúde é feita judicialmente significando-o como direito subjetivo ou como um direito de titularidade coletiva; se a limitação de recursos e custos dos direito são efetivamente problemas que o STF enfrenta na decisão; se a política pública é vista e respeitada, na decisão, como o meio constitucionalmente garantidor do direito, e, assim, se há um respaldo das decisões políticas feitas em órgãos com participação coletiva, como o SUS. Posteriormente, procurar-se-á entender como é feita a análise desses temas: são fundamentos relevantes na construção do argumento ou apenas meros instrumentos retóricos para o STF se exonerar de um ônus argumentativo maior na sustentação de suas decisões? E, ao final, se averiguará se os votos dos Ministros lidaram de forma coerente com esses temas⁶⁵².

Para tanto, descreverei o sentido dos conceitos utilizados pelos decisores, bem como as questões fáticas envolvidas na solução do caso. Ademais, para compreender o caráter constitutivo dos argumentos utilizados na decisão judicial, será utilizados alguns tópicos para nortear a demonstração dos argumentos do julgado:

1. A identificação dos seguintes conceitos, apreciando o sentido e a quantidade de vezes que são mencionados: a) direito à saúde; b) direito subjetivo; c) universalidade; c)

⁶⁴⁹LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o STF. In: SARMENTO, Daniel; e SARLET, Ingo W. **Direitos Fundamentais no STF: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁶⁵⁰BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 3 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010, p. 1309.

⁶⁵¹Ressalta-se que é diferente da chamada Análise de Decisões (MAD), feita no capítulo anterior. Ademais, nesse trabalho, representa tão somente um dos desdobramentos teóricos possíveis do MAD. FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. In: **Revista Universitas Jus**. Brasília: UniCeub, n. 21, jul./dez. 2010, p. 3.

⁶⁵²Essas questões são muito influenciadas pela pesquisa similar que Daniel Wang fez a respeito dos custos entre direitos positivos e negativos, da limitação dos recursos e da jurisprudência do STF sobre educação, saúde e pagamento de precatórios. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: **Revista Direito FGV**. v. 8. São Paulo: FGV, jul./dez. 2008, p. 540.

integralidade; d) dignidade da pessoa humana; e) direito à vida; f) indivíduo; e g) coletividade.

2. A identificação e a influência dos aspectos fáticos que envolvem o conflito, na tomada de decisões: a) a circunstância econômica (orçamento e custo público); b) a percepção da política pública e dos programas sobre medicamentos; c) a questão da Audiência Pública; d) a percepção das consequências da decisão; e) como a requerente do medicamento é retratada.

A justificativa para fazer essa análise é compreender e verificar se, na prática, o argumento que ora se propõe é satisfeito, qual o seja: o direito à saúde deve ser encarado como uma relação de justiça, e discutido nos Tribunais sob critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, tal qual propõe o artigo 196 da Constituição.

Como último corte metodológico, enfrento o problema das razões de decidir, entendendo que uma decisão judicial adequada não pode levar em consideração critérios decisórios pietativos. Logo, não é uma preocupação verificar, neste trabalho, a consciência, a intenção ideológica e a motivação pessoal dos julgadores na decisão, as quais, inclusive são difíceis aferir⁶⁵³. O objeto deste estudo é a decisão judicial propriamente dita⁶⁵⁴, e o objetivo verificar, depois da análise das teorias da filosofia política, como ela compreende, não simplesmente de forma dogmática, o conceito de direito à saúde, e desdobrar suas potenciais consequências. Assim, não pretendo propor uma maneira de imunizar o decisor ao impacto psicológico decorrente da tragicidade do caso, pois parto do pressuposto de que, quando essa situação ocorre, o juiz deve se declarar suspeito⁶⁵⁵, e porque não é o que ocorre de forma predominante na decisão a seguir analisada.

a) O caso exemplar

Em 2010, no auge da discussão sobre a judicialização do direito à saúde, o pleno do Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre uma Suspensão de Tutela Antecipada (STA),

⁶⁵³“Como as convicções morais de um juiz devem influenciar seus julgamentos acerca do que é direito. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 4.

⁶⁵⁴Afinal, “a escrita torna o texto autônomo em relação à intenção do autor. O que o texto significa já não coincide com aquilo que o autor quis dizer. Significação verbal, quer dizer, textual, e significação mental, quer dizer psicológica, têm, doravante, destinos diferentes”. A vida que o texto escrito adquire é um dos mais significantes efeitos da escrita, pois permite sua permanente abertura para o exercício dialógico. E, no caso de um processo judicial, é interessante o que defende ainda o autor, ao dizer que o processo se descola da narrativa principal, para também, virar, por si só, uma outra narrativa, que merece ser interpretada tanto quanto. RICOEUR, Paul. Op. cit., [s.d.], p. 118.

⁶⁵⁵ Conforme o artigo 135, V, do Código de Processo Civil, que diz: “Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: (...) V – interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes”.

nº 175, proposta pela União, contra acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal. O que estava em jogo era a possibilidade de se alocar fundo comum (no caso, a saúde pública e suas verbas), pela via da concessão individual de medicamento de alto custo.

O caso é sobre uma jovem de 21 anos de idade que possuía uma patologia chamada Niemann-Pick – Tipo C, uma doença neurodegenerativa rara, a qual teria sua progressão contida apenas com a utilização do medicamento miglustato (Zavesca), orçado em R\$ 52.000,00 por mês, o qual, mesmo detentor de registro na ANVISA, é considerado pela política farmacêutica da rede pública como fármaco de alto custo, **mas que não está contemplado na listagem dos medicamentos excepcionais distribuídos pelo poder público**⁶⁵⁶. A ação originária foi proposta pelo Ministério Público Federal contra o Município de Fortaleza, o Estado do Ceará e a União Federal e, em sede de Apelação Cível, teve deferido, com ordem de cumprimento imediato, o pedido de concessão do medicamento. Nesse contexto, tanto a União quanto o Município cearense, como pessoas jurídicas de direito público interessadas, interpuseram, no âmbito do STF, Suspensão de Tutela Antecipada⁶⁵⁷, cuja natureza jurídica é de Agravo de Instrumento, com o objetivo de impugnar o provimento da Apelação, na tentativa de evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

Conforme dispõe o art. 15 da Lei 12016/2009, que apesar de dispor sobre o Mandado de Segurança regula esse tipo de recurso também, e o Regimento Interno do STF, o processamento da STA é feito diretamente na presidência do Tribunal. Na época, era o Ministro Gilmar Mendes que ocupava o cargo e que, devido à quantidade de recursos similares, convocou Audiência Pública sobre o assunto (que ocorreu em seis sessões, no período de 27 de abril de 2009 a 07 de maio do mesmo ano)⁶⁵⁸. Como resultado, o pedido de suspensão da tutela foi monocraticamente indeferido. Em consequência, a União recorreu com Agravo Regimental à decisão que julgou a STA, cujo acórdão também foi, mais uma vez, pelo indeferimento pedido de suspensão⁶⁵⁹. Por assentar a questão, é este o acórdão que será objeto de análise aqui.

⁶⁵⁶Tanto na Lista de Medicamentos Essenciais (RENAME) como na Lista de Medicamentos Especializados não há medicamentos para a referida doença, nem o específico requisitado em juízo nem outro que pudesse fazer as vezes dele. É importante ressaltar que as listas são atualizadas de dois em dois anos. A próxima será só em 2012. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. Profissional e gestor: Elenco de Medicamentos. In: **Portal da saúde**. Disponível em: < http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/situacoes_clinicas_ceaf_grupo_1_2.pdf>. Acesso em 10 set. de 2011.

⁶⁵⁷ Observo que a STA do Município (nº 178) ficou apensada à suspensão interposta pela União.

⁶⁵⁸BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **Audiência pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. II.

⁶⁵⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Relator: Gilmar Ferreira Mendes. Ementa: EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais.

b) Análise dos votos proferidos na decisão

As atuações do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, como relator do recurso e como julgador monocrático da Suspensão recorrida, e do Ministro Celso de Mello, único a proferir voto fundamentado, além do relator, são centrais no caso do direito à saúde posto que a partir da visão deles os demais ministros os acompanharam em seus votos (Eros Grau, Ayres Brito, Marco Aurélio, e Ellen Gracie, que se manifestaram na ocasião, e, presentes ainda Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli), e a partir das quais muitas decisões judiciais passaram a ser construídas, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Um dissenso foi estabelecido, na ocasião, unicamente pela Ministra Ellen Gracie, que, no entanto, não teve voto reproduzido. Ao final, foi negado o provimento ao recurso por unanimidade de votos, em Sessão Plenária.

b.1) Voto do ministro-relator que consubstanciou o Acórdão.

No acórdão foram discutidas diversas questões, embora o debate principal estivesse centrado em algumas delas: o tema da judicialização do direito à saúde a partir de um suporte doutrinário, a forma como o artigo 196 da Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação do direito à saúde, e os critérios de análise das políticas públicas para a solução do caso. Os ministros reconheceram a constitucionalidade da concessão do medicamento com base em certa concepção de direito subjetivo e de concretização do direito pelo Judiciário.

O primeiro ponto discutido no voto do ministro-relator foi a relevância da concretização do direito à saúde, pelo fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do poder público, inclusive por determinação judicial. Para tanto, estabeleceu como pressupostos algumas definições, entre elas as de direito à saúde e direito subjetivo.

Inicialmente, há na decisão o reconhecimento da falta de consenso na definição, pela doutrina constitucional, instâncias judiciais e seara acadêmica, do direito constitucional à saúde. Para tanto, na ausência de um parâmetro teórico, o Ministro Gilmar Mendes propõe que o direito à saúde seja traduzido como “um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”, além de um direito social de aplicação imediata, o qual, assim como os direitos e liberdades individuais, implicaria tanto direitos de

Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Brasília, DF, 17.3.2010. DJe 30.4.2010, p. 70-75.

prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos)⁶⁶⁰. Fariam parte ainda da reflexão sobre tal direito a natureza prestacional e a compatibilização da noção de “mínimo existencial” e de “reserva do possível”. O interessante é que ele analisa, ainda, os direitos fundamentais sob classificações (tais como, proibição de intervenção e proibição de excesso; direitos à organização e ao procedimento) muito específicas e não usuais, as quais foram citadas, inclusive, em alemão, mas que não ficam claras na composição da definição, o que gera a sensação de ser mais um reforço teórico e uma oratória rebuscada do que propriamente um esclarecimento do conceito.

Dando um salto na explicação e retomando o tema da judicialização, a decisão reconhece duas correntes: aquela contrária e outra favorável à intervenção do judiciário na concretização de direitos fundamentais. A primeira corrente, afirma o voto, defende que os direitos sociais demandam custos, recursos escassos e escolhas alocativas, dependentes, portanto, de políticas públicas para se tornarem exigíveis, e que, desse modo, a atuação do Judiciário, ante a omissão estatal, violaria o princípio da separação dos poderes e o princípio da reserva do possível. Entretanto, em relação aos direitos sociais, diz a decisão, “é preciso levar em consideração que a prestação devida pelo Estado varia de acordo com a necessidade específica de cada cidadão”, e, no caso do direito à saúde, o poder público “deve dispor de valores variáveis em função das necessidades individuais de cada cidadão”⁶⁶¹. Nesse sentido, “o Poder judiciário, o qual está vocacionado a concretizar a justiça do caso concreto (microjustiça)”, não teria condições de analisar as “consequências globais da destinação de recursos em benefício de parte, com invariável prejuízo para o todo”, pois as opções políticas em torno das políticas públicas são pautadas em critérios de macrojustiça.

⁶⁶⁰Essa classificação como direitos de defesa e direitos de prestação é marcante na produção doutrinária de um autor, o próprio Ministro. Entre outros, MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Revista Jurídica Virtual. Brasília**: Subchefia para Assuntos Jurídicos, vol. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. E ainda: _____. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-11. O que pode indicar, ainda, uma pretensão implícita de capital científico, e de se reafirmar em duas searas, tribunal e academia: “a luta pela autoridade científica, espécie particular de *capital social* que assegura um poder sobre os mecanismos constitutivos do campo e que pode ser reconvertido em outras espécies de capital, deve o essencial de suas características ao fato de que os produtores tendem, quanto maior dor a autonomia no campo, a só ter como possíveis clientes seus próprios concorrentes. [Entre as características,] o conceito de visibility que os autores americanos empregam frequentemente (...) exprime bem o valor diferencial, distintivo, dessa espécie [reconhecimento do valor distintivo dos seus produtos] particular de capital social: acumular capital é fazer um “nome”, um nome próprio, um nome conhecido e reconhecido, marca que distingue imediatamente seu portador, arrancando-o como forma visível do fundo indiferenciado, despercebido, obscuro, no qual se perde o homem comum. BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática. Trad. Paula Montero. In: ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu: sociologia**. São Paulo: Ática, 1983, p. 127/132.

⁶⁶¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 80.

Por outro lado, a segunda corrente defende a intervenção do Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial o direito à saúde, sob o argumento da realização da dignidade da pessoa humana⁶⁶², pois, para essa teoria, “ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial”⁶⁶³. Ademais, afirma que, apesar de a atuação do Poder Judiciário ser “fundamental para o exercício efetivo da cidadania”, há, de fato, uma tensão entre as decisões judiciais e os elaboradores e os executores das políticas públicas, “que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias”⁶⁶⁴. Muito embora reconheça esse problema fático, ele conclui, com uma citação do Canotilho, de que paira sobre a dogmática e a teoria jurídica dos direitos sociais e econômicos uma carga metodológica de vagueza, indeterminação e impressionismo.

O interessante é que o Ministro Gilmar Mendes não admite claramente qual das posições admite como sua opção, mas ela fica revelada ao longo do voto: a segunda. Toda essa discussão sobre judicialização – que, em certa medida, tampouco é o foco deste trabalho – trouxe para a decisão alguns pontos: a) o reconhecimento de que a problemática jurídica dos direitos sociais tenha sido deslocada para as teorias da justiça, econômica, e da argumentação (apesar de ele não utilizar nenhuma delas para refletir sobre os critérios distributivos); b) a utilização do direito comparado como suporte teórico, o qual, na decisão, trouxe exemplos de como as Constituições da Alemanha e de Portugal tratam sobre os direitos fundamentais sociais, e c) a retomada de um instrumento bastante usual nessas discussões que exigem reflexão sobre direitos individuais e bens coletivos: os juízos de ponderação, mas cujo problema é utilizar um elemento que não oferece parâmetros objetivos claros, pois necessita de concessões filosóficas e lógicas, e tende a ser interpretado, como o foi, como uma solução à base de princípios, para tanto foi feita uma citação de Robert Alexy:

[Os] direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar. (...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma

⁶⁶²O problema de se utilizar a “dignidade da pessoa humana” como argumento, não só para esse voto, como para outros votos e em outras decisões, é que essa expressão é uma “espécie de abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral – da qual procede o próprio conceito de dignidade humana – não é feita em público”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 237.

⁶⁶³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 81.

⁶⁶⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 82.

questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais de competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos ⁶⁶⁵. (grifo nosso)

Entretanto, para Alexy, a ponderação é utilizada como um postulado operatório (que distingue regras e princípios), e não tem, nem pode ser aplicado, para tanto, como se conteúdo tivesse, de modo que não vale qualquer decisão, com base em qualquer princípio. Curioso que o ministro, cuidadosamente, não toma uma posição definida sobre a intervenção judicial, e leva o problema à admissão de uma imprecisão sobre os direitos sociais, como a saúde, e à solução desse impasse por meio de princípios.

Por conseguinte, a questão é que os princípios constitucionais não parecem servir plenamente como critérios de justiça, pois os princípios constitucionais, em geral, são utilizados como recursos teóricos de suporte, e não necessariamente significam princípios de justiça – justiça distributiva –, os quais podem se ajustar à sociedade de forma diferente ⁶⁶⁶, uma vez que ensejam reflexão sobre valores ⁶⁶⁷. Ademais, os princípios precisam ter seus limites desenhados e seu sentido definido e precisado, o que geralmente ocorre no momento da tomada de decisão de um caso concreto ⁶⁶⁸. Além disso, por definição, uma constituição é uma coletânea de princípios constitucionais contraditórios, de modo que o fato de haver vários princípios não significa que se admite qualquer resultado final, qualquer critério de

⁶⁶⁵Citação, na decisão, da obra: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 511-512. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 83.

⁶⁶⁶“É preciso saber qual princípio aplicar, saber de distribuição de que e em que grupo estamos falando. A defesa do direito adquirido (a cada um conforme seu título) é apenas um dos princípios possíveis, muito embora seja mais fácil adotá-lo e entendê-lo como defesa pura e simples da propriedade”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 236.

⁶⁶⁷Valores entendidos, aqui e ao longo do trabalho, como centro significativo de sentido, convencional, para o qual convergem ideias regulatórias, conceitos, que norteiam um campo do saber/ do conhecimento/ da experiência, que, no nosso caso, é o Direito. Como exemplos desses núcleos de sentidos são igualdade e liberdade.

⁶⁶⁸Faço uma ressalva a respeito dessa noção sobre os princípios: “A diferença entre os dois tipos de normas [, princípios e regras,] (de tão diversos campos de aplicação) é de natureza lógica [(em sua estrutura)] e não axiológica, já que não há como afirmar que um é mais importante. Os princípios e as regras servem a fins semelhantes, sendo critério decisório e pauta de conduta, mas são aplicados de formas diferentes, no discurso jurídico, assim como também no discurso moral. É em razão da diferença lógica entre os princípios e as regras que há diferença entre a produção de efeitos jurídicos de um e de outro tipo de norma. (...) [Em específico,] os princípios determinam comportamentos por via indireta, sem que haja determinação do que fazer, mas sim de uma espécie de comportamento que promova o fim devido. O conteúdo do princípio será o de um valor ou um fim a ser perseguido. (...) A posição de um princípio e uma cláusula geral no silogismo é acima e anterior à premissa maior, que somente é determinada no fundamento da decisão em que se discute e determina o sentido de termos e expressões avaliatórias por meio das quais tais normas são expressas. No caso dos princípios, não há uma sanção prevista, de forma que a decisão deverá ser dada com o recurso a uma regra, outro motivo pelo qual os princípios constituem-se em metanormas”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 222, 258, e 309.

decisão. É dizer que a interpretação da Constituição a partir da escolha subjetiva de um princípio ou um só ponto de vista tende a produzir resultados indesejados.

Diante dessas dificuldades, o segundo ponto discutido pelo intérprete-decisor é a forma como a Constituição estabelece os limites e as possibilidades de implementação do direito à saúde. Assim, dividindo em seis partes o artigo 196, ele faz uma análise sobre o que é o direito à saúde, na qual algumas questões foram ressaltadas.

Entre elas, o direito à saúde é identificado tanto como um direito individual quanto coletivo. Sobre esse tema, tece especial atenção à percepção da dimensão individual, e não fala especificamente o que toma por um direito coletivo, mas acredito pela forma como foi tratado que está a falar do conceito mais dogmático (não em uma concepção moral), qual seja o direito de representação coletiva. Para tanto, destaca uma decisão do Ministro Celso de Mello (AgR-RE nº 271.286-8/RS), a qual também reconhece o direito à saúde como um “direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o indivíduo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional”, e cuja interpretação, enquanto norma programática, não pode transformá-lo em promessa constitucional inconsequente⁶⁶⁹. Afirmo ainda a jurisprudência ora citada que a essencialidade do direito à saúde e a relevância pública das ações e serviços de saúde, legitimam a atuação do Poder Judiciário nas hipóteses em que a Administração Pública descumpra o mandamento constitucional.

Em seguida, há talvez uma contradição. Ao passo que o ministro-relator admite ser o direito à saúde um direito subjetivo público assegurado por políticas sociais e econômicas⁶⁷⁰, e que, portanto, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, ele afirma simultaneamente que “a garantia judicial da prestação individual da saúde, prima facie, estaria condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS)” (grifo nosso)⁶⁷¹. Os problemas dessa assertiva parecem ser: quando o SUS está comprometido? Como determinar o não comprometimento do SUS? Qual a medida para aferi-lo? A inexistência de Protocolo Clínico no SUS, para determinado medicamento, cujo resultado é a não concessão desse fármaco pela rede pública, por si só já determina o não comprometimento do órgão público com a saúde pública?

⁶⁶⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 85.

⁶⁷⁰Ressalto que ao longo da decisão não se debate o conceito do que seria uma política pública, de impacto econômico e social, tampouco quais são seus momentos (formação, controle, criação e avaliação) e limites, e nem da questão da distributividade (o fato de que políticas públicas diferentes têm custos diferentes sobre o que é devido à coletividade). De modo que não há uma reflexão sobre qual o sentido que o termo “política pública” é usado. Em geral, a sua utilização fica restrita à ressalva de previsão no artigo constitucional.

⁶⁷¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 86.

Por outro lado, seguindo a análise do artigo 196, é interessante que a explicação em torno do direito à saúde, na referida decisão judicial, segue uma linha igualitária e coletivista, muito similar às teorias comunitaristas e mesmo liberais igualitárias, e em consonância, ainda, com o preceituado pela Reforma Sanitarista, quando da formulação do artigo constitucional. Entre os pontos destacados que permitem assim inferir estão: o reconhecimento de que as ações e os serviços de saúde são de relevância pública, constituem um sistema único e de que em suas diretrizes básicas estão o atendimento integral, com preferência para as atividades preventivas, e a participação da comunidade (a política pública é decidida, assim, sob uma base coletiva; e a noção de que, para o Estado garantir a manutenção do sistema, é necessária uma estabilidade dos gastos com a saúde e, conseqüentemente, uma captação de recursos e uma destinação desses recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos. Para tanto, admitindo que o constituinte estabeleceu, ainda, um **sistema universal de acesso** aos serviços públicos, cita uma jurisprudência (STA nº 91-1/AL) da Ministra Ellen Gracie, para quem “o artigo 196 da Constituição refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem **a população como um todo**” (grifo nosso)⁶⁷². Aliás, esse é o máximo de referência aos conceitos de universalidade e integralidade, na decisão judicial.

Entretanto, toda essa potencial índole coletivista da decisão não reverbera seus efeitos na decisão como um todo, pois ela entra em conflito com a manutenção dos argumentos que já haviam sido suscitados na decisão monocrática da Suspensão de Tutela Antecipada, julgada pelo próprio Ministro-relator Gilmar Mendes, que na ocasião indeferiu o pedido do poder público. Entre esses argumentos que negam as outras partes do voto estão, principalmente, aquele que aduz como justificativa a concessão do pleito: “o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida de enfermidades raras aos tratamentos disponíveis” (grifo nosso)⁶⁷³. Aqui, o ministro-relator pretere as questões de ordem financeira de forma terminante, uma vez que essa mesma passagem é reproduzida duas vezes, em pontos cruciais do voto. Entretanto, essa dicotomia entre direito à saúde e questão orçamentária é falsa, pois elas não são conflitantes, tampouco excludentes. A distribuição de serviços e ações do direito à saúde dependem do erário.

Nessa passagem, é reafirmada uma noção individualista do direito, considerado a despeito de todos e do bem comum, com tendência liberal conservadora e sem priorizar o essencial do artigo constitucional acima mencionado. Ratifica ainda uma noção de direito

⁶⁷²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 89.

⁶⁷³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 73.

subjetivo enquanto propriedade, a qual, acrescida de uma noção aparentemente equivocada de integralidade (tudo para todos), leva a entender que qualquer cidadão deve ser tratado independentemente de custo. É mister ressaltar que, mesmo que o indivíduo seja o núcleo do critério de decisão do tribunal – o que, em alguma medida, o associaria à corrente liberal – não justificaria conceber o direito individual como uma prioridade avassaladora e absoluta, pois, como visto em Rawls, as liberdades e direitos devem se ajustar em um sistema único e igual para todos, já que a desigualdade só é permitida se beneficiar a todos: não é justo alguns perderem para outros ganharem. Ou, como para Dworkin, os direitos não são ilimitados, apenas representam um domínio mínimo. E, ainda, para Taylor, cuja teoria não apoia a primazia dos direitos, ou seja, não se poderia insistir na proteção privilegiada do direito à saúde contra a própria sociedade ou à custa dela. No entanto, ainda que a essencialidade do direito tenha sido suscitada, nenhuma dessas considerações filosóficas é, por sua vez, refletida no voto.

Ademais, acaba por invadir um campo de deliberação política delicado da Administração Pública – o enquadramento, ou não, do medicamento pleiteado, na política de saúde –, mostrando, dessa forma, sua tendência em intervir em casos de direitos prestacionais, apesar de não assumir uma posição definida, como visto, e, simultaneamente coloca o administrador em uma situação em que ele deve escolher obedecer à Constituição (art. 167, I, II, V e VI⁶⁷⁴) ou à decisão judicial do Supremo Tribunal Federal. Não fica, assim, clara a razão pela qual a questão das verbas tem menor importância se, afinal, as políticas públicas voltadas para concretizar o direito à saúde, previsto na Constituição, se viabilizam por meio delas: o orçamento público é, na verdade, um meio para realização das políticas públicas⁶⁷⁵.

Toda essa reflexão sobre o artigo constitucional o fez concluir que: 1) O problema não seria de falta de legislação específica e/ou de inexistência de política pública, e, sim, de execução (administrativa), de implementação e de manutenção das políticas existentes, e 2) as demandas que buscam a efetivação de prestações de saúde devem ser resolvidas a partir da análise do contexto constitucional e suas peculiaridades, de modo que seria necessário redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde. Assim, nessa altura do voto, o ministro-relator estabelece uma premissa importante, a qual visa conformar um entendimento sobre o artigo 196, neutralizar as tensões em relação às decisões discricionárias da

⁶⁷⁴“Art. 167. São vedados: I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais; (...) V – a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes, VI – a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa (...)”

⁶⁷⁵WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., 2008, p. 546 e 547.

Administração Pública, colocar a decisão judicial como um dos principais recursos para a concretização do direito à saúde, e responder àquelas teorias contrárias à judicialização. É ela:

[Na] maioria dos casos, a intervenção judicial não ocorre em razão de uma omissão absoluta em matéria de políticas públicas voltadas à proteção do direito à saúde, mas tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas já estabelecidas. Portanto, não se cogita do problema da interferência judicial em âmbitos de livre apreciação ou de ampla discricionariedade de outros Poderes quanto à formulação de políticas públicas ⁶⁷⁶. (...) [O] que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. (grifo nosso)⁶⁷⁷

O que o ministro tentou postular, então, é que ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as **políticas** sociais e econômicas **formuladas** pelo SUS, o STF não estaria criando política pública, mas determinando o seu cumprimento; pois, para ele, “nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente”. Para essa visão, só haveria intervenção judicial nos casos de uma omissão **absoluta** do poder público, ou seja, no caso de a política pública não ter sido elaborada ou implementada. Entretanto, o problema é que a possibilidade de o Judiciário não atuar quando da referida “omissão” da política pública **não** parece excluir a probabilidade de a Corte conceder pedidos quando da “ausência” de previsão da prestação de saúde requerida em juízo, na política pública. Pode-se notar, ainda, que a regra está estritamente direcionada, nesse sentido, aos casos em que já existe a política pública— a qual, por seu turno, não precisa fornecer todos os medicamentos específicos pleiteados judicialmente.

Desse modo, se depreende da decisão judicial ora analisada um critério para julgar prestações positivas de saúde: a existência ou não da política pública, mas esse critério parece não ser o mais completo. Isso porque a generalização na compreensão da “ausência” de prestação de saúde, isto é, dos casos em que determinada prestação requerida não se encontra em alguma política já vigente, não leva necessariamente, por conta da falta de previsão administrativa, à equiparação das situações em que há omissão total da política pública – caso em que o Judiciário teria sua atuação reduzida. Levaria, sim, a uma intervenção dos decisores

⁶⁷⁶Por outro lado, aponta Roberto Freitas Filho a tendência ao alargamento do poder de intervenção na consecução de políticas públicas, é o caso, por exemplo, “na ementa do acórdão [do RESP 510.259/SP, relatado pela Ministra Eliana Calmon,] consta: “O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de *conveniência e oportunidade*, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.” Decisões como essa mostram como não mais prevalece a doutrina da imunidade absoluta dos atos discricionários ao controle judicial. (...) O argumento da proteção à esfera de discricionariedade administrativa é claramente conexo ao da separação de poderes, na medida em que tradicionalmente as opções de governo eram encaradas como o exercício do poder político, vinculado às razões de conveniência e oportunidade, próprias do âmbito da discricionariedade administrativa”. CASAGRANDE, Renato; e FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2010, p. 31.

⁶⁷⁷SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 92.

judicantes, os quais tendem a preencher a lacuna dos critérios que balizariam a prestação do serviço público, com interpretações sobre o artigo 196. Além disso, outro problema é que, mesmo existindo a política pública, a possibilidade, e o limite, de seu efetivo cumprimento via judicial são problemas que impedem esse postulado de ser um parâmetro suficiente para se compreender as decisões judiciais sobre direito à saúde.

Observa-se que o caso em tela não diz respeito à omissão legislativa e administrativa de uma política de saúde, tampouco a uma política de medicamentos existente, na qual um dos fármacos concedidos pela rede pública, isto é, expressamente previstos na lista do SUS, foi negado à agravada por mero erro de digitação, ou qualquer outro erro formal de menores proporções na execução da política pública, e que tenha resultado na não contemplação individual do medicamento, ocasião em que o Judiciário poderia ordenar uma obrigação de fazer ao Estado, em nome da isonomia – ou seja, quando já existe o direito previsto em uma política pública, a qual contempla uma regra de alocação de recurso público em chave individual, mas que, por algum motivo, não foi satisfeito. O caso aqui, no entanto, é outro – a política pública é formulada e aplicada, mas a prestação solicitada não é, por decisão do órgão administrativo responsável, concedida a ninguém –, logo pede outro critério de decisão.

É nesse ínterim que a decisão passa para seu terceiro ponto de análise: os critérios de análise da política pública quando a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS. Nesse caso, afirma o ministro, é necessário distinguir algumas situações: 1) quando a não prestação decorre de uma vedação legal, como, por exemplo, a vedação à Administração Pública de fornecer medicamento que não possua registro na ANVISA; e 2) quando há uma decisão administrativa de não fornecê-la.

Para a primeira situação, interessante que o ministro preocupa-se em dizer que não é uma regra absoluta e que há uma ressalva: em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, e fornecido por intermédio de organismos multilaterais internacionais. Mais interessante ainda é que no relatório (primeira parte da decisão) ele ressaltou o fato de que alguns documentos, juntados pelo Ministério Público Federal, atestam que o medicamento é recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos; na ocasião, um argumento perdido dada a relevância e atuação do órgão em âmbito nacional, mas que agora, ocasionalmente, parece justificável.

A segunda possibilidade tem seus desdobramentos e pode ocorrer, ainda, em duas situações:

- I- Quando o SUS decide não custear o medicamento por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão. Nessa situação,

afirma o ministro-relator que duas hipóteses podem ainda acontecer – para as duas caberia ação judicial para garantir a prestação de saúde que o SUS não cobre:

a) “o SUS fornece tratamento alternativo, mas não adequado a determinado paciente” – curiosa essa colocação, pois de uma só vez desqualifica o serviço, e a motivação pela escolha do outro tratamento pelo SUS, não menciona o impacto no orçamento, e individualiza a prestação do serviço (aliás, que determinado paciente?);

b) “o SUS não tem nenhum tratamento específico para **determinada** patologia”, tanto na rede pública, como privada – a justificativa, para o ministro, seria a de que o SUS filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências” e adotou os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, de modo que apenas em conformidade com o Protocolo e o consenso científico vigente é que determinaria se o medicamento e o tratamento pode ser fornecido pela rede pública⁶⁷⁸. Interessante é que, muito embora ele identifique a utilização de meios como planos e diretrizes pelo SUS, não tece nenhuma consideração a respeito da Políticas de Medicamentos Excepcionais, que visa disponibilizar alguns fármacos de alto custo que não estão contemplados na assistência básica, e sob seus critérios de inclusão na lista de concessão – o que poderia esclarecer o fornecimento a nível administrativo, mostrar o caso perante esta política, e proporcionar limites aos próprios critérios da decisão judicial.

II- Quando envolve a inexistência de tratamento **na rede pública**, como os tratamentos experimentais (sem comprovação científica de sua eficácia, para qual o Estado não pode ser condenado a fornecê-los), e os novos tratamentos (ainda não incorporados pelo SUS, devido ao avanço do conhecimento médico e a morosidade da burocracia).

Para essa ocasião em específico, o ministro tenciona um critério bastante individualista: a prioridade por celeridade na aprovação de novos tratamentos já existentes em âmbito privado, à melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes. Isso porque, conclui ele, em verdade, a inexistência de protocolos clínicos não significa, *a priori*, violação ao princípio da integralidade do sistema; no entanto, no caso de já haver opções acessíveis na rede privada, não pode haver diferença para a rede pública, de modo que a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia, poderá ser objeto de impugnação judicial.

⁶⁷⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 94.

Apesar dessas várias qualificações de diferentes situações possíveis, ele não atrela ao caso concreto qualquer uma dessas opções. Desse modo, parecem servir para estabelecer, no voto, alguns critérios gerais para decisão. Entretanto, a construção desses parâmetros também se mostra confusa, pois, ao mesmo tempo, reconhece a funcionamento do SUS, ressalta uma preocupação coletivista e consequencialista com o orçamento público, e retoma, ainda que não expressamente, medidas de justiça como a noção de suprir as necessidades básicas dos menos favorecidos de John Rawls, tal qual se observa:

Não se pode esquecer de que a gestão do Sistema único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só torna-se viável mediante a elaboração de políticas que repartam os recursos (naturalmente escassos) de forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico de parcela da população mais necessitada. (grifo nosso)⁶⁷⁹

Diametralmente em oposição, insiste ainda, como parâmetro de julgamento, em posições individualistas, potencialmente aleatórias, pois são, em regra, pensadas e aplicadas caso a caso, e sem compromisso com o orçamento e com o limite da escassez. Uma vez observado que “a obrigação do Estado, à luz do artigo 196 da Constituição, **restringe-se** ao fornecimento das políticas sociais e econômicas”⁶⁸⁰, propõe, principalmente para as situações do item I, três regras:

[1º] Podemos] concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, **sempre que não comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente**. [2º] Essa conclusão não afasta, contudo, a **possibilidade de o Poder Judiciário**, ou de a própria Administração, **decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa** que, por razões **específicas** do seu organismo, **comprove que o tratamento fornecido** não é eficaz no seu caso. [3º] Inclusive como resultado pelo próprio **Ministro da Saúde na Audiência Pública**, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, **não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial**. (grifo nosso)⁶⁸¹

Várias sutilezas se extraem desse constructo. Primeiramente, muito embora privilegie o tratamento pelo SUS, faz uma ressalva que leva a decisão para a direção oposta, ao transformar em um parâmetro que, na prática, não regula nada, apenas abre manobra para

⁶⁷⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 95.

⁶⁸⁰Por mais que, de fato, quando exposto o artigo 196, se verifica que o objeto do dever estatal são as políticas sociais e econômicas, o problema é que quando foi trazida essa constatação sob a regência do verbo “restringir”, soa na leitura da decisão como se um limite, quase um aleijamento, estatal fosse. Como é recorrente nessa decisão essa noção de insuficiência da Administração Pública, achei que valia a pena reproduzir mais uma vez.

⁶⁸¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 95/96.

decisões arbitrárias uma assertiva de um critério objetivo e razoável – o qual, nos dizeres de Walzer, respeitaria a esfera da justiça sobre saúde e que teria como base fundante o princípio “soberano” (nas palavras de Dworkin) de igualdade à distribuição dos bens públicos, e que propunha uma regra que poderia ser coletivamente aceita e seguida (Taylor), cuja prática é aderida voluntariamente (Hart) porque é universal (Hare), é isonômica. Depois, essas regras estão claramente em oposição à posição de Rawls, para quem o modelo de justiça necessita de redistribuição de riquezas, pois cada pessoa deve ter acesso a um conjunto igual de liberdades mínimas e, conforme o princípio da diferença, as vantagens dos mais beneficiados só se justificam dentro de um esquema em que as expectativas dos menos favorecidos também melhorem, o que não ocorre aqui.

Aparentemente, o problema não está propriamente na estrutura da decisão jurídica (fatos, fundamentos e dispositivo), mas na dedução da norma, na qual o termo médio (fundamentação) é subvertido⁶⁸². Em outras palavras, criar um critério de distribuição baseado no argumento de comprovada (seja lá como isso possa ser, de fato, medido na seara judicial) ineficácia e impropriedade da política pública de saúde (que possui impacto social e econômico), possibilita o Judiciário a decidir sobre recursos escassos, de uma maneira bastante diferente daquela custeada pelo SUS. A medida dessas decisões para concessão de pleitos relativos ao direito à saúde será variável de acordo com a particularidade de cada pessoa, e sem que as circunstâncias econômicas e o orçamento sejam questões relevantes para tomada de decisão, significa extrair como regra da decisão: que vai ser devido ao poder público, por ordem judicial, todo tipo de tratamento que, “comprovadamente”, resolver o problema dos indivíduos, pois o STF pode conceder qualquer tipo de tratamento e medicamento, sempre que este não for fornecido pelo SUS e for pleiteado em juízo, em uma pretensão casuísta e atomizada, a despeito da coletividade. No entanto, como já haviam advertido Dworkin e Rawls, uma boa concepção igualitária não pode ter como medida principal de igualdade o bem-estar ou a satisfação individual que cada cidadão pode ter. Isto é, o melhor (mais eficaz) tratamento para determinada pessoa não pode servir de critério distributivo para todas as decisões judiciais futuras.

A consequência dessa regra é que os ministros transformam-se de julgadores em administradores. E, ainda que se admita a viabilidade de tal critério, o parâmetro de eficácia do medicamento não incluso na lista do SUS, no caso em questão, foi tratado de forma tão

⁶⁸² Sendo a fundamentação a demonstração, pelo julgador, da norma aplicada, de quais circunstâncias fáticas fazem com que o problema seja um caso típico descrito na norma, e de quais as razões que o levaram a aplicá-la daquela forma.

aberta que não é possível extrair exatamente quais as circunstâncias qualificam o caso, de maneira que não é possível fazer a aplicação da regra em outros casos futuros sob esse mesmo raciocínio. Nesse sentido, o resultado é a própria desmoralização da política pública e da ideia de norma, pois não se sabe exatamente qual regra será aplicada nos tribunais e qual será cumprida pelo poder público, o que abre as portas para o arbítrio e a insegurança.

Depois, para justificar e ressaltar a legitimidade⁶⁸³ institucional desse critério, foi citado o endosso do Ministro da Saúde na Audiência Pública à afirmação de que os protocolos clínicos existentes precisam ser revisados constantemente – o que, em dado sentido, é um truísmo, afinal, a sociedade, com todas as suas circunstâncias e somada à evolução tecnológica, é dinâmica – porém, no sentido apresentado, era claro o intuito desse argumento em relativizar a validade dos protocolos e reforçar uma visão na qual a Administração Pública é frágil e insuficiente. Logo, há uma intenção no texto não expressa no voto – ao utilizar essas nomeações oficiais⁶⁸⁴, as quais detêm marcas sintáticas simbólicas⁶⁸⁵ e que podem ser consideradas argumentos de autoridade⁶⁸⁶ –, mas que é muito relevante para a compreensão da decisão, principalmente para aqueles que estão inseridos no jogo de linguagem⁶⁸⁷ do direito enquanto prática social, pois a utilização dessas expressões reforça a noção de representatividade (força de autoridade) à pessoa pública e ao evento jurídico, como se dogmas inquestionáveis fossem. A conclusão que se depreende dessa colocação é que, uma vez que a eficácia desses protocolos e diretrizes é relativa, e que falta, ao poder público, segurança administrativa, fíccia, na visão do ministro, o encargo de apreciar essas questões distributivas para o Poder Judiciário. Em outras palavras, trouxe esses elementos contextuais como estratégia para resguardar o discurso, a decisão.

⁶⁸³“Todo o campo é lugar de uma luta mais ou menos declarada pela definição dos princípios legítimos de divisão do campo. A questão da legitimidade surge da própria possibilidade deste pôr-em-causa, desta ruptura com a doxa, que aceita a ordem corrente como coisa evidente”. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989, p. 150.

⁶⁸⁴“Todas as estratégias simbólicas por meio das quais os agentes procuram impor a sua visão das divisões do mundo social e da sua posição nesse mundo podem situar-se entre dois extremos: o insulto, (...), [e, como no caso,] a *nomeação oficial*, acto de imposição simbólica que tem a seu favor toda a força do colectivo, do consenso, do senso comum, porque ela é operada por um mandatário do Estado, detentor do *monopólio da violência simbólica legítima*. (...) O direito [, por sua vez,] consagra a ordem estabelecida ao consagrar uma visão desta ordem que é uma visão do Estado, garantida pelo Estado”. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., 1989, p. 146.

⁶⁸⁵WALTON, Douglas N. **Lógica Informal: Manual de argumentação crítica**. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 241.

⁶⁸⁶O argumento de autoridade (*argumentum ad verecundiam*) é reconhecido, nesse trabalho, como aquela conclusão argumentativa, cuja validade está calcada, basicamente, mais na credibilidade do autor da proposição, na palavra daquele que é legitimamente encarado como autoridade, e menos nas razões que ele tenha apresentado para sustentá-las.

⁶⁸⁷“Compreender uma linguagem e falar não é somente relacionar palavras com coisas, mas é relacionar o uso das palavras em frases e outras atividades não linguísticas. A articulação entre esses dois tipos de usos é designada pela expressão “jogo de linguagem”. LIVET, Pierre. Op. cit., 2009, p. 136.

Aliás, ao longo de toda a decisão, a categoria de sentido “audiência pública” foi utilizada nove vezes, oito ressaltadas em negrito, todas utilizadas para reforçar e garantir a impermeabilidade de algum argumento – entre eles o da judicialização, e o da extensão da política pública –, e, em todas às vezes, o intuito era claramente de usar as informações colhidas na ocasião da audiência e a opinião de uma autoridade respeitada, como o Ministro da Saúde, ou dos especialistas no assunto presentes nessa audiência, como um argumento pessoal positivo para sustentar os próprios argumentos dele, ministro-relator. O problema de recorrer a essa audiência específica e às autoridades envolvidas como fonte de argumento é a desconfiança que tais apelos podem gerar, por representarem, em última análise, uma seleção intrinsecamente subjetiva e retórico-dogmática⁶⁸⁸.

Por fim, quanto ao caso concreto examinado. Em primeiro lugar, destaca a possibilidade de intervenção do poder judiciário, destacando a ementa da decisão proferida na ADPF-MC 45/DF, relator Ministro Celso de Mello, e reproduz, em espanhol, sem tradução, trecho da obra de Christian Courtis⁶⁸⁹, que, aliás, não parece corroborar com a visão de que ao Judiciário cabe ordenar o poder público a realizar prestações positivas, pois, no trecho transcrito, o autor ressalva a necessidade de diálogo entre os diferentes poderes do Estado, de modo que o Poder Judiciário não teria a tarefa de desenhar políticas públicas, tampouco de reformulá-las, mas sim de apontar possível omissão ou lacuna e reenviar a questão para que os órgãos competentes elaborem alguma medida.

Em seguida, decide pela responsabilidade solidária dos entes federados, e decide que União, Estado e Município têm o dever de conceder o medicamento requerido. Para tanto, remete o fundamento aos acórdãos RE-AgR 255. 627-1, relator Ministro Nelson Jobim, mas o qual, muito embora verse no mesmo sentido da responsabilidade dos entes sustentada, não seria, talvez, o mais indicado como exemplo para o caso, uma vez que se trata de situação outra, na qual o medicamento é registrado na ANVISA, e está na lista de medicamentos da política estatal existente, diverso, portanto, desse caso que ora se estuda, e cujos critérios de decisão seguem, conseqüentemente, uma lógica diferente. E fundamenta seu voto, ainda, na Proposta de Súmula Vinculante nº 4, no RE 566.471, que teve repercussão geral reconhecida,

⁶⁸⁸WALTON, Douglas N. **Lógica Informal: Manual de argumentação crítica**. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 241. Nesse sentido, sob uma análise das relações de poder, pode-se compreender também que o Supremo pode ter se valido desse recurso democrático para se legitimar, ao promover a afirmação de um projeto político de alargamento do campo jurídico para a seara administrativa, por meio de debates públicos no Judiciário (poderia haver uma mistificação do discurso). Mas esse tema foge ao objeto desse trabalho, trouxe apenas a título de recorte metodológico.

⁶⁸⁹A obra citada é: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta, 2004, p. 251.

e no RE 195.192-3/RS, os dois últimos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, e cuja ementa, a propósito, dispõe:

SAÚDE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – DOENÇA RARA. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O SUS torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e Municípios (grifo nosso).

É interessante observar que outro critério acaba, ainda que indiretamente, sendo reafirmado: a prioridade de tratamento de doenças raras para crianças e adolescentes. Ocorre que esse tipo de argumento, por categorias sociais, tem uma oposição fática bastante contundente: e o idosos, que, aliás, possuem um Estatuto federalizado que os protege? E os deficientes físicos? E as mulheres? E as pessoas de baixa renda? E os negros? Em resumo, aparenta ser complicado conciliar, judicialmente, as diferentes demandas que são igualmente prioritárias e se apresentam, na prática, simultaneamente, emergenciais. O risco de aleatoriedade e desigualdade parece crescer.

Em terceiro lugar, indefere, mais uma vez, o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada, ajuizado pelo agravante, sob a justificativa de que, caso fosse decidido em favor do requerente, a satisfação do pedido de suspensão produziria efeitos nocivos à saúde e à subsistência da agravada (o que ele chama de dano inverso), de modo que a concessão naquele momento pareceu mais adequada para o aumento de sobrevida da requerida. Aliás, o “direito à vida” e “a melhoria da qualidade vida” foram argumentos que foram usados seis vezes ao longo de toda a decisão para fundamentar todas essas decisões, sobre a suspensão, sobre a responsabilidade solidária dos entes, etc., que o voto teve que tratar. De modo que, as consequências da decisão para a sociedade como um todo não se revelaram uma preocupação da decisão propriamente dita, pois o que se priorizou sobremaneira foi a dignidade da agravada em receber o medicamento de alto custo, independentemente do impacto econômico, da avaliação do custo social e da noção de isonomia que está inserida na questão.

Em quarto lugar, quando ressalta o ministro que “**o alto custo de um tratamento ou de um medicamento que tem registro na ANVISA não é suficiente para impedir o seu fornecimento pelo poder público**”⁶⁹⁰, de modo que não haveria grave lesão à economia e à saúde pública, cria uma situação curiosa em que o tribunal mostra ciência da relevância das questões orçamentárias, mas não as leva em consideração na hora de decidir ⁶⁹¹. Essa

⁶⁹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 73 e 103.

⁶⁹¹Importante observar que ‘grave lesão à economia e à saúde pública’ é um requisito a ser demonstrado na Suspensão de Tutela Antecipada, mas não é porque condiciona a ação judicial que é menos relevante materialmente para o caso estudado, ao contrário, é um argumento que acaba por ressaltar a posição,

afirmação, que justifica, em grande medida, o indeferimento do Agravo, demonstra a falta de coerência (uma contradição) no voto, uma vez que categorias como “orçamento”, “custo público”, “escassez de recursos”, “escolha alocativa” (no sentido de o que disponibilizar e a quem atender), e, até mesmo, “critérios de justiça distributiva” (este último mencionado com forte tendência consequencialista) foram ressaltadas e ressalvadas muitas vezes ao longo da fundamentação, mostrando claramente a relação de dependência entre efetivação de direitos e distribuição de recursos econômicos. Ao final, o dispositivo desconsidera esses elementos e decide que há dano para a agravada e que, portanto, o medicamento de R\$ 52.000,00, por mês, que não consta na política de medicamentos excepcionais, não por omissão, mas por decisão administrativa, deverá ser concedido individualmente, por decisão judicial. Nesse caso, a incoerência se dá porque a verdade da conclusão não é consequência da verdade das premissas utilizadas ao longo da fundamentação da decisão⁶⁹², e o resultado é que a falta de uma forma de decidir baseada em uma consistência decisória, que permita a apreciação crítica das decisões, pode levar, inclusive, ao risco de afetar a credibilidade daquele que julga⁶⁹³.

Diga-se de passagem, que, nesse contexto, o que se verifica na decisão é que as categorias relacionadas ao “indivíduo” estão em maior quantidade e maior força do que aquelas expressões que remetem à noção de “coletividade”. O mesmo ocorre ainda com a percepção do chamado “direito subjetivo público” – compreendido não apenas como uma forma de acesso à jurisdição mas como instituto dotado de conteúdo semelhante à noção de propriedade –, o qual prevalece sobre a noção de “bens coletivos” (“coisa comum”). Esta, por sua vez, afirma não ser possível se apropriar individualmente de um bem indivisível sem prejudicar o direito dos outros, mas não foi debatida pelos ministros nessa decisão. Essa constatação, por si só, não significa classificar o STF como liberal conservador, ou não-comunitarista, nem liberal igualitário, mas reflete uma forma de julgar e uma forma de se entender o direito à saúde de maneira particular, muito similar inclusive àquela atomista que Taylor crítica. Decidir sobre este direito prestacional, como visto, requer interpretá-lo e

potencialmente individualista, que a decisão judicial toma ao dizer que não se configura tais lesões, com a ordem de concessão do medicamento.

⁶⁹²“Um argumento não pode ser classificado em verdadeiro ou falso; verdadeiras ou falsas são as premissas e a conclusão. Um argumento é válido ou não-válido, coerente ou não coerente, dependendo da relação, do vínculo que se estabelece entre as premissas e a conclusão. (...) Ao construir um argumento, pretendemos justificar a verdade da conclusão a partir da verdade das premissas. Duas condições, portanto, são necessárias para que possamos garantir a verdade de uma conclusão: a verdade das premissas e o recurso a uma argumentação coerente”. CUNHA, Marisa O. da; MACHADO, Nílson José. **Lógica e linguagem cotidiana: verdade, coerência, comunicação e argumentação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005, p. 22.

⁶⁹³“O risco decorrente desse esvaziamento é a eventual desintegração do sistema jurídico como local de solução de conflitos. As ideias de isonomia e igualdade, fundamentais ao direito, somente são percebidas se as decisões são adequadamente fundamentadas”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 284.

assumir determinadas posições: uma mais individualista ou uma mais coletivista. Assim, sem considerar se a opção foi escolhida deliberadamente ou não, o que se pode concluir é que essa decisão judicial, analisada em seu todo e em seus argumentos específicos, está mais associada a uma posição individualista do direito à saúde.

O ministro-relator termina seu voto dizendo que essa decisão judicial não servirá de precedente⁶⁹⁴ negativo ao poder público, com possibilidade de efeito multiplicador, pois, para ele, a análise de **decisões dessa natureza** deve ser feita **caso a caso**, considerando-se todos os elementos que permeiam a questão jurídica debatida. Duas observações devem ser feitas. A primeira trata sobre a força do precedente. Muito embora, para o ministro, não haveria que se preocupar, os fatos, no entanto, não corroboram essa posição. Menos de um mês após a publicação desse Agravo Regimental, o Superior Tribunal de Justiça⁶⁹⁵, responsável pela harmonização de interpretação de leis federais e dos julgados entre os Tribunais Superiores, admitiu tal decisão como precedente para a fundamentação de outra decisão, no julgamento do RMS 24.197/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a qual deu provimento de recurso, por maioria, para conceder segurança e a concessão individual do medicamento, e cujo Informativo assim foi noticiado:

Cuida-se de saber se pessoa portadora de doença crônica **tem direito líquido e certo a obter do Estado, gratuitamente, medicamentos de alto custo, quando não atende requisitos previstos no Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde.** (...) [É] consabido que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado (art. 196 da CF/1988). Porém, conforme destacou o Min. Relator [Luiz Fux], **na aplicação das normas constitucionais, a exegese deve partir dos princípios fundamentais para os setoriais, merecendo destaque a proteção à dignidade humana**, valor influente sobre todas as demais questões. Assim, **o Estado deverá propiciar aos necessitados não “qualquer tratamento”, mas o tratamento mais adequado e eficaz, capaz de ofertar ao enfermo maior dignidade e menor sofrimento.** Dessarte, entendeu o Min. Relator que, nas situações limítrofes em que há risco para a saúde humana e uma alegada ineficiência do medicamento, como na hipótese, **a resposta judicial não pode deixar a vida humana ao desabrigo, deve propender para a valorização da dignidade da vida humana.** Muito embora sejam genótipos diferentes de

⁶⁹⁴“*El precedente es una decisión de un caso que deviene patrón de autoridad para decisiones futuras. El argumento sobre la base del precedente plantea que si un precepto legal ha sido previamente objeto de una interpretación judicial que ha determinado su significación y alcances, el significado alcanzado debe en lo sucesivo ser considerado como una pauta proyectable en el futuro para la resolución de casos similares, en lo medie identidad de razón*”. PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Teoría del Derecho: enfoques y aproximaciones.** Buenos Aires, Argentina: LexisNexis, 2005, p. 166.

⁶⁹⁵SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. HEPATITE C. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À SAÚDE, À VIDA E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. LAUDO EMITIDO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). EXAMES REALIZADOS EM HOSPITAL ESTADUAL. PROTOCOLO CLÍNICO E DIRETRIZES TERAPÊUTICAS DO MINISTÉRIO DA SAÚDE (...). Brasília, DF, 04.05.2010. DJe 24.8.2010.

hepatite e haja dúvida quanto sua eficácia, [e, ainda, que não restou demonstrado a negativa de fornecimento por parte do poder público, tampouco que houve desrespeito ao prévio procedimento administrativo, de observância geral,] **a solução deve ser pró-cidadão, [“o sopesamento dos valores em jogo impede que normas burocráticas sejam erigidas como óbice à obtenção de tratamento adequado e digno por parte de cidadão hipossuficiente”⁶⁹⁶]**. No mesmo sentido, o parecer ministerial ressaltou que, embora a Portaria n. 863/2002 do Ministério da Saúde trace critérios objetivos para o fornecimento gratuito de medicamentos, não pode ela se sobrepor ao direito constitucional à saúde, sendo suficientes a comprovação de hipossuficiência e os laudos médicos indicando a urgência do tratamento. Já o Min. Hamilton Carvalhido observou que **a ação do Judiciário mostra-se como um componente do Estado democrático de direito, não podendo ficar inerte diante de fatos de interesse geral, principalmente daqueles que tocam aos direitos fundamentais.** Com essas considerações, entre outras, a Turma, ao prosseguir o julgamento, por maioria, deu provimento ao recurso para conceder a segurança⁶⁹⁷. (grifo nosso)

O que se retira da leitura da decisão do STJ é que muitos elementos do *leading case* do STF serviram aqui de parâmetro para a concessão individual de um recurso público. Entre eles: uma interpretação do artigo 196, na qual a efetividade do direito à saúde é evidenciada e a dignidade da pessoa humana é um núcleo argumentativo importante; o entendimento de que, muito embora os protocolos clínicos e as diretrizes sobre a saúde pública sejam importantes

⁶⁹⁶ Optei por transcrever o Informativo, em vez da ementa e de trechos do acórdão, porque ela sinteticamente, e de maneira fidedigna, traduz o que a decisão do STJ fundamentou. Assim, apenas com o intuito de deixar referida transcrição ainda mais completa inseri pequenos trechos da própria ementa do acórdão, que, aliás, são passagens *ipsis litteris* da decisão judicial, e isso, sem, é claro, deturpar o sentido original do Informativo, nem descontextualizar as informações inseridas do julgado. Ademais, convém ainda ressaltar alguns outros trechos da ementa: “(...) 2. Sobreleva notar, ainda, que hoje é patente a ideia de que a Constituição não é ornamental, não se resume a um museu de princípios, não é meramente um ideário; reclama efetividade real de suas normas (...). 3. Sobre o tema não dissente o **Egrégio Supremo Tribunal Federal**, consoante se colhe da recente decisão, proferida em sede de **Agravo Regimental na Suspensão de Segurança 175/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes**, julgado em 17.3.2010, **cujos fundamentos se revelam perfeitamente aplicáveis ao caso sub examine** (...). 5. Sob esse enfoque manifestou-se o Ministério Público Federal: “(...) Não se mostra razoável que a ausência de pedido administrativo, supostamente necessário à dispensação do medicamento em tela, impeça o fornecimento da droga prescrita. A morosidade do trâmite burocrático não pode sobrepor-se ao direito à vida do impetrante, cujo risco de perecimento levou à concessão da medida liminar às fls.79. 6. *In casu*, a recusa de fornecimento do medicamento pleiteado pelo impetrante, ora Recorrente, em razão de o mesmo ser portador de vírus com genótipo 3a, quando a Portaria nº 863/2002 do Ministério da Saúde, a qual institui Protocolo Clínico e Diretrizes Terapêuticas, exigir que o medicamento seja fornecido apenas para portadores de vírus hepatite C do genótipo 1, **revela-se desarrazoada**, mercê de contrariar relatório médico acostado às fl. 27. 7. Ademais, o fato de o relatório e a receita médica terem emanado de médico não credenciado pelo SUS não os invalida para fins de obtenção do medicamento prescrito na rede pública, máxime porque a enfermidade do impetrante foi identificada em outros laudos e exames médicos acostados aos autos (fls.26/33), dentre eles, o exame “pesquisa qualitativa para vírus da Hepatite C (HCV)” realizado pelo Laboratório Central do Estado, vinculado à Secretaria Estadual de Saúde do Estado do Paraná, o qual obteve o resultado “positivo para detecção do RNA do Vírus do HCV” (fl. 26)”. (grifo nosso). SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Primeira Turma. Relator: Luiz Fux. Op. cit., p.

⁶⁹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Informativo de Jurisprudência nº 0433** – Período: 3 a 7 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?livre=AgRg+na+STA+175-CE&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em 10 out. 2011.

para a Administração Pública⁶⁹⁸, não são absolutos e, portanto, poderiam ser suplantados pelas decisões judiciais, uma vez que não poderiam ser entraves para a concretização de um direito fundamental e dos princípios que o norteiam; e, ainda, a defesa de que o Judiciário é o Poder competente para solucionar essas questões distributivas e garantir o direito à saúde diante das necessidades e particulares individuais de cada caso.

Note-se que a noção de isonomia e as consequências econômicas para toda a sociedade não foram, também nessa decisão do STJ, consideradas no julgamento da ação, pois novamente o que se priorizou foi a dignidade daquele que requer a concessão do medicamento de alto custo, independentemente do custo social e da possibilidade de universalizar⁶⁹⁹ a decisão judicial. Desse modo, as conclusões judiciais do STF, reproduzidas pelo STJ em outro caso, parecem estar mais vinculadas a uma forma não-consequencialista, não-coletivista e não-igualitária de se decidir juridicamente esse direito que demanda, originalmente, opções políticas. Ou se, mesmo que não deliberadamente, a decisão do ministro-relator tornou-se, sim, um precedente, com todas as suas consequências, no ordenamento.

Por conseguinte, a segunda observação sobre o problema do precedente, mencionado pelo Ministro Gilmar Mendes, está intimamente ligada à decisão do STJ. Em ambas as

⁶⁹⁸Interessante que, em sua origem, “os protocolos são instrumentos para a aplicação racional e criteriosa do direito à saúde, em termos de acesso universal e igualitário, oferecendo uma forma científica de garantir este direito fundamental, ultrapassando o paradigma individualista que tem marcado o tema. (...) Por certo que o Poder Judiciário não necessita ficar absolutamente vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja compelido a custear medicamentos e tratamentos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e, até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros” (grifo nosso). LIMA, Ricardo S. de Freitas. Op. cit., 2008, p. 281. Ou seja, o judiciário pode estabelecer critérios distributivos, mas é aconselhável que esses critérios estejam em harmonia com a política pública, a qual foi concebida em respeito a todos.

⁶⁹⁹“Universalizabilidade” é utilizada, aqui, no sentido de aplicar para todos que estão sob uma mesma situação, ou similares, a mesma regra, diz respeito, assim, ao universo ao qual o juízo normativo será aplicado, conforme a teoria de Hare. À título de corte metodológico, antes de explicar o conceito, é importante contextualizar antes a teoria de Hare: “é uma teoria ética, o que significa que é sobre os conceitos morais (...). Não inclui nenhum conceito moral substantivo e, portanto, não propõe um conteúdo moral universal. É uma teoria que se contrapõe ao intuicionismo [por acreditar que nossas convicções morais comuns, que dão respostas corretas no nível intuitivo, não são confiáveis no nível crítico, em casos morais angustiantes]. Afirma, assim, que os significados das palavras morais são explicados em suas propriedades lógicas formais. As principais propriedades das palavras morais são duas: serem prescritivas e universalizáveis. O fato de que o sentido das palavras morais é prescritivo revela que seu uso serve para a reflexão da ação humana (...)”. FREITAS FILHO, Roberto. **Decisões jurídicas e teoria lingüística: O prescritivismo universal de Richard Hare**. In: SENADO FEDERAL. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Secretaria Especial de Editoração e Publicações, ano 45, n. 178, abr./jun. 2008, p. 21. Já a propriedade da “universalizabilidade” é aquela segundo a qual a pessoa que sinceramente assente os proferimentos prescritivos, ou seja, as normas, “deve aplicá-los, não apenas a si mesma, mas a qualquer agente que esteja em situação precisamente igual à sua. (...) [Desse modo, os termos universais] podem incluir, em particular, os desejos de todos aqueles que estejam sendo afetados, e suas relações com o agente”. HARE, Richard Mervyn. **Ética: problemas e respostas**. Trad. Mário Mascherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003, p. 8.

decisões, ficou clara a compreensão que os ministros têm sobre a julgamentos dos direitos sociais: eles devem ser decididos **caso a caso**. Afirmar, por si só, que cada caso é analisado ante suas peculiaridades, e que a decisão judicial é tomada de acordo com ele⁷⁰⁰, é um truísmo, à primeira vista. Logo, o problema que ora se visa ressaltar é o não compromisso com a coerência, por parte dos magistrados, porque, uma vez que o critério decisório tenha sido individualizado e detenha termos vagos em sua composição, abertos a diversas significações e a incorporar mudanças em seu significado, as regras estabelecidas na fundamentação da decisão permitem maior espaço decisório do intérprete-aplicador ao artigo constitucional. Esse espaço de imprecisão é um campo fértil para o arbítrio, a aleatoriedade e a irracionalidade. Nesse contexto, a falta de previsibilidade e a incoerência nos casos subsequentes podem ocorrer, porque o julgador fica sujeito a se distanciar da sua predicação feita no *leading case*, e a não mais aderir ao critério distributivo que ele mesmo estabeleceu, seja usando critérios decisórios diferentes para dois casos similares ou idênticos, seja usando um mesmo critério para duas situações distintas.

Ademais, especificamente no voto do ministro-relator, convém mencionar, por fim, que ele utilizou alguns termos excessivamente, como “audiência pública”, e não usou outros de maneira nenhuma, o que pode revelar mais aspectos da decisão. Entre eles, é curioso que nenhuma vez, ao longo de todo o voto, o ministro-relator tenha usado os termos “agravada” ou “recorrida”, que seria o normal e corriqueiro na prática judicante, para se referir tecnicamente à pessoa que requereu em juízo o medicamento e que teve que responder ao recurso da outra parte, no caso a União. Ao contrário, para se dirigir a essa parte, em nove vezes, ele utilizou os termos “paciente”, “jovem Clarice”, e o nome completo dela. Isso revela uma seletividade na terminologia utilizada na decisão, e representa um tipo de apelo persuasivo e evocativo à piedade, o qual está fortemente entrelaçado a nuances emocionais. O intuito parece ser o de criar uma ligação pessoal com a parte, estabelecer um vínculo pessoal entre o julgador e os que são afetados pela decisão. Essa observação, sozinha, parece irrisória, porque os critérios distributivos da decisão se baseiam em muitos fatores. No entanto, mais uma vez esse é um tipo de escolha na construção da decisão que impossibilita a universalizabilidade da decisão e a exigência de coerência no tratamento de casos semelhantes, pois individualiza o caso de tal forma que pode desviar a atenção da questão

⁷⁰⁰ Afinal, cada ação proposta em juízo, considerada em particular, apresenta intrinsecamente certos elementos, tais como as partes, a causa de pedir e o pedido, que a identificam, isolam e distingue das demais ações já propostas, das que venham a sê-lo ou de qualquer outra ação que jamais se possa imaginar, por mais que todas estas a ela sejam similares. CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 277.

principal, e colocar, como de fato foi feito, a coletividade em um plano absolutamente secundário⁷⁰¹.

b.1) Voto dos demais ministros.

Como mencionado anteriormente, os demais ministros, por unanimidade e nos termos do ministro-relator, também negaram provimento ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175. No entanto, como compõem a discussão em torno dos critérios decisórios sobre o direito à saúde, algumas observações sobre os votos deles parecem ser relevantes aqui.

Logo em seguida ao voto do ministro-relator, a Ministra Ellen Gracie, cujo voto não é apresentado na ata de julgamento, apresentou uma consideração sobre o reconhecimento da repercussão geral no RE 566471, fazendo uma ponderação de que, se a decisão sobre direito à saúde é caso a caso e cuida de determinada categoria geral –por exemplo, os portadores de diabetes –, o seu resultado se restringiria apenas a uma categoria homogênea passível de solução idêntica, e não serviria às mais variadas moléstias trazidas ao Judiciário; há, por parte dela, clara preocupação em ser a decisão judicial universalizável, isonômica e coerente. Apesar disso, o Ministro Gilmar Mendes responde dizendo que o processo citado foca a questão da responsabilidade solidária, de modo que a preocupação trazida por ela seria desnecessária. A ministra, novamente, insiste na dúvida dos critérios decisórios, principalmente nesse novo instrumento da repercussão geral. E o Ministro Marco Aurélio replica dizendo: “fique tranquila, Ministra, a decisão não será polivalente”. Pela leitura, há sensação de um discurso que não fica revelado nesse debate, mas que aparenta ser bastante relevante para a definição da questão⁷⁰².

Depois, o Ministro Celso de Mello teceu seu voto, o qual detém algumas peculiaridades, que convém destacar. Primeiramente, é curioso que, diferentemente do caso do ministro-relator, a audiência pública, o reconhecimento de matrizes políticas envolvidas no debate distributivo, e a reflexão sobre possível lesão à ordem, à economia, e à saúde pública, não foram tratados no voto do Ministro Celso de Mello, o que, de alguma forma, demonstra uma seletividade de argumentos na composição da decisão⁷⁰³. Por outro lado, a expressão “direito à vida” aparece oito vezes e, em todas, o que se procura ressaltar é que o direito à

⁷⁰¹WALTON, Douglas N. Op. cit., 2006, p. 113/148.

⁷⁰²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 105/106.

⁷⁰³Em paralelo, aduz Foucault, sobre a realidade do discurso: “Suponho que em toda sociedade a produção do discurso é ao mesmo tempo controlada, selecionada, organizada e redistribuída por certo número de procedimentos que têm por função conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade”. FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. Trad. Laura F. de A. Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996, p. 9.

saúde deve ser percebido como “consequência constitucional inalienável e indissociável do direito à vida”. Ademais, procura salientar que tais direitos são invioláveis, se qualificam como direitos subjetivos e fundamentais de “inegável precedência”, e demandam “respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”, pelo poder público.

Assim, o direito à saúde é compreendido como um direito de altíssimo significado social e “**irrecusável** valor constitucional”, um direito básico⁷⁰⁴ da pessoa humana, um direito público subjetivo (e como tal, argumenta ele que se traduz em um bem jurídico constitucionalmente tutelado e uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada a todos), um direito de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), um direito de índole social, um direito essencial, um direito fundamental e um direito de prestação positiva, “**cujo adimplemento** pelo poder público, **impõe e exige** prestações **positivas** concretizadoras de tais prerrogativas individuais **e/ou** coletivas” (grifo dele).

Por tais características não é de admirar que seja difícil uma discussão mais detalhada e moral do direito à saúde, pois essas classificações⁷⁰⁵, sem uma compreensão mais apurada de seus significados e origem, acabam por representar um lugar-comum (próprio, inclusive, dos manuais de direito)⁷⁰⁶, que não necessariamente vai refletir, na solução da questão, as escolhas coletivas e os valores que permeiam o direito debatido. O déficit decisório fica ressaltado, então, quando se percebem os saltos imediatos que se fazem, no voto, das afirmações genéricas de “direitos sociais”, por exemplo, para o caso particular, sem dar conta, portanto, dos critérios pelos quais o caso que está sendo julgado deve sair da fila geral do orçamento público para receber uma ordem especial do Tribunal⁷⁰⁷.

⁷⁰⁴Muito embora tenha sido considerado o direito à saúde como um ‘direito básico’, aqui não apresentou qualquer similaridade com a teoria e o modelo distributivo de John Rawls.

⁷⁰⁵“O direito é, sem dúvida, a forma por excelência do poder simbólico de nomeação que cria as coisas nomeadas e, em particular, os grupos; ele confere a estas realidades surgidas das suas operações de classificação toda a permanência, a das coisas, que uma instituição histórica é capaz de conferir a instituições históricas. (...) [Se] não há dúvida de que o direito exerce uma eficácia específica, imputável sobretudo ao trabalho de codificação, de pôr em forma e em fórmula, de neutralização e de sistematização, que os profissionais do trabalho simbólico realizam segundo as leis próprias do seu universo, também não há dúvida de que esta eficácia, definida pela oposição à inaplicação pura e simples ou à aplicação firmada no constrangimento puro, se exerce na medida e só na medida em que o direito é socialmente reconhecido e depara com um acordo, mesmo tácito e parcial, porque responde, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais”. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., 1989, p. 235/240.

⁷⁰⁶Nesse mesmo sentido, está a crítica sobre o *dogmatismo* na história jurídica tradicional, o qual “impede toda a contextualização histórica, pois as instituições ou os dogmas doutrinários aparecem como modelos necessários (e, logo, a-históricos) decorrentes da natureza das coisas ou da evidência racional. Em contrapartida, a orientação proposta [interpretação densa dos discursos, história dos dogmas e história das ideias], ao relativizar os modelos jurídicos-institucionais, convida a uma perspetivação histórica, a uma leitura no contexto da *história das formas culturais* e, naturalmente, do enraizamento destas *em contextos práticos*”. HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Portugal: Forum da História, 2003, p. 65.

⁷⁰⁷LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 254.

Logo, essas classificações associadas ao direito à saúde, sem mais explicações, podem se revelar como estratégias discursivas e processuais⁷⁰⁸, entre elas: descontextualizar o conceito de direito à saúde, previsto no artigo 196, de sua origem na ideologia sanitária; negar a compreensão moral desse direito em relação à sociedade como um todo; e dar-lhe um sentido mais contemporâneo, afirmando que, por ele ser um direito social fundamental, representa outra coisa, tem uma essência diferente, pelo qual o direito à saúde seria um “indissociável consectário” do direito à vida, “que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta”, e uma obrigação prestacional imposta ao Estado, associando-o, assim, à forte tendência individualista ao direito à saúde.

Nesse sentido, aponta o ministro que o artigo 196 detém um caráter programático, e desse modo, a partir da transcrição de outra decisão, destaca que: “**a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente**”⁷⁰⁹ (grifado e sublinhado por ele). Com “promessa constitucional inconsequente”, o ministro está pensando no dever do Estado, presente no artigo 196, de preservar a saúde. Afirma ele que esse dever deve ser satisfeito, “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 Constituição ⁷¹⁰(grifo dele). Contraditoriamente, ao mesmo tempo em que ele ressalta que o artigo constitucional assegura, “**a todos**, a proteção da saúde”, e que esse dever de prestação positiva só será “cumprido, **pelas instâncias governamentais, quando estas** adotarem providências destinadas a promover, **em plenitude, a satisfação efetiva** da determinação **ordenada** pelo texto constitucional” (grifos dele). Ele propõe que essa regra constitucional, ademais, não permitiria que, em torno de sua efetiva realização, o poder público dispusesse de amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, “**e de cujo exercício** possa resultar, para paradoxalmente, **com base em simples alegação** de mera conveniência **e/ou** oportunidade, **a nulificação mesma** dessa prerrogativa essencial”⁷¹¹ (grifos dele).

O que se segue é que, ao tratar do artigo 196 e não se debruçar sobre a análise dos conceitos de integralidade, universalidade e igualdade que fundamentam o referido artigo, fica complicado compreender, em grau mais profundo, os limites do instrumento garantidor da prestação (políticas públicas) e as reais funções do sujeito devedor. A propósito, das

⁷⁰⁸ABREU, Luiz Eduardo. **Tradição, direito e política**. p. 11. Texto no prelo.

⁷⁰⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 117.

⁷¹⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 117.

⁷¹¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 114.

raríssimas vezes em que trata sobre a noção ‘coletividade’, não é para demonstrar como o conceito de direito à saúde é interpretado e efetivado em torno da percepção do outro e da sociedade como um todo, mas tão somente para evidenciar o dever do Estado em proteger a saúde das pessoas, sob a compreensão da noção de reserva do possível e de mínimo existencial.

Nesse contexto, o ministro fornece e trata de algumas circunstâncias antes de estabelecer o critério decisório e a decisão, propriamente dita, do caso. Em primeiro plano, como condição de julgamento, argumenta que, apesar da dependência inescapável do direito à saúde ao vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, apenas se comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômica-financeira da pessoa estatal, é que não se poderá razoavelmente exigir desta a imediata efetivação do comando constitucional. Entretanto, ressaltou o ministro que não se mostrará lícito ao poder público, mesmo em tal hipótese, criar obstáculos artificiais que revelem – a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou política-administrativa – “o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar, e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, **em favor da** pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência”⁷¹² (grifos dele). De modo que a cláusula da “reserva do possível” não poderia ser invocada pelo Estado com a finalidade de exonerar-se, “dolosamente”, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, principalmente quando dessa conduta “**resultar** nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade”⁷¹³ (grifo dele).

Há alguns problemas nessa condição; entre elas, a presunção de que o Estado está de má-fé, caso não comprove objetivamente todas as suas contas públicas que justifiquem a não concessão do medicamento, por exemplo. Além disso, como ele considera a responsabilidade de forma solidária, então, seria apresentar as verbas públicas e toda a sua destinação orçamentária dos três entes federativos: União, Estado e Município. O orçamento, nesse sentido, é mal compreendido na decisão, pois é considerado como se fosse apenas uma peça indicativa de como a verba pública pode ser usada, e manejada ao sabor das circunstâncias – como se pudesse ser cambiável entre diversas rubricas, não é entendido, portanto, como a decisão mandatória que é, acordada entre o poder executivo e o legislativo, e que está no campo da necessidade (o orçamento é como é), não da contingência (visão de que o

⁷¹²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 113.

⁷¹³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 114.

orçamento poderia ser de outra forma)⁷¹⁴. Além disso, mostra uma não compreensão da formulação da política pública e um desrespeito com as decisões políticas tomadas pela Administração Pública, que afere a viabilidade econômica e social para determinado medicamento fazer parte, ou não, das listas de concessão pública.

Em segundo plano, o ministro considera que o descumprimento dos encargos políticos-jurídicos obrigatórios, pelos órgãos estatais competentes, e o consequente desrespeito à Constituição e à eficácia e à integralidade dos direitos individuais e/ou coletivos, advêm de modalidades de comportamentos inconstitucionais do poder público: por omissão, mediante a inércia governamental (total, quando nenhuma providência é tomada, e parcial, quando a medida efetivada é insuficiente)⁷¹⁵. A partir disso, e perante a dimensão política da jurisdição outorgada à Corte, o STF não poderia, então, demitir-se do “gravíssimo encargo **de tornar efetivos** os direitos econômicos, sociais e culturais”, e da sua incumbência, ainda que excepcional, de fazer implementar políticas públicas fundadas na Constituição, pois desse “comportamento afirmativo do judiciário” resultaria “uma positiva criação jurisprudencial do

⁷¹⁴Nesse sentido, Freitas Filho precisamente pontua: “Quando o decisor fala sobre o dever do Estado de mostrar a impossibilidade material, ele pode estar dizendo duas coisas: 1. O Estado estabelece, via orçamento, a aplicação de uma verba em determinada rubrica, no caso a saúde, e mesmo havendo dinheiro para aquela rubrica ele nega a prestação, seja um tratamento, seja um remédio, etc. 2. O Estado tem verba no orçamento para uma outra rubrica qualquer que não a saúde, e o julgador acha que essa verba é passível de destinação para outra que não a rubrica original. Essa segunda posição é que é complicada politicamente, posto que ele, judiciário, lida com o orçamento como se não fosse o resultado de uma discussão política previamente realizada no executivo e no legislativo. **Ele, judiciário, trabalha, assim, com o orçamento como se ele não fosse um dado (algo como que ele objetivamente tem de tratar), mas sim como se fosse um objeto contingente (não necessário), que pudesse ser modificado a todo momento por um juízo jurídico pós-político** (uso o termo “político” no seu sentido próprio, indicando aqui a discussão nas instâncias próprias em que a luta ideológica é realizada – parlamento e executivo). Esse argumento judicial aparece não raro na forma seguinte: - Se há dinheiro para propaganda política, como não há dinheiro para a saúde? Dinheiro há, mas ele é mal empregado. O problema aí é a assunção pelo judiciário de uma posição de quem toma uma decisão política (no sentido próprio do termo) sem que ele tenha qualquer compromisso de responsabilidade com o que venha a acontecer depois, faltando-lhe accountability. Isso, na prática, inviabiliza o orçamento, um dos pilares do planejamento governamental. Quatro são as consequências desastrosas disso, na minha opinião: 1. Ao introduzir irracionalidade de alocação de recursos, torna o orçamento ineficiente economicamente. 2. **Ao introduzir uma regra destinada a um ou poucos destinatários do serviço de saúde, compromete a isonomia e por consequência a justiça na aplicação de recursos.** 3. Se substitui às instâncias adequadas (pelo menos no desenho institucional atual da organização do Estado) à tomada de decisão política, o que compromete o funcionamento adequado das instituições. 4. Sinaliza para o gestor a ser responsabilizado pelo eventual descumprimento da determinação um comportamento defensivo na utilização dos recursos, gerando o conhecido caso dos secretários de saúde que deixam recursos “esperando” para serem utilizados por determinação judicial para que não venham a ser ameaçados de prisão. Esses recursos podem ser financeiros ou materiais, como vagas em UTI ou medicamentos” (grifo nosso). FREITAS FILHO, Roberto. **Seminário: Racionalidade das decisões do STF em decisões relativas às políticas públicas de natureza prestacional, à luz do prescritivismo universal de Richard Hare.** Rio Grande do Sul: UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS, 31 de out. 2011.

⁷¹⁵Completa o ministro: “**O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas** as imposições constitucionais **traduz inaceitável gesto de desprezo** pela Constituição **e configura** comportamento que revela **um incompreensível** sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor **e** pelo alto significado **de que se reveste** a Constituição da República” (grifos dele). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 111/ 125

direito em questão”. Conclui o ministro, diferentemente do ministro-relator, por uma expressa defesa da intervenção judicial, a qual se justifica e se torna plenamente legítima, sem qualquer ofensa ao postulado da separação de poderes:

sempre que se impuser, nesse processo de ponderação de interesses e valores em conflito, **a necessidade** de fazer prevalecer a decisão política fundamental que o legislador constituinte **adotou** em tema de respeito e de proteção ao direito à saúde. (...) ⁷¹⁶
 [A] relação dilemática, que se instaura na presente causa, **conduz** os Juízes **deste** Supremo Tribunal **a proferir decisão que se projeta** no contexto **das denominadas** “*escolhas trágicas*”, (...) **que nada mais exprimem senão** o estado de tensão dialética **entre** a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde **em favor das pessoas**, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, **sempre** tão dramaticamente escassos, de outro. **Mas**, como **precedentemente** acentuado, a missão institucional desta Suprema Corte, **como guardiã da superioridade da Constituição** da Republica, **impõe**, aos seus Juízes, **o compromisso de fazer prevalecer** os direitos fundamentais da pessoa, **dentre os quais** avultem, por sua **inegável** precedência, **o direito à vida e o direito à saúde** ⁷¹⁷ (grifos dele).

É possível observar, a partir desse trecho citado: que há um reforço, na decisão, do papel do judiciário como um herói⁷¹⁸; que mais uma vez o processo de formulação e implementação da política pública de saúde é desconsiderado; e que problema da não concessão de medicamento é simplificado como pura inércia estatal, ou arbitrária recusa

⁷¹⁶Frisa ele: “o Supremo Tribunal Federal, **ao suprir as omissões inconstitucionais** dos órgãos estatais **e ao** adotar medidas que objetivam restaurar a Constituição violada **pela inércia** dos Poderes do Estado, **nada mais faz** senão cumprir a sua missão institucional **e demonstrar**, com esse gesto, o respeito incondicional que tem **pela autoridade** da Lei Fundamental da República” (grifos dele).

⁷¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 116.

⁷¹⁸“O herói é alguém que realiza um feito grandioso ou um esforço extraordinário. No ato heroico, em muitos casos, desprezam-se os acontecimentos consequentes; o que quer que aconteça como efeito colateral do ato heroico é secundário, valendo como justificação para a ação algum valor inspirador como a justiça, a correção, a salvação etc. (...) Pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), sobre o perfil dos magistrados, indicou que a autocompreensão dos julgadores em relação à sua missão profissional é de que eles são agentes de transformação social. Aparentemente eles têm em mente algo na linha de que o Judiciário é o último bastião da defesa da ordem constitucional e dos direitos individuais. Assim compreendida, a função social do juiz é, em alguma medida, a do herói salvador que se oferece em sacrifício contra o mal que o cerca. No caso das políticas públicas prestacionais, essa ideia é visível nas fundamentações de algumas decisões. “Se eu não salvar o autor da ação, ele morre”, diz o decisor. Há dois enfoques para esse problema. Um primeiro diz respeito ao aspecto prescritivo, ou seja, como devem os juízes se conduzir ao decidir esse tipo de conflito jurídico. O outro é de natureza política, sociológica e psicológica. Assumindo possivelmente que, se o juiz não conceder o que pleiteia, o autor da ação, ele morrerá, é esse um motivo suficiente e justificável para que o juiz determine que o Executivo entregue um medicamento fora da lista daqueles previstos para serem entregues aos usuários do sistema de saúde? Dito de outra forma, ao juiz é dado o direito de agir como herói? A posição heroica tradicionalmente tem relação com o autossacrifício; mas, no caso do juiz, o sacrifício é imposto a outrem, àqueles outros usuários do sistema. O dito popular que expressa essa forma de agir é “pedir esmola com o chapéu alheio”. As intenções podem ser as melhores, mas pode o juiz, a pretexto de resolver o problema que se lhe apresenta para solução, desconsiderar as consequências imediatas da decisão para a coletividade? Quem ainda não se deparou com o “juiz Robin Hood”, aquele que acredita estar “tirando dos ricos para dar aos pobres”? O “juiz Robin Hood” presume que o administrador não é sério nem honesto, e que as verbas orçamentárias são desviadas e/ou muito mal utilizadas. (...) E, para corrigir esse problema, esse tipo ideal de juiz irá transformar-se no herói que escolherá no que deve ser aplicado o orçamento público”. FREITAS FILHO, Roberto. et. al. Op. cit., 2011, p. 178-180.

governamental. Sob esse contexto, o Judiciário estaria, então, autorizado a rever a discricionariedade administrativa e a efetivar o direito à saúde previsto no artigo constitucional. É interessante o ministro falar, ainda, em vontade do legislador⁷¹⁹, quando, na verdade, em momento nenhum, ele esclareceu como o artigo 196 foi pensado pela Reforma Sanitária, tampouco a carga moral e ideológica sob a qual ele foi concebido.

Na última parte da citação, já há também indícios do critério decisório que o ministro propôs, e a partir do qual se justificou a concessão do medicamento à agravada. O critério utilizado foi: entre **proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde** – que se qualifica como direito subjetivo inalienável –, **ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental**, um interesse, para ele, **secundário** e financeiro do Estado, o ministro expressamente decide que, diante desse dilema, por razões de ordem ético-jurídica (sem, é claro, discorrer sobre o que e quais seriam tais razões), é imposto, ao julgador, **uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana**⁷²⁰. Para tanto, salienta, por meio de outra jurisprudência, que: se reconhece judicialmente a validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos essenciais à preservação da vida e/ou da saúde, das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade, e o que geraria um dever constitucional que o Estado não pode deixar de cumprir, com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos da Constituição que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. Ou seja, esse critério, baseado claramente em afirmações genéricas e não situacionais, não induz a uma regra, ou, pelo menos, não configura um parâmetro isonômico e distributivo.

Há, nesse caso, uma reprodução, ainda que inconsciente, do chamado “princípio do resgate”, conforme combatido na teoria de Dworkin, no qual a saúde e a vida são vistos como bens tão importantes que todo o resto deve ser sacrificado em prol deles. É claro que, assim como os autores do liberalismo igualitário e do comunitarismo, esse princípio é, em

⁷¹⁹É importante ressaltar, nessa questão, que “do mesmo modo que o verdadeiro responsável pela aplicação do direito não é este ou aquele magistrado singular, mas todo o conjunto de agentes, (...) assim também o verdadeiro legislador não é o redactor da lei mas sim o conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e os constrangimentos específicos associados às suas posições em campos diferentes (campo jurídico, e também campo religioso, campo político, etc.) elaboram aspirações ou reivindicações privadas e oficiosas, as fazem aceder ao estado de <<problemas sociais>>, organizam as expressões (artigos de imprensa, obras, plataformas de associações ou de partidos, etc.) e as pressões (manifestações, petições, diligências etc.) destinadas a <<fazê-las avançar>>. É todo esse trabalho de construção e de formulação das representações que o trabalho jurídico consagra, juntando-lhe o efeito de generalização e de universalização contido na técnica jurídica e nos meios de coerção cuja mobilização permite”. BOURDIEU, Pierre. Op. cit., 1989, p. 247/248.

⁷²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 115/116.

unanimidade, inviável. Da mesma maneira que a esfera de saúde, em especial o SUS, foi construída, a decisão deve aceitar limites na cobertura universal.

Assim, norteado por esse critério decisório que coloca a Administração Pública, como se infiel à “consciência constitucional” fosse, e como se tivesse um comportamento desviante ao negar a concessão pública de fármacos, aponta o ministro que o direito à saúde deve prevalecer e o pleito individual ser satisfeito de forma eficaz (qualquer que seja o conceito de eficácia para ele). Portanto, decidiu, no caso, pela concessão do medicamento, negando provimento ao recurso de agravo interposto pela União Federal. Para justificar, ele refere-se, de resto, ao princípio da proibição do retrocesso, o qual – “consoante autorizado magistério doutrinário” (GILMAR FERREIRA MENDES, et. al.) – proíbe o retrocesso em matéria social, impedindo, em consequência, que uma vez atingida a concretização do direito à saúde, venha a ser reduzida ou suprimida, exceto nas hipóteses em que políticas compensatórias venham a ser implementadas.

Por fim, curioso é que todo o voto está marcado pela reprodução de precedentes⁷²¹. O ministro utiliza os fundamentos de outras decisões, sem, para tanto, esclarecer se todos os casos decididos eram semelhantes a esse *leading case* – isto é, não há demonstração dos critérios decisórios desses precedentes, apenas a reprodução de argumentos como reforço argumentativo. Além do mais, o que se observa é que o ministro citou argumentos de sete processos diferentes⁷²² e, em cinco deles, muito embora ele tenha sido o relator e o pleno tenha acolhido suas considerações sobre os casos, para salientar a fundamentação desses precedentes nessa decisão, ele afirma serem as decisões, em sua maioria, não posições pessoais suas, mas uma posição que o Supremo tem reiteradamente decidido. O ministro lista ainda, *en passant*, 25 processos diferentes dos quais ele foi relator, com menção às doenças específicas tratadas neles (entre elas, **nenhuma** similar ou idêntica à doença neurodegenerativa em foco aqui), e cuja síntese extraída dos julgamentos, salienta ele, é a de que o direito à saúde é indissociável ao direito à vida e, portanto, ante a omissão governamental de conferir efetividade a direitos essenciais, o STF deu-lhes concreção e

⁷²¹Importante ressaltar que o chamado ‘argumento de autoridade’ também pode estar caracterizado na remissão às jurisprudências, afinal, o seu significado permanece o mesmo. “*El argumento de autoridad, o ad exemplo, propone mantener la atribución de significado a un texto normativo sugerido por autoridades reconocidas (...). Sugiere la primacía de una interpretación “oficial”, a la que asiste la fuerza argumentativa de interpretaciones precedentes afianzadas en la doctrina y la práctica judicial. Reconoce un parentesco claro con la argumentación apoyada en precedentes y tiene fuerza, sobre todo, en sistemas jurídicos en los que la jurisprudencia y las doctrina son discutidas como fuentes del derecho.*” PUCEIRO, Enrique Zuleta. Op. cit., 2005, p.182.

⁷²²ADPF nº 45, RE 164/158-161, RE 183/818-819, RE 393.175 – AgR/RS, Pet. 1-246/SC, RTJ 199/1219-1220, e RTJ 175/1212-1213. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 120/121.

viabilizou “o acesso das pessoas à plena fruição de direitos fundamentais, cuja realização prática lhes estava sendo negada, injustamente, por arbitrária abstenção do Poder Público”. Em outras palavras, concedeu o medicamento em todas as vezes que foi requerido.

Posteriormente, os ministros Eros Grau e Marco Aurélio seguiram o relator. O primeiro ministro ressaltou a alta qualidade do voto do ministro-relator e afirmou que a questão da implementação de políticas públicas e da separação de poderes têm sido tema de teses, artigos e **revistas jurídicas em quadrinhos**, e, conclui que continua a ser “um velho “hegeliano”, entendendo que o poder é uno e, quando ele se divide, ele deixa de ser poder”. Já o segundo ministro reafirma o critério decisório proposto pelo ministro-relator, observando que a necessidade individual daqueles que estão a precisar de remédios, e que não podem aguardar o desfecho da ação intentada, como o caso em questão, deve ser priorizada ao aspecto ligado ao erário fiscalista⁷²³.

O Ministro Ayres Britto também seguiu o relator, pontuando que o voto do ministro-relator “vai ficar como um divisor de águas nas decisões da Corte sobre a matéria”, porque assentou que a decisão judicial é necessariamente contextual, empírica, e que exige juízo de ponderação e razoabilidade. E, porque no voto-relator a saúde foi tratada como um direito público subjetivo, um direito fundamental, e sugeriu que “o problema não é do demandante das ações dos serviços de saúde, mas do Poder Público, que, muitas vezes, não entende, não sabe como acudir a essa demanda, dividindo os respectivos custos”⁷²⁴.

Esses são apenas alguns dos muitos argumentos trazidos pelos ministros em torno de todo o debate sobre a decisão do caso concreto. Apontei-os, tentando ser o mais fidedigna na descrição e o mais cuidadosa com a interpretação, os argumentos e as categorias de sentido que mais foram trazidas e/ou mais relevância tiveram na construção do julgado.

*c) Algumas considerações sobre a decisão judicial*⁷²⁵.

Para este trabalho, o principal não é saber se o STF concede ou não medicamentos ou tratamentos médicos pleiteados em juízo, e sim analisar como as decisões são tomadas e se elas levam em consideração uma reflexão sobre igualdade, justiça distributiva, bem comum e custo social dos direitos. Nesse sentido, trata-se de uma questão de importância prática

⁷²³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 134/137.

⁷²⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. AgRg. na STA nº 175. Op. cit., p. 135/136.

⁷²⁵Neste item o objetivo é desenvolver as categorias trabalhadas na explicação sobre as teorias da filosofia política, a partir dos pontos levantados no acórdão do STF, visando, essencialmente, os problemas da decisão judicial em casos de conflitos distributivos. Para tanto, ainda que as mediações com as teorias do liberalismo igualitário e do comunitarismo pareçam menos evidentes, ressalto que elas existirão, mas agora sob a análise dos critérios de decisão e da justiça distributiva. Muitos autores poderiam ser utilizados como base para essa reflexão, como Aristóteles, Tomás de Aquino, John Finnis, Luis Fernando Barzotto, etc., mas preferi utilizar preponderantemente as reflexões do José Reinaldo, porque tocam sobremaneira a realidade brasileira e estão bastante avançadas nessas questões.

fundamental saber quais critérios morais e distributivos os juízes utilizam para julgar casos que envolvem decisões políticas, como o direito à saúde. Em outras palavras, as escolhas políticas precisam ser discutidas, assim como a definição de quais valores que agregam a sociedade devem ser priorizados, pois o foco, aqui, é a possibilidade de discussão crítica dentro de um ambiente democrático. Dessa maneira, mesmo que a decisão seja resultado de um ato de vontade subjetivo do juiz, admite-se aqui a possibilidade de haver um critério decisório que permita o controle crítico das decisões judiciais, até porque o direito conforma a realidade baseado na ideia de consenso e de estabilização de perspectivas mútuas⁷²⁶.

Assim, primeiramente, observo que, para fins deste trabalho, não é justificável, nem adequado, que uma decisão judicial se afaste da origem histórico-teórica da norma, tal como se pôde verificar na decisão analisada. Isso porque, se o judiciário vai interpretar e amoldar conteúdo ao direito à saúde, tem de fazê-lo sob um compromisso de coerência com a origem do conceito, ou melhor, em conformidade com a história⁷²⁷ ou, como defende Dworkin, com a integridade⁷²⁸. Esse olhar hermenêutico histórico, que busca significado do texto, inclusive na

⁷²⁶ Afinal, o Direito “é uma evolução consciente ou intencionada, pois a expressão da moralidade costumeira será falsa se a mente do juiz não estiver voltada para a realização da finalidade moral e de sua materialização em formas jurídicas. (...) Os critérios ou padrões de utilidade e moral serão encontrados pelo juiz na vida em comunidade. CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 76.

⁷²⁷ Apenas a título de recorte metodológico, não estou afirmando que identificar os primeiros debates legislativos do dispositivo constitucional, e os estados de espírito dos constituintes na época, significa esgotar a Constituição que temos, mas, ao contrário, a proposta é que sua plena compreensão como fato político e aplicação no presente caso, só é possível caso os critérios distributivos e morais, que foram decididos enquanto projeto coletivo (“*la decisión legislativa es casi por definición siempre colectiva*”) e assegurados em determinado dispositivo constitucional, não sejam omitidos em sede de decisão judicial, pois, a despeito da tecnicidade flexível do texto, são esses amálgamas que ainda vigoram enquanto valores na nossa sociedade. Neste sentido, “*los argumentos históricos tienen una significación creciente en la argumentación jurídica. Su importancia obedece a la conciencia cada vez mayor de la importancia de las tradiciones jurídicas y la superación de la visión del positivismo del derecho como una estructura dada. (...) [Hay] importancia creciente en identificar la lógica subyacente a las manifestaciones históricas y sociales de las diversas fuentes del derecho. (...) El llamado argumento histórico reposa en la presunción de que (...) un precepto debe ser interpretado de manera tal que su aplicación a casos concretos sea compatible con esa comprensión evolutiva de su punto de vista, propósito o sentido de justicia*”. PUCEIRO, Enrique Zuleta. Op. cit., 2005, p.162/163.

⁷²⁸ Ronald Dworkin critica a ideia, defendida por alguns, de que não é possível predicar racionalmente critérios de justiça de que os magistrados pudessem se valer para decidir casos difíceis – como Kelsen, para quem pensar sobre a correção e os critérios de decisão do juiz seria uma questão subjetiva, de difícil controle. Logo, na falta de uma alternativa que seja própria da teoria positivista, Dworkin desloca esse problema para o âmbito dos princípios, defendendo que a integridade, como um fim (não um meio manipulável), uma ideia reguladora (que guia a comunidade de princípios entre tantos caminhos), seria a solução para essa procura por critérios, pois, como uma atitude hermenêutica que é (que não se esgota no juiz), busca sentido e coerência na legislação, nas decisões anteriores (ideia de continuidade e de “romance em cadeia”), no sistema de princípios, na tradição, e na história, os quais lastreiam uma determinada sociedade. Só, assim, seria possível definir o que seria uma melhor interpretação, uma decisão mais correta. Desse modo, a integridade seria uma virtude política (que exige ainda princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo), a partir da qual todos os membros da sociedade dialogariam. Aliás, entendendo que a interpretação representa para cada intérprete um delicado equilíbrio entre diferentes convicções políticas, para expor a complexa estrutura da interpretação jurídica, o autor se vale de um exercício metodológico: o juiz imaginário Hércules, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita a o direito como integridade. DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 200, 273, 275, 287. A título de corte

semântica do “não dito”, combina elementos que se realizam temporalmente no presente⁷²⁹, mas que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro⁷³⁰.

Desse modo, como se mostrou no acórdão analisado, até pode ocorrer de, no mundo dos fatos, uma decisão se afastar da construção histórica do dispositivo, mas, prescritivamente, o ideal é, como parte importante do critério decisório, que sua reflexão básica sobre o sentido do direito à saúde compreenda o ponto de partida⁷³¹ estabelecido sobre o artigo 196, pelo constituinte. A importância dessa interpretação sobre o artigo constitucional está na definição de conceitos afetos ao direito à saúde e que, simultaneamente, estão conectados com a própria formação constitucional do SUS, como é a noção de integralidade. Além disso, essa forma de interpretar ressalta um constructo, cuja história revela, menos as intenções e convicções pessoais dos seus autores⁷³², e mais o peso dos conceitos do passado sobre seus usos no presente, os quais perduram no tempo e resistem ao processo de contínuas leituras⁷³³, por representarem, afinal, valores estruturais⁷³⁴ da sociedade, como, no direito à saúde, a preocupação com a justa distribuição e acesso coletivo de bens comuns básicos.

metodológico, não assumo necessariamente a definição de critérios, baseada nos princípios e na integridade, de Dworkin, apenas a descrevo aqui, dada à pertinência com a questão histórica que ora se levanta.

⁷²⁹RICOEUR, Paul. **Teoria da Interpretação: o discurso e o excesso de significação**. Trad. Artur Morão. Portugal: Edições 70, [s.d.], p. 13-35.

⁷³⁰“O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo (...) interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.” DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 271.

⁷³¹“Pré-compreensão, de um lado, e regras constitutivas, de outro, podem ser tratados como *pontos de partida*. Esses pontos de partida são também chamados *princípios*: cada atividade está determinada por princípios. Daí por que, na expressão aristotélica, os princípios dão evidentes e é deles que se parte para continuar a raciocinar em certas ciências”. Os pontos de partida, desse modo, dão uma unidade de inteligibilidade, um sentido à prática social, ao ordenamento. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2010, p. 323. Quando se diz que os ministros, assim como os árbitros de um jogo só podem compreendê-lo a partir das regras, só podem entender o direito à saúde a partir da pré-compreensão que orientou a construção do dispositivo constitucional, é dizer que eles devem se atentar ao fato de que, no jogo de distribuição, o artigo 196 é a própria regra constitutiva. Nesse sentido, a definição do direito à saúde está na esfera dos princípios, dos pontos de partida, e trata-se mais de criar um campo do que descrever uma coisa. “Criar um campo, digo, porque a definição deverá relacionar-se com instituições de aplicação do direito (quadros e aparelhos de poder e de Estado), com práticas não exclusivamente jurídicas (a cultura em geral), e fomentar ou permitir uma certa gramática das regras e dos “institutos jurídicos””. _____. Op. cit., 2004, p. 32.

⁷³²Ademais, “*existe una diferencia importante entre ele argumento psicológico y el histórico-evolutivo. Indica Ezquiaga Ganuzas que mientras el psicológico intenta reconstruir la voluntad de las personas, que física e históricamente elaboraron el precepto interpretado, el argumento histórico tiende a identificar en el texto interpretado el significado más acorde con la forma en que los diversos legisladores a lo largo del tiempo han regulado la institución objeto de la cuestión interpretativa. (...) Refiere así los valores, la estructura de la Administración y el Estado, la redacción del precepto, los criterios expuestos en la deliberación legislativa o dominantes en la doctrina de su tiempo e incluso la evolución tecnológica experimentada por la materia objeto de la regulación interpretada*”. PUCEIRO, Enrique Zuleta. Op. cit., 2005, p. 164.

⁷³³HESPANHA, António Manuel. Op. cit., 2003, p. 29.

Logo, a atividade interpretativa é mal sucedida quando deixa sem explicação, ou explica de forma vaga e ambígua, algum importante aspecto estrutural do texto, como, no caso, o próprio conceito de direito à saúde. O critério decisório usado pelo STF não leva em consideração o direito à saúde enquanto um direito que foi construído sobre a noção histórica e coletiva⁷³⁵ de igualdade, universalidade e integralidade, e, portanto, que não poderia ser fruído individualmente, a qualquer custo social e econômico, e a despeito de todos. Nesse sentido, o que se pode depreender é que a percepção judicial do direito à saúde, pelos ministros, é frágil, porque não discute, de fato, os valores e as intenções ideológicas que o fundamentam, e tampouco demonstra o propósito ou fim em torno dele, sobre o qual se deve proceder a interpretação.

Em geral, o STF caracteriza o direito à saúde como um direito subjetivo – considerado um direito de ação absoluto e ilimitado do indivíduo contra o Estado e as demais pessoas, e justificado, em síntese, por um interesse pessoal emergencial. O que se deve compreender é que o direito subjetivo foi concebido como um interesse protegido⁷³⁶; é um direito não recíproco que garante a esfera individual, e está diretamente relacionado com o direito de propriedade, de liberdade, e com o individualismo jurídico. O direito subjetivo, por excelência, funciona quando se trata de duas partes identificadas, isto é, baseia-se nas relações de **trocas individuais**, e, essencialmente, sobre conflitos de **retribuição ou reparação (indenização) de bem divisível**⁷³⁷ – relações bipolares nas quais a disputa é sobre um bem que não pode pertencer simultaneamente a dois indivíduos –, cujo remédio judicial (conflitos resolvidos por adjudicação – decisão judicial – ou arbitragem) é mais tradicional, assim como

⁷³⁴“Cada um dos direitos tem essas premissas implícitas [do sistema]; Hoje alguns vêm chamando de presunções de fundo [– “McCormick fala de *background assumptions*, outros referem-se a uma *general framework*, uma moldura geral”]. O que seriam essas presunções de fundo? Arrisco-me a dizer que são os sentidos de valores básicos de um dado ordenamento. (...) São pontos de partida não discutidos e não explicitamente revelados, embora indispensáveis e logicamente necessários [, porque estão já no entendimento de todos]. (...) Poderia dizer que também há premissas implícitas em cada uma das culturas sociais sincronicamente consideradas, e são essas premissas que fazem os diversos sistemas jurídicos todos diferentes”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2010, p. 88. Ressalto, mais uma vez, que o problema aqui não se trata apenas de mudança de interpretação do artigo 196, entre o período constituinte e o momento atual, e sim, o fato de que as decisões não interpretam e contextualizam o artigo 196 frente a essas premissas estruturais, sob tempo algum.

⁷³⁵ Digo coletiva, porque, mesmo para as teorias liberais igualitárias, que detém seu núcleo de sentido no indivíduo, há o reconhecimento da dimensão coletiva do direito à saúde.

⁷³⁶ Ou seja, “aquilo que caísse sob o domínio do particular, aquilo que era individualizado e, portanto, já havia sido distribuído”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 283. “No caso do direito subjetivo absoluto ou fundamental há uma disjunção entre o seu direito (respeitado por todos) e o seu dever de respeitar igualmente todos os outros” (p.155)

⁷³⁷LIMA, Ricardo S. de Freitas. Op. cit., p. 275.

a postura do Judiciário em relação a esse direito (de instituição desenhada para dirimir conflitos bilaterais sobre fatos precisos e passados)⁷³⁸.

O fator que mais interessa aqui é que esse direito subjetivo, no âmbito da justiça como virtude, utiliza instrumentos de **justiça particular comutativa (ou retributiva)**⁷³⁹, na qual a distribuição é igual apenas entre indivíduos envolvidos nas trocas de bens ou mercadorias, e a qual dirige os chamados "jogos de soma zero", isto é, aqueles em que o resultado pertence integralmente a um vencedor, e a decisão tem, primordialmente, um caráter binário (lícito-ilícito; concessão do medicamento-não concessão)⁷⁴⁰, ou seja, tendem a decretar ordens cujo cumprimento é na forma tudo ou nada, e que avaliam, em suma, duas alternativas apenas. Dessa forma, os direitos subjetivos afirmam-se independentemente dos deveres particulares, o que geraria uma desvinculação entre benefícios e ônus, e, assim, um caráter de potencial irresponsabilidade. A consequência é perversa: o sujeito de um direito subjetivo fundamental pode exercê-lo *contra mundum*, sem que, para tanto, seu direito esteja condicionado ao alcance social de seu exercício; nesse compasso, a solução judicial dos conflitos vai se deslocando da sua essência coletiva para uma forma de justiça privada⁷⁴¹.

Já os direitos sociais, como o direito à saúde, são compreendidos como direitos de distribuição, direitos a participar de algo comum, e, quando comparados com os direitos subjetivos, diferem em natureza, utilizam remédios distintos, e pedem mediação e negociação. Em outras palavras, eles foram concebidos como interesses não-protetidos⁷⁴² e para **não** serem fruíveis ou exequíveis individualmente⁷⁴³, pois de regra, se realizam pela provisão e

⁷³⁸LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Faria (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994, p.128.

⁷³⁹Essa terminologia advém de uma divisão sobre a justiça feita por São Tomás de Aquino, e retomada por José Reinaldo na análise sobre direitos subjetivos. Basicamente, a justiça, nesse sentido, é tida como a vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu. Haveria uma distinção entre uma justiça geral, cujo objeto é garantir as condições de possibilidade da vida em comum (o bem comum), e uma justiça particular, que pode ser, ainda, distributiva ou comutativa. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 1994, p. 140. "A distribuição distingue-se da troca. A justiça das trocas diz-se justiça comutativa, ou retributiva ou corretiva. Comutar é trocar, retribuir é devolver e corrigir é restaurar ao estado certo (e anterior). Logo, pode-se dizer que há regras para as trocas, há regras para a retribuição e para a correção. Em geral a troca tem regras estabelecidas para relações bilaterais". LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 144.

⁷⁴⁰"Na antiga teoria contratual falava-se de contratos separatórios, cujo maior exemplo era a compra e venda. Nele (...) as partes trocam a coisa pelo preço e cada um sai com aquilo que é o contrário do que o outro queria. O resultado da interação é zero: um ficou com a coisa, outro ficou com o preço". LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 145.

⁷⁴¹LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p.156.

⁷⁴²"Aquilo que dizia respeito ao bem-estar geral, à prosperidade da sociedade, aos interesses sociais, o que estava por distribuir". LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 283.

⁷⁴³"Não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos". LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 129. "Para dizer que os direitos sociais não têm exigibilidade seria preciso classificá-los como direitos derivados da justiça universal,

partilha dos bens comuns ou de bens escassos⁷⁴⁴, e têm sua eficácia dependente da atuação concreta do Executivo e do Legislativo, por possuírem o caráter de generalidade e publicidade, e não simplesmente de uma possibilidade de agir em juízo. Em termos contemporâneos a **justiça particular distributiva**⁷⁴⁵, a partir da qual esses direitos são entendidos, dirige as regras de um “jogo de soma não-zero”, aquele baseado em uma igualdade proporcional⁷⁴⁶ e cujo resultado é uma forma de participação/cooperação (caráter plurilateral, não binário): o ganhador tem mais, mas não pode excluir o perdedor⁷⁴⁷.

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

Assim, considerando que o direito à saúde, como direito social, só pode ser adequadamente compreendido a partir de uma perspectiva pública e social, não individual e nem mesmo corporativista, surgem problemas ao compreender referido direito como se subjetivo fosse, ou melhor, como se aplicável numa lógica outra, comutativa, que não a distributiva. Pois, em outros termos, interpretar o direito à saúde de uma forma que não seja de maneira distributiva poderia implicar na convalidação de entendimentos individualistas e falaciosos sobre o direito, no sentido de que “eu tenho, não devo perder, o que sempre tive deve continuar a ser meu, e as regras que me permitem ter cada vez mais devem ser mantidas,

das relações puras de humanidade”, deveres absolutos que qualquer ser humano deve aos demais – tal qual ocorre, a propósito, com os direitos humanos. (p. 158)

⁷⁴⁴Aliás, nesse mesmo sentido, “o problema da escassez de recursos não é para ser resolvido entre o Estado e cada cidadão em particular, mas no confronto de todos os cidadãos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 253.

⁷⁴⁵Ainda dentro da distinção feita por São Tomás de Aquino, a justiça particular distributiva é aquela em que há igualdade na distribuição individualizada do que é socialmente realizado. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 1994, p. 140. “Justiça distributiva é a regra e a virtude da distribuição igual (proporcional) de: (a) coisas comuns (não produzidas por ninguém), (b) coisas produzidas em comum, (c) autoridade e poder (...), (d) incentivos a talentos individuais socialmente relevantes e desejados”. _____. Op. cit., 2006, p. 128.

⁷⁴⁶Em regra, a justiça distributiva distribui proporcionalmente, segundo critérios, como: os méritos, a capacidade, e a necessidade, de maneira igual os benefícios e os malefícios da vida comum.

⁷⁴⁷“O que está em jogo não é algo que será levado por alguém, mas um produto que será criado por todos. (...) Na antiga teoria contratual estas relações definiam-se como contratos comunicatórios. As partes todas querem as mesmas coisas e por isso juntam-se. (...) O jogo é de soma não zero, pois a cooperação criará algo a ser dividido (pode ser o lucro e pode ser o prejuízo. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 146

(...) e qualquer limitação ao meu estado de liberdade [e de vida] é uma tirania”⁷⁴⁸. Demodo que, caso o sistema social não consiga distribuir, proporcionalmente, por meio de critérios isonômicos e objetivos, os bens e custos sociais, por razões de natureza econômica, política e sociocultural, o Judiciário não poderia alocar, por sua vez, esses mesmos ganhos sociais, premiando os espertos, os bem-nascidos, os que têm acesso à jurisdição, etc., porque, nesse caso, naturalmente a aplicação de um juízo de justiça ficaria comprometida⁷⁴⁹.

Logo, a solução para o caso do direito à saúde, em determinada dimensão, requer não apenas um reconhecimento de um direito subjetivo e de um dar/entregar ou obrigar a dar/entregar alguma coisa ou alguma indenização monetária, mas um fazer ou prover um serviço público. Desse modo, toda essa análise sobre a justiça e o direito à saúde, nos termos dos direitos sociais e subjetivos, após a exposição do *leading case*, serve para mostrar que há considerações mais complexas e profundas sobre a alocação de recursos e sobre a interpretação do dispositivo constitucional, que geram consequências sérias, e que deveriam ser debatidas, ou ao menos observadas, pelo tribunal, entre elas:

I- O fato de que, às vezes, a distinção entre o comutativo e o distributivo se esfumaça, ou que o conflito distributivo é predefinido como se comutativo (bilateral) fosse, existe de modo a facilitar a adjudicação, mas isso não implica a alteração da natureza do conflito: na origem, o problema continua sendo distributivo e demanda soluções correspondentes. Nesse contexto, há uma crítica implícita ao sistema judiciário e sua relação com a democracia, cujo foco estaria na dificuldade da Corte em traduzir as questões relevantes dos direitos sociais nos termos tradicionais de uma disputa judicial⁷⁵⁰. Ao decidir os casos em bases individuais, ou seja, ao criar precedentes⁷⁵¹ em bases individuais, o grande risco é o STF julgar com critérios de justiça comutativa problemas de justiça distributiva, podendo, até mesmo, invalidar normas (como as diretrizes e protocolos clínicos na decisão em questão) cuja razão de ser é, necessariamente, distributivista e coletiva⁷⁵².

⁷⁴⁸É, nesse mesmo sentido, inclusive, que as demandas e as decisões judiciais estão orientadas, ao defender a satisfação individual do direito à saúde, por conta da necessidade de garantir o direito à vida. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 1994, p. 140.

⁷⁴⁹LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 1994, p. 141.

⁷⁵⁰“No desenvolvimento recente do direito brasileiro é claro que os tribunais serão chamados a decidir questões distributivas. Será preciso reconhecer se a natureza do conflito permite uma adjudicação tradicional e quais as instituições adequadas para processar tais demandas”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 217.

⁷⁵¹É importante ressaltar que o problema do precedente, também apontado no final do voto do ministro-relator, perpetua aqui, porque esses casos que envolvem a justiça distributiva – a qual se baseia na distribuição universal e isonômica de ganhos e perdas sociais – não podem, por sua generalidade, ter a constituição de regras definidas para um só caso e que levem em conta o bem de cada um, mas devem conformar uma regra que priorize o bem comum e que possa ser aplicada em todos os casos iguais e similares. Um critério de decisão tão aberto que gera aleatoriedade na solução dos precedentes não promove o vínculo associativo coletivo.

⁷⁵²LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 134.

II- Devido às teorias de direito subjetivo que dominam a discussão, e à dinâmica do processo constitucional bilateral (em geral, construída a partir de um antagonismo dual), não se nota nos argumentos dos ministros o tema da universalidade, e do gozo simultâneo dos direitos e dos custos desses direitos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal mostrou ficar mais à vontade para julgar o caso a favor do indivíduo, e menos sensível para tratar de um problema central do regime democrático: a isonomia universal. Sendo que, pela natureza dos conflitos distributivos sobre direitos sociais, o que se deveria observar é que, “em palavras da tradição jurídica, bens coletivos, ou públicos ou comuns são necessariamente fornecidos *ut universi*, e não podem comodamente ser fornecidos (nem custeados) *ut singuli*”, sob pena de reforçar uma dinâmica social de exclusões ilegítimas, de não-cooperação e de valorização do particular sobre o público⁷⁵³.

III - Caso o Judiciário se permita estabelecer, como uma regra a ser seguida na tomada de decisão judicial, quais terapias e medicamentos devem ser distribuídos caso a caso e, para tanto, previstos dentro da genérica previsão orçamentária para a pasta da saúde – de maneira, portanto, alheia à discricionariedade do administrador, a quem cabe determinar, dentro dos limites de possibilidade do Orçamento, os objetivos do SUS e quais as providências distributivas à vista do bem comum, a consequência seria uma inadmissível “corrida” judicial, um comportamento multiplicador de todos aqueles que, em situação idêntica, necessitam de algum tratamento e/ou estão na fila de espera do SUS, e podem fazer o mesmo pedido aos tribunais, impossibilitando, dessa forma, estabelecer um espaço público de respeito. Assim, se alguns pedidos isolados não têm o condão de trazer maiores problemas para as finanças públicas, ao se abrir precedentes, podem acarretar um grande impacto às contas públicas.

IV – Somando todos esses fatores – o uso de mecanismos tradicionalmente associados a direitos individuais protegidos judicialmente para a distribuição de bens comuns; a utilização de lógica e categorias apropriadas ao exercício da justiça comutativa quando o conflito é de justiça distributiva; e a constituição de regras e critérios de decisão que não podem ser replicados a todos e que geram um comportamento social desagregador –, e considerando que os temas que têm chegado ao Judiciário são predominantemente de justiça distributiva, evidencia-se uma consequência dramática: a proteção judicial do chamado “efeito carona”, isto é, um comportamento predatório individualmente racional de maximizar a obtenção do benefício, mas sem o compartilhamento do ônus social, o que claramente proporciona uma distribuição injusta, uma forma de discriminação (retirando de uma

⁷⁵³Grifo nosso. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 99, 195, e 255.

determinada classe certos indivíduos. Nessa situação, o direito requerido individualmente costuma ficar atrelado à percepção de “privilégio” ou “imunidade” (isenção) das imposições gerais (direitos e deveres) – as quais foram, em verdade, construídas em sentido inverso: visando a distribuição **equânime** dos custos e recursos do bem comum⁷⁵⁴.

Assim, compreender o conceito de direito à saúde pode envolver explicações diferentes sobre seu sentido, é o que se percebe, a propósito, na distinção entre a percepção da Reforma Sanitária e a dos ministros-relatores do STF e do STJ. Por conseguinte, um descompasso, uma divergência, na predicação de juízos jurídicos⁷⁵⁵ sobre a concessão pública de medicamento de alto custo, de um recurso coletivo, pode ser gerado. Nesse contexto, conforme propõe Richard M. Hare, não é possível resolver esses casos difíceis⁷⁵⁶ em um nível intuitivo – isto é, sob o entendimento (quase benevolente) de que, no caso, o direito à saúde, como um direito à dignidade, seria um direito a não convalescer e a deter tratamento comprovadamente eficaz, tudo, de resto, em respeito ao direito à vida – porque cada um dos atores envolvidos interpretaria o que é ser digno, saudável e eficaz. Então, as decisões judiciais deveriam ascender, para o autor, a um nível crítico, onde se deve questionar qual conclusão sobre a noção de direito à saúde (em especial, no que tange a alocação de recursos públicos da área da saúde) é tal que se possa aceitá-la para aplicação universal, não sendo importante que papel cada cidadão desempenhe nas situações resultantes⁷⁵⁷.

Se o artigo 196, por um lado, detém um significado descritivo⁷⁵⁸, analítico e que tende à estabilidade semântica –como se pode ver nas expressões: “direito de todos”, “dever do Estado”, “política pública”, e “serviços de promoção, proteção e recuperação” –, por outro

⁷⁵⁴“O mundo ideal para um “carona” ou “predador” é aquele em que todos pagam o custo do bem comum, menos ele. (...) A cultura do privilégio reforça a ideia de que o direito é apenas fruto da força e da habilidade política de quem se sai bem, e torna-se um obstáculo à constituição de um espaço público, organizado democraticamente e com regras claras. Assim, a cultura do privilégio é perceptível em certas noções de liberdade, propriedade e dignidade. (...) O direito como um privilégio opera como algo que diferencia e não como algo que iguala os cidadãos”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 97, 114, 128, 132, 144 e 168.

⁷⁵⁵“O juízo jurídico não é um simples *dar o nome* a uma coisa: é antes um *julgar*, tanto no sentido de (a) *exercer um juízo*, predicar do singular sua inserção em um universal, quando no de (b) *dar um valor a*, qualificar a construir uma coisa”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2004, p. 35.

⁷⁵⁶Os casos difíceis são “os casos em que a simples determinação gramatical não põe fim à dúvida, são muitas vezes os casos em que a aplicação do texto literalmente bem compreendido leva a um *absurdo* (...) [- que é considerado] uma solução injusta, isto é, incompatível com uma noção geral de equidade”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2010, p. 328.

⁷⁵⁷“Somos assim levados a considerar os fins almejados por todos aqueles afetados, tratando cada um deles como se fosse um fim nosso, e contando cada um por um”. HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 2003, p. 11. Interessante a proximidade com o conceito de “véu da ignorância proposto”, em outro contexto, por John Rawls.

⁷⁵⁸Vale ressaltar que se trata, aqui, do significado descritivo dos valores morais, presentes na teoria prescritivista, o qual não se confunde, portanto, com a teoria moral descritiva. Esta última defende que existe um conteúdo moral e que ao fazer a norma só descreva o que já existe. Por sua vez, o “significado descritivo são as bases factuais do juízo, os critérios pelos quais ele é feito, ou suas condições de verdade”; relacionam-se nessa teoria, com o significado valorativo. HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 2003, p. 11.

lado, como discurso prescritivo (imperativo) que é, detém ainda um significado avaliatório⁷⁵⁹, o qual, ao contrário do primeiro, necessita de um juízo sobre seu objeto, e, é, desse modo, sintético, pois sua compreensão sintetiza vários aspectos que não estão necessariamente expressos no preceito constitucional, mas que ainda assim o constituem. Observa-se que os ministros utilizaram, como significado valorativo do direito à saúde, a dignidade da pessoa humana e a melhoria da qualidade de vida.

O problema é que, ao não precisar a extensão do direito e ao gerar determinadas regras decisórias que valorizam a precedência do direito com base em categorias tão abertas de sentido⁷⁶⁰, tornaram o critério de decisão como se vago e indefinido fosse (tendo seus conceitos legais basilares esvaziados), ou seja, impedindo que seja universalizável. E isso, porque, na prática, é um critério limitado, que não admite ser compreendido da forma mais abrangente possível, porque depende do orçamento e da distribuição de recursos escassos. Logo, se for entendido como os julgadores propõem, não conseguirá ser aplicável a todos que conseguem acesso à jurisdição (à possibilidade de ajuizar uma ação), e/ou conseguir representação do Ministério Público (que vem se firmando como um ator influente no assunto), quanto mais aos 190.376.496 habitantes brasileiros⁷⁶¹. Nesse sentido, uma vez não universalizável, não é isonômico⁷⁶², tampouco consequencialista⁷⁶³, pois os ministros acabam por decidir que alguns ganharão sem pensar em quem perderá (*fiat justitia e pereat mundus*)⁷⁶⁴.

Há argumentos de natureza jurídica, encontrados na decisão analisada, que se relacionam diretamente com os temas da teoria da justiça, entre eles: a questão do tratamento

⁷⁵⁹Nesse sentido, significado avaliatório é o significado valorativo, o qual “é a recomendação (ou o contrário) contida no juízo” moral. HARE, Richard Mervyn. Op. cit., 2003, p. 11

⁷⁶⁰Roberto Freitas Filho observa, nesse contexto, que a construção da regra por meio de palavras de valor impede a isonomia, uma vez que se torna impossível verificar a ocorrência dos elementos operativos dela (regra). De modo que há princípios gerais que são formulados com palavras de valor, as quais, por seu turno, se forem tratadas como auto-evidentes, podem gerar problemas lógicos.

⁷⁶¹INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Sala de Imprensa: Estimativas das Populações dos Municípios em 2011**. De 31 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1961&id_pagina=1>.

Acesso em 10 de out. de 2011.

⁷⁶²“O princípio da universalizabilidade desempenha um importante papel doador de sentido de justiça à teoria. Hare define a universalizabilidade e a prescritividade e ambas se relacionam com a ideia de isonomia. Assim, um juízo proferido em um determinado caso deve ser aplicado em relação aos demais casos em que haja identidade de circunstâncias situacionais”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2008, p. 24.

⁷⁶³“Esse pensamento [consequencialista] supõe que o direito, sendo atividade prática, visa algum fim e esse fim pode ser socialmente compreendido e expressado. Sem compreender o fim das normas e se compreendê-lo nos termos sociais de resultados – de utilidade e eficiência, é certo, mas também de justiça – a aplicação do ordenamento pode levar ao absurdo [social, político ou jurídico], ao resultado indesejado ou indesejável”. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2010, p. 344.

⁷⁶⁴Em tradução livre: “faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”. WANG, Daniel Wei Liang. Op. cit., 2008, p. 563.

igual, da percepção sobre o valor, não necessariamente monetário, mas social, de bens públicos, e o equilíbrio entre interesse individual e manutenção da coletividade.

Desse modo, perante a influência de uma corrente ideológica coletivista na construção do artigo constitucional (movimento sanitarista constituinte), e diante ainda das teorias da filosofia política analisadas (liberalismo igualitário e comunitarismo) que defendem critérios de justiça igualitários, em respeito a todos da sociedade e aos bens comuns, a hipótese deste trabalho é que o significado valorativo do direito à saúde está na noção de integralidade, universalidade, igualdade e justiça distributiva, ainda que não esteja expressa descritivamente no art. 196. De maneira que se os discursos daqueles que julgam – e ao julgarem, determinam como agir – forem feitos a partir dessas regras/critérios decisórios outros, poderão ser universalizáveis, pois perceberão o custo econômico e social e os limites de tal direito na garantia do bem-estar-social⁷⁶⁵, e os admitirão como condição de coerência⁷⁶⁶ entre as premissas e a conclusão (resultado da decisão), não apenas como recurso retórico, mas como forma de justiça social⁷⁶⁷.

No início da pesquisa, a expectativa era de que haveria apenas um tipo de liberalismo, o qual se opunha a uma concepção comunitária. No entanto, como se pôde perceber, não apenas o liberalismo possui várias facetas, como, inclusive, um critério de justiça baseado no liberalismo igualitário é calcado na isonomia e na coletividade. Aliás, no que tange ao debate liberal-comunitário, apesar da aparência de que as teorias que o compõem são estanques, na verdade estão conectadas historicamente.

O debate de todas essas questões morais serviu para demonstrar como um critério de justiça, baseado na igualdade, tem sido construído na filosofia política⁷⁶⁸. E, mais ainda,

⁷⁶⁵“Bem-estar social é um termo amplo, que utilizo para abranger muitos conceitos mais ou menos afins. [Aqui é utilizado, no sentido de] (...) ganho social que se obtém mediante a adesão aos padrões de conduta correta, que encontram expressão em costumes, hábitos ou práticas tradicionais da comunidade. Nesses casos, suas demandas são as (...) da ética ou do senso social de justiça”, formuladas no sistema jurídico e como exigências da prudência. CARDOZO, Benjamin N. Op. cit., p. 51.

⁷⁶⁶O discurso jurídico adquire coerência não apenas quando não é contraditório (negativa, portanto, do absurdo, do resultado injusto e não equânime), mas quando se postula que há uma unidade de sentido. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2010, p. 328.

⁷⁶⁷“A justiça social, esse novo nome para uma ideia antiga, a de que a vida social os custos e benefícios devem ser distribuídos de alguma forma razoável e aceitável. Nessa tarefa, os juízes são chamados, diz ele [Cardozo], não a afastar a seu bel-prazer as regras existentes, mas a dizer “em que medida as regras existentes devem ser estendidas ou restringidas, devem permitir que o bem-estar da sociedade fixe o passo, sua direção e sua distância””. LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2010, p. 342.

⁷⁶⁸Muitos questionam e criticam a necessidade de utilizar autores estrangeiros para essa reflexão. Claramente não me coaduno a eles, entendendo que não é pelo ato de ser uma doutrina estrangeira que é valorizada, mas porque elas refletem teorias que há anos são construídas, que estão em um estado de reflexão aprofundado e sofisticado, diferentemente da doutrina nacional, que, principalmente no campo jurídico, ainda possui certa resistência em trabalhar com análise filosófica das decisões judiciais.

trouxe possibilidades de diferentes parâmetros morais, podendo ser baseados tanto no indivíduo como na comunidade. Esses modelos teóricos são importantes, porque não é com um sentimento de justiça que se podem desenvolver os critérios morais (não se pode deduzir), mas a partir de regras de justiça, que podem ser criticadas segundo critérios compartilhados e racionais.

Aristóteles estava correto no que tange à razão prática⁷⁶⁹: no fim, a tragicidade do conflito distributivo está no fato de que uma escolha, uma decisão, deverá ser feita em concreto, e é ela que fará toda a diferença para o projeto político de sociedade. Nesse sentido, a preocupação, neste trabalho, é essencialmente com o campo jurídico e, em especial, com a decisão judicial.

É verdade que é inviável, no contexto brasileiro que uma decisão judicial, assim como uma política pública, tenha puramente uma referência comunitarista⁷⁷⁰. Por outro lado, nossa ideologia política não poderia ser plenamente percebida como uma concepção liberal igualitária⁷⁷¹. Mas isso não significa que as decisões políticas devam ser isentas de discussão sobre como fazer escolhas morais, e quais podem ser feitas, inclusive no âmbito do Judiciário. Afinal, o ponto de partida é que, por trás da dogmática, há uma posição de fundo ideológico, uma discussão moral, que deve ser abordado para a solução de casos de direitos sociais, como o direito à saúde. “Cabe, então, aos juristas reenraizar as pessoas e valores comuns e reconstruir, assim, a ordem social (e o sentido de comunidade e de segurança)”⁷⁷².

O que se verificou é que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar aquele que é tido contemporaneamente como um dos maiores precedentes sobre direito à saúde, não discutiu as questões morais que giram em torno desse direito. Quando muito, tocou na questão do orçamento, e ainda assim não o utilizou como referência na composição da decisão. Na ausência de um critério de justiça, não necessariamente significa que o direito à saúde seria visto atomisticamente, mas, a partir da análise jurisprudencial, o que se verificou foi que os argumentos do acórdão são tendencialmente liberais, porque o constroem com parâmetros liberais, isto é, se baseiam em núcleos de sentido como direito individual, prioridade do

⁷⁶⁹ARISTÓTELES. Op. cit., *passim*.

⁷⁷⁰No Brasil, “a interpretação que é hegemônica no presente e aponta para o Estado do século XXI é a interpretação social liberal. (...) [A qual, por seu turno,] nasce da Grande Crise [dos Anos 80], para propor uma alternativa pragmática em que a afirmação social-democrática dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho e a um sistema previdenciário básico garantido pelo Estado se soma a afirmação liberal na crença no mercado e na competição”. PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Op. cit., 1997, p. 57.

⁷⁷¹Como a teoria de Rawls: “o meu ponto é que não lidamos com a pluralidade da mesma maneira das sociedades que adotam um individualismo próximo daquele que encontramos na justiça como equidade”, ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Op. cit., 2006, p. 163/164.

⁷⁷²HESPANHA, António Manuel. Op. cit., 2003, p. 70.

direito à saúde como direito à vida e à dignidade, em desconsideração das consequências econômicas.

Pela letra da lei e pela história da legislação, o direito à saúde tem um sentido preponderantemente comunitário, mais que liberal. Assim, não é que a sociedade brasileira seja liberal ou comunitarista, mas o artigo constitucional que trata sobre a direito à saúde foi escrito de uma determinada forma, com abertura para essa discussão coletiva: o sentido textual é coletivista preventivo (saúde como objetivo coletivo) e não patrimonial individual, tão somente curativo. Desse modo, conforme a relação entre as características de cada ideologia/matriz político-filosófica ao fato/objeto em estudo, vê-se que o instituto constitucional foi moldado de determinada forma, que as decisões judiciais, por outro lado, não são feitas com base na ponderação sobre a noção de coletivo e individual, não são concebidas em reflexão ao caráter de integralidade próprio ao direito prestacional em questão, não levam em conta o limite orçamentário, e não fazem distinção, tampouco parecem entender, sobre a universalização prevista constitucionalmente, que é, em verdade, de acesso, não da prestação.

Assim, quando o juiz pensa no direito à saúde como direito individual, não está pensando no projeto coletivo: caso tudo pertença individualmente a alguém, não se pode mais decidir coletivamente sobre nada. A hipótese que se defendeu é que a reflexão judicial sobre o direito à saúde deveria ser mais coletivista, pois, do ponto de vista simbólico da justiça e econômico do erário, se for feito de forma atomista, compromete a distribuição do bem comum, pois não há direito subjetivo decorrente da Constituição à saúde, e sim acesso às condições mínimas e a instrumentos e habilidades de saúde. E, para essa forma de decisão, baseada em uma sociedade igualitária, tanto a teoria liberal, de Rawls e Dworkin, como a comunitária, de Taylor e Walzer, podem servir de suportes na formação dos critérios decisórios, porque são justas, uma vez que são equânimes. Todas essas teorias têm um ponto em comum na igualdade.

CONCLUSÃO

O tema “direito à saúde na Constituição: a doutrina e a jurisprudência” não é, de fato, muito novo no campo jurídico. Nesse contexto, o problema tratado por esse trabalho não pretendeu reduzir-se às questões corriqueiras que envolvem um direito fundamental, e sim, a partir de um caso concreto, tentar compreender uma forma de proceder do Supremo Tribunal Federal, no que tange à fundamentação das decisões em torno desse direito, e verificar que

possíveis consequências essa atuação gera. Ainda que haja limitações à apreciação crítica daquilo que os tribunais fazem com as normas, o ponto de partida desse trabalho é que é possível fazê-la.

Diante do crescimento do número de ações judiciais que pleiteiam alguma ação ou serviço de saúde ao Estado, e das possíveis implicações das decisões judiciais na atividade do Poder Executivo e na própria organização do sistema de saúde⁷⁷³, justificou-se a escolha do direito à saúde como uma questão relevante e atual para ser apreciada. Entretanto, não era intenção abordar os limites institucionais e a competência do Poder Judiciário nessa questão. O intuito era entender quais são os direitos dos usuários do SUS, qual o padrão de integralidade e assistência farmacêutica, e quem tem direito de obter medicamentos e tratamentos médicos, na jurisprudência do STF. Em outras palavras, a escolha do problema e a hipótese se deram, principalmente, em torno da possibilidade de não haver um conceito de direito à saúde transparente e conformador de uma regra a ser aplicada isonomicamente, nas decisões judiciais da referida Corte.

Nesse sentido, o risco de não se convencionalizar um sentido (com algum grau de precisão) para um conceito aberto, como é o da saúde, é os magistrados incorrerem, no controle judicial de direitos prestacionais, em possível ingerência orçamentária e de modificarem a própria compreensão das políticas públicas formuladas democraticamente. O fato é que o enfrentamento dos pleitos em torno do direito à saúde não demanda, aos julgadores, simples resolução. A supressão de complexidades, isto é, o não enfrentamento de questões essenciais que giram em torno do conceito pesquisado e que revelam um posicionamento acerca do projeto moral de sociedade (como a discussão sobre justiça distributiva e o bem comum) pode demonstrar um déficit decisório. Desse modo, no tocante à aplicação das normas, tornam-se objeto de estudo o significado das palavras que formam o artigo 196, com toda a complexidade que apresenta, e as questões de fundo que formam, histórica e moralmente, o conceito de direito à saúde.

Quanto à primeira parte do trabalho, é possível esboçar a identificação das categorias jurídicas que definem o direito à saúde, não só pela sua literalidade, mas pela identificação de um fenômeno e de um contexto de formação da norma constitucional. Então, o primeiro passo foi realizar uma análise da literatura sanitária que contribuiu para a elaboração da norma. O

⁷⁷³“A crescente judicialização da saúde, fenômeno novo a ser enfrentado pelos dirigentes da saúde, passou a afetar o planejamento municipal e estadual e expôs seus gestores às fragilidades normativas do sistema público de saúde”. SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. Op. cit., 2007, p. 82. Vale ressaltar, além do mais, que afirmar com segurança que o impacto de umas decisões judiciais é menor que o de outras só seria possível por meio de uma análise pormenorizada das políticas públicas de saúde, o que não é o objeto dessa pesquisa.

que se seguiu foi uma verificação das posições adotadas pela doutrina constitucional e do direito sanitário, a fim de entender como o conceito foi pensado na elaboração da Constituição de 1988 e como uma parte importante do campo o percebe.

Pela doutrina sanitária, o direito à saúde foi formulado em um contexto de intenso debate sobre a mudança de modelo de assistência à saúde: essencialmente, de um sistema privatista, individualista e discriminatório, para outro, iminentemente público, coletivo e universal, no qual os diferentes estratos sociais tivessem acesso igual e integral às ações e serviços de saúde, e em que os recursos são geridos de forma única a fim de abarcar o maior tipo de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde⁷⁷⁴. Em geral, o movimento de Reforma Sanitária foi ajudado por partidos de esquerda nacionais, e teve suas reivindicações consubstanciadas no texto constitucional, a partir da luta coletiva de diversos atores sociais. Em verdade, as diretrizes que regeram o dispositivo constitucional não delimitaram uma escolha definida de teoria moral a ser seguida (se liberal igualitária ou comunitarista), mas em sua formação promoveram uma abertura conceitual, que, *a priori*, está ligada a uma percepção de justiça distributiva igualitária, que considera o limite dos recursos escassos, e à compreensão desse direito como algo a ser garantido por políticas públicas, feitas por um sistema único descentralizado.

Por outro lado, verificou-se que a doutrina constitucional não promove uma discussão qualificada sobre o texto constitucional – em regra o que há é a reprodução literal do dispositivo. Não se contextualiza historicamente como o direito à saúde foi previsto na Constituição de 1988, tampouco problematiza as questões de fundo (por exemplo, a noção de bem comum, justiça, e igualdade), assim como não examina minuciosamente os elementos fundamentais do conceito trazidos no bojo do artigo 196. A doutrina do direito sanitário, diferentemente da doutrina constitucional, preocupa-se com a concepção do dispositivo constitucional, e já trata de algumas discussões importantes para a definição do direito em questão, como os diferentes conceitos de saúde. No entanto, também não permite a inteligibilidade do direito à saúde, uma vez que não descreve e analisa profundamente os elementos constitutivos do referido conceito.

Muito embora a dogmática jurídica tenha seus limites – sua função precípua é, a rigor, informar e refletir os vários assuntos do campo jurídico, e não prescrever determinada regra –, o que se percebeu, com a leitura das obras doutrinárias, é que não são tratados

⁷⁷⁴Por isso, mesmo que se considere que o artigo 196 tenha sido formulado para uma determinada realidade social, ou seja, para uma situação de redemocratização e de assegurar um discurso contra-hegemônico, o que se pressupõe, neste trabalho, é que esse conceito não poder ser desistoricizado, para ser aplicado contemporaneamente.

profundamente certos temas, como o conceito e os elementos constituintes do direito à saúde, e seus critérios de distribuição, em relação ao *quantum* cada um deve ter enquanto beneficiário. O direito à saúde é, na maioria das vezes, encarado como algo dado, natural, de forma simplista, e, outras vezes ainda, como se fosse uma metanorma (no sentido de estar vinculado, por exemplo, ao princípio da dignidade da vida humana). Assim, não se defende que o campo jurídico necessariamente tenha que aderir e aceitar em plenitude o conceito proposto pelo movimento sanitarista, porém, o discurso mistificador, com força simbólica, caso sirva de base para aplicação prática jurisdicional, como o tem sido, pode gerar uma aplicação normativa desastrosa, por não considerar as especificidades das categorias que dão sentido ao conceito.

Como a preocupação estava além do conceito de direito à saúde, *per se*, e voltava-se também para a prática judicante dos ministros do STF, era preciso analisar como a jurisprudência atual e recorrente se posicionava. Considerando que o marco da pesquisa está no campo do controle crítico das decisões judiciais, admite-se que é possível haver critérios que permitem dizer que há decisões que julgam o direito a saúde de forma melhor articulada, no processo argumentativo, que outras. Desse modo, a condição de possibilidade da linguagem utilizada no discurso judicante pareceu oportuna e importante para se averiguar como o STF decidia as lides em torno do direito à saúde. Falar de condição de linguagem significa, entre outros, adotar um enfoque lógico do problema. Assim, por meio do recurso da Metodologia de Análise de Decisões (MAD) – que não está preocupada com a correção do que dizem os decisores (não está atrelada à ideia de decisão correta e não diz respeito a nenhum conteúdo valorativo mínimo)⁷⁷⁵, e sim, em estabelecer um critério para definir se uma decisão é logicamente melhor, é se ela é coerente e consistente – foi possível observar como, na prática, os ministros do STF usam a linguagem em suas decisões.

Logo, como instrumento teórico dessa metodologia foi utilizado um marco lógico, o qual foca na organização dos signos e conceitos e na maneira de proceder logicamente nas decisões, com a afirmação, por exemplo, da existência de normas com palavras de valor, palavras que não têm o seu significado claro. Nesse sentido, Hare afirma que uma decisão, para ser isonômica, precisa ser universalizável e prescritiva, e suas palavras precisam

⁷⁷⁵“(…) penso que a existência de uma única decisão correta não é uma possibilidade empírica, mas sim ideal com função crítica. A teoria de Hare tem limites (...). Não é possível cobrar do Tribunal (e dos tribunais em geral), uma “decisão correta”. O conteúdo de uma decisão, do ponto de vista de predicação precisa de sentido de uma norma, não é controlável, exceto em relação a alguns limites bastante claros, como por exemplo, em relação a alguns limites bastante claros, como por exemplo, em relação às expressões da linguagem matemática. (...) Do ponto de vista do conteúdo das decisões, os limites do prescritivismo universal são claros. Não se propõe um conteúdo universal para a linguagem moral ou para a linguagem jurídico-prescritiva”. FREITAS FILHO, Roberto. Op. cit., 2009, p. 308/316.

obedecer a princípios lógicos, ou seja, o conceito aduzido pela decisão deve ser identificado de determinada forma, e, sob determinadas condições e premissas, tomado como verdadeiro, de modo que sua aplicação não pode ser contraditória, não pode atribuir dois significados diferentes a um mesmo conceito, em casos idênticos. Para tanto, o autor explica que algumas normas são compostas por palavras com sentido descritivo, detêm certa estabilidade semântica, e outras, por palavras que têm sentido avaliatório, as quais, por sua vez, são imprecisas semanticamente por demandarem uma escolha de significado e revelarem as opções axiológicas do julgador.

O pressuposto para avaliar as decisões como coerentes, nesse marco teórico, é que a linguagem é constituinte do direito e que não é admissível que se chamem coisas diferentes pelo mesmo nome. Embora seja próprio ao direito haver distintos entendimentos sobre questões complexas, um mínimo de estabilidade semântica é condição necessária à comensurabilidade e calculabilidade jurídicas. A variabilidade interpretativa sobre conceitos jurídicos centrais, como o direito à saúde, pode resultar, dentre outras consequências, no enfraquecimento dos vínculos de previsibilidade mútua em relações jurídicas em curso e futuras.

A análise da jurisprudência coletada permitiu confirmar que, em geral, a expressão “direito à saúde” não está necessariamente associada àquelas demandas que envolvem um pedido de prestação pública de serviço de saúde. Também permitiu observar que as decisões que efetivamente tratam de direito à saúde, em regra, não levam em conta a política pública de saúde como um todo, nem o impacto econômico da decisão judicial, dando a entender que os custos do direito à saúde e a limitação de recursos do Estado não são um limite fático à sua plena concretização. Da mesma forma, a natureza plurilateral e coletiva do direito à saúde foi mencionada em alguns julgados, mas desconsiderada como razão de decidir praticamente em todos. A análise permitiu verificar, ainda, que o STF, apesar da recorrência do tema em sua jurisdição, não aplicou o artigo 196 da Constituição (um exemplo de norma aberta de sentido) de maneira a ensejar a possibilidade de coerência na fundamentação das decisões, isto porque o conteúdo das palavras de valor inseridas no conceito de direito à saúde não teve sua descrição formulada nos julgados, não gerando, dessa forma, estabilidade e previsibilidade de sentido a elas. Assim, o que se percebeu foi que, da forma como o direito à saúde é tratado pelo STF, não se pode extrair uma regra de aplicação, assim como seu significado não pode ser universalizado, uma vez que não há a parametrização, a convenção, de um sentido ao conceito, o que impede replicar os possíveis critérios de decisão.

Em geral, essas normas formadas de palavras de valor, como a de direito à saúde, são formuladas na forma *se-então*, e, ainda que não especificado de forma descritiva, indicam um tipo de conduta. Entretanto, diferente das normas formuladas com palavras ou expressões descritivas, que dispõem uma conduta específica e podem ser aplicadas diretamente, essas normas formadas essencialmente de palavras avaliatórias não podem ser aplicadas diretamente, necessitando de mediações sobre o sentido das palavras. Em outras palavras, é como se houvesse um distanciamento, um salto, entre dois níveis completamente distintos de normas, mas que tendem, na prática, a serem utilizados no mesmo plano.

Como se percebeu nos exercícios hipotéticos de compreensão das supostas regras extraídas dos tipos de decisão do STF, e dos consequentes silogismos, as decisões, em geral, são proferidas sem o preenchimento de sentido descritivo dos elementos previstos no artigo 196 da Constituição Federal. O direito à saúde é, em geral, compreendido como se tivesse um conteúdo objetivo conhecido de antemão à sua apreciação. Nesses casos, os ministros do STF desconsideraram: os fatos, dados e contexto histórico que permeavam a norma e a lide, os quais seriam imprescindíveis para a compreensão do conceito de direito à saúde; a formulação dos critérios descritivos; a possibilidade de o julgamento ser coerente, no que tange à utilização lógica das palavras de valor; e a apreciação isonômica no tratamento da questão.

É bem verdade que há um tipo de decisão proferida pelos ministros que vai de encontro a esse primeiro tipo. Nessas decisões, as razões de decidir não apenas tangenciaram a discussão, mas, diferentemente das primeiras, empregaram em sua fundamentação elementos descritivos para a composição da aplicação do artigo constitucional. A forma como o conceito de direito à saúde foi encarado nessas decisões possibilitou o tratamento igual a sujeitos diferenciados em circunstâncias similares. Aliás, a estrutura da argumentação jurídica, nesses julgados, tende a utilizar uma razão de decidir consequencialista, mas não é essa escolha isolada que faz essas decisões serem diferenciadas, e sim sua organização lógica interna consistente. Isso demonstra um avanço da Corte em refletir de forma mais aprofundada e coerente o direito em questão. Entretanto, esse conjunto de decisões representou a minoria dos julgados, de modo que o controle crítico da prática do tribunal continua comprometido, já que claramente, não há coerência sistêmica (coerência entre as diferentes decisões proferidas, não a coerência interna em um determinado julgado) das decisões, o que gera a falta de previsibilidade da regra a ser aplicada em cada caso, pois é possível que, em casos futuros e subsequentes a estes já decididos, o sentido descritivo dos termos poderá nem ser abordado, ou ser alterado sem que o seu sentido avaliatório mude, ou

seja, a forma como as decisões foram feitas, de forma geral, estão passíveis de discricionariedade, de argumentos de autoridade.

Até esse ponto, o resultado da MAD foi que, em geral, os ministros não aprofundaram a reflexão em torno do conceito de direito à saúde, e que tanto os resultados das decisões como os argumentos que os justificam são, em grande medida, aleatórios. A relevância dessa discussão em torno da coerência das decisões, portanto, é que cobrar dos juízes a explicitação dos fundamentos das decisões, por meio de elementos descritivos que conformem critérios para a utilização de palavras de valor, é uma forma de exigir transparência nas decisões judiciais. Afinal, o papel do judiciário é calibrar expectativas em torno de normas, principalmente, daquelas que demandam atividade interpretativa discricionária⁷⁷⁶. Nesse contexto, quando os ministros não justificaram adequadamente, em nível lógico, suas decisões, diferentes problemas podem surgir, entre eles a supressão de complexidades em torno das escolhas feitas ao sentido normativo do artigo 196. Os magistrados não favorecem o controle democrático das decisões ao deixarem de fora os debates em torno de que tipo de sociedade se almeja e dos aspectos fundamentais da tragicidade da alocação de recursos escassos e dos custos sociais, e isso porque descomplexificam, deliberadamente ou não, aquilo que provavelmente outras esferas de poder e de conhecimento já trataram e reconheceram.

Desse modo, o último capítulo visou fazer um exercício em torno do conceito de direito à saúde e dessas complexidades inerentes ao tema e que não foram explicitadas nas fundamentações das decisões. O objetivo era mostrar o debate moral em torno desse conceito normativo. Ao tratar de saúde pública e a distribuição de suas ações e serviços, uma das complexidades que delas derivam é o critério ético-político de justiça distributiva. O que se averiguou com a análise das decisões é que também há uma defasagem de abordagem moral do conceito, pois as decisões não tocam no debate entre a chave coletiva e individual que gira em torno do direito pesquisado – quando muito toca apenas na questão orçamentária, mas, em geral, desconsidera a teoria de fundo filosófico que deveria ser debatido, uma vez que também é condição para estabelecer um sentido razoável do conceito. Assim, na busca para se entender melhor o direito à saúde na perspectiva de um pacto social de justiça social, duas

⁷⁷⁶“Vale ressaltar que uma jurisprudência clara e coerente nessa matéria pode trazer grandes contribuições, seja para a administração pública, que terá maior previsibilidade para fazer melhor planejamento de políticas públicas, seja para o cidadão, que terá mais clara a dimensão do que pode exigir do Poder Judiciário, seja para os próprios juízes, que terão parâmetros mais seguros e coerentes para suas decisões”. WANG, Daniel Wei Liang. *Op. cit.*, 2008, p. 542.

perspectivas da filosofia política se sobressaíram: uma individualista, em regra intimamente ligada às correntes liberais, e uma coletivista, compartilhada pelo comunitarismo.

Logo, o tipo de critério de compreensão e aplicação do conceito, se individual ou coletivo, não é proposto nesse trabalho, apenas são demonstradas as teorias de base nas quais se podem encontrá-lo. É dizer que não se pretendeu, aqui, prescrever que modelo de sociedade, se liberal ou comunitário, deveria ser compreendido como pressuposto das decisões analisadas, mas apenas apontar a existência de uma discussão moral, de determinados consensos sobre o conceito pesquisado, os quais detêm significados compartilhados, e que influenciam na distribuição de recursos de formas diferentes entre si. Diante das posições do STF sobre a interpretação da ideia de universalidade e integralidade, a hipótese inicial, e que depois foi confirmada com a análise da STA nº 175, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, era a de que a interpretação judicial sobre o acesso à saúde supõe um olhar liberal, no sentido de deter um critério atomista em torno do conceito (isto é, um tratamento individualizado de problemas e de bens que são coletivos), em que, em sua grande maioria, o indivíduo passa a ter direitos a despeito da comunidade.

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

A conclusão para as duas partes do trabalho é que há, nas decisões dos ministros do STF, uma ausência de parâmetros semânticos da norma sobre o direito à saúde, e uma desconsideração de uma dimensão importante para a tomada de decisão, que é a escolha de valores (individual e coletivo), o que resvala em uma falta de isonomia em sua aplicação. Ademais, essa dificuldade no nível mais básico da comunicação, que é saber o que se está falando ao tratar de direito à saúde, pode gerar um problema democrático, uma vez que a falta

de transparência nos critérios das decisões não possibilita o acesso social às questões de cuja definição, na verdade, todos os cidadãos deveriam ter a possibilidade de participar criticamente, ou ao menos conhecer de forma clara, como é a questão da distribuição dos bens coletivos (o que está em jogo no caso dos recursos da saúde pública).

Em suma, o Judiciário, ao decidir sobre temas sociais, não tem suas decisões isentas de ambiguidades e nem sempre promove avanço na compreensão e proteção desses direitos. Julgar questões de caráter econômico-social, como o direito à saúde, envolve um sistema amplo de relações, em que o resultado final de um caso individual e particular pode ser um, com a satisfação individual do pleito, por exemplo, e o resultado social, global e a longo prazo de tais decisões pode ser outro, ainda que de forma inconsciente ou não desejada pelos magistrados. Nesse sentido, o Judiciário pode tanto modificar quanto reforçar as políticas públicas de saúde⁷⁷⁷, em suas decisões. Dimensão importante, por conseguinte, é a de que direitos baseiam-se em igualdades e regras, de modo que, se o STF não define o conceito de direito à saúde e deixa transparecer todas as suas complexidades, não é possível garantir que a regra seja universalizável e, portanto, isonômica.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁷⁷⁷LOPES, José Reinaldo de Lima. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. 3 ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 138/139.

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós?. In: SENADO FEDERAL. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 43, n. 172, out./dez., 2006.

ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação de mestrado. Orientador: José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2009.

ADLER, Mortimer J. **Aristóteles para todos: uma introdução simples a um pensamento complexo**. Trad. Pedro Sitte-Câmara. São Paulo: É Realizações, 2010.

AGUIAR, Zeneide Neto. Antecedentes históricos do Sistema Único de Saúde (SUS) – breve história da política de saúde no Brasil. In: ____ (org). **SUS: Sistema Único de Saúde: antecedentes, percurso, perspectivas e desafios**. São Paulo: Martinari, 2011.

ANDRADE, Luiz O. M. de. **SUS passo a passo: gestão e financiamento**. São Paulo: HUCITEC, 2001.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4 ed. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martins Claret, 2009.

_____. **Órganon: Analíticos Anteriores – Livro I**. Trad. Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2005.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ASENSI, Felipe Dutra. Judicialização ou juridicização?. In: *Physis – Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: UERJ, vol. 20, n. 1, 2010.

AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006.

AUSTIN, John Langshaw. **Quando dizer é fazer: palavras e ação**. Trad. Danilo M. de Souza Filho. Porto Alegre: Artes Médicas, 1990.

BALERA, Wagner. **A seguridade social na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

BARRETO, Vicente de Paulo. Liberalismo. In _____. **Dicionário de Filosofia Política**. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio P. de. (coord.) **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Filosofia do Direito: os conceitos fundamentais e a tradição jusnaturalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BERTEN, André; SILVEIRA, Pablo da; POURTOIS, Hervé. **Libéraux et communautariens**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

BERTOLLI FILHO, Claudio. **História da saúde pública no Brasil**. São Paulo: Ática, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant**. Trad. Alfredo Fait. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

_____. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense, 1995.

_____. **O futuro da democracia**. 11 ed. Trad. Maco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

_____. **O futuro da democracia**. 11 ed. Trad. Maco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática. Trad. Paula Montero. In: ORTIZ, Renato (org.). **Pierre Bourdieu: sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE. **SUS: avanços e desafios**. Brasília: CONASS, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 28 agosto 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 3 ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2010.

_____. **Audiência pública: saúde**. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, s.d.

BUCHAMAN, Allen E. Assessing the Comunitarian Critique of Liberalism. In: *Ethics*. Estados Unidos: The University of Chicago Press, v. 99, n. 4, 1989.

BURLEY, Justine (org.). *Dworkin and his critics: with replies by Dworkin*. Reino Unido: Backwell Publishing Ltd, 2004.

CALSAMIGLIA, A. Apresentação. In: DWORKIN, Ronald. **Derechos em Serio**. Barcelona: Ariel, 1984. Trad. SAMPAIO, Patrícia. Ensaio sobre Dworkin. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepucc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em março de 2007.

CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. In: RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2 ed. São Paulo: Ática, 2000.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CARNEIRO JR., N.; ELIAS, P. E. Controle público e equidade no acesso a hospitais sob gestão pública não estatal. In: **Revista de Saúde Pública**, v. 40, n. 5, 2006.

CARVALHO, Gilson. O financiamento público da saúde no bloco de constitucionalidade. In: BRASIL. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na **Saúde Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

CARVALHO, Helder Buenos Aires de. Comunitarismo, Liberalismo e tradições morais em Alasdair MacIntyre. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe N. de A. e S (orgs.). **Filosofia política contemporânea**. Rio de Janeiro: Vozes, 2003.

CASAGRANDE, Renato; e FREITAS FILHO, Roberto. O problema do tempo decisório nas políticas públicas. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 47, n. 187, jul./set. de 2010.

CAVALCANTI, Paula Arcoverde. **Sistematizando e comparando os Enfoques de Avaliação e Análise de Políticas Públicas**: uma contribuição para a área educacional. Tese de Doutorado defendida na Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2009.

_____. **Introdução à história da filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. 2 ed. São Paulo: Companhia das letras, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Roteiro de lógica jurídica**. São Paulo: Max Limonad Ltda., 1996.

COHN, Amélia; e ELIAS, Paulo S. **Saúde no Brasil: políticas e organização de serviços**. 4 ed. São Paulo: Cortez e CEDEC, 2001.

COPI, Irving M. **Introdução à lógica**. 2 ed. Trad. Álvaro Cabral. São Paulo: Mestre Jou, 1978.

COSTA, José Carlos da. **O indivíduo na biografia e na autobiografia**: uma perspectiva sociológica. Disponível em: < <http://www.ucm.es/info/especulo/numero45/indibilog.html>>. Acesso em 15 set. 2010.

CUNHA, Marisa O. da; MACHADO, Nílson José. **Lógica e linguagem cotidiana: verdade, coerência, comunicação e argumentação**. Belo Horizonte: Autêntica, 2005.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. In: BRASIL. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão na Educação na Saúde. **Direito Sanitário e Saúde Pública**. v. 1. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

_____. **Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde**. São Paulo: Hucitec, 1995.

_____. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAMATA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DAMIÃO, Regina Toledo; e HENRIQUES, Antonio. **Curso de Português Jurídico**. 9 ed. São Paulo: Atlas S.A., 2004.

DELACAMPAGNE, Christian. **A filosofia política hoje: idéias, debates, questões**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

DIAS, Hélio Pereira. **Direito Sanitário**. p.5. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/divulga/artigos/artigo_direito_sanitario.pdf>. Acesso em: 28 de junho de 2010.

DUMONT, Louis. **O individualismo: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993.

_____. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University, 1984.

_____. *La comunidad liberal*. Trad. Claudia Montilla. Santafé de Bogotá: Siglo del

_____. Justice in the distribution of Health Care. In: *McGill Law Journal*. v. 38. Canadá: McGill University, 1993.

Hombre Editores: Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, 1996.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. What is Equality? Part 2: Equality of Resources. In: **Philosophy and Public Affairs**, Vol. 10, No. 4 (Autumn, 1981).

ECHAVE, Delia Teresa; URQUIJO, María Eugenia; GUIBOURG, Ricardo A. *Lógica, proposición y norma*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2008.

ELIAS, Alexandre Nemer. Direito Sanitário: autonomia e princípios. In: **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo: USP, Jul./Out. 2008, v. 9, n. 2.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 4 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIA, José Eduardo. **O Brasil pós-constituente**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

_____. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006

FERRY, Luc. **Kant: uma leitura das três “Críticas”**. Trad. Karina Jannini. Rio de Janeiro: DIFEL, 2010.

FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Trad. Cristóbal O. Sánchez. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

FLEURY, Sônia. A questão democrática na saúde. In: ____ (org). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos Editorial, 1997.

FLYVBJERG, Bent. *Five misunderstandings about case-study research*. Qualitative inquiry. [S.l.], v. 12, n. 2, p. 219-245, 2006. Disponível em: <<http://flyvbjerg.plan.aau.dk/Publications2006/0604FIVEMISPUBL2006.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. Trad. Laura F. de A. Sampaio. São Paulo: Loyola, 1996.

FRAZER, Elizabeth. Comunitarismo. In: HONDERICH, Ted. **Enciclopedia Oxford de Filosofía**. Trad. Carmen García Trevijano. Madrid: Tecnos, 2001.

FREITAS FILHO, Roberto. Crise do Direito e Juspositivismo: a exaustão de um paradigma. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

_____. Danos Morais, bancos e CDC. In: VI Fórum Jurídico de Instituições financeiras, Brasília, 2002. Texto cedido pelo autor.

_____. Decisões jurídicas e teoria linguística: o prescritivismo universal de Richard Hare. In: SENADO FEDERAL. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 45, n. 178, abr./jun. 2008.

_____. Estudo de caso. In UNICEUB. Casoteca Jurídica e Base de dados e jurisprudência do UniCEUB. Disponível em: <http://www.uniceub.br/curso/mestrado/casoteca/Cas01_EstudosdeCaso.aspx>. Acesso em 17 de maio de 2011.

FREITAS FILHO, Roberto. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. Seminário: **Racionalidade das decisões do STF em decisões relativas às políticas públicas de natureza prestacional, à luz do prescritivismo universal de Richard Hare**. Rio Grande do Sul: UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS, 31 de out. 2011.

_____. **Políticas públicas e discriminação**. Texto no prelo.

_____. Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 44, n. 175, jul./set. de 2007.

_____; et. al. *L'organization mongiale du commerce: un révélateur des divergences internes aux pays en développement*. In: Revue Internationale de Droit Économique, v. XXII, 2008.

_____; LIMA, Thalita M.; PRADO, Wagner J.; GONÇALVES, Thiago de O.; LIRA, Daiane N. de; ARAÚJO, Felipe D.; VIEIRA, Patrícia R.; e COSTA, Roberta P. N. Políticas públicas e protagonismo judicial no STF: relatório de pesquisa do grupo de estudo e pesquisa em políticas públicas e hermenêutica. In: **Revista Universitas Jus**. Brasília: UniCeub, n. 22, jan/jul. 2011.

_____; LIMA, Thalita Moraes. Metodologia de Análise de Decisões – MAD. In: **Revista Universitas Jus**. Brasília: UniCeub, n. 21, jul./dez. 2010.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça de Rawls: um breve manual da filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARRAFA, Volnei. **Contra o monopólio da saúde: temas para debate**. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

GOLDSTEIN, Laurence; et. al. **Lógica: conceitos-chave em filosofia**. Trad. Lia Levy. Porto Alegre: Artmed, 2007.

GONÇALVES, Gisela. **Comunitarismo ou liberalismo?**. Portugal: Universidade da Beira Interior, set. 1998, p.1. Disponível em: <<http://bocc.ubi.pt/pag/goncalves-gisela-COMUNITARISMO-LIBERALISMO.html>>. Acesso em 12 de julho de 2010.

GONÇALVES, Thiago de Oliveira. **A absoluta prioridade dos direitos da criança, do adolescente e do jovem: análise empírico-normativa da aplicação judicial da norma atribuída ao art. 227 da Constituição**. 2011. 187 p. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília.

GRAY, John. What is dead and what is living in liberalism?. In: _____. **Post-liberal: Studies in Political Thought**. London: Routledge, 1993.

GUALDA, Diego de Lima. **Individualismo Holista: uma articulação crítica do pensamento político de Charles Taylor**. 2009. 298 p. Dissertação. (Mestrado em Ciência Política). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

GUERRA, Pablo. **Corrientes del Pensamiento Contemporáneo (XI): El gran debate filosófico de actualidad: comunitarismo vs. Liberalismo**. Disponível em: <<http://pabloguerra.tripod.com/C11.htm>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Trad. Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GUIZARDI, Francini L.; e PINHEIRO, Roseni. Quando dádiva se transforma em saúde: algumas questões sobre a integralidade e o cuidado nas relações entre sociedade e Estado. In: MATTOS, Ruben Araujo; e PINHEIRO, Roseni. **Cuidado: as fronteiras da integralidade**. São Paulo: HUCITEC, IMS, e ABRASCO, 2004.

GUTMANN, Amy. Communitarian Critics of Liberalism. In: **Philosophy and Public Affairs**. Blackwell Publishing, v. 14, n. 3, 1985.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade I**. Trad. Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 113-168.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade II**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, cap. III.

HARE, Richard Mervyn. **Ética: problemas e propostas**. Trad. Mário Marscherpe e Cleide Antônia Rapucci. São Paulo: UNESP, 2003.

_____. **A linguagem da moral**. Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Moral thinking: its levels, method and point*. Oxford: Oxford University Press, 1981.

_____. *Freedom and reason*. Oxford: Oxford University, 1963.

HAYEK, Friedrich Auguste. **O caminho da servidão**. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1984.

HEIDEGGER, Martin. **Introdução à Filosofia**. Trad. Marco Antonio Casanova. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio**. Portugal: Forum da História, 2003.

HEYWOOD, Andrew. **Ideologias políticas: Do liberalismo ao fascismo**. v. 1. São Paulo: Ática, 2009.

_____. **Ideologias políticas: Do feminismo ao multiculturalismo**. v. 2. São Paulo: Ática, 2010.

HOCHMAN, Gilberto. **A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil**. São Paulo: HUCITEC-ANPOCS, 1998.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Sala de Imprensa: **Estimativas das Populações dos Municípios em 2011**. De 31 de agosto de 2011. Disponível em:

<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1961&id_pagina=1>. Acesso em 10 de out. de 2011.

KRONMAN, Anthony T. **Max Weber**. Trad. John Milton. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

KYMLICKA, Will. **Filosofia Política contemporânea: uma introdução**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

LEAL, Mônica Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. In: **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 4, n.17, jul./set. 2004.

LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria C. **Promoção de saúde, ou, a negação da negação**. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. O direito fundamental à saúde segundo o STF. In: SARMENTO, Daniel; e SARLET, Ingo W. **Direitos Fundamentais no STF: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIRA, Daiane Nogueira de. **A audiência pública da saúde e o controle jurisdicional das políticas públicas de saúde.** Disponível em: <<http://www.carreirasjuridicas.com.br/downloads/dia08oficina13texto4.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2011.

LIVET, Pierre. **As normas: análise da noção, estudo de textos:** Wittgenstein, Leibniz, Kelsen, Aristóteles. Trad. Fábio dos S. C. Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Oráculo de Delfos: O Conselho de Estado no Brasil Império.** São Paulo: Saraiva, 2010.

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

_____. **Direitos Sociais: teoria e prática.** São Paulo: Método, 2006.

_____. **As palavras e a lei: Direito, Ordem e Justiça na História de Pensamento Jurídico Moderno.** São Paulo:Ed. 34/Edesp, 2004.

_____. Os Conselhos de Participação Popular: Validade jurídica de suas decisões. In: **Revista de Direito Sanitário**,v.1, n.1, nov. de 2000.

_____. A função política do poder Judiciário. In: FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário.** 3 ed. São Paulo: Ática, 1997.

_____. **Direito e Transformação Social.** Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997.

_____. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Faria (org.). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça.** São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética. In: **Direito & Justiça**, ano XXVII, v. 31, n.1, p. 67-119, 2005.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto C. **Saúde e responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.** v. 13. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

LUCENA, Cíntia. Direito à saúde no Constitucionalismo Contemporâneo. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O direito à vida digna.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory.** Oxford: Clarendon Series, 2003.

MACEDO, Ubiratan Borges de. O liberalismo moderno. In: **Cadernos Liberais.** v. 2. São Paulo: Massao Ohno Editor, 1997.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da virtude: um estudo em teoria moral.** 3 ed. Bauru/SP: EDUSC, 2004.

MARCONDES, Danilo. **A pragmática na filosofia contemporânea.** Filosofia passo-a-passo. v. 59. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

_____. **Iniciação à História da Filosofia: Dos pré-socráticos a Wittgenstein**. 7 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

_____. **Filosofia Analítica**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

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

MARKY, Thomas. **Curso Elementar de Direito Romano**. São Paulo: Ed. Busha-tsky, 1971.

MARTEL, Letícia de C.V. **São os direitos como trunfos disponíveis? Reflexões à luz da teoria dos direitos de Ronald Dworkin**. In: XVI Congresso Nacional do CONPEDI, 2007, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007.

MARTINS, Ives Gandra. Da saúde. In: BASTOS, Celso Ribeiro de; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998.

MATTEUCCI, Nicola. Liberalismo. In: BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de Política**. v. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 12 ed, 2004.

MCCARTHY, T. Kantian constructivism and reconstructivism: Rawls and Habermas in dialogue. In: *Ethics*, 1994.

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

MELO, Enirtes Caetano P. de. Políticas de saúde pública. In: FIGUEIREDO, Nélia Maria A. de. **Ensinando a cuidar em saúde pública**. São Paulo: Yendis, 2005.

MENDES, Eugênio Vilaça. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. In: ____ (org). **Distrito Sanitário: O processo social de mudanças das práticas sanitárias do Sistema Único de Saúde**. 3 ed. São Paulo-Rio de Janeiro: HUCITEC-ABRASCO, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. CASA CIVIL. **Revista Jurídica Virtual**. Brasília: Subchefia para Assuntos Jurídicos, vol. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm.

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. "Transdisciplinaridade" (verbete). In: **Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil**. São Paulo: Midiamix Editora, 2002, <http://www.educabrasil.com.br/eb/dic/dicionario.asp?id=75>. Acesso em: 4/09/2010.

MERHY, Emerson Elias. **A saúde pública como política: um estudo de formuladores de políticas: os movimentos sanitários, os modelos tecno-assistenciais e a formação das políticas governamentais**. São Paulo: HUCITEC, 1992.

- MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Coimbra: Edições 70, 2006.
- MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. Brasília: Senado Federal.
- MIRANDA, Ponte de. **Tratado de direito privado: Parte especial: Direito das coisas: usufruto, uso habitação e renda sobre imóvel**. Tomo XIX. Campinas: Bookseller, 2002.
- _____. **Tratado de direito privado: Parte especial: Direito das coisas: propriedade e aquisição de propriedade imobiliária**. Tomo XIX. Campinas: Bookseller, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses transindividuais: O Estado e o Direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1996.
- NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NAGEL, Thomas. **O mito da propriedade: Os impostos e a justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- NEDEL, José. **A teoria ético-política de John Rawls: Uma tentativa de integração de liberdade e igualdade**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- NINO, Carlos Santiago. **Introducción al análisis del derecho**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007
- NOBRE, Milton. Discurso do Conselheiro. In: CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução de Demandas de Assistência à Saúde: Documento**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/comissoes/forum_saude/documentos/discurso_Cons_milton.pdf. Acesso em 03 de dezembro de 2010.
- NOGUEIRA, Roberto Passos. Critérios de justiça distributiva em saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão 1591**. Brasília, março de 2011.
- _____; et. al. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise: Vinte anos da Constituição Federal**. 17 ed. v. 1. Brasília: IPEA, s.d.,
- NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.
- NUSSBAUM, Martha C. **A fragilidade da bondade: fortuna e ética na tragédia e na filosofia grega**. Trad. Ana A. Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- OLIVEIRA, Jaime A. Reformas e reformismos: para uma teoria política da Reforma Sanitária (ou, reflexões sobre a Reforma Sanitária de uma perspectiva popular). In: COSTA, Nilson do Rosário; et. al (org). **Demandas populares, políticas públicas e saúde**. v.1. Petrópolis: Vozes e ABRASCO, 1989.
- OLIVEIRA, Luciano. Não me fale do Código de Hamurabi! – a pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em direito. In:_____. **Sua excelência e comissário: e outros ensaios de sociologia jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Manfredo A. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loylo, 2006.

OLIVEIRA, Nythamar. **Paso-a-passo 18: Rawls**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PAIM, Janilson Silva. Bases conceituais da reforma sanitária brasileira. In: FLEURY, Sonia (org). **Saúde e democracia: a luta do CEBES**. São Paulo: Lemos, 1997.

_____; e ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A crise da saúde pública: e a utopia da saúde coletiva**. Salvador: Casa da qualidade, 2000.

PARIJS, Philippe Van. **O que é uma sociedade justa? Introdução a prática da filosofia política**. São Paulo: Ática, 1997.

PASSERON, Jean-Claude. **O raciocínio sociológico: o espaço não popperiano do raciocínio natural**. Rio de Janeiro: Vozes, 1995.

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

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. **Direito Sanitário: a relevância do controle nas ações e serviços de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Interpretações sobre o Brasil. In: LOUREIRO, Maria Rita (org.). **50 anos de ciência no Brasil (1946-1996): pensamento, instituições, depoimentos**. Petrópolis: Vozes, 1997.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: UPF, 2003.

POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens da nossa época**. 4 ed. Trad. F. Wrobel. Rio de Janeiro: Campus

POPPER, Karl R. **A lógica da investigação científica**. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

PORFÍRIO, Fernando. São Paulo sedia encontro sobre demandas de saúde. In: **Conjur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-nov-18/cnj-reune-especialistas-discutir-conflitos-judiciais-saude>>. Acesso em 02 de dezembro de 2010.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. **Teoría del Derecho: enfoques y aproximaciones**. Buenos Aires, Argentina: LexisNexis, 2005.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. Obrigação jurídica e o dever de agir com equidade (fair play). Trad. Wladimir Barreto Lisboa. In: **Estudos Jurídicos**. Unisinos. v. 40, n.1, jan-jun., 2007.

_____. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O liberalismo político**. 2 ed. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

_____. Resposta a Habermas. In: **Educação & Sociedade: Revista Quadrimestral de Ciência da Educação**, ano XVII, nº 57/especial, dezembro/96.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 1998.

REESE-SCHÄFER, Walter. **Compreender Habermas**. 2 ed. Trad. Vilmar Schneider. Petropolis: Vozes, 2009.

REZENDE, Conceição Aparecida Pereira; e TRINDADE, Jorge. Manual de atuação jurídica em saúde pública. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Direito sanitário e saúde pública**. v. 2. Brasília: Ministério da Saúde, 2003.

RICOEUR, Paul. **Do texto à acção: ensaio de hermenêutica II**. Trad. Alcino Cartaxo e Maria José Sarabando. Portugal: RÉS, [s.d].

RODRIGUEZ NETO, Eleutério. **Saúde: promessas e limites da Constituição**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003, p. 31.

RODRÍGUEZ, Ricardo Vélez. **Tópicos da filosofia contemporânea**. Londrina: UEL, 2001.

RORTY, Richard. **Filosofia como política cultural**. Trad. João Carlos Pijnappel. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2 ed. Bauru: EDIPRO, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A constituição reinventada pela jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANDEL, Michael. **El liberalismo y los límites de la justicia**. Barcelona: Gedisa, 2000.

SANTOS, Lenir; e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos: aspectos jurídicos, administrativos e financeiros**. Campinas, SP: Instituto do Direito Sanitário Aplicado, 2007.

_____. Vinte anos do SUS: O Sistema de Saúde no Brasil no Século XXI. In: **Boletim de Direito Administrativo**, jul. de 2009.

SCHEFFER, Mario; e BAHIA, Lígia. Planos e seguros privados de saúde no Brasil: lacunas e perspectivas da regulamentação. In: HEIMANN, Luiza Sterman, et. al. (org). **O público e o privado na saúde**. São Paulo: HUCITEC, 2005.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZMAN, Simon. **As causas da pobreza**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

SEN, Amartya. Por que equidade na saúde?. In: SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: A ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Frederico A. Barbosa da; e ABREU, Luiz Eduardo de L. A. Saúde: capacidade de luta – A experiência do Conselho Nacional de Saúde. In: IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Texto para discussão 933**. Brasília, dez. de 2002, p. 7-26. Disponível em: <www.ipea.gov.br>. Acesso em 23 de julho de 2011.

_____; et. al. A Constituição e a democracia cultural. In: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise: Vinte anos da Constituição Federal**. 17 ed. v. 2. Brasília: IPEA, s.d.

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

_____; ELLERY, Herton; MIDDLEJ, Suylan. A Constituição e a democracia cultural. In: IPEA. DIRETORIA DE ESTUDOS E POLÍTICAS SOCIAIS. *Políticas Sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. v. 2. Brasília: IPEA, 2009.

SILVA, José Afonso da. Art. 196. In: **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, Sidney Reinaldo da. **Formação moral em Rawls**. Campinas: Editora Alínea, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre transformação social e obstáculo à realização de direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS. Profissional e gestor: Elenco de Medicamentos. In: **Portal da saúde**. Disponível em: <
http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/situacoes_clinicas_ceaf_grupo_1_2.pdf>.
Acesso em 10 set. de 2011.

SIVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Cláudio P. de. (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Neoconstitucionalismo e controle de políticas públicas. In: **Revista de Direito Público de Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 5, n. 17, jan./mar. 2007.

STERBA, James P. Filosofia Política In: AUDI, Robert (org.). **The Cambridge Dictionary of Philosophy**. Trad. João Paixão Neto. São Paulo: Paulus, 2006.

TAYLOR, Charles. **A ética da autenticidade**. Trad. Talyta Carvalho. São Paulo: É Realizações, 2011.

_____. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. 2 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

_____. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail U. Sobral. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. **Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento**. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

_____. **Hegel and Modern Society**. Reino Unido: Cambridge University Press, 1979.

_____. Atomism. In: **Philosophical Papers**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

_____. **Hegel**. Reino Unido: Cambridge University Press, 1975.

TORRES, Pedro M. La política de políticas públicas: propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad. In: **Série Políticas Sociales n. 93**. ONU: Cepal, 2004.

VALEIRÃO, Kelin. **Sobre a antinomia: liberalismo versus comunitarismo**. Disponível em: < <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/cienciassociais/0021.html>>. Acesso em 27 de setembro de 2010.

VALLESPÍN, Fernando. Introducción. In: DWORKIN, Ronald. **Ética privada e igualitarismo político**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1993.

VENTURI, Elton. **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2008.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALTON, Douglas N. **Lógica Informal: Manual de argumentação crítica**. Trad. Ana Lúcia R. Franco e Carlos A. L. Salum. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

WALZER, Michael. **Esferas da Justiça: Uma defesa do pluralismo e da igualdade**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário**. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

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

WEBER, Max. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: UnB, 2004. v. 1.

_____. **Metodologia das ciências sociais, parte 2**. 2 ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual de Campinas, 1993.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde _ O desafio de compreender um direito com duas faces. In: **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo: Usp, Jul./Out. 2008, v. 9, n. 2, p.99.

WOLFF, Jonathan. **Introdução à filosofia política**. Lisboa: Gradiva, 2004.

XIMENES, Julia Maurmann. **Levantamento de dados na pesquisa em direito: a técnica da análise de conteúdo**. Brasília, 2011, no prelo.

_____. **O comunitarismo & dinâmica do controle concentrado de constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Z Aidan Filho, Michel. **Honneth, Habermas e a dimensão política do reconhecimento. In Gramsci e o Brasil**. Disponível em:

<<http://www.acesa.com/gramsci/?id=679&page=visualizar>>. Acesso em 23 de outubro de 2010.