UniCEUB – Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
Programa de Mestrado em Direito

CAMILLA JAPIASSU DORES

OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE AOS OLHOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um serviço acessível a todos?

BRASÍLIA - DF
2013

CAMILLA JAPIASSU DORES

OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE AOS OLHOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um serviço acessível a todos?

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

BRASÍLIA - DF

2013

DORES, Camilla Japiassu.

Os limites do direito à saúde aos olhos do Supremo Tribunal Federal: um serviço acessível a todos? Brasília: o autor, 2013.

129 f.

Dissertação apresentada para obtenção do grau de Mestre em Direito do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Roberto Freitas Filho.

CAMILLA JAPIASSU DORES

OS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE AOS OLHOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: um serviço acessível a todos?

Dissertação apresentada como requisito obrigatório para a obtenção do grau de Mestre em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília-DF, de de 2013.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Roberto Freitas Filho

Orientador

_____

Prof. Dr.

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

_____

Prof. Dr.

Membro Externo

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho representa o produto de mais de dois anos de dedicação e estudo que contribuiriam imensamente para meu crescimento profissional e pessoal. Dificilmente chegaria ao resultado alcançado sem o apoio do meu orientador, Professor Roberto Freitas, cujas aulas consistiram em fonte de inspiração para a delimitação e amadurecimento do meu tema.

Quero agradecer também a pessoas queridas que estiveram ao meu lado durante esta trajetória que, na verdade, teve início quando eu ingressei, com os meus seis anos, na escola formal. Meus agradecimentos ao meu irmão Thiago, pelo entusiasmo e pela forma como demonstrou apostar em mim durante estes 29 anos. Ao meu noivo Francisco, pela compreensão face à minha ausência e pelo constante incentivo. À minha mãe, Maria do Socorro, pela dedicação, cuidado e amor imensuráveis, e ao meu pai, Moacir, meu companheiro de estudos, meu mestre, aquele que me ensinou a nunca deixar de sonhar e a almejar vôos cada vez mais altos, sempre com muita determinação.

Muito obrigada!

RESUMO

A judicialização das políticas públicas de saúde chegou ao Supremo Tribunal Federal. A dimensão do debate aumenta de forma exponencial e, paralelamente, também surgem críticas à postura assumida pelos magistrados e às consequências desse movimento. Este trabalho estuda os limites do direito à saúde delineados nas decisões proferidas pelos ministros da Suprema Corte brasileira. No primeiro capítulo, o estudo volta-se para o sistema de saúde brasileiro e a concepção do direito à saúde na Constituição de 1988, com foco na exclusão social e no papel de domínio exercido pelo conhecimento médico. No segundo, há descrição: i) do contexto no qual se inserem as demandas que envolvem o direito à saúde; ii) da pesquisa dos acórdãos que tratam do tema; e iii) da análise da coerência das decisões do STF à luz da Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare. Por fim, com base no estudo das decisões da Suprema Corte sobre saúde, o terceiro capítulo refere-se à investigação dos limites da interpretação das normas jurídicas, tendo como alicerce o princípio da integridade de Ronald Dworkin.

Palavras-chave: Saúde. Limites do direito à saúde. Supremo tribunal Federal. Teoria da Linguagem Moral. Coerência. Limites da interpretação das normas jurídicas. Integridade.

ABSTRACT

Judicialization of public health policies came to the Supreme Court. The dimension of the debate increases exponentially and, at the same time, there are also criticisms to the posture taken by magistrates and the consequences of this movement. This work studies the limits of right to health outlined in decisions made by the Ministers of the Supreme Court. In the first chapter, the study back to the Brazilian health system and the design of the right to health in the Constitution of 1988, with a focus on social exclusion and on domain role exercised by the medical knowledge. In the second, there is a description: i) of the context in which the demands involving the right to health; ii) the research of judgments dealing with the topic; and iii) the analysis of the consistency of the decisions of the Supreme Court in the light of the theory of Moral Language of Richard Hare. Finally, based on the study of Supreme Court decisions on health, the third chapter refers to the investigation of the bounds of the interpretation of legal provisions, based on the principle of integrity of Ronald Dworkin.

Keywords: *Health. Limits of the right to health. The Federal Supreme Court. Theory of Moral Language. Coherence. Limits of interpretation of legal norms. Integrity.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 9

CAPÍTULO I 13

A ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO 13

1.1 A construção do sistema de saúde no Brasil 15
1.2 Controle e exclusão: o contexto do sistema de saúde anterior ao movimento sanitarista 18
1.3 O movimento sanitarista e a Constituição Federal de 1988: a redefinição da exclusão 23
1.4 Um sistema de saúde para todos? 28
1.5 O saber médico como instrumento de controle sobre a vida e a morte: o novo soberano 30
1.6 Os limites do direito à saúde após a Constituição Federal de 1988: uma concepção de saúde ainda atrelada à reabilitação do corpo enfermo 39

CAPÍTULO II 48

OS LIMITES DA SAÚDE AOS OLHOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO À LUZ DA TEORIA DA LINGUAGEM MORAL 48

2.1 Definição do método 48
2.1.1 Justificativa da pesquisa 48
2.1.2 Metodologia de Análise das Decisões (MAD) 48
2.1.3 A Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare como fornecedora do instrumental analítico para operacionalização da MAD 50
2.2 Aplicação da MAD para apreciação da posição do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites do direito à saúde 57
2.2.1 Os argumentos dos autores 57
2.2.2 Os argumentos dos réus: União, Estados, Distrito Federal e Municípios 59
2.2.3 As decisões e os fundamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal 62
2.2.4 A ampliação do debate: o caminho para uma postura diferente. ... 74

CAPÍTULO III 79

JUDICIÁRIO E IMAGINAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS E DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE..... 79

3.1 Os limites da interpretação das normas jurídicas e o perigo da superinterpretação: a função da linguagem no Direito 79

3.2 A Justiça distributiva e a contribuição do princípio da integridade para a delimitação do conceito de direito à saúde 93

3.3 O Supremo Tribunal Federal e o desafio de dizer o que é saúde 103

CONSIDERAÇÕES FINAIS 117

REFERÊNCIAS..... 120

INTRODUÇÃO

A judicialização das políticas públicas encontrou no âmbito da saúde pública um alvo certo para seu desenvolvimento. A ampla gama de dispositivos constitucionais que tutelam o direito à saúde, muitas vezes interpretados de forma igualmente elástica, bem como o contexto da saúde brasileira marcado pela escassez de recursos orçamentários colocaram nas mãos do Poder Judiciário uma tarefa de solução temerosa: definir a prestação dos serviços de saúde. Ao lado do crescimento da atuação do Poder Judiciário na delimitação do direito à saúde e no próprio fornecimento desses serviços, aumentam exponencialmente as criticas à essa postura assumida pelos magistrados brasileiros.

Nesse contexto, até que ponto é possível um juiz compelir o Estado ao fornecimento de determinado medicamento ou insumo, ou a internação de um paciente em uma UTI, se a Secretaria de Saúde se recusa a obedecer essa ordem? E se não houver recursos orçamentários suficientes? E se o medicamento em comento for importado e custar o equivalente à parcela significativa do orçamento daquele Estado para a prestação de serviços de saúde a toda a população? Deve se levar em consideração o fato desse orçamento não suportar custear o mesmo tratamento solicitado pelo litigante a todos os outros cidadãos que padecem do mesmo mal ou gozam de um estado de saúde semelhante?

Tais questionamentos ainda encontram-se sem resposta. Isso porque a concepção do direto à saúde adotada pelos magistrados parece estar muito distante daquela visão partilhada pelos demais atores sociais sobre o tema. Em verdade, a ausência de critérios racionalmente bem fundamentados a embasar as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal tem acarretado a prevalência da concepção do direito à saúde como um direito absolutamente prioritário e cuja efetivação deve ser garantida a qualquer custo pelo Poder Público.

O direito à saúde como direito fundamental cuja titularidade é atribuída a todos os indivíduos, de forma igualitária, mediante atendimento integral, gestão descentralizada e participação social, tal como preconizado pela Constituição Federal de 1988, encontra sérios desafios para a sua efetivação.

A depender da situação, essas diretrizes lançadas pela Constituição dão origem a formas distintas de concepção do direito à saúde e destinam-se a servir interesses diversos. Na seara jurídica, como nos julgamentos das demandas de saúde pelo STF, esse direito tende a ser visto como um direito absoluto, o qual deve se sobrepor aos demais em qualquer situação, sobretudo por estar intimamente ligado ao bem estar e, em última análise, à própria vida; mas pode ter seus fundamentos relativizados a ponto de seu conteúdo ser esvaziado por completo, no momento em que a realidade da saúde brasileira tece barreiras cada vez mais intransponíveis a determinados segmentos da população, aumentando o descrédito no desenvolvimento de políticas públicas universais.

Nesse sentido, aqueles cidadãos que se vêem às margens do sistema público de saúde e não podem arcar com os custos da cobertura de planos privados de saúde acabam batendo às portas do Poder Judiciário, demandas essas que chegam à Suprema Corte para que seja dada a última palavra sobre o tema, ainda que não haja critérios claros para se decidir.

O dissenso atual acerca da ideia do que representa a saúde e do próprio desenvolvimento do sistema de saúde tem origem na elaboração da Constituinte de 1988. Destarte, surgem duas concepções antagônicas de direito à saúde: os privatistas e o os sanitaristas. Os primeiros ligam-se às concepções do Estado Liberal e os segundos ao de Estado Social. Tais concepções, contudo, fundamentam visões parciais e restritas da saúde, incompatíveis com as próprias bases constitucionais, notadamente a da participação social. De fato, ambas implicam numa distorção comum: enxergam o cidadão como cliente do Estado e, consequentemente, do sistema de saúde.

Destarte, uma mudança na própria concepção do alcance do conceito de direito à saúde é um passo importante para a valorização da participação social e para a construção de um sistema de saúde decorrente de políticas públicas condizentes com as diretrizes constitucionais. Isso porque, assim como toda política pública deve ser justificada e racionalmente fundamentada à luz das premissas

traçadas pela Constituição para esse setor, as decisões judiciais sobre o tema devem seguir o mesmo raciocínio.[1]

As decisões proferidas nas demandas de saúde pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal e instância última de análise da matéria, devem ser pautadas por critérios objetivos e racionalmente fundamentados, em observância às normas administrativas que regem o Sistema Único de Saúde, tendo em vista a repercussão dessas decisões em seu planejamento e administração.

A atuação do Supremo Tribunal Federal é, portanto, um rico objeto de estudo, a partir do qual pode ser tecido um panorama dos conflitos que envolvem o direto à saúde, sobretudo em razão do extenso debate que já fora travado nas instâncias anteriores e cujos argumentos tendem a se perpetuar na última instância.

Essa análise pode ser mais bem alcançada com o auxílio da Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare e a Teoria do Direito como Integridade de Ronald Dworkin, que fornecem ferramentas importantes para a avaliação da prática judicial e dos aspectos materiais e procedimentais que envolvem a construção do direito à saúde.

A partir da leitura das decisões proferidas pelos Ministros da Suprema Corte sobre a matéria é possível imaginar como o Poder Judiciário pode lidar com as políticas públicas de saúde e a delimitação do conceito desse direito fundamental de forma a se afastar do abstencionismo do Estado Liberal sem estimular ainda mais o paternalismo estatal já superado pelo Estado Democrático de Direito.

Destarte, no primeiro capítulo, este estudo voltar-se-á para a compreensão da construção do sistema de saúde brasileiro e a concepção do direito à saúde conforme as bases lançadas pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, argumenta-se que a exclusão do sistema de saúde deu-se não apenas na sua própria estrutura, pela forma como eram concebidas as políticas públicas, mas também nas microestruturas, por meio do domínio exercido pelo conhecimento médico, contribuindo para que os cidadãos estivessem mais uma vez submetidos à

[1] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário: a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito na Universidade de Brasília, 2009, p. 18.

condição de objeto da tutela estatal. Sustenta-se, ainda, que o sistema de saúde continua a ser um mecanismo de controle e exclusão, não obstante ter assumido uma forma mais sutil após a normatização das diretrizes de igualdade e universalidade no atendimento à saúde pela Carta da República.

O segundo capítulo destina-se à investigação das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em demandas envolvendo o direito à saúde, abarcando decisões plenárias e monocráticas, as quais versam sobre pedidos de medicamentos formulados em face da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, diversos tratamentos médicos, internação em UTI's, funcionamento de hospitais públicos e, até mesmo, transporte especial para a realização de tratamento médico. Desse modo, pretende-se analisar a racionalidade do discurso jurídico que permeia as decisões dos ministros da Suprema Corte, o qual culmina no atendimento ou na denegação dos pleitos dos demandantes, à luz da Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare, a qual se baseia na prescritividade e universalizabilidade dos juízos morais, isto é, na tentativa de encontrar uma prescrição para quaisquer situações similares, em suas propriedades universais relevantes, à que temos em mãos.

Por fim, o terceiro capítulo, em observância às bases do sistema de saúde lançadas na primeira parte do trabalho e a análise jurisprudencial realizada no segundo, refere-se ao estudo dos limites da interpretação das normas jurídicas e da possibilidade de delimitação do conceito de direito à saúde à luz do princípio da integridade de Ronald Dworkin. O intuito dessa parte final da pesquisa é tentar pensar um sistema de saúde nas bases constitucionais do acesso universal e igualitário, mediante atendimento integral e participação social, considerando o Direito como ferramenta de imaginação e de mudança institucional e social.

Não pretendemos analisar se o Poder Judiciário representa ou não o melhor caminho para a efetiva realização do direito à saúde, mas tão somente verificar se o discurso jurídico por trás das decisões dos ministros da Suprema Corte no sentido de deferir ou não um pedido afeto à saúde está justificado de acordo com critérios objetivos e claros, isto é, se ajusta-se ao conceito de integridade.

CAPÍTULO I

A ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O paradigma[2] do Estado Liberal do século XIX inaugura o constitucionalismo moderno. Com suas bases nas ideias iluministas, segue uma lógica formal centrada na autonomia individual e na intervenção mínima do Estado. Nesse contexto de aparente neutralidade estatal, não há espaço para um direito à saúde, mas apenas a liberdade para adquirir os serviços de saúde.

O fracasso do modelo constitucional liberal levou ao desenvolvimento do Estado Social, identificado com as Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919[3]. Esse novo modelo de Estado decorre da premente necessidade de corrigir os abusos que a concepção de igualdade formal permitiu, no intuito de garantir a materialização dos direitos de liberdade e igualdade. Dessa forma, surgem os chamados direitos de segunda dimensão, isto é, os direitos sociais, que demandam uma ação positiva do Estado, mediante a elaboração de políticas públicas prestacionais para a sua satisfação, desviando o foco de análise da esfera legislativa do Estado para a sua esfera executiva.

---

[2] O conceito de paradigma seria constituído pelas pré-compreensões que integram o pano-de-fundo da linguagem. De fato, "esse pano-de-fundo compartilhado de silêncio, na verdade, decorre de uma gramática de práticas sociais que realizamos todos os dias sem nos apercebemos dela e que molda o nosso próprio modo de olhar, a um só tempo, aguça e torna precisa a nossa visão de determinados aspectos, cegando-nos a outros, e isso é parte da nossa condição humana." (CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *In: Fórum administrativo*. Ano I. nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001, p. 14-15)

[3] O Estado de Bem-Estar (*Welfare State*), Estado Social, ou Estado de Providência pode ser definido como um modelo de Estado que tem por objetivo garantir condições mínimas de alimentação, saúde, habitação, educação, que devem ser assegurados a todos os cidadãos não como benesse estatal, mas como direito político inerente ao ser-cidadão. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI; Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, v. 2, p 416).

O Estado Democrático de Direito surge como resposta à crescente crise de legitimação do Estado Social[4], oriunda do aumento exacerbado da atuação estatal, que culminou na redução dos indivíduos à condição de clientes do Estado. Os cidadãos passaram a ser um objeto da tutela estatal. O constitucionalismo social se depara atualmente com diversos desafios relacionados à cidadania, à democracia e à dicotomia público/privado, com o surgimento de novas categorias de direitos que se distanciam dessa antiga oposição. Hoje, portanto, não se fala em direitos negativos e direitos positivos. Há uma imbricação inevitável, visto que todos os direitos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los.

Com efeito, a intenção da primeira parte deste estudo é entender como se deu no Brasil a construção de um sistema de saúde que, mesmo após a reforma sanitarista da década de 80, mantém os segmentos menos abastados da população à margem de grande parte de seus serviços[5], excluídos apesar da diretriz de atendimento universal e igualitário preconizado pela Constituição Federal de 1988,

---

[4] "O Estado Social passou por significativas transformações ao longo do tempo. Pode-se dividir esta história em duas grandes fases. Uma que vai de seu surgimento até sua consolidação e as primeiras décadas gloriosas. Outra que emerge com o esgotamento de suas estratégias ante o início da crise da matriz energética, o desenvolvimento tecnológico e a transformação da economia capitalista. A primeira fase foi marcada por sua instalação, aprofundamento de mecanismos de intervenção e alargamento de seus conteúdos. Na segunda, quando seus sucessos já não são tão marcantes ou, até mesmo, trazem-lhe dificuldades, é que se vê o projeto do Estado Social envolto em tensões que fazem transitar o debate acerca da sua realização do âmbito executivo – da política – para o jurisdicional – da judicialização, pondo em evidência os limites e dificuldades que tal desvio de rota acarreta, pois, para a doutrina jurídica, o Constitucionalismo Social traz até hoje problemas, como, por exemplo, o que respeita ao caráter eficacial das normas constitucionais a partir de uma estrutura classificatória das normas que desprivilegia o papel dos 'programas' sociais e a substancialidade das próprias Constituições, dentre outros aspectos [...] Experimenta-se um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo, da construção legislativa de promessas à disputa por sua concretização, em um primeiro momento no âmbito da administração (executivo) envolta em projetos de reforma do Estado e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, nos limites da jurisdição, em busca de promessas perdidas." E conclui-se que "O Estado Democrático de Direito apresenta-se como uma nova fase histórica do Estado de Direito, o qual já havia passado por seu nascedouro como Estado Liberal de Direito e, após, como Estado Social de Direito, marcado pelo enfrentamento dos dilemas irresolvidos, bem como pelas crises enfrentadas por este último [...]". (MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do**.** O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali.* Vol 12, nº 2, jul/dez 2007, p. 254-256)

[5] Nesse sentido, Gustavo Amaral, citando Cristovam Buarque, esclarece que: "O Brasil tem padrões de Primeiro Mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da Aids; ou nos assuntos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação, a saúde." (BUARQUE, Cristovam. A lógica da vergonha. *In*: *Folha de São Paulo*, 22 de dezembro de 1999, p. 1-3. *Apud.* AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17)

que inovou ao prever a integralidade do sistema, descentralização de sua gestão e participação popular, em seus artigos 196 a 198.

1.1 A construção do sistema de saúde no Brasil

A prestação dos serviços de saúde à população brasileira é materializada por um sistema de saúde cujas diretrizes a própria Carta da República define. Tal sistema pode ser financiado pelo Estado ou por pessoas privadas. No primeiro caso, temos o sistema público de saúde – SUS, que deve oferecer seus serviços a todos os cidadãos (artigos 196 a 198 da CF). Por outro lado, temos o sistema privado, que funciona de forma suplementar ao SUS (artigo 199 da CF) e cuja oferta de serviços depende de contraprestação pecuniária – pelo próprio SUS, pelo usuário ou pelos planos privados de saúde.

A saúde no Brasil passou por diversas fases e, atualmente, possuímos questões a serem desenvolvidas e deficiências a serem sanadas. Mas repensar o sistema de saúde não é tarefa fácil, uma vez que, de certa forma, somos reféns dele, seja público ou privado. E ainda temos de comemorar esse estado de submissão, de redução à condição de clientes do Estado, pois a vida longe da assistência à saúde que o sistema oferece é extremamente difícil.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito, cujo ordenamento jurídico prevê como um dos objetivos fundamentais promover uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, identificado pela prevalência dos direitos humanos e pela cooperação entre os povos pelo progresso da humanidade, encontra-se imerso em dilemas para a efetivação das promessas constitucionais. Nesse sentido, leciona Jose Luis Bolzan de Morais:

> Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo, na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.[6]

[6] MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do**.** Op.cit., p. 256.

Verifica-se, portanto, que ainda nesse modelo estatal convive-se com a aceitação de certo nível de exclusão, ou seja, um determinado arranjo cujo preço para que uns vivam bem é o perecimento de outros. Há uma margem instransponível de segregação econômica, em que muitas promessas modernas não são usufruídas por uma relevante parcela da população, como é o caso dos serviços de saúde.

E a essa situação de dependência material dos serviços de saúde soma-se a impotência do cidadão em face do conhecimento médico. Como pensar uma saúde melhor, se estamos submetidos a um sistema do qual não podemos abrir mão? Os instrumentos de cura veiculados pelo sistema de saúde proposto pela Constituição Federal, que deveriam estar voltados apenas para a realização do bem comum, fazem parte de um cenário de micropoderes e dominações.[7]

Em verdade, o sistema do direito é um canal permanente de relações de dominação e técnicas de sujeição. Não se trata, entretanto, de uma dominação global de uns sobre os outros, ou de determinado grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Em outros termos, "não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social".[8]

A partir de sua biopolítica, Michel Foucault identifica duas grandes modalidades de exercício do poder: a soberania e a disciplina[9]. O primeiro modelo é jurídico-político, funcionando com uma lógica de repressão típica do período absolutista, por meio do direito, das normas e da coerção. Esse modelo se enfraquece no final do século XVIII, cedendo espaço para a nova forma de exercício do poder: a Disciplina.

---

[7] Pierre Bourdieu entende que o campo científico é um lugar de luta concorrencial, cujo objeto desejado pelos envolvidos nessa luta é o monopólio da autoridade científica, definida como capacidade técnica e poder social. Nesse sentido, afirma que "o universo 'puro' da mais 'pura' ciência é um campo social como outro qualquer, com suas relações de força e monopólios, suas lutas e estratégias, seus interesses e lucros, mas onde todas essas invariantes revestem formas específicas." (BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Renato Ortiz (Org.). São Paulo: Ática, 1983, p. 122).

[8] FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2010, p. 181.

[9] Ibidem, p. 179-191.

Esse novo tipo de poder é obra da burguesia. A disciplina individualiza e busca um controle ininterrupto sobre o corpo, por meio de um domínio das atividades que ele exerce, do tempo, dos movimentos e do espaço, submetendo-o a uma perpétua pirâmide de olhares. Não se pode olvidar, todavia, que a teoria da soberania persiste como ideologia e como princípio organizador dos grandes códigos jurídicos. Temos, portanto, nas sociedades modernas, a partir do século XIX até hoje, a seguinte dicotomia: por um lado, uma legislação, um discurso e uma organização do direito público articulados em torno do princípio do corpo social e da delegação de poder. De outro lado, vislumbramos um sistema minucioso de coerções disciplinares que garanta efetivamente a coesão desse corpo social.[10]

Conta-nos, a propósito, Foucault:

> Nas sociedades modernas, os poderes se exercem através e a partir do próprio jogo da heterogeneidade entre um direito público da soberania e o mecanismo polimorfo das disciplinas [...] As disciplinas são portadoras de um discurso que não pode ser o do direito; o discurso da disciplina é alheio ao da lei e da regra enquanto efeito da vontade soberana. As disciplinas veicularão um discurso que será o da regra, não da regra jurídica derivada da soberania, mas o da regra natural, quer dizer, da norma; definirão um código que não será o da lei mas o da normalização; referir-se-ão a um horizonte teórico que não pode ser de maneira alguma o edifício do direito mas o domínio das ciências humanas; a sua jurisprudência será a de um saber clínico.[11]

Uma condição central para o surgimento da sociedade disciplinar é a instrumentalização do conhecimento para a produção do poder. É a relação entre saber e poder. O poder institucionaliza o saber que, por sua vez, gera mais poder, em um processo circular de produção recíproca[12]. O saber-poder que nos interessa no presente estudo é o médico-hospitalar.

---

[10] FOUCAULT, Michel. Op.cit., 2010, p. 189.

[11] Ibidem, p. 189.

[12] Michel Foucault assevera que “poder e saber encontram-se assim firmemente enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados muito profundamente naquilo que as constitui [...] O inquérito e o exame são precisamente formas de saber-poder que vêm funcionar ao nível da apropriação de bens na sociedade feudal, e ao nível da produção e da constituição do sobre-lucro capitalista.” (FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2012, p. 126).

Segundo Foucault, abandonamos gradativamente os antigos modelos de medicina – a medicina do Estado[13] e a medicina das cidades[14] – para um modelo de medicina social[15], voltado para a população, os pobres, o operário. A hipótese aventada pelo autor consiste no fato de que o capitalismo socializou um primeiro objeto, que foi o corpo enquanto força de produção, força de trabalho. Nesse sentido, "o controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera simplesmente pela consciência ou pela ideologia, mas começa no corpo, com o corpo [...] O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica".[16]

Esse modelo de medicina social, surgido na Inglaterra, voltava-se para a assistência médica ao pobre, controle de saúde da força de trabalho e manutenção da saúde pública, que significava proteger as classes mais abastadas da sociedade dos perigos de doenças e epidemias. Em síntese, uma medicina que exerce "um controle da saúde e do corpo das classes mais pobres para torná-las mais aptas ao trabalho e menos perigosas às classes ricas".[17]

Tal modelo também se estabeleceu no Brasil e manteve-se focado na saúde do trabalhador até praticamente o final da década de 80.

1.2 Controle e exclusão: o contexto do sistema de saúde anterior ao movimento sanitarista

No Brasil, o início do estabelecimento de uma saúde do trabalhador se dá na República Velha. O seguro social surgiu no Brasil em 1923, com a promulgação, pelo Presidente Artur Bernardes, da Lei nº 4.682 de 24 de janeiro, de autoria do Deputado Eloy Chaves, em decorrência da mobilização da classe operária. Essa norma instituiu o sistema de Caixas de Aposentadorias e Pensão (CAPs), organizadas por empresa, por meio de um contrato compulsório e sob a forma

[13] A medicina de Estado desenvolveu-se sobretudo na Alemanha, tendo sido marcada pela sistematização de um saber médico estatal, subordinação dos médicos a uma administração central e integração dos médicos em uma organização estatal. (FOUCAULT, Michel. Op.cit., 2010, p. 84).

[14] Esse modelo de medicina teve origem na França e não se destinava à cura dos indivíduos e seus corpos, mas ao controle das coisas, tais como ar, água, decomposições, fermentos. Tratava-se de uma medicina das condições de vida e do meio ambiente. (Ibidem, p. 95).

[15] O modelo de medicina social surge paulatinamente com a Lei dos Pobres inglesa, em que "um cordão sanitário autoritário é estendido no interior das cidades entre ricos e pobres: os pobres encontrando a possibilidade de se tratarem gratuitamente ou sem grande despesa e os ricos garantindo não serem vítimas de fenômenos epidêmicos originários da classe pobre." (Ibidem, p. 92).

[16] Ibidem, p. 80.

[17] Ibidem, p. 97.

contributiva, atendendo, em um primeiro momento, aos trabalhadores ferroviários e, posteriormente, aos marítimos e estivadores. Entretanto, não se tratava de um benefício automático.[18]

A assistência à saúde passa a ser mais marcante no início da Era Vargas, que trouxe uma centralização das políticas públicas no Ministério da Educação e da Saúde Pública, inaugurado em novembro de 1930[19]. O presidente determinou que a contribuição das CAPs envolvesse a União, o que implicou na assunção pelo Estado de uma parte da receita e na promoção de uma massiva política social, restando em evidência o conceito de seguridade social.[20]

A Constituição promulgada em 1934 instituiu algumas bases para o desenvolvimento social, com consideráveis repercussões no modelo da medicina social. Na mesma época, as CAPs foram unificadas e incorporadas pelos Institutos de Aposentadoria e Pensões – IAPs, que possuíam abrangência nacional. Esse

---

[18] "Entre os objetivos das CAPs estava, além da prestação de benefícios como pensões e aposentadorias, a oferta de 'auxílios', caso do auxílio-natalidade e do auxílio-doença. Os fundos tinham de prover socorro médico para o funcionário e seus dependentes, remédios oferecidos com preço especial, assistência a quem se acidentasse e até uma ajuda para custear funerais. Ou seja, as questões médicas estavam atreladas às da previdência, pelo menos no custeio, o que contracenava com a proposta de um serviço público prestador de atendimento na saúde. E assim elas andaram, juntas, durante muito tempo." (LOTTENBERG, Claudio. *A saúde brasileira pode dar certo.* São Paulo: Atheneu, 2007, p. 21-22). Conta-nos, a propósito, Amélia Cohn que "data, então, da década de 20 a definição dos grandes traços que marcam até os dias de hoje o sistema previdenciário brasileiro. Dentre eles ganham destaque para os fins analíticos aqui propostos: a) instituição, por iniciativa do Estado, da implementação de um seguro social com caráter altamente controlador dos segmentos de trabalhadores dos setores essenciais à economia brasileira, tanto no sentido de disciplinar essa força de trabalho quanto no sentido de lhe assegurar formas mínimas de sobrevivência ante os acidentes e as consequências do esgotamento da sua capacidade para o trabalho [...] c) o acesso do trabalhador e seus dependentes à assistência médica na condição de filiado ao seguro social. No caso das CAPs, organizadas por empresas e, portanto, contando com um volume de recursos insuficiente para a construção de uma infra-estrutura de serviços médicos, estes passam a ser por ela ofertados a partir da compra de serviços privados, sob a forma de credenciamento médico. Datam, portanto, dessa época as raízes da privatização da assistência médica no Brasil, sob a égide da política previdenciária instituída pelo Estado e sem ônus para os cofres públicos; d) o caráter assistencialista e não universalizante do seguro social, que na prática prevalece até hoje, elegendo como população-alvo os grupos de assalariados dos setores de maior peso econômico e politicamente mais mobilizados." (COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). *Saúde no Brasil:* políticas e organização de serviços. 4. ed. São Paulo: Cortez: CEDEC, 2001, p. 15-16).

[19] BERTOLHI FILHO, Cláudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001, p. 24.

[20] "Entretanto, o foco estava nas conquistas trabalhistas e na formulação de caixas de aposentadorias e invalidez. As demandas da saúde ficaram em segundo plano. Mais do que isso: a assistência médica fazia parte de um acordo entre o empregado e empregadores, ainda que o Estado tivesse uma participação na composição dos fundos instituídos para garantir as caixas." (LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 29)

desenvolvimento, contudo, não atingiu toda a população, pois a saúde não era garantida ao cidadão, mas sim ao trabalhador.[21]

A *redemocratização* realizada com o fim da Era Vargas não alterou o perfil das ações do governo no tocante à saúde. Além da permanência das práticas populistas, a política oficial de saúde sofria a forte interferência do *clientelismo*[22]. A Carta Política de 1946, a exemplo das anteriores, não garantiu o direito à saúde, tampouco tratou de forma expressa sobre a matéria. Tal cenário contribuiu para a continuidade e ampliação dos IAPs, que passaram a ser o principal meio de obtenção de serviços de saúde, para o trabalhador regular e seus dependentes. Em face disso, o setor privado da medicina passou a pressionar o governo, buscando uma crescente privatização da prestação do serviço de saúde.[23]

Dessa forma, durante o governo de Getúlio Vargas e de Juscelino Kubistchek, foi ampliada a estrutura das IAPs, especialmente da rede hospitalar, verificando-se a construção da maior parte dos atuais hospitais públicos brasileiros. Esse quadro contribuiu para que, mais uma vez, grande parte da população continuasse desassistida, sem acesso às obras de saneamento e prevenção, tendo em vista a ausência de uniformidade no acesso à saúde pública.[24]

De fato, nesse período a saúde era dividida em dois setores: a saúde pública, orientada pela prática centralizadora do governo, e a assistência médica, destinada

---

[21] Em verdade, os benefícios e prestações de serviços dos IAPs eram atrelados ao reconhecimento de uma relação oficialmente legitimada e vinculada a uma obrigação contratual de caráter contributivo do indivíduo. Assim, "como resultado, permanecem da essência da estrutura previdenciária quando da criação das CAPs, agora transformada num enorme e confuso aparato institucional: benefícios e serviços diferenciados por categorias, instituições diferenciadas quanto à qualidade do funcionamento e alíquotas de contribuição diferenciadas [...] Isso significa que essa política de Previdência Social rapidamente converteu-se num mecanismo de captação dos recursos dos trabalhadores – sob a forma de poupança forçada, representada pela alíquota de contribuição – para investimentos cuja orientação escapava inteiramente ao seu controle." (COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). Op. cit., p. 18-19)

[22] Com essa prática, "os partidos ou líderes políticos trocavam ambulâncias, leitos hospitalares, profissionais de saúde e vacinas – muitas vezes em números bem superiores à demanda de uma região – por votos e apoio nas épocas eleitorais." (BERTOLHI FILHO, Cláudio. Op.cit., p. 41)

[23] Idem, ibidem, p. 43. Nesse sentido, Claudio Lottenberg esclarece que, na década de 40, começou a surgir a assistência médica suplementar. De fato, "algumas empresas, tanto privadas quanto públicas, adotaram modelos com serviços próprios ou então faziam o reembolso do gasto com médicos e hospitais." (LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 23)

[24] "É bom que se diga que, de acordo com a organização ou com o peso político de cada categoria profissional, a qualidade do atendimento de saúde apresentava nuances. Os IAPs dos marítimos, por exemplo, oferecia assistência hospitalar com internação de 30 dias. Um diferencial valioso! Não havia, portanto, um caráter único no que se refere ao programa de saúde. Essa situação fomentava uma espécie de competição corporativa na busca de melhores benefícios". (LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 23).

ao atendimento individualizado, na medida em que era usufruída pelos trabalhadores formais e oferecida conforme a categoria profissional a que pertenciam.

Por outro lado, assistiu-se à tentativa de mudança do modelo de assistência médico-previdenciária com o advento da ditadura militar. Em 1960, foi promulgada a Lei Orgânica da Previdência Social, cujo objetivo consistia na padronização dos benefícios a serem usufruídos por todos os cidadãos com vínculos formais de trabalho, atribuindo à Previdência a responsabilidade pela assistência médica individual aos seus beneficiários. Em seguida, com o golpe militar, os IAPs foram concentrados em um único órgão, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual foi criado com o objetivo central de corrigir os inconvenientes da segmentação institucional e, com isto, aumentar a eficiência do sistema[25]. Esse período registra também o maior avanço em termos de extensão de cobertura, com a incorporação da população rural, ainda que em regime diferenciado, tanto em benefícios como na de forma de contribuição.

Ainda com o sistema de saúde atrelado à Previdência Social, tornou-se cada vez mais difícil o atendimento de toda a população, visto que o governo militar teve que assegurar todos os benefícios praticados anteriormente pelos IAPs. Desse modo, a universalização dos serviços de saúde ainda estava distante e a atuação de grupos privados na área de saúde subsistia de modo expressivo, estabelecendo-se o repasse de recursos aos hospitais privados, mediante convênios e contratos para pagamento pelos serviços prestados – o pró-labore.

Nesse sentido, verificava-se a implementação de um sistema de saúde voltado à comercialização, tendo sido incorporados técnicos vindos de um dos maiores institutos de aposentadoria – o dos industriários. Assim, “a visão desses técnicos era privatizante e deu larga vazão ao processo de fortalecimento dos

[25] Entretanto, Amélia Cohn tece severas críticas à unificação da Previdência Social e criação do INPS, como pode se depreender do excerto colacionado a seguir: “A partir de então, aprofunda-se o perfil assistencialista da Previdência Social brasileira, agora imune a qualquer forma de controle por parte das classes assalariadas, assumindo paulatinamente maior presença pública não mais os benefícios sob forma de prestação em dinheiro, mas a assistência médica. São agora os serviços médicos que passam a ganhar importância na barganha clientelista da política de favores, e não mais as aposentadorias e pensões, que contemplam todo um segmento de assalariados que, do ponto de vista da capacidade produtiva, foi sucateado pelo próprio sistema, e é importante do ponto de vista da defesa de seus direitos básicos”. (COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). Op.cit., p. 18-19).

hospitais privados, em detrimento das instituições públicas"[26]. Essa situação persistiu até a década de 70.

Nesse período, portanto, o país apresentava um modelo hegemônico médico-assistencial privatista[27], com o predomínio de uma prática medicalizante, orientada tão somente para tratar a doença do operário, bem como do caráter discriminatório das políticas de saúde, evidenciado pelas desigualdades no acesso qualitativo e quantitativo da população[28]. Mas foi também nesse período que surgiram os alicerces político-ideológicos para o surgimento do movimento da Reforma Sanitária.

O modelo médico-assistencial então mantido pela ditadura implicou na sujeição da prestação do serviço de saúde a limitações econômicas e, por conseguinte, na exclusão de uma série de cidadãos, que ficavam entregues à caridade pública, geralmente realizada pelas Santas Casas.[29]

O financiamento do sistema de saúde passou por uma crise significativa e duradoura, em virtude da falta de investimentos em programas destinados à totalidade da população, o que implicou no aumento de epidemias e na redução dos indicadores de saúde, como resultados da medicina curativa e do atendimento imediatista sustentados pelo modelo previdenciário.

Com efeito, o aumento progressivo dos custos destinados à administração do sistema e o crescente desenvolvimento de novas tecnologias, aliado ao aumento do número de pessoas sujeitas ao atendimento e surgimento de novas doenças, levaram à criação, em 1981, do Conselho Consultivo de Administração da Saúde

---

[26] LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 30.

[27] "Dessa forma, interessante ressaltar que esse modelo tinha como principais características: o privilégio da prática médica curativa, individual, assistencialista, lucrativa, dispendiosa e especializada, em detrimento da saúde pública; a criação de um complexo médico-industrial, por meio da intervenção estatal; a consolidação da tecnoburocracia estatal e do 'universalismo excludente'; 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 serviços." (LIMA, Thalita Moraes. *O discurso judicante do Supremo Tribunal Federal:* se o direito à saúde falasse. Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília. Brasília: UniCEUB, 2012, p. 25).

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

[29] CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário Brasileiro. In: ARANHA, Márcio Iório. *Direito sanitário e saúde pública:* coletânea de textos. Vol. I. Brasília: MS, 2003, p. 384.

Previdenciária, com a proposta de investir no atendimento público[30]. A crise, contudo, não se arrefeceu.

1.3 O movimento sanitarista e a Constituição Federal de 1988: a redefinição da exclusão

No fim do regime militar, que perdurou entre as décadas de 60 e 80, teve início o movimento sanitarista, que acabou por demonstrar anseios antagônicos à visão privatista, que predominava no país.

Com efeito, o Sistema Único de Saúde - SUS e a Constituição de 1988, em seu artigo 196, acolheram duas concepções produzidas nos embates pré-constituintes pelo movimento sanitarista[31]. Em primeiro lugar, nota-se que se incorporou a compreensão de que a saúde é produto das relações sociais e econômicas de determinada sociedade, por meio da indicação de que as políticas sociais e econômicas devem concorrer para a redução do risco de doença e de outros agravos. Em segundo lugar, ressalta-se uma diretriz de política pública para a garantia de ações e serviços atinentes à saúde – acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

---

[30] "Um dos acontecimentos mais importantes dentro desse cenário crítico foi o fim da contribuição sobre folha de salários na composição dos recursos destinados à saúde. Isso se deu em 1994. Ou seja, a partir daquele ano o dinheiro obtido pelo repasse dos trabalhadores seria usado apenas para a Previdência Social. Foi mais ou menos como puxar o cobertor para aquecer uma parte, enquanto se descobria a outra". (LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 24).

[31] O movimento sanitarista surgiu na Itália, rompendo com o sistema mutualista até então vigente, e instituiu a saúde como um direito propriamente dito. Ele propunha a democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde, como posição política aglutinadora. Defendia, outrossim, quatro pontos doutrinários centrais: "*i)* concepção de saúde como direito universal de cidadania; *ii)* a compreensão da determinação da saúde e doença pelas relações econômicas e sociais prevalentes; *iii)* a responsabilidade do Estado na garantia do direito e a necessidade de criar um sistema público unificado de saúde e de livre acesso a toda a população, superando a antiga dicotomia organizacional e de usuários que adivinha da existência separada dos serviços de saúde pública e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); e *iv)* a participação e o controle direto, isto é, o controle social deste sistema unificado por representantes da população e das entidades civis da sociedade." (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? *In: Políticas sociais:* acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal. Vol. 1. Brasília: Ipea, p. 107).

O movimento sanitarista, que projetou o Sistema Único de Saúde, provocou um deslocamento do poder político e o colocou à disposição das camadas populares que passaram a ter participação institucionalizada. Nessa reforma, houve o reconhecimento de que saúde é expressão das modalidades de organização social e econômica assumida como dever do Estado.

De fato, a proposta da Reforma Sanitarista coincidiu com a necessidade de expandir a atenção médica, a partir de um modelo de baixo custo, para as populações excluídas, especialmente as que viviam nas periferias das cidades e nas zonas rurais.

As novas bases da saúde lançadas na Constituição de 1988 foram um momento ímpar para o desenvolvimento da saúde pública brasileira. Por outro lado, o Poder Constituinte não precisaria ter dedicado uma parte desse documento especialmente para tratar da saúde. Esta estaria incluída nos próprios objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, e "apreendida como expressão individual e coletiva do sucesso do usufruto equânime das riquezas materiais e intelectuais (ciência e tecnologia), deixaria de ser algo 'setorial' para ser o próprio objetivo da nação".[32]

Em vários aspectos, o nosso sistema público de saúde alcançou níveis satisfatórios ou de excelência no atendimento à saúde. No entanto, vários problemas persistem e a exclusão ganhou novos contornos.

O fim dos institutos de previdência, com a implantação do SUS, induziu a criação de uma saúde supletiva, que não está diretamente subordinada ao Estado, surgindo em razão da necessidade do país de estruturar meios de financiar a saúde durante um período de forte industrialização. Esse movimento foi deflagrado no final da década de 50, notadamente na região do ABC Paulista, região de ampla concentração automobilística. Nesse momento,

> por meio de vantagens fiscais, buscando trazer um atrativo para a massa de trabalhadores e um meio de diminuir o absenteísmo, algumas empresas passaram a ter planos de saúde próprios. Como

[32] RODRIGUEZ NETO, Eleutério. *Saúde:* promessas e limites da Constituição. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2003, p. 91.

> o sistema público não tinha eficiência, a sociedade adotou o modelo como um diferencial.[33]

Ocorreu, entretanto, que a expansão do setor privado se deu à custa da perda de qualidade do setor público, que ainda é a única chance de cura ao alcance da maioria da população, transformando esse direito em objeto de consumo.

Portanto, essa espécie de universalização excludente é marcada por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra riscos, sendo que os excluídos não têm chance de se assegurarem contra eles, ficando sujeitos às prestações públicas estatais de caráter subsidiário[34]. Em outras palavras, o setor público foi assumindo paulatinamente um caráter suplementar, "tendo de suprir a ausência do setor privado onde este não tem interesse por inviabilidade de retorno econômico".[35]

Nesse sentido, é importante destacar os apontamentos de Lenir Santos e Guido Ivan de Carvalho:

> A luta pelo direito â saúde, como um direito das pessoas pobres, valoriza a saúde apenas como um direito que deve ser satisfeito no campo da assistência social, esvaziando-se de seu conteúdo de

---

[33] O autor esclarece, ainda, que os empresários que criaram o segmento o fizeram com o intuito lucrativo. Desse modo, "um dos pressupostos dos planos é que o conjunto de benefícios oferecidos esteja diretamente ligado aos custos com a saúde de cada um dos associados. Creio que raríssimas pessoas têm a noção de que estão se associando a um grupo que terá uma planilha de custeio que variará diretamente na razão dos eventos por ele gerado [...] Portanto, esses direitos somente são direitos porque pagamos ou iremos pagar por eles em algum momento. Se o roteiro inicial tivesse sido diferente e os planos tivessem nascido já baseados em critérios de qualidade, integralidade e equidade, a população usuária poderia ter mais instrumentos para usufruir desses serviços com melhor entendimento e menos conflitos. Ou seja, faltavam e continuam faltando à sociedade informações essenciais para mediar sua relação com os planos". (LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 66-67).

[34] Dessa forma, "parcelas da população brasileira dispõem atualmente de diferentes vias de acesso a serviços de assistência médica, decorrentes de composições distintas no financiamento, cujos contrastes espelham as mesmas profundas desigualdades que se fazem presentes em inúmeros outros âmbitos da vida social. As duas formas predominantes de acesso colocam, de um lado, os que possuem planos ou seguros privados de saúde, aos quais está garantido igualmente o acesso aos serviços do SUS, e, de outro lado, os que têm acesso exclusivamente aos serviços prestados pelos estabelecimentos e profissionais do SUS [...] Essa situação de iniquidade social – expressa por condições diferenciadas de atendimento lastreadas em recursos públicos – poderia ser ainda mais agravada se houvesse uma completa separação entre as duas vias de acesso a serviços de saúde, fazendo que o SUS fosse destinado apenas à população carente. Um sistema focalizado nos indivíduos de mais baixa renda tenderia a ser ainda mais frágil, politicamente, nas disputas orçamentárias. Mas o pior efeito adverso dessa opção de separação formal das duas clientelas seria a criação de um *sistema pobre para os pobres*, na contramão dos sistemas universais de saúde que deram certo em outros países." (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Op.cit., p. 159)

[35] COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). Op.cit., p. 44.

> direito social e individual a ser garantido pelo poder público a qualquer cidadão. O direito à saúde assim considerado (mero assistencialismo), transforma-o em "direito dos pobres", devendo a classe média desejá-lo na forma de "mercadoria", pretendendo sempre ter ou melhorar seu plano ou seguro-saúde. O direito à saúde transformado em bem de consumo dificulta a sua concretização, pois todos aqueles que, de algum modo, devem garantir a saúde pública, entendem que estão praticando assistencialismo, dando ao pobre aquilo que não pode comprar.[36]

A valorização dos planos privados em detrimento da qualidade dos serviços públicos de saúde e a gestão da saúde pública submetida a interesses econômicos são apenas algumas das práticas recorrentes que agravam a exclusão da população com menor poder aquisitivo[37]. De outro lado, a transferência para o setor público de procedimentos de alto custo que o sistema privado se recusa a financiar e o abuso do poder econômico dos planos de saúde são outros problemas que expõem à exclusão também as classes mais abastadas, o que indica ser falsa a sensação de segurança que a saúde suplementar oferece.[38]

Destarte, se antes parte da população não tinha direito à saúde e era excluída do sistema, hoje ele é aberto a todos. A exclusão tornou-se mais sutil. A universalização do direito à saúde não eliminou a exclusão. Mas não é mais no âmbito do direito que a encontramos, e sim na formulação e concretização das políticas públicas: na prestação deficiente, na dificuldade de acesso aos serviços

---

[36] CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde:* comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90). Campinas/SP: Unicamp, 2002, p. 45.

[37] "As ações e os serviços de recuperação de saúde são bens valiosos no mercado econômico. Esta circunstância influi na oferta, determinando prioridades de investimento em pesquisa, desenvolvimento de novos produtos ou na implantação de meios. Prevenção e formas de tratamento de doenças raras ou problemas que predominam em parcelas com menor renda não são atrativos para investimentos privados. Assim, se de um lado a moral sanitária desenhada na constituição aponta a valorização da rede pública de saúde, para a priorização do interesse da maioria, para a precaução e para a recusa da comercialização do corpo humano ou de partes dele, de outro, a caracterização de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde como bem capaz de satisfação de necessidades, a escassez e a demanda lhes determinam um valor de mercado, com reflexos negativos na efetivação do direito fundamental." (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. In: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 913).

[38] Ao analisar o sistema de saúde suplementar, Claudio Lottenberg identifica seu surgimento com a inabilidade do setor público em atender a coletividade como um todo. Sob esse prisma, esclarece que "precisamos também verificar como se dá a mediação entre as necessidades dos usuários, os custos hospitalares e as diretrizes das empresas de planos e seguros-saúde. O resultado desse emaranhado de vontades e bases diferenciadas é que cada vez mais pessoas ficam sem assistência médica, cada vez mais gente reclama que o plano equivale a uma parcela muito gorda do salário. Consequentemente, cai o número de segurados e essas pessoas vão procurar atendimento pelo SUS." (LOTTENBERG, Claudio. Op.cit., p. 69).

mais básicos por grande parte da população, na relação autoritária estabelecida entre o médico e o cidadão, o qual ainda é visto como mero cliente do sistema de saúde, submetido ao conhecimento médico de forma incondicional.

Não obstante a existência de muitos problemas no Sistema Único de Saúde, este trouxe uma série de resultados positivos. Dentre eles, pode-se citar a redução da mortalidade infantil, tendo em vista o investimento em saneamento básico e alimentação paralelamente; todavia, persistem desigualdades inter-regionais que precisam ser superadas.[39]

Ademais, o SUS permitiu o maior acesso da população a medicamentos, tendo havido um crescimento recente da distribuição de insumos excepcionais. Ocorre que, mais uma vez, verifica-se a existência de barreiras geográficas e institucionais ao acesso, pois o recebimento de medicamentos de alto custo tem sido mais significativo nas capitais dos Estados em detrimento dos que residem no interior do país.[40]

Insta ressaltar, igualmente, que o sistema de saúde trouxe relevantes avanços no controle de doenças, tendo sido reduzida a incidência da raiva humana e da mortalidade por tuberculose, bem como promoveu a erradicação de algumas delas, tais como a varíola e a poliomielite.

Merecem destaque, outrossim, a ampliação e melhor distribuição de estabelecimentos de saúde no Brasil, tendo sido desconcentrada espacialmente, reduzindo as desigualdades regionais; bem como a maior disponibilidade de

---

[39] Amélia Cohn, ao tratar da deficiência do quadro sanitário brasileiro, ressalta, ainda, a existência de desigualdades inter-regionais na distribuição das doenças: “Se os dados absolutos já sao alarmantes, há que se atentar para o fato de que eles não se distribuem igualmente por toda a população brasileira. O coeficiente de mortalidade infantil, um dos indicadores mais sensíveis para apontar essa relação entre nível de vida e saúde, em 1980 apontava a seguinte diferença, tomadas somente as capitais: São Paulo – 53,9/mil n.v; Recife – 83,6/mil n.v; Porto Alegre – 36,3/mil n.v; Manaus – 77,2/mil n.v. Dados do mesmo ano relativos à renda familiar e esperança de vida ao nascer e probabilidade de morte antes de completar um ano de vida reafirmam essa estreita correlação entre saúde e nível de vida ou, tomados pelo justo ângulo, demonstram a lógica perversa da distribuição social da doença.” (COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). Op.cit., p. 35).

[40] PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Op.cit., p. 133-148.

profissionais de saúde em todas as regiões do país em razão da expansão e interiorização da rede de serviços de saúde.[41]

Não se pretende fechar os olhos aos avanços obtidos pelo Sistema Único de Saúde, mas não se pode olvidar que as diretrizes de integridade, universalidade e igualdade no atendimento promovidas pelo SUS e pela Constituição Federal de 1988 não são usufruídas por todos. Essa suposta inclusão depara-se com epidemias de dengue, maternidades desativadas, equipamentos de quimioterapia aguardando manutenção, filas nos hospitais, falta de leitos em Unidades de Tratamento Intensivo (UTIs), abusos dos planos de saúde, desabastecimento das farmácias públicas. De fato, esses acontecimentos se tornam notícias de jornal que preocupam cada vez menos, especialmente aos que se consideram incluídos.[42]

1.4 Um sistema de saúde para todos?

Giorgio Agamben[43], em sua obra *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*, trabalha a idéia da exclusão levada a suas últimas conseqüências. A partir da figura do *homo sacer* – um ser humano cuja morte não é caracterizada como homicídio, mas tolerada pelo Poder Público – o autor descreve a situação dos seres humanos que estão submetidos à vida biológica *(zoé)* mais aflorada e pura, exposto diretamente à violência: é a vida nua.[44]

Os estudos de Agamben contribuem para um aprofundamento do estudo do controle social e para a exclusão que é gerada nesse processo. Exclusão essa que

---

[41] PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Op.cit., p. 133-148.

[42] CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. Op.cit., p. 45. Nessa linha de argumentação, Amélia Cohn traz ao debate alguns dados que evidenciam contrastes alarmantes no quadro sanitário brasileiro, com implicações no que se refere à definição de recursos e prioridades: "Não é de causar espanto, portanto, a ausência quase absoluta do tratamento odontológico como parte do cuidado à saúde, e as razões disso não devem residir somente no custo estremamente elevado do cuidado odontológico, no geral reduzido à fluoretação da rede de água em núcleos urbanos de certo porte, mas também na concepção restrita de saúde que vem norteando até o momento a formulação das políticas do setor. Quando se constata que em meados da década de 70 o Brasil é o país que apresenta o maior índice de prevalência média de cáries na faixa etária de 20 a 25 anos, e que em meados da década de 80, em média, o brasileiro com menos de 30 anos já perdeu 30% dos dentes, tendo aproximadamente 20% dos restantes cariados, necessitando de tratamento, configura-se uma outra dimensão do traço autoritário e opressivo de nossa sociedade." (COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). Op.cit., p. 35).

[43] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 143-145.

[44] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op.cit., p. 31.

deve ser entendida como um grau máximo de disposição da vida e de exposição à morte. É uma inclusão como excluídos levada a termo pelo Estado.

O exemplo máximo da tanatopolítica trabalhada na obra de Agamben é a radicalização da biopolítica da Alemanha Nazista, na qual o controle do "corpo biológico da nação" envolveu não só o extermínio de judeus como também de pessoas incapacitadas por debilidades físicas ou mentais[45]. Não apenas o inimigo poderia ser um *homo sacer*, mas qualquer um poderia se tornar um indivíduo descartável.

Não se pretende equiparar a política de saúde anterior à década de 80 à tanatopolítica alemã, mas pode-se afirmar que em menor grau podemos observar algumas de suas características em nossa biopolítica. O Brasil também tinha seus indivíduos matáveis, tais como os trabalhadores sem carteira e os demais enfermos que não estavam cobertos pelo sistema de saúde, tendo em vista sua incapacidade para a produção de riqueza para a nação[46]. Conta nos, a propósito, Bertolli Filho:

> O mais grave, porém, era o fato de os enfermos serem apresentados como párias da sociedade: além de deixarem de trabalhar e de produzir riqueza para a nação, ainda exigiam assistência médica e tratamentos gratuitos, tornando-se uma estranha espécie de inimigos do país. Apesar de o presidente – "o pai dos pobres" – declarar que cabia ao Estado preservar a saúde da população, na prática isso acontecia precariamente. Muitos brasileiros enfermos continuavam a morrer sem receber a ajuda médica necessária.[47]

Nesse sentido, pode-se afirmar que no Brasil tínhamos e ainda temos aqueles excluídos do sistema de saúde, deixados à sua própria sorte ou à caridade, em que sua morte estaria afeta ao nível de tolerância do Estado e da própria sociedade. Por outro lado, essa exclusão tende a ser aumentada a fim de alcançar todos os cidadãos, inclusive aqueles supostamente incluídos pelo sistema, considerados igualmente clientes da saúde suplementar.

Nas palavras de Agamben:

---

[45] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op.cit., p. 31. Nesse sentido, assevera Agamben que "Quando vida e política, divididos na origem e articulados entre si através da terra de ninguém do estado de exceção, na qual habita a vida nua, tendem a identificar-se, então toda a vida torna-se sacra e toda a política torna-se exceção" (AGAMBEN, Giorgio. Op.cit., p. 143-145).

[46] Ibidem.

[47] BERTOLHI FILHO, Cláudio. Op.cit., p. 38.

> É como se toda valorização e toda "politização" da vida [...] implicasse necessariamente em nova decisão sobre o limiar além do qual a vida cessa de ser politicamente relevante, e é então somente "vida sacra" e, como tal, pode ser impunemente eliminada. Toda sociedade fixa esse limite, toda sociedade – mesmo a mais moderna – decide quais sejam seus "homens sacros". É possível, aliás, que este limite, do qual depende a politização e a *exceptio* da vida natural na ordem jurídica estatal não tenha feito mais do que alargar-se na história do Ocidente e passe hoje – no novo horizonte biopolítico dos estados de soberania nacional – necessariamente ao interior de toda vida humana e de todo cidadão. A vida nua não está mais confinada a um lugar particular ou em uma categoria definida, mas habita o corpo biológico de cada ser vivente.[48]

Com efeito, o movimento sanitarista, ao derrubar certos muros que separavam os clientes do sistema dos indivíduos descartáveis, abriu também a possibilidade para que todos os cidadãos assumam a condição de seres potencialmente expostos à vida nua. De outro modo, igualmente a partir da análise do desenvolvimento da saúde pública e da medicina infere-se que não apenas o papel do *homo sacer* não é mais atribuído a uma categoria específica, mas também a figura do soberano.

1.5 O saber médico como instrumento de controle sobre a vida e a morte: o novo soberano

O controle do Estado sobre a vida se acentua e ela, que era o próprio fundamento da soberania, torna-se o objeto da política estatal. E, se por um lado a medicina dá substrato ao poder biopolítico sobre os corpos, por outro, "no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar"[49]. O papel do soberano[50] passa a ser ocupado, de certa forma, pelos cientistas e médicos, que detém o poder sobre a vida do indivíduo.

---

[48] BERTOLHI FILHO, Cláudio. Op.cit., p. 146.
[49] AGAMBEN, Giorgio. Op.cit., p. 166.
[50] Nas palavras de Agamben, na biopolítica moderna, soberano "é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal. A vida, que, com as declarações dos direitos, tinha sido investida como tal do princípio de soberania, torna-se agora ela mesma o local de uma decisão soberana." (Ibidem, p. 149). De fato, o soberano entra em simbiose cada vez mais íntima não só com o médico, mas também com o jurista, com o cientista, com o perito, com o sacerdote.

Destarte, a vida e a morte devem ser compreendidos não propriamente como conceitos científicos, mas conceitos políticos, que, enquanto tais, adquirem um significado preciso somente por meio de uma decisão.[51]

À valorização da medicina como um conhecimento central do controle biopolítico[52] soma-se a reclusão do saber médico na estrutura dos hospitais, realidade essa que foi constatada por Foucault na Europa e que se repetiu no Brasil.

Com efeito, a partir do final do século XVIII, os hospitais deixaram de representar um local para morrer, destinado aos pobres e administrado por religiosos, para se tornarem espaços voltados para a cura e destinados à formação dos médicos, os quais acabaram assumindo seu controle de forma definitiva.[53]

Em outras palavras, a partir do momento em que o hospital é concebido como um instrumento de cura[54] e a distribuição desse espaço torna-se um instrumento terapêutico, o médico passa a ser o principal responsável pela organização hospitalar.

O hospital ganhou novos contornos a partir do ajuste de dois processos: a alteração da intervenção médica e a disciplinarização do espaço hospitalar. A

---

[51] Ao tratar sobre o fenômeno da eutanásia, Agamben afirma que ela se coloca na intersecção entre a decisão soberana sobre a vida matável e a tarefa assumida de zelar pelo corpo biológico da nação, e assinala o ponto em que a biopolítica converte-se necessariamente em tanatopolítica. Conclui que: "Não admira, portanto, que, entre os partidários mais inflamados da morte cerebral e da biopolítica moderna, encontre-se quem invoca a intervenção do Estado, a fim de que, decidindo o momento da morte, seja consentido intervir sem obstáculos sobre o 'falso vivo' na sala de reanimação. É preciso por isto definir o momento do fim e não obstinar-se mais, como se fazia passivamente outrora, na rigidez cadavérica e ainda menos nos sinais de putrefação, mas ater-se somente à morte cerebral. Decorre daí a possibilidade de intervir sobre o falso vivo. Somente o Estado pode fazê-lo e deve fazê-lo. Os organismos pertencem ao poder público: nacionaliza-se o corpo." (AGAMBEN, Giorgio. Op.cit., p. 172).

[52] A medicina, à semelhança de outras disciplinas, estava sujeita aos limites da morfologia do modelo científico que triunfava no final do século XVIII. Dessa forma, qualquer teoria ou conceito que não estivesse de acordo com os dogmas dessa razão científica era considerada não científica, portanto não verdadeira. Madel Luz ilustra bem esse regime de legitimação das verdades, o qual se mantém até os dias de hoje: "o modelo racionalista, mecanicista e dualista da racionalidade científica, dominante também na medicina, dificulta ou mesmo impossibilita o reconhecimento de outras 'verdades', isto é, de outras teorias e conceitos contrários ao reducionismo da clínica anatomopatológica e da fisiologia mecânica, baseada na química analítica do enciclopedista Lavoisier." (LUZ, Madel. T. *Natural, racional, social:* razão médica e racionalidade científica moderna. São Paulo: HUCITEC, 2012, p. 159-160).

[53] FOUCAULT, Michel. Op. cit., p. 103.

[54] Esse modelo curativo foi implantado a partir da década de 70, quando os hospitais passaram a ser o caminho do cidadão para a saúde. "Isso significa que, para a população, não importava o problema: o necessário era correr ao hospital, fosse para o tratamento de alguma enfermidade, para a queixa de algum sintoma ou para uma consulta médica." (LOTTENBERG, Claudio. Op. cit., p. 37).

sociedade disciplinar emergiu em um período denominado por Michel Foucault de ortopedia social, o qual teve origem na França e na Inglaterra em meados do século XVIII e era baseado no controle social, isto é, controle permanente do comportamento dos indivíduos. Destarte,

> é uma forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas.[55]

Esses mecanismos de controle deram origem a um novo tipo de saber, de um lado extraído dos próprios indivíduos, a partir de seu comportamento, e de outro, oriundo de sua observação e comparação, "um saber de vigilância, de exame, organizado em torno da norma pelo controle dos indivíduos ao longo de sua existência".[56]

Com efeito, a sociedade disciplinar – o panoptismo - é marcada pela presença de três aspectos fundamentais: a vigilância, o controle e a correção, características

[55] FOUCAULT, Michel. Op. cit., 2010 p. 103.

[56] Segundo o autor, Bentham ilustrou de forma brilhante as formas de poder que caracterizam a sociedade disciplinar ou sociedade da ortopedia generalizada: o *Panopticon*. Trata-se de "uma forma de arquitetura que permite um tipo de poder do espírito sobre o espírito; uma espécie de instituição que deve valer para escolas, hospitais, prisões, casas de correção, hospícios, fábricas, etc. O *Panopticon* era um edifício em forma de anel, no meio do qual havia um pátio com uma torre no centro. O anel se dividia em pequenas celas que davam tanto para interior quanto para o exterior. Em cada uma dessas pequenas celas, havia segundo o objetivo da instituição, uma criança aprendendo a escrever, um operário trabalhando, um prisioneiro se corrigindo, um louco atualizando sua loucura, etc. Na torre central havia um vigiliante. Como cada cela dava ao mesmo tempo para o interior e para o exterior, o olhar do vigilante podia atravessar toda a cela; não havia nela nenhum ponto de sombra e, por conseguinte, tudo o que fazia o indivíduo estava exposto ao olhar de um vigilante que observava através de venezianas, de postigos semi-cerrados de modo a poder ver tudo sem que ninguém ao contrário pudesse vê-lo [...] O *Panopticon* é a utopia de uma sociedade e de um tipo de poder que é, no fundo, a sociedade que atualmente conhecemos – utopia que efetivamente se realizou. Esse tipo de poder pode perfeitamente receber o nome de panoptismo [...] O panoptismo é uma forma de poder que repousa não mais sobre um inquérito mas sobre algo totalmente diferente, que eu chamaria de exame [...] Não se trata de reconstituir um acontecimento, mas de algo, ou antes, de alguém que se deve vigiar sem interrupção e totalmente. Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora como característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou nao, etc. Esse saber não se organiza mais em torno das questões 'isto foi feito? quem o fez?'; não se ordena em termos de presença ou ausência, de existência ou não existência. Ele se ordena em torno da norma, em termos do que é normal ou não, correto ou não, do que se deve ou não fazer". (FOUCAULT, Michel. Op. cit., 2012, p. 86-88)

as quais remanescem até hoje e são responsáveis pela configuração das relações de poder que existem na sociedade contemporânea.[57]

A disciplina implica um registro contínuo, tendo como instrumento fundamental o exame, que constitui "a vigilância permanente, classificatória, que permite distribuir os indivíduos, julgá-los, medi-los, localizá-los e, por conseguinte, utilizá-los ao máximo. Através do exame, a individualidade torna-se um elemento pertinente para o exercício do poder"[58]. E é justamente a introdução de mecanismos disciplinares no espaço confuso do hospital que vai possibilitar sua medicalização.[59]

Esse processo de medicalização deu origem às características dos hospitais modernos, que são voltados à saúde do indivíduo em particular e à população em conjunto. Destarte, vislumbra-se a centralização do saber médico e, consequentemente, da saúde no espaço hospitalar e "o indivíduo e a população são dados simultaneamente como objetos de saber e alvos de intervenção da medicina, graças à tecnologia hospitalar"[60]. Em outras palavras, "o corpo individual, tanto quanto o 'corpo social', coletivo de corpos individuais, é o alvo privilegiado da intervenção médica, o grande laboratório vivo do progresso médico-farmacêutico".[61]

---

[57] FOUCAULT, Michel. Op. cit., 2012, p. 103.

[58] Ibidem, p. 107.

[59] Para ressaltar o momento em que a medicalização coletiva sistemática se torna norma médica ou decisão política, momento importante para a Medicina Social, Madel Luz leciona que "não se trata de ajudar 'a força curativa da natureza' a manifestar-se, trazendo de volta o 'estado de saúde'. Por mais que a visão 'naturista' possa ser uma representação corrente na sociedade civil desde o século XVIII, a medicina insistirá, cada vez mais, na intervenção medicamentosa como forma de derrotar a doença. Os avanços da botânica e, posteriormente, da química, animista ou mecanicista, serão organizados pelo saber médico, no sentido da experimentação nos doentes de ervas, tinturas, pedras, metais e minerais que, aos poucos, irão provendo o grande arsenal das drogas farmacêuticas, que se arma durante a época clássica, sobretudo no século XVIII." (LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 124).

[60] A disciplinarização do espaço médico implicou na criação de uma medicina individualizante. Com efeito, o indivíduo passou a ser concebido como objeto do saber e da prática dos médicos, mas o registro contínuo de cada paciente vai possibilitar a constatação de fenômenos patológicos comuns a toda a população. (FOUCAULT, Michel. Op. cit., 2010, p. 111).

[61] Nessa linha de argumentação Madel Luz conclui que "a concepção de corpo doente, como corpo individual, objeto de intervenção médica, ajuda a constituir o indivíduo moderno, este átomo de um corpo mais amplo que a razão social ordena. A medicina, elaborando no discurso a categoria, e na prática social – atráves da clínica – o sujeito paciente, desviante de um quadro geral de normalidade (média), ajuda a constituir o sujeito individual como objeto de ordenação da racionalidade social." (LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 130).

Nesse cenário, Ivan Illich assevera que uma das maiores epidemias do nosso tempo é causada pela iatrogenia[62] médica. Segundo o autor, "a sociedade precisa evitar a medicalização da vida, voltar à natureza, aprender a viver com a dor e suportar a morte".[63]

Vislumbra-se um período de proliferação de medicamentos[64] e certa anarquia farmacêutica, dando origem não somente à dependência cada vez maior do indivíduo a esses produtos, como também problemas de saúde decorrentes de efeitos tóxicos colaterais de várias drogas de uso corrente.[65]

Verifica-se que as ações e programas de saúde pública destinados à conscientização da população, a fim de assegurarem a participação de todos na construção do sistema, à medida que se incorporam ao cotidiano da classe menos

---

[62] "Iatrogenia deriva do grego: segundo Littré, *iatrom* era o local onde os médicos da antiguidade guardavam seus instrumentos, praticavam operações, reduziam luxações e fraturas, davam consultas [...] Adveio daí, portanto, a expressão 'doença iatrogênica', que significa mais do que a enfermidade causada pelo médico especificamente, mas qualquer alteração patológica provocada em um indivíduo por tratamento errôneo ou inadvertido [...] A doença iatrogênica, enfim, representa a patologia da terapêutica, por mais paradoxal que possa parecer." (GARRAFA, Volnei. *Contra o monopólio da saúde*: temas para debate. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983, p. 38-39).

[63] ILLICH, Ivan. *A expropriação da saúde*; Nêmesis da Medicina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975, p. 57.

[64] Esse período é bem ilustrado por Madel Luz, ao constatar a visão da moléstia como mal externo ao homem, visto como um sujeito individual: "o mal invasor pode destruir as forças (de equilíbrio) para instalar-se no seu interior, como inimigo que vence uma batalha e, desse interior, pode destruí-lo. A medicina é a grande aliada do homem nesta guerra sem fim. E aliado da medicina moderna em todas as batalhas será, cada vez mais, o remédio." Aliada aos medicamentos, a cirurgia, a partir do século XX, trouxe muitos benefícios para a ciência médica, quando então deixa de fazer parte tão somente das artes médicas e passa a integrar a disciplina das doenças. A partir desse momento, a cirurgia passa a ser encarada também como uma forma de objetivação, isto é, como forma de conhecimento objetivo do corpo humano, obtido e organizado mediante as intervenções nesse corpo. (LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 124-126).

[65] Carlos Gentile já relatava essa situação de medicalização da vida em 1976, quando o então Secretário-Geral da AMERJ – Associação Médica do Estado do Rio de Janeiro, Mário Victor de Assis Pacheco, publicou o livro "Indústria Farmacêutica e Segurança Nacional", editado pela Civilização Brasileira. Por ocasião dessa publicação, as reações foram as mais variadas, quase todas refletindo interesses e concepções pessoais. Nada obstante, pode-se destacar a posição do então diretor da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Carlos da Silva Lacaz, que afirmou que "a patologia medicamentosa demonstra que estamos numa era de anarquia farmacêutica", enfatizando a necessidade de alteração da postura médica vigente até os dias atuais: "Deixar de prescrever medicamentos. Prescrever, apenas e somente, quando necessário." Nessa linha de argumentação, o então professor de Clínica Médica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Figueiredo Mendes, na XXX Assembleia Médica Mundial, destinada à discussão da automedicação e das doenças iatrogênicas como a poluição, "alertou os médicos sobre o crescimento assustador do número de produtos farmacêuticos, mostrando o quadro patológico causado pela toxidez exercida pelos medicamentos, na pele, fâneros, no aparelho digestivo, nos rins, no sistema nervoso, nas glândulas endócrinas, no aparelho cardiovascular, no aparelho digestivo e, principalmente, no fígado, onde aparecem as patologias mais graves." (MELLO, Carlos Gentile. Op. cit., p. 221-223).

abastada, não têm ocorrido como condição formativa ou educativa, ficando relegadas simplesmente ao plano informativo.[66]

Como decorrência da referida constatação, temos que os valores que vêm de fora do ambiente cotidianamente vivenciado pelo agrupamento social, instalam-se nele, no geral pela via normativa e impositiva e, ao invés de se tornarem um mecanismo de aprendizado útil e consciente, reduzem-se ao mero descumprimento ou parcial cumprimento de tarefas impostas pelas regras.

E esse descumprimento ou cumprimento parcial das prescrições sanitárias decorre de um conflito entre pontos de vista distintos assumidos pela autoridade e pelo cidadão, na medida em que, para o primeiro, as doenças são institutos abstratos, fonte de lucro e poder profissional; enquanto para o segundo, elas representam a materialização de hábitos arraigados e de circunstâncias alheias a sua vontade, tais como o ambiente laboral, o trânsito das grandes cidades, a condição financeira de cada um. Nesse sentido, "a prescrição pode ser vista como uma intromissão do objetivo no subjetivo, do impessoal no pessoal, do cognitivo no afetivo, do espaço técnico –experimental no espaço natural".[67]

Destarte, essa situação implica na automatização de condutas que obedecem a um planejamento massificado do saber elaborado fora do contexto cultural de origem dos sujeitos objeto das ações, cujo poder, que lhe seria próprio, fica reduzido a um grau mínimo de relevância.[68]

---

[66] "Os profissionais de saúde prescrevem educação, isto é, comportamentos supostamente saudáveis na medida, talvez, em que consideram seu dever ético e legal prescrever e também na medida em que consideram que esta prescrição faz parte, naturalmente, de sua prática. Há também, evidentemente, motivações políticas subjacentes ao ato de prescrever comportamentos já que esta prescrição obviamente fortalece e ajuda a reprodução do campo sanitário como um campo de poder." (LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti (Org.). *Promoção de saúde ou a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2004, p. 61).

[67] Ibidem, p. 62.

[68] CHAMMÉ, Sebastião Jorge. Intervenção sanitária na saúde e doença. *In:* CANESQUI, A.M (Org.). *Ciências sociais e saúde para o ensino médico*. São Paulo: HUCITEC/FAPESP, 2000, p. 274. Nesse sentido, leciona Fernando Lefevre que a eficácia da difusão da informação é limitada no contexto brasileiro, em razão da defasagem de escolaridade e conhecimento dos cidadãos receptores da mensagem. E mais, "estas limitações fazem com que o proposto diálogo educativo, mesmo quando de caráter informativo e não-condutivista, entre as autoridades sanitárias investidas de funções educativas e informativas e as populações, se torne um mero artifício retórico, se não vier acompanhado de um movimento de fortalecimento (*empowerment*) econômico, político, social e cultural dos indivíduos e grupos socialmente subalternos ou mais precisamente, subalternizados." (LEFEVRE, Fernando. Op. cit., p. 63-64).

O profissional da área ou o profissional responsável pela informação detém o monopólio do saber e os outros recebem acesso às informações na medida em que é desejável. O detentor da informação se transforma em um fator social próprio, capaz de uma produção artificial de necessidades[69], sobretudo com o recurso da publicidade moderna. Dessa forma, o profissional se torna intangível, e o seu apelo à ciência, irrefutável.

De fato, os pacientes não têm acesso às informações sobre o seu tratamento e devem adquirir os medicamentos indicados na receita médica, a despeito da possibilidade de arcar com tratamentos mais baratos e com remédios genéricos.

A hegemonia torna-se a arma ideal para garantir a imutabilidade das condições de vida e do estado de bem-estar, produzindo um sujeito aprisionado, vítima de um processo de marginalização sociocultural, sem saber e sem poder.

A hierarquizada relação médico-paciente é marcada, pois, pela falta de diálogo[70]. As consequências disso se refletem negativamente no sistema de saúde. De fato, na luta pela autoridade científica está em jogo o poder de impor uma definição de ciência que mais esteja de acordo com os interesses específicos do agente.

---

[69] Volnei Garrafa assevera que as necessidades geralmente não são configuradas a partir da massa de consumidores, mas sim das camadas mais abastadas da sociedade detentoras dos meios de produção. De fato, “os elementos/objetos não são consumidos a partir do seu valor de uso (o que é fundamental para o atendimento das necessidades básicas), mas sim do ponto de vista do seu significado no código social, o qual foi criado artificialmente por manipulação das elites sociais. O excessivo consumo de medicamentos nos países do terceiro mundo, por exemplo, está relacionado ao exposto.” (GARRAFA, Volnei. Op. cit., p. 65-66).

[70] Madel Luz aponta o plano ético imediatamente ligado à prática médica como uma das razões da crise da medicina, marcada pela perda ou deterioração atual da relação médico-paciente, “com a objetivação dos pacientes e a mercantilização das relações entre o médico e seu paciente, visto atualmente mais como um consumidor potencial de bens médicos que como um sujeito doente a ser, se não curado, ao menos aliviado em seu sofrimento pelo cuidado médico.” Soma-se a essa descaracterização da relação médico-paciente o plano da eficácia institucional médica, em que o avanço tecnológico no tocante à investigação de patologias acabou por reduzir a função do médico de curar em proveito da diagnose, com a interposição de máquinas de grande precisão entre o médico e o indivíduo, estabelecendo-se uma frieza técnica na relação entre esses dois atores sociais. (LUZ, Madel T. Cultura contemporânea e medicinas alternativas: novos paradigmas em saúde no fim do século XX. *In: PHYSIS: Revista Saúde Coletiva.* Rio de Janeiro, 2005, p. 149-160).

> A definição mais apropriada será a que lhe permita ocupar legitimamente a posição dominante e a que assegure, aos talentos científicos de que ele é detentor a título pessoal ou institucional, a mais alta posição na hierarquia dos valores científicos.[71]

Para que a sociedade não abra mão da sua liberdade política, especialmente no tocante à formulação de políticas públicas de saúde, Hans-Georg Gadamer[72] sugere, por um lado, que a ciência desempenhe seu papel e faça sua desmistificação pelos meios apropriados da informação crítica e da disciplina metódica, e, por outro, que seja retirada da ciência a tarefa de controle de sua aplicação. Esclarece o autor que esse papel pertence à política:

> Controlar a aplicação daquele nosso ser-capaz-de-fazer, que é possibilitado cientificamente, não é tarefa da ciência, mas permanece como uma tarefa política. Ao contrário, também, não é tarefa de política, mas de ciência, controlar suas próprias necessidades, investimentos, tempo e dinheiro, etc. Em última análise, essa é a função da crítica científica.[73]

Essa liberdade do cidadão deve ser especialmente estimulada e assegurada na área da ciência médica, pois tal ciência não lida com a produção de algo artificial, mas antes com o restabelecimento do natural. A noção de saúde está ligada tanto à ciência médica como ao sujeito, à pessoa. Ela é um estado, e não algo a ser diagnosticado. O papel da ciência médica, e do médico, não é, portanto, fazer saúde, mas trabalhar para que ela se restabeleça.

Em verdade, a própria formação médica do profissional de saúde parece olvidar-se do fato de que a medicina lida com seres humanos, repletos de história, costumes e crenças que, em alguma medida, interferem no modo com que cada um encara seu tratamento. De fato, “estamos formando técnicos – alguns muito bons e

---

[71] BOURDIEU, Pierre. Op. cit., p. 128

[72] Nas reflexões de Gadamer acerca da saúde e da ciência médica ficam claros os pressupostos de sua teoria desenvolvida especialmente em *Verdade e Método*, artigo integrante da coletânea *O caráter oculto da saúde*. A ideia central é que, se o problema hermenêutico não se resume ao estudo metodológico das ciências modernas, ainda que essa seja a pretensão da ciência, da mesma forma a saúde não se resume ao método da ciência médica. A partir do ponto de vista hermenêutico, da redefinição da relação sujeito e objeto e da atenção ao papel da tradição, o autor busca definir o que é saúde na relação que se estabelece entre o indivíduo, a sociedade e a ciência médica.

[73] GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Trad. Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 34.

outros nem tanto – especializados em cuidar muito mais de doenças do que de doentes".[74]

Diante dessa relação distante entre médico e paciente, tão somente a autoridade do médico, que lhe é conferida pelo saber técnico que possui, e cuja aplicação constitui monopólio de sua classe profissional, pode legitimar sua ação.

O que se sugere é que o médico pode dominar sua técnica - a medicina, mas não lhe é dado dominar seu paciente e transformá-lo em um objeto de sua atividade. Deve-se superar o monólogo que costuma dominar as relações médico-paciente em direção ao estabelecimento de um diálogo, o qual pode ser estimulado pela observância a três diretrizes: simplificação, desmonopolização e transferência. A simplificação implica na eliminação do desnecessário, a fim de evitar a obstacularização do trabalho e torná-lo acessível a uma maior parte da população. A desmonopolização, como o próprio nome sugere, refere-se à redistribuição justa do conhecimento. Por fim, a transferência propõe o abandono da centralização nos médicos da prática tecnológica destinada à realização de diagnósticos, como o manuseio de equipamentos, instrumentos e materiais, permitindo que outros atores participem da cena.[75]

---

[74] Claudio Lottenberg ressalta, outrossim, que "há uma cultura vigente de desintegrar o médico do contexto social e de não dar a ele os instrumentos necessários para entender e exercer a condição humanista da profissão. Ele enxerga o doente de forma fragmentada. Analisa a queixa pontual, como se a pessoa diante dele se resumisse a um rim problemático ou a um estômago dolorido [...] Dessa maneira, age como um operário que olha apenas para a pequena parte do processo de fabricação que lhe cabe [...] É preciso analisar o paciente de maneira integrada, holística, para que se descubram as verdadeiras causas de seu problema e que seja possível oferecer o tratamento que, de fato, será eficaz." (LOTTENBERG, Claudio. Op. cit., p. 80). Nessa linha de argumentação, Túlio Batista Franco e Helvécio Miranda Magalhães Júnior lecionam que "o exercício da clínica, traduzido em atos de fala, escuta, em que o diagnóstico ganha a dimensão do cuidado, foi sendo, ao longo do tempo, substituído pelo ato prescritivo, a relação sumária entre profissional e usuário [...] O atual descuido com a saúde gera excesso de encaminhamento para especialistas e alto consumo de exames, tornando os serviços pouco resolutivos, pois a assistência desse modo é incapaz de atuar sobre as diversas dimensões do sujeito usuário. Prevalece um processo de trabalho partilhado que desconhece o sujeito pleno que traz consigo, além de um problema de saúde, uma certa subjetividade, uma história de vida, que são também determinantes de seu processo de saúde e doença. Formou-se nos serviços de saúde, entre trabalhadores e usuários, um imaginário que faz uma ilusória associação entre qualidade na assistência e insumos, exames, medicamentos e consultas especializadas". (FRANCO, Túlio Batista; MAGALHÃES JÚNIOR, Helvécio Miranda. Integralidade na assistência à saúde: a organização das linhas do cuidado. In: MERHY, Emerson Elias (et. al). *O trabalho em saúde:* olhando e experienciando o SUS no cotidiano: o debate no campo da saúde coletiva. São Paulo: HUCITEC, 2007, p. 127-128)

[75] Volnei Garrafa ressalta que essas diretrizes devem ser aplicadas não apenas ao saber científico acumulado, como também ao poder científico centralizado. (GARRAFA, Volnei. Op. cit., p. 40-41).

Essa nova dinâmica permite que o paciente contribua com seu tratamento e que o médico possa dividir suas responsabilidades e tarefas com outros atores das cenas dos hospitais, bem como evite eventuais abusos e não transforme seu paciente em mais um "caso" dentre outros tantos que vivencia em seu cotidiano.[76]

1.6 Os limites do direito à saúde após a Constituição Federal de 1988: uma concepção de saúde ainda atrelada à reabilitação do corpo enfermo

Verifica-se que o conceito de saúde sofreu alterações ao longo da história, tendo sido alvo de debates mais intensos no período da Revolução Industrial. De um lado, propugnava-se pela ligação da saúde a fatores alheios ao corpo humano propriamente dito, tais como o meio ambiente, o trabalho, a alimentação e a moradia.

De outro lado, defendia-se a estrita correlação entre saúde e ausência de doenças. A descoberta dos germes causadores de doença e o seu subsequente isolamento, que possibilitou o desenvolvimento de remédios específicos, somada ao verdadeiro culto à ciência, predominante no século XX, induziu a disseminação popular do conceito de saúde como ausência de doenças.[77]

Com efeito, é necessário desvendar os vários sentidos que envolvem o conceito moderno de saúde, o qual se refere tanto à percepção de sua dependência das condições de vida e organização social como à noção de ausência de doenças. Tal amplitude foi aceita pela sociedade que sobreviveu a Segunda Grande Guerra do século XX, como forma de assegurar alguns dos direitos considerados essenciais aos homens, e ficou clara na criação da Organização Mundial de Saúde (OMS) que, no preâmbulo de sua Constituição (1946), assim conceitua: "saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença".

A propósito, a Carta de Otawa dispõe que:

---

[76] GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 370-371.

[77] Essa corrente de pensamento tem origem nos trabalhos de Descartes, o qual identificava o corpo humano à máquina, em consonância com o pensamento dominante no século XIX, baseado no caráter mecanicista da doença. Nesse sentido, "sob o predomínio da máquina, a sociedade industrial procurou explicar a doença como sendo o defeito na linha de montagem que exigia reparo especializado." (DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde.* São Paulo: HUCITEC, 1995, p. 18).

> a saúde deve ser vista como um recurso para a vida e não como um objetivo de viver. Nesse sentido, a saúde é um conceito positivo, que enfatiza os recursos sociais e pessoais, bem como as capacidades físicas. Assim, promoção de saúde não é responsabilidade exclusiva do setor saúde, e vai para além de um estilo de vida saudável, na direção de um bem-estar global.[78]

O documento em questão reflete a superação da visão fragmentada e reducionista, baseada na idéia de que saúde deveria ser vista negativamente como ausência de doença, a fim de se alcançar uma visão ampliada sobre o tema, em que a saúde seria um meio para a vida.

A partir do surgimento da medicina social, abandona-se a visão de que a intervenção médica no corpo dos indivíduos ou do coletivo social seria suficiente para o restabelecimento do estado de saúde dos cidadãos, deteriorado pela própria estrutura social. Em última análise, são as condições sociais e econômicas que explicam o surgimento de doenças e, para que haja saúde, é necessário que se mude a sociedade, pois "onde o homem é livre, próspero, educado e democrata, não há doenças".[79]

Madel Luz assevera que:

> Em outras palavras, ao longo de dois séculos (XVIII e XIX) serão incluídas na razão médica, subordinadamente, é verdade, e não sem muita luta, as intervenções sobre as coisas, a natureza e as instituições (como o casamento, a maternidade, a escola, as casernas, os bordéis, etc.) no sentido do controle das doenças e da constituição de sujeitos sadios, de acordo com os princípios da normalidade médica.[80]

Desse modo, a doença passou a ser compreendida como problema social, determinada em larga medida por condições extra-sanitárias, merecendo a atenção de todos, na medida em que afetava o interesse de toda a coletividade, e das classes dominantes em particular.[81]

A saúde depende, então, concomitantemente, de características individuais, físicas e psicológicas, mas, também, do ambiente social e econômico, tanto daquele

---

[78] Ministério da Saúde. *Carta de Otawa – Declaração adotada na primeira Conferência Internacional sobre Promoção em Saúde.* Brasília, 1986.
[79] LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 132.
[80] Ibidem, p. 134.
[81] MELLO, Carlos Gentile. Op. cit., p. 15.

mais próximo das pessoas, como daquele que condiciona a vida dos Estados[82]. Assim, "o caráter atual do direito à saúde resulta das aspirações individuais combinadas à convicção de que o estado é responsável pela saúde, seja para atender aqueles desejos, seja para cumprir sua finalidade".[83]

De uma conceituação meramente biológica, passamos a uma associação legítima dessa realidade com a qualidade de vida do indivíduo, representado pelas condições dignas a que todo cidadão tem direito: envelhecer de forma saudável e confortável, ladeado por condições ambientais compatíveis com sua dignidade e cidadania[84]. Em outras palavras, "considerar o homem e seus problemas fora do contexto social é uma abstração teórica que condiciona profundos erros de interpretação".[85]

A saúde é, portanto, algo interior. Um bem-estar oculto que permite que o indivíduo se volte para fora, esqueça-se de sua condição e se abra para a experiência do mundo. É o estar-aí.[86]

Conta-nos, a propósito, Rogério José Bento Soares do Nascimento:

> Uma visão integral da pessoa, biológica, psicológica e social, titular do direito subjetivo de exigir medidas de promoção de saúde, mas ao mesmo tempo um cidadão, integrante da sociedade com obrigações perante os demais, conduz a ver a promoção de ações e serviços de saúde simultaneamente como dever do Estado e dever da cidadania.[87]

Não obstante a sociedade que sobreviveu às Grandes Guerras mundiais ter adotado um novo pacto social, reconhecendo a essencialidade do equilíbrio interno e do homem com o ambiente (bem-estar físico, mental e social) para a conceituação da saúde, recuperando a experiência anterior da humanidade, ainda predomina na

---

[82] 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, p. 47.

[83] DALLARI, Sueli Gandolfi. Op. cit., p. 20.

[84] LIMA, N; GERSCHMAN, S; EDLER, F.C; SUÁREZ, J.M. (Org.). *Saúde e democracia:* histórias e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, p. 27-58.

[85] MELLO, Carlos Gentile. Op. cit., p. 14.

[86] "É que saúde não é, de maneira alguma, um sentir-se, mas é estar-aí, estar-no-mundo, estar-com-pessoas, sentir-se ativo e prazerosamente satisfeito com as próprias tarefas da vida." (GADAMER, Hans-Georg. Op. cit., p. 82).

[87] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Op. cit., p. 914.

sociedade contemporânea a compreensão de que ter saúde é não estar doente[88]. E por doença entende-se aquela "condição adversa a ser unicamente enfrentada pelo consumo individual ou coletivo de produtos e serviços (tanto de natureza curativa quanto preventiva), crescentemente sofisticados"[89], em consonância a uma visão estreitamente biomédica.

Com efeito, vislumbra-se que o pensamento médico oscilou, na história da medicina, entre duas representações fundamentais da doença: a ontológica e a dinâmica. Nesse sentido, leciona Georges Canguilhem:

> A primeira concepção é organicista, localizante, mecanicista em termos de causalidade, e ainda hoje é predominante, apesar das oscilações históricas das teorias médicas. É a concepção ontológica da doença.
>
> A outra concepção é naturalista, na maioria das vezes vitalista: a concepção dinâmica supõe um equilíbrio ou harmonia das "forças vitais" no homem, e seu desequilíbrio é a doença. A doença não está localizada em alguma parte do homem ou fora dele, mas é desequilíbrio em busca de um novo ponto de equilíbrio.[90]

A doença passa a ser vista como um

> estado oscilante de desvios, em face de uma norma estabelecida pela observação (clínica, de laboratório), que não dispõe de valores ou modos de ser absolutos, mas de maneiras previsíveis de agir e de funcionar, devido às funções a cumprir, num todo orgânico de partes interdependentes.[91]

A medicina torna-se, por conseguinte, uma ciência das doenças, transformando a questão da vida numa questão metafísica, irrelevante para o conhecimento.

---

[88] BUCCI, Maria Paula Dallari. O Conceito de Política Pública em Direito. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.) *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 247-266. Nesse sentido, leciona Volnei Garrafa: "Desta forma, com base na visão exclusiva de tratar doenças, e não de proporcionar saúde, a atenção médica na maioria dos países tem sido desenvolvida no sentido estrito da cura de um mal já instalado e na reabilitação do indivíduo portador desse mal. Poucas vezes os governos têm demonstrado preocupação real com a prevenção ampla dos males e, muito menos, em absorver o paradigma que avanços importantes dos sistemas de saúde só poderão ocorrer paralelamente a mudanças fundamentais no ordenamento social total." (GARRAFA, Volnei. Op. cit., p. 34).

[89] LEFEVRE, Fernando. Op. cit., p. 31.

[90] CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982, p. 19-23. *In:* LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 136.

[91] LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 138.

Desse modo, “a observação, a descrição e classificação mais a busca de ‘causas eficientes’ (explicação em termos de antecedente-consequente) das doenças no corpo humano constituem o objetivo fundamental de conhecimento da medicina moderna”.[92]

Esse fato deve-se à adoção do modelo hospitalocêntrico, o qual é marcado pela crença de que a medicina ideal é aquela fundamentalmente diagnóstica, dependente, por conseguinte, de instrumentos cada vez mais avançados, na medida em que incorpora ao leigo a ideia de que o consumo tecnológico desenfreado será a salvação para todos os males da sociedade.[93]

Destarte, a própria formação cientificista dos profissionais de saúde leva a um comportamento individualista destes, estimulado também pela inexistência de políticas públicas de saúde adequadas às aspirações da maioria da população que está à margem dos serviços de saúde[94]. Ademais, as instituições de ensino perpetuam um aprendizado baseado em livros de função individualizada, sem visão integrada e sinérgica com outros profissionais da área de saúde.

---

[92] Conta-nos, a propósito, Madel Luz que: “não considerando a questão da vida em termos teóricos do saber e da prática clínica, a medicina aos poucos verá na observação dos indivíduos doentes, homens vivos, uma fonte de confusão, de desconhecimento.” E conclui que “ a disciplina das doenças é, portanto, parte integrante e produtiva da racionalidade moderna. Por meio das categorias de: doenças, entidade mórbida, corpo doente, organismo, fato patológico, lesão, sintoma, etc., elaboradas no período clássico, a medicina instaurar-se-á como um discurso sobre objetividades, discurso que institui a doença e o corpo como temas de enunciados positivos, científicos. Por outro lado, excluirá como questões positivamente tematizáveis a vida, a saúde, a cura. A saúde passará a ser vista não como afirmação da vida, mas como ausência de uma patologia. A ‘cura’ será substituída pela cessação de sintomas, sobretudo dos sintomas principais ou ‘chaves’ de uma doença.” (LUZ, Madel. T. Op. cit., p. 127-130)

[93] “Essa situação faz com que os médicos e os hospitais trabalhem com excessos. O que acontece? Para determinados diagnósticos, os profissionais de saúde lançam mão de ferramentas que seriam, em tese, desnecessárias por não agregarem valor. Eles procedem dessa maneira também pela própria pressão do paciente, que se sente injustiçado caso não faça uso de todas as tecnologias, sejam necessárias ou não. Pode-se perceber isso pelos altos índices de exames normais. Por que o paciente se sente mais seguro com pedidos de radiografias, por exemplo? Porque ele está habituado a acreditar que isso é bom atendimento [...] O ponto seguinte se refere à utilização dessas mecânicas. É importante que isso seja coordenado, apoiando-se em medicina baseada em evidências, e associado à experiência maturada em suas observações e nos conceitos de economia de saúde. Existe uma tendência do médico de ligar a propedêutica auxiliar no piloto automático e não rever realmente à luz da qualidade cada uma das iniciativas que tem. Em outras palavras, falta-lhe, em geral, analisar se aquilo de fato agrega valor ao processo.” (LOTTENBERG, Claudio. Op. cit., p. 38)

[94] “Assim, a maioria desses profissionais se fixam em grandes centros urbano-metropolitanos (não confundir com urbano-marginalizados), onde possam vender melhor sua força de trabalho individualizada àqueles que tenham condições de lhes pagar. Ao mesmo tempo, o uso de recursos tecnológicos onerosos produz contínuo encarecimento dos serviços de saúde, em ritmo desproporcional aos salários. As pessoas que mais necessitam dos serviços de saúde são precisamente aquelas que não podem pagar por eles.” (Ibidem, p. 67)

No tocante à distribuição social das doenças no País, evidencia-se atualmente um fenômeno que vem sendo denominado “transição epidemiológica”, o qual pode ser traduzido como a convivência de doenças infantis e infecto-contagiosas, predominantes nas classes menos abastadas, com doenças crônicas e degenerativas, as quais podem ser atribuídas, em princípio, às elites[95]. Esse quadro presente no mundo contemporâneo implica em significativo impacto sobre o campo da saúde, “seja no nível do seu objeto – o processo saúde-enfermidade de indivíduos e coletividades – seja no nível do instrumental teórico metodológico em que se apóiam o conhecer e o fazer sanitário”.[96]

Ademais, as políticas públicas destinadas à assistência médica das camadas menos abastadas da sociedade, geralmente orientadas para o combate às endemias, são caracterizadas pela descontinuidade e ineficiência, justamente em razão da concepção estreita e biologizante da definição de políticas públicas predominante no país.[97]

Sob esse prisma, o discurso e a prática sanitária dominante, baseados no modelo biomédico, entram em crise, tornando-se incapazes de proporcionar a melhoria da saúde da população e inadequados para a instrumentalização de políticas públicas que resultem em intervenções adequadas.

---

[95] Nesse sentido, Amélia Cohn leciona que: “E se onde a pobreza é mais presente é maior a mortalidade por doenças típicas dessa situação social, ocorrendo o contrário nas áreas mais ricas do país, o fato é que essa convivência de doenças típicas da pobreza e da riqueza, com distintas e inúmeras combinações segundo as realidades sociais do país, faz com que não bastem medidas tipicamente preventivas, de caráter coletivo, exigindo também ações de atenção médica de alta complexidade tecnológica. Em consequência, essa realidade torna superados, por dela não darem conta, não só os preceitos clássicos da Saúde Pública para diagnosticar áreas endêmicas e áreas saneadas, como também o modelo de organização dos serviços de saúde em vigor. Esse modelo não poderá mais ser concebido em termos da dicotomia que opõe medidas de caráter coletivo ao serviço de atenção médica individual, devendo referir-se ao conjunto das medidas do setor de saúde entendido de maneira integrada, e não fragmentado num somatório de programas e ações pulverizado por inúmeras instituições impermeáveis entre si.” (COHN, Amélia. Op. cit., p. 39)

[96] CARVALHO, A. I. Da saúde pública às políticas saudáveis – saúde e cidadania na Pós-modernidade. *In: Revista Ciência e Saúde Coletiva*. n. 1. São Paulo, 1996, p. 104.

[97] Amélia Cohn atribui a essa concepção biologizante das políticas públicas o recrudescimento, nas décadas de 80 e 90, de antigas doenças endêmicas, tais como a malária, a hanseníase, a difteria. E conclui que “e não há como deixar de apontar um fator básico, que reduz os pobres com suas ‘doenças de pobreza’ à condição de população-alvo de atividades programáticas descontínuas e ritualizadas de combate às endemias: na tradição assistencialista e clientelística das políticas sociais do país, se efetivamente essas medidas de caráter eminentemente preventivo fossem eficientes, teriam de pagar o ônus de sua invisibilidade política. Com efeito, como beneficiar-se com dividendos políticos, dada a pesada carga de nossas tradições político-clientelísticas, se endemias não assumem publicamente um caráter de questão social? Recorde-se a epidemia de meningite em São Paulo nos anos de 1974-1975, que foi contemplada pela atenção do Estado quando seus limites extrapolaram a periferia da cidade e começaram a atingir as áreas intermediárias e central do município.” (COHN, Amélia. Op. cit., p. 40-41)

Nessa linha de argumentação, é importante compreender o significado do direito à saúde estabelecido na Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que o conceito é formado por um núcleo determinado – a ausência manifesta de doença, e por outro indeterminado, qual seja, o bem-estar físico, mental e social.[98]

Sob esse prisma, o conceito de saúde é formado por palavras indeterminadas, o que não implica na impossibilidade real de determinação do seu significado. Em verdade, torna-se necessário esclarecer os termos ambíguos, os quais definem o conceito de saúde, para delimitar o campo de incidência das regras jurídicas relacionadas ao tema. Como o próprio legislador não o fez, deve o operador do direito buscar elementos na realidade, no contexto ao qual está submetida a saúde, para alcançar a precisão desse conceito jurídico.[99]

Por outro lado, a tradição privatista que dominou as ações de saúde durante décadas não pôde simplesmente ser extirpada dos serviços de saúde. Da mesma forma, os interesses de influentes grupos privados que não foram contemplados na Constituição não abandonaram a cena política, e não demorariam a estar novamente influenciando o discurso constitucional e a produção legislativa infraconstitucional.

A participação, em caráter complementar, das instituições privadas do setor no Sistema Único de Saúde, por conseguinte, foi positivada no artigo 197 da Constituição Federal, cabendo ao Poder Público sua fiscalização e seu controle.[100]

Com efeito, não se pode negar que algumas das reivindicações da agenda privatista também foram inseridas no texto constitucional. Afinal, a partir dos parâmetros constitucionais, todas as identidades relevantes possuem papel significativo na elaboração de novas diretrizes, pois “as tradições pré-revolucionárias

---

[98] DALLARI, Sueli Gandolfi. Op. cit., p. 30.

[99] “Assim, porque importa ao aplicador do Direito descobrir o significado dos conceitos, ele deve, inicialmente, compreendê-los em seu contexto, buscando todas as hipóteses em que o legislador lhe tenha estipulado definições, para, então, procurar preenchê-los considerando os fins para os quais serão usados.” (DALLARI, Sueli Gandolfi. Op. cit., p. 27)

[100] Ocorre que, apesar dos significativos avanços da Constituição Federal de 1988, os interesses do setor privado não foram diretamente suplantados pelo interesse público, na medida em que “sua participação em caráter complementar do SUS – portanto, como fazendo parte da composição do sistema – é reafirmada, sendo previsto somente maior controle sobre suas ações, o que, dada a experiência passada, não o ameaça em demasia. Afinal, o florescimento do setor privado da saúde foi viabilizado, em grande medida, pela própria incompetência do Estado em fiscalizá-lo e mantê-lo sob controle, sendo que as fraudes constituem neste caso o exemplo menos preocupante“.(COHN, Amélia. Op. cit., p. 50)

não são completamente erradicadas, mas transformadas e seletivamente incorporadas na nova ordem forjada pelo sujeito constitucional".[101]

Várias práticas apontam para uma crescente privatização da saúde pública. No entanto, na nova conjuntura inserida pela Constituição Federal de 1988 não é mais possível identificar claramente a ação de grupos comprometidos com a defesa de interesses coletivos na área de saúde, destinada à prevenção de doenças e saneamento básico, e outro grupo, comprometido com interesses econômicos, voltado a uma individualização lucrativa do sistema de saúde.[102]

A saúde suplementar ganhou grande projeção no cenário nacional, definindo uma nova exclusão após a Constituição de 1988. O crescimento do setor privado recebeu tratamento legal, por meio da Lei nº 9.961/00, regulamentada pelo Decreto nº 3.327/00, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), além de regulamentar o plano de saúde e o seguro privado de assistência à saúde. A regulamentação e regulação do setor privado acabou por reafirmar a segmentação entre o sistema público e o privado, além de realçar as desigualdades latentes e o papel de cliente que os cidadãos desempenhavam nesse cenário.

Ao mesmo tempo em que se verifica uma visão de saúde vinculada aos ideais do Estado Liberal, convive-se atualmente com outras ações que veiculam uma influência das diretrizes que caracterizavam o Estado Social, notadamente a intervenção do Poder Judiciário no sistema público de saúde. As ordens judiciais se direcionam especialmente à concretização do direito à saúde, notadamente na modalidade de serviços curativos, tais como medicamentos de alto custo, cirurgias e internações em Unidades de Terapia Intensiva (UTIs).

---

[101] Michel Rosenfeld destaca que o direito à saúde oriundo da promulgação da Constituição de 1988 deve ser compreendido a partir da análise do chamado sujeito constitucional, o qual não molda uma ordem política totalmente nova, mas é formado a partir das tradições e do contexto em que a nova Constituição é construída. Assim, a nova compreensão de saúde que se inaugurava em 1988 levou em conta a tradição privatista e as novas demandas do movimento sanitarista, as diversas concepções de saúde existentes na sociedade, bem como o modelo de saúde então vigente. (ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 35)

[102] Todavia, não é difícil perceber que um modelo voltado à assistência médica, individual e hospitalocêntrica se apresenta muito mais lucrativo para o setor privado do que um modelo que prioriza a prevenção e a promoção da saúde, buscando uma abordagem mais coletiva desta. Nessa linha de argumentação, verifica-se que a pesquisa de tratamento de doenças e desenvolvimento de medicamentos raramente volta-se para os males que atingem grande parte da população, pois estes são exatamente os que atacam a parcela mais pobre e, mais uma vez, atender ao interesse coletivo contraria os interesses econômicos (CASTRO, Marcus Faro de. Op. cit., p. 387)

No entanto, a formatação atual dessa intervenção não tem contribuído para a expectativa de redução da dependência do cidadão em relação ao Estado. Ao contrário, da forma como tem ocorrido, as ações judiciais demonstram um potencial para realçar desigualdades, na medida em que a atuação dos magistrados se dirige àqueles que possuem conhecimento dos seus direitos e mobilização suficiente. Os segmentos mais excluídos da sociedade brasileira, aqueles que não podem arcar com os custos do processo, dificilmente vão à justiça reclamar seus direitos, até porque, pela hipossuficiência cultural, no mais das vezes, nem conhecem esses direitos[103]. Esses segmentos continuam dependentes das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo. Ademais, a intervenção judicial tem o condão de desvalorizar a participação social no âmbito da saúde.

De fato, com o propósito de realizar o direito à saúde, tanto influências privatistas como visões estatizantes têm interpretado esse direito de forma que podemos considerar incoerente com o paradigma do Estado Democrático de Direito.

[103] "Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média". (BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 895)

CAPÍTULO II

OS LIMITES DA SAÚDE AOS OLHOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UMA ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO À LUZ DA TEORIA DA LINGUAGEM MORAL

2.1 Definição do método

2.1.1 Justificativa da pesquisa

O nosso estudo da atuação do Supremo Tribunal Federal terá por base uma pesquisa de diversos acórdãos do Plenário da Corte Maior e de decisões monocráticas e da Presidência que versam sobre o alcance do conceito constitucional de direito à saúde. As decisões do Pleno objeto da nossa pesquisa incluem não apenas pedidos de medicamentos formulados em face da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mas também de diversos tratamentos médicos, internação em UTI's e até mesmo o funcionamento de hospitais públicos, e que foram julgados desde o ano de 2000 até 2013.

Por outro lado, as decisões monocráticas e da Presidência selecionadas versam sobre o fornecimento de medicamentos e outros insumos, funcionamento de hospitais públicos e transporte especial para a realização de tratamento médico, e que foram proferidas desde o ano de 2010 até 2013, de modo a verificar se há alguma modificação no discurso judicial que envolve os limites do direito à saúde.

2.1.2 Metodologia de Análise das Decisões (MAD)

O cenário atual brasileiro é marcado pela exclusão dos cidadãos que estão à margem do sistema de saúde, o qual, se por um lado serve ao controle da vida da população, por outro serve também como mecanismo de controle sobre a morte.

Os problemas decorrentes desse contexto são, então, exportados das salas dos gestores públicos para os gabinetes dos magistrados, que se vêem compelidos a dar uma resposta para o problema.[104]

Diante da análise dessa situação, segundo a qual quem não é cliente do Estado, é descartável, foi realizada uma investigação jurisprudencial dos acórdãos do Pleno, em acesso ao site do Supremo Tribunal Federal, em 20/02/2012 e 01/04/2013, utilizando apenas o indexador “direito à saúde”. Foram obtidos 354 acórdãos, dentre os quais estavam incluídos inúmeros assuntos além da assistência à saúde.

Da mesma forma, foi utilizado o indexador “direito à saúde e medicamentos” para a seleção das decisões monocráticas e da Presidência. Foram obtidas 190 decisões monocráticas e 18 decisões da Presidência.

Com o intuito de excluir questões estranhas ao nosso estudo, foram eliminados diversos julgados que versavam sobre assuntos diversos, tais como obrigações de planos de saúde privados, exercício do poder de policia sanitária, legitimidade do Ministério Público para propor ação civil pública cujo objeto seja o direito à saúde, possibilidade de bloqueio de verbas públicas e demandas que não foram conhecidas pela Suprema Corte em razão da impossibilidade de reexame de fatos e provas.

Nesse ponto, com 50 acórdãos, 60 decisões monocráticas e 18 decisões da Presidência para análise, procedeu-se a leitura do inteiro teor desses julgados, com a finalidade de realizar uma análise das decisões judiciais do STF acerca dos limites do direito à saúde mediante a Metodologia de Análise de Decisões[105], em que se

---

[104] Esse processo foi percebido por Boaventura de Souza Santos: “As pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao verem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efectiva execução. Como me referiu um magistrado desse país uma boa parte do seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunal exactamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é facilmente corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa prestação social.” (SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 19).

[105] A Metodologia de Análise de Decisões se originou da reflexão do Grupo de Estudo e Pesquisa Hermenêutica e Políticas Públicas, abrigado no Programa de Mestrado do Curso de Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, sobre a necessidade de organização metódica, na

busca a organização das informações relativas a decisões proferidas em determinado contexto, a verificação da coerência decisória no contexto previamente determinado e a produção de uma explicação do sentido das decisões a partir da interpretação do processo decisório, da forma das decisões e dos argumentos produzidos.

Sob esse prisma, verifica-se que a análise das decisões proferidas no âmbito da Suprema Corte encontra pertinência temática, visto que é adequada ao problema identificado e ao campo teórico em que se insere, assim como relevância decisória, tendo em vista o impacto significativo dessas decisões de última instância no campo jurídico, isto é, a capacidade de produção de efeitos que sua interpretação tem no referido campo.

2.1.3 A Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare como fornecedora do instrumental analítico para operacionalização da MAD

A coerência da fundamentação das decisões judiciais pode ser investigada a partir da Teoria da Linguagem Moral[106] adotada por Richard Hare: o Prescritivismo Universal[107]. Para o autor, a linguagem não é mais um instrumento neutro e transparente de comunicação de dada realidade; é ela, em vez disso, que institui e conforma essa realidade. De fato, o pensamento filosófico de Hare segue a virada

---

forma de um protocolo passível de reprodução que permita, em alguma medida, comensurabilidade entre várias apreciações realizadas em momentos ou por pessoas distintas em relação a uma dada prática decisória. (FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Morais. *Metodologia de análise de decisões.* Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010).

[106] Essa teoria pode ser enquadrada no que se denomina metaética ou ética analítica. Segundo Carlos Santiago Nino, "nesse nível teórico, analisa-se o tipo de significado que caracteriza os termos éticos – como 'bom', 'justo', 'correto' e seus opostos - e o significado dos juízos de valor – como 'a pena de morte é injusta' -, já que a possibilidade de justificar racionalmente os juízos valorativos depende de qual classe de juízos eles são e que significado têm as expressões usadas de forma típica para formulá-los." (NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 416).

[107] A prescritividade é uma característica formal dos julgamentos morais que acarreta, basicamente, uma recomendação para agir de certa maneira. O prescritivismo universal, por conseguinte, pode ser definido como a intenção de fazer uma análise crítica tanto dos erros como dos acertos de teorias éticas atuais, procurando mitigar as diferenças e construindo uma teoria ética ideal das questões morais. A teoria de Hare consiste em duas partes intimamente ligadas: uma análise das palavras de valor e uma análise dos imperativos. As duas partes são ligadas pela tese de que julgamentos morais são ou acarretam imperativos. (LUNARDI, Gionavi Mendonça. *A universalizabilidade dos juízos morais na ética de Hare*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina, 2003, p. 37).

linguística[108] do início do século XX, na qual a linguagem se tornou um importante objeto de reflexão da filosofia.[109]

Ao elaborar sua teoria com aspectos formais e empíricos, Hare nos apresenta um tipo de lógica dos conceitos morais que se pretende, por um lado, totalmente imune a princípios morais substantivos (quaisquer padrões de avaliação ou normatização das ações em um dado contexto), e, por outro, exatamente por causa da mesma imunidade, que para ele é uma neutralidade ou invariância necessária para a racionalidade existir entre pessoas que discordam, tal lógica será dependente, em um sentido essencial, dos fatos não-morais presentes no contexto de decisão. Tais fatos são as propriedades descritivas presentes na ação humana em questão. Ou seja, seu formalismo não exclui, ao contrário, exige, uma referência aos aspectos empíricos contingentes presentes nas ações[110]. De fato, o elemento prescritivo implica o aspecto propriamente prático ou motivacional de uma avaliação

[108] A filosofia elaborada a partir desse momento passou a ser denominada de filosofia analítica, que pode ser dividida em duas vertentes metodológicas: a filosofia da linguagem ideal e a filosofia da linguagem ordinária. A primeira buscou inspiração nos métodos das ciências exatas, em especial na lógica matemática. A última, por sua vez, considera que "a filosofia não deve, de maneira alguma, modificar o uso natural ou ordinário de nossas expressões, forçando-o a adaptar-se a pressupostos metafísicos sugeridos pela lógica matemática […] O filósofo deve orientar-se essencialmente por uma investigação esclarecedora dos modos de uso, dos significados concretos das expressões em nossa linguagem ordinária, a qual serve de instância última de decisão." Essa filosofia da linguagem ordinária foi desenvolvida por Wittigenstein e, em seguida, pelos filósofos da Escola de Oxford, dentre eles Richard Hare. (COSTA, C. F. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1992, p. 29).

[109] Cumpre destacar uma corrente filosófica que surgiu nas primeiras décadas do século XX – o positivismo lógico, que distinguia duas linguagens: a linguagem natural, utilizada no cotidiano, mesclando elementos afetivos, volitivos, perceptivos e imaginativos; e a linguagem lógica, purificada, formalizada, inspirada sobretudo na matemática e na física. O intuito dessa corrente de pensamento, dentre outras, era justamente purificar a linguagem para que esta servisse às representações conceituais. Isso porque julgava que a linguagem perfeita para o pensamento era a das ciências exatas. No entanto, "descobriu-se, pouco a pouco, que havia expressões linguísticas que não possuíam caráter denotativo nem representativo e, apesar disso, eram verdadeiras. Descobriu-se também que havia inúmeras formas de linguagem que não podiam ser reduzidas aos enunciados lógicos de tipo matemático e físico […] Além disso, descobriu-se que a redução da linguagem ao cálculo simbólico ou lógico despojava de qualquer verdade e de qualquer pretensão ao conhecimento a ontologia, a literatura, a história, bem como várias ciências humanas, isto é, todas as linguagens que são profundamente conotativas, para as quais a multiplicidade de sentido das palavras e das coisas é sua própria razão de ser." (CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2010, p. 191-192).

[110] BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. p. 3 Disponível em: <http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1>.

moral: quem avalia uma ação como correta ou boa, está comprometendo-se com sua performance de acordo com a avaliação.[111]

Ter problemas normativos e fazer juízos morais consistem, para Hare, em tentar encontrar quais prescrições podemos aceitar e defender como solução para um problema de conduta, mas que seja uma solução para o tipo de problema em questão, e não apenas para determinado caso, ou seja, uma prescrição para quaisquer situações similares, em suas propriedades universais relevantes, à que temos em mãos. Isso significa tentar encontrar aquela ação ou princípio de conduta (prescrição) que podemos querer dadas as propriedades universais do tipo de caso em questão, propriedades que são todos os fatos do caso que não dependam, para sua descrição, de referências inerentes a dados singulares do caso individual em questão. Esses são os dois ingredientes mais importantes do uso da linguagem moral em questões de conduta, a *prescritividade*, que diferencia tal discurso dos discursos meramente teóricos, e a *universalizabilidade*[112], que diferencia as prescrições e o comando (imperativo) implicado nelas, das prescrições e imperativos singulares.[113]

A universalizabilidade não é uma norma moral equiparável a um princípio material de justiça ou a uma exigência de igualdade de tratamento; representa, em primeiro lugar, uma condição formal, e não um princípio explícito. Essa condição implica que os princípios morais básicos devem ser formulados segundo propriedades universais, e não particulares. Por outro lado, a universalizabilidade também pode ser compreendida como dar a razão, na medida em que compromete o orador a dizer o mesmo sobre cada outro objeto. Destarte, consiste em um traço

---

[111] A racionalidade da moral é algo que está inscrito na própria estrutura lógica da linguagem moral. Analisando as peculiaridades lógicas da linguagem, em geral, e da linguagem ética em particular, Hare mostra que o uso consistente de predicados e juízos morais exige que o usuário dessa linguagem acate as conseqüências lógicas que advêm de seu emprego. (CARVALHO, M.C.M. Hare e os limites da discriminabilidade racional entre normas em conflito. *Reflexão,* nº 51/52, Campinas: PUCCAMP, 1991, p. 119).

[112] A reflexão racional está em aceitarmos o requisito dado pela universalizabilidade, isto é, aceitar somente aquelas prescrições morais que estejamos preparados a prescrever para todos os casos similares, sem importar a posição que ocupamos nelas. Com efeito, Hare pretende evitar contradições que possam surgir quando casos iguais são tratados de forma desigual e casos desiguais igualmente, de modo a assegurar consistência, coerência e imparcialidade na aplicação de juízos morais. Hare propõe, assim, um experimento mental para verificar se na realização dos interesses, inclinações e desejos de uma pessoa não há um choque e serão contraditórios ao se colocar no lugar do outro (HARE, Richard M. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 5-10).

[113] BONELLA, Alcino Eduardo. Op. cit., p. 14-15.

que os juízos morais compartilham com os juízos descritivos.[114]

Segundo o autor, nossos juízos de valor ou nossas proposições normativas não são nem puros enunciados descritivos, como poderiam querer os naturalistas, nem puros enunciados prescritivos, como poderiam querer os emotivistas[115]. Num enunciado meramente descritivo, a adesão ou o consentimento consiste sempre e necessariamente em se pensar de uma certa maneira – concordar que uma certa prática de direção produza certa consequência consiste em acreditar que certas asserções, que indicam estas coisas como sendo o caso, são verdadeiras. Em se tratando de um enunciado prescritivo, de outro modo, a adesão ou o consentimento consiste em agir de acordo com o que é comandado. No entanto, a diferença principal entre "não deixe *etc*" e "não se deve deixar *etc*", que para Hare é a diferença entre imperativos singulares e prescrições universais, é o que faz com que o emotivista, que corretamente compreende que os juízos de valor não são descritivos, não tenha a última palavra sobre a racionalidade em assuntos avaliativos, já que ele não concebe esses juízos como prescritivo-universais.[116]

Em outras palavras, para o autor, é necessário buscar uma mediação entre o descritivismo e o emotivismo, o que se torna possível tão somente por meio da prescritividade associada à universalizabilidade, que leva em conta as preferências dos envolvidos, isto é, todos os pontos de vista; e as consequências das ações.

É exatamente o significado prescritivo, visto com mais cuidado, que pode contribuir para a objetividade de nossas proposições normativas. Esse significado, ou seja, que aprovamos ou reprovamos com os termos de valor, é permanente, mesmo que os critérios de sua aplicação (os padrões descritivos em certa cultura)

---

[114] HARE, Richard M. Op. cit., 1963, p. 5-10.

[115] Hare denomina descritivista a corrente filosófica para a qual nos fatos descritos, ou nas palavras usadas nos assuntos normativos, quando há divergências, há provavelmente algo que ainda não foi totalmente levado em consideração, e que é por não vermos bem os fatos, ou por não usarmos bem as palavras, que as divergências aparecem e se mantém. Segundo Hare, uma definição naturalista de "bom" priva o homem de dizer algo que disse com sentido no uso das palavras avaliativas para recomendar alguns cursos de ação. Em razão do mesmo fenômeno lingüístico, outros pensam em sustentar que, em assuntos normativos, divergências são intrinsecamente intratáveis pela razão, não sendo possível nenhuma objetividade, em sentido preciso, em avaliações, que são formas de influência mútua e nada mais. Hare chama tais pensadores de emotivistas, os quais, para o autor, caem na armadilha do irracionalismo, na medida em que partem de uma premissa falsa, a saber, de que as únicas questões sobre as quais podemos raciocinar são as questões fáticas. (HARE, Richard M. *A linguagem da moral.* Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 83).

[116] BONELLA, Alcino Eduardo. Op. cit., p. 6.

variem. Assim, o significado prescritivo é o que evita que ambos os que divergem se circunscrevam ao seu próprio ponto de vista, seja quando explicitamente divergem, seja quando comungam das mesmas proposições, mas querem justificá-las racionalmente.[117]

A ética tem por objetivo determinar o que se deve fazer; desse modo, por meio do esclarecimento da linguagem moral, sabemos que os juízos de valor implicam imperativos que orientam a conduta do agente. E esses imperativos morais, que prescrevem uma ação, têm de garantir uma consistência e uma racionalidade, que é dada pela lógica da tese da universalizabilidade, a qual compromete mais do que simplesmente a mim mesmo[118]. Em outras palavras, o essencial na argumentação moral não é a dedução de julgamentos particulares deste ou daquele princípio, mas o teste de aceitabilidade de suas conseqüências lógicas.[119]

Desse modo, ao assegurar a consistência da ação moral, estamos agindo racionalmente em conformidade com um procedimento formal; porém, não estamos justificando porque escolhemos uma determinada ação[120]. Hare recorre ao utilitarismo para estabelecer a justificação substancial para nossas decisões morais.[121]

No entanto, Hare pretende reformular o utilitarismo clássico de Bentham[122] e

---

[117] BONELLA, Alcino Eduardo. Op. cit., p. 15.

[118] LUNARDI, Gionavi Mendonça. Op. cit., p. 64.

[119] Para Alexy, Richard Hare traz ensinamentos importantes no que se refere ao teste dos julgamentos morais. Nesse sentido, "quem faz um julgamento moral precisa estar preparado para aceitar quaisquer restrições aos interesses requeridos pela regra pressuposta no julgamento mesmo se essas restrições se aplicarem à própria pessoa que faz o julgamento. Aqui 'aceitar' significa 'aceitar como moralmente justificado.' (ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica.* Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, p. 69-75).

[120] LUNARDI, Gionavi Mendonça. Op. cit., p. 64.

[121] Nesse sentido, "por solução racional ele entendia principalmente a possibilidade de se resolver conflitos morais entre divergentes de forma tal que eles pudessem tanto se entender perfeitamente bem em sua comunicação mútua, quanto chegar a um denominador comum, ou seja, a uma resposta única, em relação à divergência inicial. Essa resposta única a uma dada divergência seria exatamente aquela que a abordagem utilitarista produziria, ou seja, que qualquer proposição moral genuína terá passado no teste utilitarista". (BONELLA, Alcino Eduardo. Op. cit., p. 1).

[122] O princípio da utilidade enunciado por Bentham pode ser sintetizado da seguinte maneira: "Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência em promover ou a comprometer a referida felicidade." (BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. *In*: Os Pensadores. SP: Abril cultural, 1979, p. 4).

Mill[123], que leva em conta apenas o princípio majoritário da maximização imparcial da felicidade. A primeira reformulação proposta por Hare refere-se à impossibilidade de se considerar a maximização da felicidade de todas as partes coletivamente, conforme preconiza o utilitarismo clássico, o que implica na compreensão da justiça com base nos interesses das diferentes partes. Ao estabelecer uma relação direta entre a universalizabilidade dos juízos morais e o utilitarismo, o autor estipula que todos os envolvidos pela ação moral, estão intitulados a igual consideração[124]. Em outras palavras, quando adotamos uma postura moral, devemos considerar as questões do ponto de vista de todos os que serão afetados, conforme a denominada regra de ouro do utilitarismo.[125]

Em segundo lugar, o autor percebeu que a satisfação de interesses possuía alguns problemas, como por exemplo o fato de que os interesses estão baseados em inclinações e desejos conflitantes, tendo substituído, por conseguinte, a noção de satisfação de interesses pela satisfação racional de preferências.[126]

Destarte, o utilitarismo defendido por Hare pretende que, ao analisarmos todos os afetados pela ação moral, a escolha da decisão não seja estabelecida em termos de prazer, felicidade ou dor, mas em termos de preferências. Isso porque a felicidade, por não ser um conceito empírico, não oferece qualquer solução às questões de justiça. Assim, os envolvidos na ação moral deverão avaliar sua decisão com base em uma satisfação racional[127] de preferências. E essas preferências, que podem ser os desejos de felicidade, serão universalizadas

---

[123] No utilitarismo de Mill, "a finalidade elementar com referência a qual e por causa da qual todas as coisas são desejáveis (quer estejamos considerando nosso próprio bem ou de outras pessoas), é uma existência isenta tanto quanto possível de dor e tão rica quanto possível em prazeres, tanto no que se refere à quantidade quanto à qualidade" (MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Escala: São Paulo, 2007, p. 28). O critério utilizado para se avaliar a qualidade em relação ao grau de quantidade será a prefêrencia, a qual se dá de acordo com o grau de introspecção e da consciência de si proprio. Nota-se, portanto, que Mill mantém a característica de considerar o prazer como um fim, tal como proposto por Bentham.

[124] No artigo *What Morality is Not*, McIntyre sustenta que Hare pensa estar defendendo um princípio puramente lógico quando, na verdade, está subscrevendo o princípio moral protestante que diz que devemos julgar as outras pessoas com os padrões que aplicamos a nós mesmos. Assim, a tese da universalizabilidade seria um princípio moral substancial. (MACINTYRE, Alasdair. *What Morality is Not. Philosophy*, XXXII, 1957. p. 33).

[125] SINGER, P. Entrevista. *In*: *O independente*. Lisboa: Disponível Em: <centralcritica.tripod.com/entr_os.html>. Maio de 2000.

[126] O autor leciona que são necessários quatro ingredientes em um argumento moral: a lógica (na forma da universalizabilidade e prescritividade), os fatos, e as inclinações ou interesses das pessoas concernidas. (HARE, Richard M. Op. cit., 1963, p. 94).

[127] Hare considera racional o fato de nos guiarmos pelos fatos e pela lógica. (HARE, Richard M. *Moral thinking,* Oxford: Clarendon Press, 1981, p. 214).

somente quando inteiramente racionais, concebidas por um homem perfeitamente prudente, uma vez considerados e comparados os aspectos positivos e negativos de suas preferências atuais e futuras, tendo vista a soma total de sua felicidade.[128]

Visando refinar sua versão reformulada de utilitarismo, Hare sustenta que, no caso de conflitos ou dilemas morais, em que tenhamos dificuldade de verificar a satisfação racional de preferências dos envolvidos na ação moral, fazemos usos de diferentes níveis de pensamento moral. Esses níveis são denominados “nível intuitivo” e “nível crítico”[129]. No nível intuitivo, aplicamos aqueles princípios, intuições e deveres que são transmitidos pela educação que se recebe. As questões morais do dia-a-dia decidem-se pelo nível intuitivo, com deveres válidos *prima facie*, ou seja, não são deveres absolutos e incondicionais. Hare argumenta que, nesse caso, devemos fazer uso de um conjunto de princípios ao qual podemos recorrer sem muita reflexão. Posteriormente, podemos refletir sobre a natureza de nossas intuições morais e averiguar se desenvolvemos intuições corretas, passíveis de levar ao melhor bem. De fato, nos dilemas e conflitos morais em que razões do nível intuitivo não se sustentam, isto é, em que a existência de circunstâncias distintas entre as situações analisadas afastam a aplicação de todos ou de alguns dos princípios gerais, usamos o nível crítico. Esse nível de pensamento baseia-se tão somente em premissas lógicas e intuições lingüísticas. Em outros termos, considera-se que, no nível intuitivo, trabalhamos com princípios gerais (não universais), e no nível crítico, que se refere aos dilemas morais, portanto específicos, fazemos uso do requerimento da universalização.

Com efeito, as intuições não são fatos aos quais nossa hipótese, no caso, nossos princípios, devem ser adequados. As intuições são cursos de ação simplificada e generalizada em máximas para efeito de aprendizado e uso prático corriqueiro[130]. No entanto, as intuições e princípios gerais precisam ser justificados de um modo independente, ou seja, sem apelar para eles próprios e para um suposto consenso. Destarte, eles devem ser testados e desafiados pelo utilitarismo de preferências proposto por Hare, ou seja, pela lógica dos conceitos morais

---

[128] HARE, Richard M. Op. cit., 1981, p. 104-106.
[129] Ibidem, p. 25.
[130] BONELLA, A E. Intuições, Princípios e Teoria nas Filosofias Morais de Rawls e Hare. *In*: DUTRA, L. H; MORTARI, C. A (EDS) *Princípios:* seu papel na filosofia e nas ciências. Florianópolis: Nel/UFSC, 2000, p. 325.

vinculada a conhecimentos empíricos relevantes sobre a implicação da universalização da prescrição para os interesses dos seres afetados[131]. As implicações seriam avaliadas no nível de raciocínio crítico, no caso de conflitos morais.[132]

Com base nesses dois níveis de pensamento moral, o autor pretende, por conseguinte, afastar a existência, reconhecida por alguns indivíduos, de situações trágicas, em que não haveria resposta para determinado conflito moral, por estarem limitados ao uso do nível intuitivo da linguagem moral.[133]

2.2 Aplicação da MAD para apreciação da posição do Supremo Tribunal Federal acerca dos limites do direito à saúde

2.2.1 Os argumentos dos autores

Os argumentos jurídicos apresentados pelos autores estão, na maioria das vezes, interligados com razões emocionais, ou seja, estão em jogo não apenas regras e princípios, mas valores e sentimentos que as demandas relativas à saúde carregam em seu bojo.

No plano jurídico, dois argumentos estão presentes em todas as demandas contra a Administração Pública: i) o entendimento de que as prestações de saúde por parte do Estado constituem direito fundamental constitucional, sobrepondo-se, em caso de colisão, a qualquer outro direito assegurado na Constituição; ii) a hipossuficiência dos autores, isto é, o fato de não disporem de recursos financeiros suficientes para adquirir, por conta própria, os medicamentos ou o tratamento pleiteado.

Uma terceira linha de argumentos tem se tornado, outrossim, cada vez mais frequente: a insuficiência, descontinuidade ou omissão da assistência à saúde prestada na rede pública.[134]

---

[131] BONELLA, A E. Op.cit., p. 356.
[132] HARE, Richard M. Op.cit., 1981, p. 31-43.
[133] Ibidem, p. 31-43.
[134] A questão da insuficiência de recursos não significa apenas que o Brasil está recebendo uma quantia de recursos inferior às necessidades do sistema, mas está empregando mal esses recursos. Além dessa ineficiência na destinação dos recursos, há também o problema da descentralização das ações e dos serviços de saúde. De fato, somente em 2000, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 29, que vinculou recursos das três esferas de governo à saúde, o sistema começou a experimentar maior estabilidade no financiamento e acréscimo no

Destarte, em praticamente todas as ações os postulantes colocam seus pedidos em forma de um dilema maniqueísta: ou se fornece o medicamento ou tratamento solicitado, ou a saúde do cidadão – e, em última análise, a própria vida - estará em risco. Faz-se parecer que uma decisão de improcedência se assemelharia, em certos casos, a uma sentença de morte. Em outras palavras, a dramaticidade das decisões sobre as prestações de saúde colocam os juízes numa posição em que a improcedência do pedido do autor simplesmente não é concebida como uma opção. Ao invés de uma massa de indivíduos não identificados sem acesso a recursos que lhe são necessários, pessoas cujos nomes se tornaram conhecidos serão declaradas inelegíveis para um tratamento ou serviços de que necessitam.[135]

Ademais, nota-se a existência de pedidos judiciais no sentido de compelir o Poder Público ao fornecimento de medicamentos sem registro na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, a realização de cirurgias e procedimentos, até mesmo a incorporação de novas tecnologias no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS.[136]

O desabastecimento e a descontinuidade no fornecimento de medicamentos e prestações de saúde implicam no paulatino descrédito das normas administrativas de dispensação[137] e das normas orçamentárias de previsão de gastos, contribuindo para os argumentos dos autores no sentido de que todas as regras burocráticas que

---

volume. (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Op.cit., p. 151).

135 KILNER, John F. *Who Lives? Who Dies? Ethical Criteria In Patient Selection.* New Haven: Yale University Press, 1990, p. 12. *In*: SANTOS, Gustavo Amaral dos. *Direito, escassez e escolha:* critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 114.

136 Cumpre colacionar trecho da manifestação do Fundador da Organização Não-Governamental Grupo Hipupiara Integração e Vida, portador do vírus HIV: "[...] Eu quero tocar, sim, vossas consciências e ressaltar a esta Corte, que irá definir se a integralidade é um conceito absoluto ou relativo, que cada pedido de liminar, em geral, não representa apenas um número, não representa apenas um gasto excessivo para a saúde pública. Representa, sim, vidas e famílias que, normalmente, estão em circunstâncias muito similares a minha." A referida organização defendeu a obrigação do Estado em disponibilizar medicamentos experimentais, por meio de laboratórios especializados, bem como fornecer medicamentos não licitados e não previstos nas listas do SUS, enfatizando a necessidade de concessão, por via administrativa, de medicamentos certificados internacionalmente pelo *Food and Drug Administration* - FDA nos Estados Unidos ou *pela European Medicines Agency* - Ema na Europa, e cuja necessidade seja comprovada por receitas, laudos e exames. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 199-200).

137 Ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não. Disponível em <http://www.anvisa.gov.br/ medicamentos/conceito.htm>.

restrinjam o seu direito fundamental devem ser afastadas pelos magistrados[138]. Expostos os principais argumentos levados ao debate judicial pelos autores, passamos a expor aqueles que a Administração Pública lança mão em sua defesa.

2.2.2 Os argumentos dos réus: União, Estados, Distrito Federal e Municípios

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios buscam, primeiramente, a extinção dos processos sem resolução do mérito, mediante o levantamento de uma série de preliminares[139] que, na maioria das vezes, são descartadas pelo Supremo Tribunal Federal.

No que se refere ao mérito das demandas que versam sobre o fornecimento de medicamentos, os entes da federação afirmam que essa prestação está vinculada ao cumprimento das normas administrativas do SUS, e que tais normas devem ser observadas em cada caso concreto julgado pelo Judiciário.

---

[138] Nesse sentido, o Presidente da Associação Brasileira de Amigos e Familiares de Portadores de Hipertensão Arterial Pulmonar, na audiência pública nº 4, pronunciou-se sobre o tema: "[...] A nossa posição, no que se refere a medicamentos novos para novas patologias (ou mesmo para patologias antigas), é a seguinte: o fornecimento de medicamentos não listados em portarias do Governo deve constituir dever constitucional do Estado, desde que se comprove que foi seguido um algoritmo de tratamento para a patologia e que se esgotaram os efeitos dos medicamentos listados, não restando, para assegurar a vida do paciente, outra alternativa senão a introdução da medicação recomendada no relatório médico. Se eventualmente uma decisão da mais alta Corte de Justiça do País limitasse o dever constitucional do Estado ao fornecimento de medicamentos listados em portarias do governo, *incontineti* os responsáveis pela área de Saúde nos Estados, sob a alegação de falta de recursos, suspenderiam o fornecimento, decretando a morte de centenas de pessoas imediatamente e de milhares de pessoas no futuro. Diante do clamor que se levantaria na sociedade e da forte repercussão dos meios de imprensa, certamente invocaria uma decisão desta Corte, justificando-se: 'estamos apenas cumprindo uma decisão do Supremo'. Nós da Abraf reconhecemos que não se deve atribuir ao Estado, ilimitadamente, o dever de fornecer medicamentos novos e caros a todo e qualquer paciente e a qualquer momento. A medicação não listada em portarias do governo só deve ser introduzida em momento adequado, seguindo algoritmo de tratamento, segundo a classe médica. Mas, uma vez demonstrado pela classe médica, em laudo médico emitido em instituições de saúde reconhecidas pelo governo, que a medicação é fundamental para assegurar a vida do paciente, o fornecimento torna-se dever inquestionável dos órgãos de saúde. E é importantíssimo que se preserve a via do Poder Judiciário para que se compila o Estado a fazer o fornecimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009, p. 264-265).

[139] Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios costumam denunciar à lide a União, para que esta passe a fazer parte do pólo passivo da demanda. A União, por outro lado, tem alegado sua ilegitimidade passiva *ad causam*, com base no princípio da descentralização político-administrativa do sistema de saúde, aliado ao processo de regionalização, destinado a garantir o acesso dos cidadãos a todas as ações e serviços necessários para a resolução de seus problemas de saúde, otimizando os recursos disponíveis. Em breve síntese, o ente central conclui que cabe à parte autora, em primeiro lugar, acionar o Município onde reside a fim de obter os medicamentos de que necessita.

Destacam, ainda, que as normas em comento não criam óbice ao gozo do direito à saúde, mas tão somente o regulamentam em benefício de toda a sociedade, de modo a evitar fraudes e o mau uso dos fármacos. Nesse sentido, surgem argumentos como i) o medicamento pretendido não é padronizado, ou seja, não está incluído nas relações de medicamentos; ii) o tratamento indicado não segue os protocolos clínicos adotados pelo SUS; iii) a inexistência do medicamento no mercado interno ou a ausência do registro na ANVISA.

Ainda associada a essa linha de defesa, merece destaque a alegação de que a intervenção judicial nas políticas públicas de saúde constitui extrapolação da competência do Poder Judiciário, que não deve se imiscuir em assunto reservado ao Poder Executivo.[140]

Ademais, outro argumento comum a todas as ações que versam sobre o direito à saúde refere-se à reserva do possível, isto é, a ausência, insuficiência ou indisponibilidade de recursos orçamentários ou financeiros, ao menos para dar o atendimento requerido a toda a população. Desse modo, os integrantes do pólo passivo das demandas de saúde pretendem, igualmente, afastar o dever de fornecimento de medicamentos de alto custo[141]. A realidade é complexa e o cobertor é curto: quando se cobre a cabeça, descobrem-se os pés. Ou, nas palavras de Holmes e Sustein, “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez”.[142]

---

[140] Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 145 AgR/CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010.

[141] Cumpre ressaltar que foi reconhecida Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 566471 RG/RN que questiona se situação individual pode, sob o ângulo de alto custo, pôr em risco a assistência global à saúde do todo. Trata-se do direito ao fornecimento de medicamento de alto custo, imprescindível para o tratamento da doença de hipertensão pulmonar, e não previsto na relação de fármacos dispensados pelo SUS. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 566.471 RG/RN, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 15/11/2007, Publicação em 07/12/2007).

[142] HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999, p. 94.

Nessa linha de raciocínio, defende-se que os medicamentos em fase de experimentação[143], isto é, aqueles não registrados na ANVISA não constituem prestações imputáveis ao Poder Público, uma vez que não se pode aferir se o produto traz mais benefícios do que malefícios, não se sabe se o produto realmente atua sobre a doença para a qual é indicado, tampouco se o produto está sendo fabricado conforme a legislação sanitária brasileira.

Sob esse prisma, não se trata de mera burocracia ou de negar ao cidadão o direito à saúde assegurado constitucionalmente, mas apenas de cumprir os pré-requisitos necessários e exigidos para o seu fornecimento na área da saúde.[144]

Por fim, informações acerca da falta do medicamento e do tratamento solicitado ou da complexidade dos procedimentos administrativos para compra do insumo frequentemente são apresentados não como argumento de defesa, mas para justificar o descumprimento das ordens judiciais.[145]

---

[143] O Secretário de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul, na audiência pública nº 4, aduziu, no tocante aos medicamentos experimentais, que "é imprescindível que a indicação e o uso desses medicamentos sejam norteados por protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas que estabeleçam critérios diagnósticos de uso e acompanhamento dos resultados. Além de disponíveis, esses protocolos devem ser permanentemente revisados e atualizados pelo Ministério da Saúde. Paralelamente à necessidade de se dar acesso aos medicamentos àqueles que deles necessitam, é preciso ficar alerta para o processo de 'medicalização' que vem ocorrendo na nossa sociedade, que tem entre outras causas a estimulação ao uso, patrocinado por empresas farmacêuticas que precisam assegurar retorno financeiro para supostos novos medicamentos." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., p. 137). Ainda quanto à eficácia duvidosa desses medicamentos sem registro na ANVISA, um integrante do Hospital de Clínicas de Porto Alegre e docente da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, relatou o seguinte caso acerca do tema: "Eu vou dar um exemplo que ocorreu em 2003, dentro do cenário da nossa ANVISA. Foi-me dada a oportunidade de participar de um painel que discutia um novo medicamento para o câncer de pulmão, já aprovado no cenário do FDA americano, e aprovado pela chamada via rápida, por ser medicamento para câncer. Nesse painel, a ANVISA, em 2003, não aprovou esse medicamento. E observamos, dois anos depois, todos os outros Ministérios de Saúde do mundo seguirem o exemplo da ANVISA, no sentido de que o medicamento não se mostrou eficaz e apresentava, assim, alguns efeitos adversos fatais." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Op. cit., p. 210).

[144] Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR-PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010.

[145] A União assevera que, em consonância com Lei n° 8.080/1990, o Ministério da Saúde não se estruturou para adquirir e fornecer medicamentos, mas apenas para financiar os programas e repassar os recursos financeiros aos Estados e Municípios. Desse modo, o fornecimento de medicamento pela União é mais demorado em relação aos Estados e Municípios, uma vez que não há estoque de insumos e remédios no Ministério da Saúde. Portanto, em toda ação judicial na qual determina que a União forneça o fármaco, há um procedimento licitatório só para esse medicamento, causando grave prejuízo ao SUS, porquanto a União compra em pequena quantidade o produto, o que causa elevação no preço. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 368.564/DF, Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 13/04/2011, Publicação em 10/08/2011).

2.2.3 As decisões e os fundamentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal

Conforme visto, segundo Richard Hare, a filosofia moral é uma contribuição para pensarmos com mais racionalidade as questões normativas, principalmente, através do esclarecimento da lógica contida em certos conceitos que são utilizados em nossa linguagem.

Desse modo, o principal dilema ético não é saber se os enunciados morais são verdadeiros ou falsos, mas se a argumentação está racionalmente bem conduzida. Isso significa que se considera imprescindível a compreensão da linguagem moral.

Sob esse prisma, o autor considera importante verificar os efeitos, isto é, as consequências da ação moral. Nesse sentido, a justificação da decisão da ação moral deve ser a mais completa possível, mencionando os efeitos – para dar conteúdo à decisão – e os princípios norteadores dessa escolha racional.[146]

A análise das questões morais exige uma linguagem capaz de fazer uma ligação de contingência entre os fatos e os valores. Isso é necessário para separar a linguagem avaliativa comum, compartilhada por todos, de sua aplicação a casos particulares. Não podemos usar palavras avaliativas para descrever um fato, assim como as palavras descritivas não são adequadas para a avaliação racional dos juízos morais.

A teoria da argumentação de Hare[147], por conseguinte, tem como objeto principalmente as palavras avaliatórias, dada sua alta margem de imprecisão, como os conceitos de universalidade, igualdade e integridade, previstos nos artigos 196 e 198, inciso II, da Carta da República, respectivamente.

---

[146] O autor esclarece que: "A justificação completa de uma decisão consistiria em uma descrição completa de seus efeitos, juntamente com uma descrição completa dos princípios observados e dos efeitos de observar aqueles princípios – pois, é claro, são também os efeitos (aquilo em que efetivamente consiste obedecer a eles) que dão conteúdo aos princípios. Assim, se nos pedem que justifiquemos uma decisão completamente, temos de dar uma especificação completa do modo de vida do qual ela é parte." (HARE, Richard M. Op. cit., 1963, p. 72)

[147] A linguagem jurídica pode ser analisada a partir do Prescritivismo Universal de Richard Hare, que tem como objetivo estudar o funcionamento da linguagem prescritiva, que é formada por dois tipos de palavras: as descritivas e as avaliatórias. As primeiras são caracterizadas por serem universalizáveis, enquanto as últimas são aquelas cujo significado refere-se à qualificação de um determinado objeto e não a sua descrição (HARE, Richard M. Op. cit., 1996, p. 40-45).

Segundo os ensinamentos de Roberto Freitas Filho, “as palavras avaliatórias têm por função qualificar algum objeto apreciando positiva ou negativamente o mesmo”[148], o que implica na maior dificuldade de aferição da coerência de uma decisão judicial que utilize esse tipo de palavra.

Com efeito, o conceito de integridade aparece nas decisões como dado auto-evidente. No entanto, verifica-se que “as palavras e expressões avaliatórias são relativas a juízos que devem ser feitos sobre situações concretas e não são definíveis aprioristicamente”.[149]

Destarte, há uma tendência de fazer valer a diretriz constitucional de integridade no atendimento em qualquer caso, de forma a fornecer ao paciente autor da demanda praticamente qualquer serviço de saúde postulado, independentemente do seu custo.[150]

---

[148] Nesse sentido, Roberto Freitas Filho esclarece que as palavras avaliatórias “são palavras e expressões que necessitam ser preenchidas de significado no momento do julgamento, e, por conta de sua alta carga valorativa, permitem ao julgador imprimir suas convicções pessoais, seus valores, suas crenças, sua visão de mundo, enfim sua ideologia”. (FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*. Brasília a. 44, n. 175, jul/set, 2007, p. 52)

[149] Ibidem, p. 57. Com efeito, Richard Hare assevera que “se o princípio geral advogado contém uma palavra de valor, pode-se fazê-lo parecer evidente por si mesmo, tratando-o como analítico, e então, quando a mesma palavra de valor aparece na premissa menor factual, pode ser tratado como se fosse descritivo. Por exemplo, poderíamos afirmar a auto evidência (porque analítica) do princípio de que devemos cumprir nosso dever, e então poderíamos averiguar qual é nosso dever por meio de algum processo de descoberta de fatos (*e.g.*, consultando uma faculdade chamada senso de dever ou então vendo a que tipos de ato a palavra ‘dever’ é aplicada em nossa sociedade e depois denominando ‘deveres’ esses atos). Desse argumento, aparentemente, poderíamos chegar a uma conclusão, ‘Devo desempenhar um ato particular A’, e daí ao imperativo ‘Faça A’, simplesmente com base em duas premissas, ‘Uma pessoa deve cumprir seu dever’ e ‘A é meu dever’, a primeira das quais é auto-evidente e a segunda factual. Mas isso é um equívoco. Se ‘dever’ é uma palavra de valor, então não podemos decidir o que é nosso dever meramente consultando o uso das palavras ou vendo se temos ou não determinada reação psicológica, mas apenas tomando uma decisão moral.” (HARE, Richard M. Op. cit., 1996, p. 45).

[150] A argumentação mais comum é que o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.
Nesse sentido, a Suprema Cote, no julgamento do RE nº 195.192/RS, compeliu o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer o medicamento necessário ao tratamento de menor impúbere portador de doença rara denominada fenilcetonúria, fabricado exclusivamente nos Estados Unidos e na Suíça. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 195.192/RS, Relator: Marco Aurélio, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 22/02/2000, Publicação em 31/03/2000)
Igualmente, na Suspensão de Tutela Antecipada nº 198, indeferiu-se o pedido do Estado do Paraná para suspender os efeitos da decisão que determinara o fornecimento de medicamento, orçado em mais de um milhão de reais anuais, à criança portadora de doença genética rara e degenerativa. O medicamento, segundo os atestados médicos, é a única esperança de melhora para a paciente e a suspensão do tratamento poderia comprometer seu desenvolvimento físico.

Embora haja menção à integridade como princípio que deve nortear a prestação dos serviços de saúde[151], não se estabelece, em nenhum julgado estudado, uma indicação quantitativa do limite do tratamento ou do insumo a ser fornecido pelo Poder Público ao autor da demanda como requisito para a determinação do conceito de integridade[152], tampouco a inclusão ou não de

(BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 198/MG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 22/12/2008, Publicação em 03/02/2009)

151 Nesse sentido, assevera o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 393.175, que "[...] não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 393.175 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/12/2006, Publicação em 02/02/2007)

152 Discutiu-se recentemente sobre a existência ou não de dever do Poder Público em fornecer transporte especial para a realização de tratamento médico. Nesse caso, o Ministro Gilmar Mendes negou seguimento ao agravo, sob o argumento de que a autora não conseguira refutar a alegação da ré de que ela faria jus ao Passe Livre, que a permitiria utilizar gratuitamente o transporte público, e possuiria benefícios sociais oferecidos pelo Ministério da saúde (Volta para Casa) e INSS (Benefício de Prestação Continuada). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 658.647/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Decisão monocrática, Julgamento em 03/02/2012, Publicação em 13/02/2012). Em caso semelhante, o Ministro Luiz Fux negou seguimento ao agravo interposto pela autora com o intuito de obter transporte especial individual para a realização de tratamento médico, a despeito do fornecimento pelo Estado do Rio Grande do Sul de transporte para as pessoas em recuperação de acidente vascular cerebral que necessitam de fisioterapia, ainda que em relação a apenas um dos postos de atendimento distribuídos pelo seu território. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 642.258/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, Decisão monocrática, Julgamento em 07/11/2011, Publicação em 11/11/2011). Ademais, o Ministro Gilmar Mendes manteve a decisão do Tribunal de Justiça local que compeliu o Estado e o Município ao custeio das despesas com transporte, alimentação e hospedagem do paciente e seu acompanhante, a título de tratamento fora do domicílio. Vide SS nº 421/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 20/04/2010, Publicação em 30/04/2010; SS nº 256/TO, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 20/04/2010, Publicação em 30/04/2010. Não obstante a ausência de julgamento de mérito, cumpre ressaltar que foi objeto de demanda judicial o fornecimento de fraldas descartáveis a indivíduo hipossuficiente, tendo o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendido que se tratava de mera comodidade, afeto, no máximo, à esfera da assistência social. A Ministra Cármen Lúcia, contudo, negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo autor, tendo em vista a necessidade de se investigar se tais insumos seriam ou não indispensáveis à vida e à saúde do autor, o que demandaria o reexame de fatos e provas. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 626.193/RS, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão monocrática, Julgamento em 28/11/2010, Publicação em 09/12/2010). No mesmo sentido: RE nº 724.293 AgR/RS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgameto em 19/03/2013, Publicação em 12/04/2013. Tratou-se, igualmente, do direito ao recebimento de fraldas descartáveis no julgamento do RE nº 626.328; porém, o Ministro Luiz Fux negou provimento ao agravo regimental interposto em recurso extraordinário por não ter sido demonstrada a repercussão geral do recurso referido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 626.328 AgR/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 07/06/2011, Publicação em 28/06/2011). Ainda no tocante ao alcance constitucional do conceito de direito à saúde, o Ministro Cézar Peluso, no julgamento da Suspensão de Segurança nº 4229, ao analisar a presença dos requisitos necessários ao deferimento da suspensão, ressaltou que "quanto ao primeiro (*fumus boni iuris*), dúvida não há de que os textos constitucionais federal e estadual consagram o direito de todos receber do Poder Público, de todas as esferas, o tratamento indispensável à sua saúde, o que inclui não só o acompanhamento por profissional da

tratamentos experimentais nesse conceito[153]. O conteúdo dessa palavra avaliatória tem sido preenchido de forma distinta em cada caso concreto pelos Ministros da Suprema Corte, o que torna difícil a aferição da coerência de suas decisões judiciais.

Curioso notar que tal orientação, entretanto, não é a mesma em relação às diretrizes de universalidade e igualdade na prestação dos serviços de saúde. Verifica-se que os julgadores ressaltam que a hipossuficiência financeira do autor é fator determinante para a procedência do pedido[154]. A *contrario sensu*, tal argumento

---

área da saúde devidamente habilitado (médico, odontólogo, etc), como o fornecimento de medicação, realização de exames e cirurgias, e mais toda a sorte de medidas tendentes à restauração da saúde do cidadão. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 4229/GO, Relator: Ministro Cezar Peluso, Presidência, Julgamento em 01/07/2010, Publicação em 03/08/2010). O Ministro, contudo, não deixou claro quais seriam essas medidas tendentes à recomposição da saúde do indivíduo.

153 A propósito, cumpre destacar trecho do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do RE nº 368.564/DF: "E na dúvida entre a esperança do sucesso e do insucesso, fico com a esperança do sucesso, evidentemente. Acho que isso é um direito veiculável por meio de mandado de segurança; é, digamos assim, a função da Suprema Corte tutelar essa dignidade da vida humana, como consectário dela, o direito à prestação de saúde pelo Estado." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 368.564/DF, Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 13/04/2011, Publicação em 10/08/2011). Conforme se depreende do voto do Ministro referido, a simples esperança de êxito do tratamento médico objeto da demanda a ser realizado no exterior seria capaz de impor ao Poder Público a obrigação de seu financiamento.
Após uma análise mais cautelosa do tema, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, o Ministro Gilmar Mendes ponderou que é preciso diferenciar os tratamentos puramente experimentais dos tratamentos ainda não testados pelo Sistema de Saúde Brasileiro. Destarte, esclareceu que os tratamentos experimentais consubstanciam-se em pesquisas médicas e, portanto, o Estado não pode ser condenado a fornecê-los; em contrapartida, os novos tratamentos decorrem da rápida evolução do conhecimento médico. Desse modo, concluiu que " [...] se, por um lado, a elaboração dos Protocolos Clínicos e das Diretrizes Terapêuticas privilegia a melhor distribuição de recursos públicos e a segurança dos pacientes, por outro a aprovação de novas indicações terapêuticas pode ser muito lenta e, assim, acabar por excluir o acesso de pacientes do SUS a tratamento há muito prestado pela iniciativa privada. Parece claro que a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).

154 Nessa linha de argumentação, o Ministro Celso de Mello afirmou que: "a legislação que assegura, às pessoas carentes e portadoras do vírus HIV, a distribuição gratuita de medicamentos destinados ao tratamento da AIDS qualifica-se como ato concretizador do dever constitucional que impõe ao Poder Público a obrigação de garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2000, Publicação em 24/11/2000). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 273.834 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 31/10/2000, Publicação em 01/02/2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 839.594/RS, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão Monocrática, Julgamento em 28/02/2011, Publicação em 15/03/2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 823.521/RS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento em 27/10/2010, Publicação em 09/11/2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 773.049/SC, Relator: Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, Julgamento em 26/04/2010, Publicação em 07/05/2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 268, Relator Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 22/10/2008,

implica que as pessoas em situação financeira confortável não têm direito à assistência farmacêutica. Ocorre que estes indivíduos também podem estar "padecendo de algum mal, que, dependendo do caso, poderá levar à diminuição da qualidade de vida ou até mesmo ao óbito"[155], sendo igualmente titulares de um direito público subjetivo.

De fato, verifica-se que as demandas judiciais sobre saúde são levadas ao crivo judicial tendo, por um lado, os cidadãos postulando a garantia do direito à saúde e à vida e, por outro, a Administração Pública, que invoca o respeito às normas administrativas e expõe o problema da falta de recursos e a contingência que há no atendimento à população.[156]

Ao cotejar tais questões, os Ministros da Suprema Corte acabam por estabelecer oposições entre os argumentos das partes, notadamente a oposição entre a Constituição e as normas administrativas que regulamentam a dispensação de medicamentos e outros serviços de assistência à saúde[157] e a tensão entre o mínimo existencial[158] e as restrições orçamentárias (reserva do possível).

Publicação em 29/10/2008.

[155] Excerto do voto do Ministro Relator Luiz Fux proferido no julgamento do RE nº 607.381 AgR/SC.

[156] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 68.

[157] Ao decidir o pedido de Suspensão de Liminar nº 228, a Presidência da Suprema Corte enfrentou a árdua tarefa de sopesar o direito dos cidadãos às vagas de Unidade de Tratamento Intensivo – UTI e as consequências para a ordem pública da decisão que determina suas instalações. Naqueles autos, a União queria suspender a decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região que determinara à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Sobral a transferência de todos os pacientes necessitados de atendimento em UTI's para hospitais públicos ou particulares que dispusessem de tais unidades e o início das ações tendentes à instalação e ao funcionamento de 10 leitos de UTI's adultas, 10 leitos de UTI's neonatais e 10 leitos de UTI's pediátricas. A medida destinava-se à população dos 61 Municípios que compõem a Macrorregião Administrativa do SUS de Sobral, e baseava-se na Portaria nº 1.101/2002 do Ministério da Saúde, que fixa o número de leitos por habitantes, e que não estava sendo cumprida na região. Deferiu-se parcialmente o pedido, tão somente para suspender a execução da multa diária fixada no valor de dez mil reais, mantendo a decisão liminar nos seus demais termos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 228/CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Presidência, Julgamento em 14/10/2008, Publicação em 21/10/2008).

[158] No julgamento do agravo interposto em recurso extraordinário em que se discutia o fornecimento de medicamento necessário à manutenção da saúde e da vida com um mínimo de dignidade de paciente portador de moléstia grave, o Ministro Marco Aurélio enfatizou a importância do mínimo existencial: "O acórdão prolatado pela Corte de origem surge harmônico com a Constituição Federal. O preceito do artigo 196 da Carta da República, de eficácia imediata, revela que '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 a sua promoção, proteção e recuperação'. Reclamam-se do Estado (gênero) as atividades que lhe são precípuas, nos campos da educação, da saúde e da segurança pública, cobertos, em termos de receita, pelos próprios impostos pagos pelos cidadãos. É hora de atentar-se para o objetivo maior do próprio Estado, ou seja, proporcionar vida gregária segura e com o mínimo de conforto suficiente a atender ao valor maior atinente à preservação da dignidade do

Na primeira hipótese, os magistrados acabam por reconhecer que a assistência à saúde constitui materialização do direito constitucional à vida[159] e à saúde, com base nos artigos 5º, 196 e 198 da Constituição Federal. Afastam, por conseguinte, a suposta violação à separação dos poderes, uma vez que o Judiciário tão somente determina o efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes, atuando dentro dos limites de legislador negativo.[160]

Em breve síntese, a jurisprudência do Pretório Excelso aponta o Poder Público como principal responsável por promover a saúde dos cidadãos e reserva para si o papel de guardião para que esse dever não seja olvidado ou limitado. O cidadão surge como um cliente indefeso que deve ser protegido por um Estado

---

homem." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 650.359/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, Decisão monocromática, Julgamento em 13/10/2011, Publicação em 26/10/2011).

159 Nas palavras do Ministro Cezar Peluso: "o direito à saúde representa consequência constitucional indissociável do direito à vida." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 587734-MG, Relator: Ministro Cezar Peluso, Decisão Monocrática, Julgamento em 7/08/2012, Publicação em 13/08/2012).

160 No julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, o Ministro Gilmar Mendes concluiu que "no Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento de políticas públicas já existentes. Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. [...] Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).

Nesse sentido, no julgamento do RE nº 642.536, o Ministro Luiz Fux utilizou a mesma fundamentação esposada pelo Ministro Gilmar Mendes na SL nº 47 para ratificar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública do Amapá. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 642.536/AP, Relator: Ministro Luiz Fux, Decisão monocrática, Julgamento em 13/09/2011, Publicação em 26/09/2011). Na mesma linha de argumentação: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 642.536 AgR/AP, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 05/02/2013, Publicação em 27/02/2013.

Por outro lado, a Ministra Cármen Lúcia, no julgamento do Agravo de Instrumento 850.020, em decisão monocrática, determinou a conversão do agravo em recurso extraordinário para sua submissão ao procedimento de Repercussão Geral. A controvérsia referia-se à possibilidade ou não de o Poder Judiciário determinar o número mínimo de profissionais da área de saúde para o regular funcionamento do novo Setor de Emergência do Hospital Salgado Filho no Rio de Janeiro. A respeito do tema, a Ministra afastou essa possibilidade de intervenção judicial, nos seguintes termos: "Este Supremo Tribunal Federal assentou haver contrariedade ao art. 2º da Constituição da República na determinação judicial de realização de obras em cadeias públicas. Confiram-se as seguintes decisões monocráticas com trânsito em julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 279.455, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 22.4.2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 422.298, Rel. Min. Eros Grau, DJ 28.8.2006; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 365.299, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 9.12.2005)." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 850.020/RJ, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão monocrática, Julgamento em 09/02/2012, Publicação em 29/02/2012).

provedor, cujos magistrados detêm legitimidade para definir os valores prioritários a serem preservados. Há uma evidente dificuldade por parte dos Ministros do Pretório Excelso em vislumbrar uma compatibilização entre as normas administrativas regulamentadoras do SUS e a Constituição Federal.

Destarte, as alegações dos réus no tocante à previsão dos medicamentos solicitados pelo autor da demanda nas listas do SUS ou a inadequação desses insumos ao seu quadro clínico também são, na maioria das vezes, rejeitadas. A Suprema Corte já decidiu em favor dos postulantes até mesmo em caso de procedimentos experimentais, sem eficácia comprovada.[161]

Muitas vezes, o procedimento licitatório é igualmente ignorado, e incluído como entrave burocrático, motivo pelo qual se determina que os gestores promovam a aquisição emergencial dos medicamentos, com dispensa de licitação, em casos excepcionais.[162]

No entanto, no que se refere aos medicamentos sem registro na ANVISA, o entendimento supracitado foi reinterpretado pelos Ministros da Corte Maior. Essa situação foi devidamente analisada pelos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, mormente à época da audiência pública n° 04, dando origem à Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.[163]

---

[161] O Plenário do STF, ao julgar o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223, foi confrontado com o drama vivenciado por pacientes que, sem alternativas viáveis, depositam suas esperanças em tratamentos experimentais. Naquele incidente o Estado de Pernambuco buscou suspender decisão judicial que determinara o pagamento de todas as despesas necessárias à cirurgia de implante de marcapasso diafragmático muscular – MDM para devolver ao autor, vítima de assalto em via pública, a capacidade de respirar sem dependência do respirador mecânico. O procedimento experimental, não aprovado pelo FDA (órgão regulador norte-americano), foi orçado em cento e cinquenta mil dólares. O agravo restou provido, por maioria, para manter a decisão que determinava o pagamento das despesas pelo Estado de Pernambuco. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 223 AgR-PE, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 14/04/2008, Publicação em 09/05/2008).
Em caso semelhante, a Suprema Corte negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que concedera a segurança, reconhecendo o dever do Poder Público em fornecer tratamento aos impetrantes portadores de retinose pigmentar, cuja eficácia ainda é desconhecida, no Centro Internacional de Retinose Pigmentaria em Cuba. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 368.564/DF, Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 13/04/2011, Publicação em 10/08/2011).

[162] Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286 AgR/RS, Relator: Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2000, Publicação em 24/11/2000.

[163] Essa recomendação foi editada nos seguintes termos: “Considerando que os medicamentos e tratamentos utilizados no Brasil dependem de prévia aprovação pela ANVISA, na forma do art. 12 da Lei 6.360/76 c/c a Lei 9.782/99, as quais objetivam garantir a saúde dos usuários contra

A Suprema Corte tem reconhecido, outrossim, o dever de solidariedade entre todos os entes da Federação no tocante à prestação dos serviços na área de saúde, sob o argumento de que a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pela União e pelos Estados, bem como o chamamento ao processo da União pelos Estados e Municípios, constituem obstáculos processuais inconstitucionais destinados a postergar a resolução dos feitos.[164]

Por outro lado, as restrições orçamentárias do Estado raramente serviram como justificativa para o não fornecimento de medicamentos ou a prestação de outros serviços de saúde. É nessa linha que encontramos a segunda oposição estabelecida pelos Ministros do Pretório Excelso, que se dá entre a garantia da saúde do cidadão pleiteante, de um lado, e a Administração Pública e suas contingências financeiras de outro.[165]

Nesse sentido, dois fundamentos são mais frequentes: o de que limitações orçamentárias não podem suplantar direitos constitucionais[166] e o de que não ficou

---

práticas com resultados ainda não comprovados ou mesmo contra aquelas que possam ser prejudiciais aos pacientes; resolve: I. Recomendar aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que: […] b.2) evitem autorizar o fornecimento de medicamentos ainda não registrados pela ANVISA, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei."

[164] Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 607.381 AgR/SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 31/05/2011, Publicação em 17/06/2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 628.345/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowksi, Decisão Monocrática, Julgamento em 02/08/2011, Publicação em 04/08/2011.

[165] José Reinaldo de Lipa Lopes, ao analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo e do Superior Tribunal de Justiça sustenta que os tribunais não estão atentos às possibilidades financeiras do Poder Público no tocante à materialização dos direitos sociais. De fato, "algumas decisões mostram que certos grupos de juízes nos tribunais raciocinam da seguinte maneira: todos têm direito à dignidade humana; a dignidade humana inclui um lugar na escola ou o tratamento específico com determinada droga ou remédio, logo, não compete ao tribunal levar em conta o custo da escola ou do remédio, mas garanir o benefício (implícito na noção não discutida de 'dignidade humana') imediatamente". Destarte, o autor conclui que "o tribunal deveria mostrar que a divisão de custos que está propondo é melhor, mais conforme à lei e à constituição, do que a divisão de custos implícita na política governamental. Mas, para isto, outra vez, seria necessário que elaborasse algum raciocínio sobre as consequências universais da regra que está aplicando." (LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006, p. 256).

[166] Cumpre colacionar excerto do voto do Ministro Celso de Mello proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, que impõe parâmetros para a não aplicação da denominada reserva do possível, como a existência de dolo por parte do ente político na ausência da prestação positiva do direito vindicado: "Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, contudo, ao

Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele - a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-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. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" — ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível — não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. Tratando-se de típico direito de prestação positiva, que se subsume ao conceito de liberdade real ou concreta, a proteção à saúde — que compreende todas as prerrogativas, individuais ou coletivas, referidas na Constituição da República (notadamente em seu art. 196) — tem por fundamento regra constitucional cuja densidade normativa não permite que, em torno da efetiva realização de tal comando, o Poder Público disponha de um amplo espaço de discricionariedade que lhe enseje maior grau de liberdade de conformação, e de cujo exercício possa resultar, paradoxalmente, com base em simples alegação de mera conveniência e/ou oportunidade, a nulificação mesma dessa prerrogativa essencial." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 175 AgR/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, pronunciou-se sobre a ponderação entre o mínimo existencial e a reserva do possível: "Tal como pude enfatizar em decisão por mim proferida no exercício da Presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246/SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, 'caput', e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).

O Ministro Celso de Mello, a seu turno, no julgamento do RE nº 713231/RN, afirmou que: "cumpre não perder de perspectiva que o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República. Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar […] O sentido de fundamentalidade do direito à saúde – que representa, no contexto da evolução histórica dos direitos básicos da pessoa humana, uma das expressões mais relevantes das liberdades reais ou concretas – impõe ao Poder Público um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais – que traduz estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e que atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica (SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. Rio de Janeiro: Malheiros, 2000, p. 199, itens ns. 20/21) –, recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculado à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito – como o direito à saúde – se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional. Cumpre assinalar, finalmente, que a essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em

demonstrado pelo Poder Público o risco à ordem, à saúde, à segurança ou à economia pública.[167]

A insuficiência de recursos tem sido interpretada pelos Ministros como incompetência administrativa e desinteresse em agir por parte do gestor público, ainda que se alegue que a realização de outras políticas públicas restará prejudicada pelo fornecimento de medicamentos, realização de tratamentos e outras prestações de assistência à saúde por ordem judicial.[168]

---

que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 713.231/RN, Relator: Ministro Celso de Mello, Decisão Monocrática, Julgamento em 7/12/2012, Publicação em 1/02/2013).

[167] No julgamento da suspensão de Tutela Antecipada nº 268, indeferiu-se o pedido do Município de Igrejinha para que fosse suspensa a decisão que determinara o fornecimento do medicamento Glivec 400 mg, constante da lista do SUS e em falta na farmácia Municipal, à autora, portadora de leucemia mielóide crônica. O Ministro Gilmar Mendes, ao analisar a eventual existência de lesão à ordem, à saúde, à segurança ou a economia pública, proferiu o seguinte voto: "Não vislumbro na decisão impugnada risco de grave lesão à ordem pública, uma vez considerados os seguintes dados fáticos: o laudo de fl. 33 atesta que a paciente é portadora de Leucemia Mielóide Crônica (CID C 92.1) e necessita com urgência fazer uso de doses elevadas de hidroxiuréia; a requerente declarou que não possui condições de arcar com o custo mensal do tratamento (fl. 28); o medicamento consta da lista de fármacos fornecidos pelo SUS (Portaria nº 1869/GM); e segundo informado pela Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul (consulta telefônica efetuada pela Assessoria Especial, no dia 21 de outubro de 2008, às 15h45min, pelo telefone número 51.39011004), o princípio ativo hidroxiuréia é disponibilizado aos pacientes portadores de Leucemia Mielóide Crônica pela Farmácia de Medicamentos Especiais do Estado. O Município de Igrejinha, apesar de alegar lesão à economia pública, não comprova a ocorrência da lesão aos cofres municipais, limitando-se a sustentar que o medicamento deve ser fornecido pelo Estado do Rio Grande do Sul e que as decisões judiciais, nesses casos, violam o princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88). […] Por outro lado, inocorrentes os pressupostos contidos no art. 4º da Lei nº 8.437/1992, verifico que a ausência do medicamento solicitado poderá ocasionar graves e irreparáveis danos à saúde e à vida da paciente." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 268, Relator Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 22/10/2008, Publicação em 29/10/2008).

[168] Nesse sentido, argumentou-se que "O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286 AgR/RS, Relator: Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2000, Publicação em 24/11/2000). Na mesma linha, o Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento recente do AI nº 550530 AgR/PR, sustentou que "embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 550530 AgR/PR, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 26/06/2012, Publicação em 16/08/2012).

A cláusula da reserva do possível, assim como o mínimo existencial, é um problema formulado no campo teórico, e lá permanece seu debate quando invocado em juízo. Não se vislumbra em nenhum dos julgados estudados qualquer menção a projeções acerca da extensão dos impactos financeiros sobre o Estado, isto é, inexiste um levantamento da extensão dos gastos provenientes das ordens judiciais tendentes à concretização do direito à saúde. Em verdade, não passa de uma tentativa de utilizar estrategicamente o desconhecimento do Judiciário acerca da capacidade financeira do Estado em favor do administrador público e em prejuízo da realização dos direitos sociais.[169]

Verifica-se que a concessão de medicamentos e de outros serviços de assistência à saúde é baseada nos mesmos argumentos e nas mesmas referências normativas. Os Ministros do STF corroboram seu entendimento com a transcrição de outros julgados, em sentido semelhante, do próprio tribunal. Nesse diapasão, buscam uma coerência com as decisões anteriores, apoiando-se nestas para perpetuar o mesmo discurso e chegar aos mesmos resultados.

Não obstante a iniciativa do Supremo Tribunal Federal em realizar uma audiência pública sobre o direito à saúde, a fim de aprofundar o diálogo institucional entre o Poder Judiciário, os gestores e a sociedade civil sobre questões de extrema importância, ainda é possível identificar um padrão na resposta dos Ministros às demandas de saúde. Da mesma forma, também são uniformes os argumentos levantados pelas partes. Infelizmente, tais padrões são aplicados a casos concretos muito díspares, afastando as decisões da Suprema Corte da complexidade que a matéria apresenta.

São várias as normas administrativas do SUS que regulamentam a compra, distribuição e dispensação de medicamentos, bem como a ordem de prioridade nas internações em UTI's. São variadas as necessidades clínicas de cada indivíduo que busca a tutela do Poder Judiciário, e esta diversidade cresce com os diferentes tratamentos indicados pelos médicos assistentes e pela evolução que apresenta cada paciente. Todas essas variáveis, contudo, não encontram na Suprema Corte espaço suficiente para serem desenvolvidas. Carecem informações para que as peculiaridades de cada caso aflorem e permitam ao magistrado uma decisão mais

[169] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 126.

adequada[170]. Não há individualização das demandas a fim de buscar uma resposta correta para cada caso, mas uma cognição sumária e desprovida de recursos técnicos, diante da iminência de risco à saúde e à vida dos autores, o denominado *periculum in mora* inverso[171]. Estabeleceu-se um padrão: conceder o tratamento médico.

De fato, na quase totalidade dos pedidos está presente o apelo moral pela preservação da saúde e, em certa medida, da própria vida do autor da demanda. A tentativa de colocar o magistrado na incômoda situação de decidir entre a vida e a morte cria uma forte pressão psicológica.[172]

O altíssimo sucesso que essas demandas obtiveram no decorrer dos anos desde a primeira instância provocou, além do efeito multiplicador, a proliferação do entendimento de que a insuficiência orçamentária para o atendimento a todos seria uma mera desídia da Administração Pública, dispensando até mesmo a produção de provas nesse sentido, o que acaba por influenciar a decisão de última instância sobre o caso. “E esse é apenas um dos aspectos de uma tendência que se torna cada vez mais clara: as demandas por serviços de saúde recebem tratamento

---

[170] SANT’ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 79-80.

[171] A título de exemplo, o Ministro Cezar Peluso negou seguimento ao pedido se suspensão de tutela antecipada formulado pelo Estado do Paraná no intuito de suspender os efeitos da decisão proferida pelo tribunal de justiça que determinou ao Estado o fornecimento dos insumos e medicamentos necessários ao tratamento de doença rara denominada Epidermólise Bolhosa Distrófica. O Ministro concluiu que “É evidente que os pacientes necessitam do uso diário e contínuo dos insumos e medicamentos pleiteados, de modo a diminuir o sofrimento intenso decorrente das características próprias da patologia, bem como da necessidade de trocas diárias dos curativos. Dessa forma, a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação extremamente mais grave (sofrimento contínuo e diário, com redução da qualidade e expectativa de vida dos pacientes) do que aquela que se pretende combater com o presente pedido de contracautela. Evidente, portanto, a presença do denominado risco de ‘dano inverso’.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 558/PR, Relator Ministro Cezar Peluso, Presidência, Julgamento em 02/09/2011, Publicação em 14/09/2011).

[172] Não obstante a tese defendida por Ana Paula de Barcellos seja contrária àquela esposada neste trabalho, vale destacar a conclusão a que a autora chega sobre a influência que o apelo moral da preservação da saúde e da própria vida do demandante exerce sobre o magistrado: “Nesse contexto, as impressões psicológicas e sociais do magistrado, a quem cabe afinal aplicar a Constituição, não podem ser desconsideradas. Um doente com rosto, identidade, presença física e história pessoal, solicitando ao Juízo uma prestação de saúde é percebido de forma inteiramente diversa da abstração etérea do orçamento e das necessidades do restante da população, que não são visíveis naquele momento e têm sua percepção distorcida pela incredulidade do magistrado, ou ao menos pela fundada dúvida de que os recursos públicos estejam sendo efetivamente utilizados na promoção da saúde básica.” (BARCELLOS, Ana Paula de. *O direito a prestações de saúde:* complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 805).

diferenciado das demais questões que envolvem o controle jurisdicional da Administração Pública".[173]

2.2.4 A ampliação do debate: o caminho para uma postura diferente.

Argumenta-se que as decisões judiciais proferidas em processos individuais possuem consequências nefastas ao andamento regular da gestão pública. Isso porque uma decisão sobre a concessão ou não de uma prestação positiva que onere os cofres estatais tem uma repercussão que ultrapassa os limites subjetivos da coisa julgada, devendo o juiz considerar aspectos de macro-justiça[174] ao examinar demandas sociais.

No julgamento do RE nº 368.564/DF, discutiu-se sobre o suposto dever do Poder Público em fornecer tratamento aos impetrantes portadores de doença rara denominada retinose pigmentar no Centro Internacional de Retinose Pigmentaria em Cuba. Ocorre que a eficácia do tratamento referido ainda é desconhecida, tendo sido informado nos autos que o Conselho Brasileiro de Oftalmologia teria se manifestado sobre o seu caráter experimental.

A respeito do tema, o Ministro Ricardo Lewandowski ressaltou a importância de se observar as diretrizes de universalidade e igualdade na prestação dos serviços de saúde. O Ministro afastou, por conseguinte, a possibilidade de o Poder Judiciário substituir o Poder Público, definindo, de forma pontual e individualizada, como este

---

[173] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 101.

[174] A propósito, confira-se a explicação de Ana Paula de Barcellos: "Ainda que superadas as críticas anteriores, o fato é que nem o jurista, e muito menos o juiz, dispõem de elementos ou condições de avaliar, sobretudo em demandas individuais, a realidade da ação estatal como um todo. Preocupado com a solução dos casos concretos – o que se poderia denominar de micro-justiça – o juiz fatalmente ignora outras necessidades relevantes e a imposição inexorável de gerenciar recursos limitados para o atendimento de demandas ilimitadas: a macro-justiça." (BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. *In: Revista de Direito do Estado 3:32*, 2006). Nesse sentido, Luis Roberto Barroso conclui que "o juiz é um ator social que observa apenas os casos concretos, a micro-justiça, ao invés da macro-justiça, cujo gerenciamento é mais afeto à Administração Pública." (BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 896). Da mesma maneira, Gustavo Amaral resume a questão da seguinte forma: "A justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macrojustiça." (AMARAL, Gustavo. Op. cit., p. 18)

deve empregar os recursos orçamentários destinados à saúde, cuja escassez é evidente.[175]

Não obstante o dispositivo e a ementa do referido acórdão terem sido iguais a tantos outros, reconhecendo o dever da Administração Pública em financiar determinado tratamento médico, o voto vencido do Ministro Ricardo Lewandowski deixa claro que as demandas sociais exigem uma instrução mais cautelosa, com informações pormenorizadas do caso concreto, aliada ao estudo das políticas públicas e das implicações da decisão judicial para a gestão pública e a própria coletividade.

No tocante à ponderação entre os princípios da reserva do possível e do mínimo existencial, ambos de cunho constitucional, cumpre registrar o voto do Ministro Gilmar Mendes, proferido no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, que, apesar de ter determinado a regularização dos serviços prestados em hospital público do Município de Petrolina, reconheceu a existência de limites orçamentários, não como mera tese de defesa, mas como um dado contingente. Ademais, ressaltou o avanço constante da medicina e a descoberta de novos tratamentos, bem como o surgimento de novas doenças, dados que nos permitem compreender que esse incremento das necessidades

---

[175] Excerto do voto do Ministro Ricardo Lewandowski: "O aresto recorrido, contudo, aborda o direto à saúde como um direito subjetivo individual, desconsiderando um aspecto substancial do conteúdo normativo do art. 196 da CF, a saber, o acesso universal à saúde. Com efeito, ao conferir natureza individual a um direito de caráter universal, o Judiciário não só deixa de aplicar, *data venia*, de modo correto, o texto constitucional, como ainda interfere na distribuição de recursos pelo Estado sem ter como definir, de modo racional e com um mínimo de objetividade, os graus de prioridade com que devem ser contemplados. [...] De fato, para a concretização dos valores abrigados na Constituição, faz-se mister que os pedidos fundados no art. 196 da Constituição sejam examinados à luz do caráter universal que matiza o direito à saúde, que, como regra, não comporta uma avaliação sob uma ótica individual, como ocorreu no presente caso. [...] A interpretação do art. 196 da Constituição Federal, portanto, passa necessariamente pelo acesso universal à saúde e tendo consideração que se trata de distribuir recursos orçamentários por definição escassos. Penso que o papel do Judiciário seja o de garantir que essa distribuição seja realizada dentro de parâmetros constitucionais e legais, garantindo, sempre que possível, a universalização do acesso à saúde. Para tanto, não pode o Judiciário - salvo em situações extremas, em que a própria vida esteja em risco – ir além da fixação de critérios para a atuação da Administração Pública, impedindo que determinados cidadãos sejam privilegiados em detrimento de outros. Não pode – insisto – o Judiciário e, em especial, esta Suprema Corte, guardiã dos valores constitucionais, definir, de maneira pontual e individualizada, como a Administração deve distribuir os recursos públicos destinados à saúde." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 368.564/DF, Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 13/04/2011, Publicação em 10/08/2011).

relacionadas ao direito à saúde não é acompanhado pela ampliação dos recursos do orçamento público.[176]

Destaca-se, outrossim, a Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, onde se sintetiza as conclusões do Supremo Tribunal Federal a respeito de medicamentos não registrados na ANVISA e na qual se recomenda aos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Tribunais Regionais Federais que evitem autorizar o fornecimento desses insumos. Isso porque o diálogo institucional promovido na Audiência Pública nº 4 permitiu que o Poder Judiciário compreendesse a importância do registro do medicamento no órgão regulador para a própria segurança e saúde pública[177]. Observa-se que, em casos como esse, as

[176] O Ministro Gilmar Mendes ponderou que: "O direito à saúde é estabelecido pelo artigo 196 da Constituição Federal como (1) 'direito de todos' e (2) 'dever do Estado', (3) garantido mediante políticas sociais e econômicas, (4) que visem a redução do risco de doenças e outros agravos, (5) regido pelo principio do 'acesso universal e igualitário', (6) 'às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação'. A dimensão individual do direito à saúde foi destacada pelo Ministro Celso de Mello, relator do AgR-RE nº 271.286-8/RS, ao reconhecer o direito à saúde como um direito público subjetivo assegurado à generalidade das pessoas, que conduz o individuo e o Estado a uma relação jurídica obrigacional. [...] Não obstante, esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. [...] A garantia mediante políticas sociais e econômicas ressalta, justamente, a necessidade de formulação de políticas públicas que concretizem o direito à saúde por meio de escolhas alocativas. É incontestável que, além da necessidade de se distribuírem recursos naturalmente escassos por meio de critérios distributivos, a própria evolução da medicina impõe um viés programático ao direito à saúde, pois sempre haverá uma nova descoberta, um novo exame, um novo prognóstico ou procedimento cirúrgico, uma nova doença ou a volta de uma doença supostamente erradicada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR-PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).

[177] Conforme a orientação mencionada, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal na defesa da indispensabilidade do referido registro, nos termos do voto condutor do acórdão proferido pela Corte Especial do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n° 175, Relator Ministro Gilmar Mendes, após extensa colheita de elementos sobre o tema da saúde em audiência pública: "O registro de medicamento [...] é uma garantia à saúde pública. E [...] a Agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a eficácia, a segurança e a qualidade do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento. [...] Por tudo isso, o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 145 AgR-CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).
Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, esclareceu que "o registro de medicamento, como ressaltado pelo Procurador-Geral da República na Audiência Pública, é uma garantia à saúde pública. E como ressaltou o Diretor-Presidente da ANVISA, na mesma ocasião, a agência, por força da lei de sua criação, também realiza a regulação econômica dos fármacos. Após verificar a segurança, qualidade e eficácia do produto e conceder-lhe o registro, a ANVISA passa a analisar a fixação do preço definido, levando em consideração o benefício clínico e o custo do tratamento.

políticas públicas brasileiras não são desatualizadas e insuficientes como se quer fazer parecer. A análise dessas políticas pelos magistrados no momento de conceder ou não um medicamento sem registro no órgão competente pode contribuir para que as decisões judiciais pontuais sejam mais coerentes com a própria gestão do SUS.[178]

Ainda no que se refere à diretriz constitucional da integridade do atendimento à saúde, foi reconhecida a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 566.471, em que se questiona se situação individual pode, sob o ângulo do custo, colocar em risco o grande todo, a assistência global a tantos quantos dependem de determinado medicamento, de custo costumeiro, para prover a saúde ou minimizar sofrimento decorrente de certa doença. Trata-se do direito ao fornecimento de medicamento de alto custo, imprescindível para o tratamento da doença de hipertensão pulmonar, e não previsto na relação de fármacos dispensados pelo SUS.[179]

Havendo produto assemelhado, se o novo medicamento não trouxer benefício adicional, não poderá custar mais caro do que o medicamento já existente com a mesma indicação. [...] Claro que essa não é uma regra absoluta. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, permite que ela dispense de 'registro' medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR-PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010).

Nota-se, contudo, que mesmo após a edição dessa Recomendação, há decisões monocráticas de Ministros do Pretório Excelso ratificando o "superdireito" à saúde dos indivíduos, direito esse que abrangeria inclusive medicamentos que não constam das listas do SUS. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 821.769/RS, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Decisão monocrática, Julgamento em 27/10/2010, Publicação em 09/11/2010; AI nº 791.476/MT, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão monocrática, Julgamento em 17/08/2010, Publicação em 30/08/2010.

178 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 107.

179 No julgamento da suspensão de Segurança nº 4316, indeferiu-se a suspensão para manter a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, nos autos de recurso em mandado de segurança impetrado por portadora de doença rara denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna – HPN, para garantir o direito ao tratamento por meio do medicamento Soliris (Eculizumabe), fabricado no exterior, pela indústria farmacêutica Alexion Pharmaceuticals. O Ministro Presidente Cezar Peluso pronunciou-se sobre o tema: "O Supremo Tribunal Federal, em recente precedente, firmou o entendimento no sentido de que é possível 'o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento da sobrevida e a melhoria na qualidade de vida da paciente' (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min Gilmar Mendes, DJe 30.4.2010). Partindo de tal premissa, o fato de determinada medicação não possuir registro na ANVISA, por si só, não afasta o direito do portador de doença grave ao recebimento do remédio. Na hipótese dos autos, a medicação "Eculizumab - Soliris", apesar de importada e não estar registrada na ANVISA, é reconhecida pela comunidade médica como a única medicação eficaz para o tratamento da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN. Assim, conforme

A respeito do tema, imperioso fazer menção ao voto da Ministra aposentada Ellen Gracie no julgamento do Agravo Regimental na Suspensão de Liminar nº 47, em que ela demonstrou sua insegurança em relação à generalização pretendida com o reconhecimento da Repercussão Geral do recurso supracitado a ser aplicada a todos os casos que envolvam pedidos de medicamentos de alto custo, em razão das circunstâncias fáticas distintas de cada um deles.

---

reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal (STA 175 AgR/CE), em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA, quando 'adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde', nos termos da Lei 9.782/99. Por outro lado, é manifesto que o estado de saúde da recorrente exige cuidados especiais, sob pena de graves consequências a própria vida da paciente. […] A ausência de registro, num primeiro momento, poderia representar óbice intransponível à adoção do referido tratamento para pacientes do Sistema Único de Saúde. Na espécie, contudo, a solução deve ser outra. Ocorre que, de acordo com os estudos científicos apresentados (incluindo-se o parecer apresentado pela ANVISA), o fármaco Soliris (Eculizumabe) é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna. Dessa forma, a suspensão dos efeitos da decisão impugnada poderia causar situação mais gravosa (inclusive o óbito da paciente) do que aquela que se pretende combater com o presente pedido de contracautela. Evidente, portanto, a presença do denominado risco de 'dano inverso'. Ademais, o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde publicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 4316/RO, Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Presidência, Julgamento em 07/06/2011, Publicação em 13/06/2011).

A mesma argumentação foi utilizada no Julgamento da Suspensão de Segurança nº 4304/CE, em que foi igualmente negada a suspensão para manter a decisão de fornecimento do medicamento Soliris. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 4304/CE, Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Presidência, Julgamento em 19/04/2011, Publicação em 02/05/2011).

CAPÍTULO III

JUDICIÁRIO E IMAGINAÇÃO: CONTRIBUIÇÕES PARA A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS E DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

> A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionamos, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua.[180]

3.1 Os limites da interpretação das normas jurídicas e o perigo da superinterpretação: a função da linguagem no Direito

As normas jurídicas são comunicadas por meio de signos[181], os quais compõem um sistema denominado de linguagem. Essa se destina à indicação de coisas, comunicação entre as pessoas, e expressão de idéias, valores e sentimentos. Em breve síntese, "a linguagem é, assim, a forma propriamente humana da comunicação, da relação com o mundo e com os outros, da vida social e política, do pensamento e das artes"[182]. Como toda expressão possui um número considerável de implicações não manifestas, a função da linguagem pode ser vista "como um nível de análise que nos elucida as relações entre os sentidos manifestos e os encobertos de um termo, expressão ou discurso"[183]. A linguística, por conseguinte, é responsável pela eficácia do Direito sem distorções, ambigüidades e sutilezas semânticas.[184]

---

[180] POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 13.

[181] Com base nos ensinamentos de Saussure, Luis Alberto Warat assevera que os signos podem ser conceituados como entidades bifásicas, formadas pela associação de um conceito a uma imagem acústica, de uma ideia a um suporte fonético. Com efeito, "distingue-se, analiticamente, no interior do signo, dois elementos ou planos conceituais: o indício material ou significante (som, sinal, grafia, gesto, comportamento, objeto, imagem), situado no plano da expressão; e o conteúdo significado, situado no plano da interação (fenômeno, fato). O signo, portanto, é um conceito teórico que empregamos para nos referir ao ponto de articulação indissociável entre o indício material (significante) e o seu conteúdo conceitual (significado)." (WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 25).

[182] CHAUÍ, Marilena. Op. cit., p. 186.

[183] WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 65.

[184] SYTIA, Celestina Vitória Moraes. *O direito e suas instâncias linguísticas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 24.

Desse modo, os signos possuem uma função indicativa ou denotativa, na medida em que definem as coisas que são seu objeto; e uma função conotativa, isto é, de conhecimento e expressão. Em outros termos, “uma mesma palavra pode exprimir sentidos ou significados diferentes, dependendo do sujeito que a emprega, do sujeito que a ouve e lê, das condições ou circunstâncias em que foi empregada ou do contexto em que é usada”.[185]

Transpondo as funções denotativa e conotativa dos signos para a seara jurídica, Celestina Vitória Moraes Sytia afirma que:

> empregar a linguagem para atender às necessidades sociais da comunicação já envolve uma complexa propriedade vocabular; porém, no desempenho de uma determinada profissão, tal complexidade se acentua, uma vez que se faz mister selecionar termos adequados para dar uma maior precisão à linguagem. Há vocábulos que, às vezes, são semelhantes, mas na linguagem técnica jurídica possuem significados diversos e, para evitar a dubiedade terminológica, há de se saber selecionar os termos e expressões para empregá-los com exatidão semântica [...] Ao acadêmico de Direito cabe ingressar nos foros da significação da ciência das leis. Assim, com contínuo esforço, estudo e atualização, saberá abreviar o sentido meramente referencial e denotativo e adotará a palavra como suporte para povoar de significações o painel semântico da linguagem jurídica, empregando a palavra com expressão, estilo e sabedoria.[186]

Destarte, os signos têm apenas uma relação convencional com os objetos representados, isto é, essa representação emana de convenções estabelecidas pelos indivíduos de determinada sociedade. Desse modo, a relação entre os

---

[185] SYTIA, Celestina Vitória Moraes. Op.cit., p. 189-190. Nessa linha de raciocínio, Stephen Ullmann aponta o caráter vago das palavras, o qual pode ser concebido como um obstáculo em certas situações e como uma espécie de vantagem em outras. A imprecisão das palavras decorre do seu caráter genérico, uma vez que “à exceção dos nomes próprios e de um pequeno número de substantivos comuns que se referem a objetos únicos, as palavras designam, não entidades singulares, mas classes de coisas ou de acontecimentos ligados por qualquer elemento comum.” Ademais, ressalta que “as palavras nunca são completamente homogêneas: mesmo as mais simples e as mais monolíticas têm um certo número de facetas diferentes que dependem do contexto e da situaçao em que são usadas, e também da personalidade da pessoa que ao falar as usa. Esta multiplicidade de aspectos é outra fonte importante de imprecisão.” Por fim, a falta de familiaridade com as coisas que representam também contribui para a imprecisão das palavras. Em verdade, esse fator é altamente variável, pois depende dos conhecimentos gerais e dos interesses especiais de cada indivíduo. A título de exemplo, “quantas pessoas serão capazes de prestar uma informação suficientemente clara sobre o significado de *existencialismo, positivismo lógico, surrealismo, relatividade, enzima, electrão* ou *cibernética*? E, no entanto, essas palavras, e muitas outras como elas, são palavras-chave da civilização do século XX [...]” (ULLMANN, Stephen. *Semântica:* uma introdução à ciência do significado. Trad. J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 245-264).

[186] SYTIA, Celestina Vitória Moraes. Op. cit., p. 19-23.

símbolos lingüísticos e a realidade é convencional[187], uma vez que o significante é imotivado, arbitrário em relação ao significado, com o qual não tem nenhum laço natural na realidade.[188]

Conta-nos, a propósito, José Reinaldo de Lima Lopes:

> Quando nos dispomos a investigar a história de um conceito, um dos instrumentos mais importantes é a própria linguagem. Ora, o uso da linguagem é convencional e nossa referência ao mundo tem um caráter convencional por excelência. Daí afirmar-se que o signo linguístico é arbitrário, ou seja, a relação entre significante e significado é convencional e não natural. Sendo convencional (arbitrário), não é, porém, sem sentido. Há uma estrutura de oposição dos signos a permitir a construção dos discursos, unidades significativas mais completas. A rigor conhecemos o mundo de um ponto de vista exclusivamente humano e esse ponto de vista é definido, limitado e também possibilitado pela língua e pelo discurso.[189]

Por outro lado, a linguagem é constituída por duas dimensões: a língua e a fala ou palavra[190]. A língua é uma instituição social, "ou uma estrutura objetiva que existe com suas regras e princípios próprios"[191]. Em outros termos, "a língua constitui um sistema de valores, a partir do qual se expressa e organiza os conceitos da mente"[192]. A palavra, por sua vez, é um ato individual de uso da língua, cuja

---

[187] NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 293.

[188] Para a semiologia de Saussure, os signos linguísticos são arbitrários, "na medida em que a relação significante/significado é, em todos os casos da linguagem falada, convencional. Ou seja, é resultante de um acordo entre os usuários, devendo-se acrescentar que a noção de convenção faz referência, na maioria das vezes, a processos implícitos" No entanto, a arbitrariedade possui um caráter relativo, na medida em que o signo acarreta uma herança comunicacional que resiste a qualquer rebeldia substitutiva. (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 26-27). No entanto, é importante destacar que, segundo Stephen Ullmann, tal como existem palavras arbitrárias e opacas, as quais não possuem qualquer conexão entre o som e o sentido, há outras que são, em certa medida, motivadas e transparentes: é o caso da onomatopéia. De fato, "é uma condição *sine qua non* da motivação fonética que exista qualquer semelhança ou harmonia entre o nome e o sentido. Os sons não são expressivos por si mesmos; só quando acontece que se ajustam ao significado é que as suas potencialidades onomatopaicas ressaltam." (ULLMANN, Stephen. Op. cit., p. 169-183)

[189] LOPES, José Reinaldo de Lima. *As palavras e a lei:* direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno. São Paulo: 34/Edesp, 2004, p. 198-199.

[190] "Para a ciência dos signos, a fala seria o conjunto heteróclito das linguagens naturais, fatos sígnicos concretos que enquadram, mas não determinam, o conhecimento que sobre eles se tenha. A fala é reconhecida a partir de uma teoria construída para a sua compreensão. A língua, neste nível, seria o objeto científico da linguística. Não se constitui em uma síntese das diferentes linguagens naturais do mundo, mas em seu significado como sistema. A fala, no ato de seu conhecimento, existe no interior da língua. Ou seja, a realidade sígnica é reconstruída na língua, que nasce por oposição à fala." (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 21)

[191] CHAUÍ, Marilena. Op. cit., p. 193.

[192] WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 26.

natureza é subjetiva por ser o modo como os sujeitos falantes se apropriam da língua e a empregam.[193]

Interpretar um texto "significa explicar por que essas palavras podem fazer várias coisas (e outras não) através do modo pelo qual são interpretadas"[194]. Em outros termos, a interpretação traduz-se pelo "desentranhamento, difusão e exposição do sentido disposto no texto, mas, de certo modo, ainda oculto"[195]. Compreender um texto implica, por conseguinte, em analisar o papel desempenhado pelo destinatário no ato da leitura e interpretação, bem como o modo pelo qual o próprio texto estabelece essa participação.[196]

---

[193] "Há um vaivém contínuo entre as palavras e as coisas, entre elas e as significações, de tal modo que a realidade (as coisas, os fatos, as pessoas, as instituições sociais, políticas, culturais), o pensamento (as ideias ou conceitos como significações) e a linguagem (as palavras, os significantes) são inseparáveis, suscitam uns aos outros, referem-se uns aos outros e interpretam-se uns aos outros [...] A linguagem não traduz imagens verbais de origem motora e sensorial nem representa ideias feitas por um pensamento silencioso, mas encarna as significações. As palavras têm sentido e criam sentido." (CHAUÍ, Marilena. Op. cit., p. 193-196). Luis Alberto Warat afirma que, de acordo com o pensamento de Saussure, as palavras seriam revestidas de valores. Esses valores não deveriam ser compreendidos como entidades concretas, mas como determinações funcionais e formais do sistema. Nesse sentido, assevera o seguinte: "Podemos dizer que o valor, para Saussure, configura o código de organização de uma cadeia de significantes, sendo o significado um elemento secundário, a serviço da ordem dos significados." No entanto, critica essa posição, pois ela estaria baseada, a seu ver, no mito da significação unívoca e silenciaria a respeito da dependência do processo de significação com os fatores extralinguísticos. Assim, "Saussure afirma que a língua é uma forma e não uma substância. São, pois, as relações dos elementos que constituem o sistema da língua. Evidencia-se, então, que a partir da noção de valor obtém-se uma noção de sistema bem diferente daquela proposta pela axiomática cartesiana, onde os termos do sistema constituem-se a partir de um cálculo lógico e dedutível. Com a noção de valor pode-se estabelecer uma clara diferenca entre a noção axiomática de sistema e a ideia estrutural de sistema. A noção de valor é configurativa da noção estruturalista de sistema. Verifica-se, assim, com clareza, como as noções de valor e sistema divorciam a linguística da história." (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 30-31).

[194] ECO, Umberto. *Interpretação e superinterpretação*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 28. A propósito, conta-nos Roland Barthes: "O texto é plural. Isso não significa apenas que tem vários sentidos, mas que realiza o próprio plural do sentido: um plural irredutível (e não apenas aceitável). O texto não é coexistência de sentidos, mas passagem, travessia; não pode, pois, depender de uma interpretação, ainda que liberal, mas de uma explosão, de uma disseminação. O plural do texto deve-se, efetivamente, não à ambiguidade de seus conteúdos, mas ao que se poderia chamar de pluralidade estereográfica dos significantes que o tecem (etimologicamente, o texto é um tecido)." (BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Trad. Mario Laranjeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 70)

[195] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 441.

[196] ECO, Umberto. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2012, p. 2.

A iniciativa do intérprete consiste em fazer uma conjectura sobre a intenção do autor, a qual será testada pelo texto analisado sistematicamente. Não obstante seja possível elaborar diversas conjecturas interpretativas, deve-se atentar para o fato de que essas deverão ser testadas "sobre a coerência do texto e à coerência textual só restará desaprovar as conjecturas levianas".[197]

Desse modo, a interpretação[198] de um texto está inserida no contexto histórico que o condiciona, devendo-se buscar um equilíbrio entre a intenção original do autor, concebida muitas vezes como inatingível e irrelevante, e a intenção do intérprete, de modo a se alcançar a intenção do texto.[199]

Roland Barthes, anunciando a "morte do autor", sustenta que:

> Finalmente, fora da própria literatura (a bem dizer tais distinções se tornam superadas), a linguística acaba de fornecer para a destruição do autor um instrumento analítico precioso, mostrando que a enunciação em seu todo é um processo vazio que funciona perfeitamente sem que seja necessário preenchê-lo com a pessoa dos interlocutores: linguisticamente, o autor nunca é mais do que aquele que escreve, assim como "eu" outra coisa não é senão aquele que diz "eu": a linguagem conhece um "sujeito", não uma "pessoa", e esse sujeito, vazio fora da enunciação que o define, basta para "sustentar" a linguagem, isto é, para exauri-la [...] Um texto não é feito de uma linha de palavras a produzir um sentido único, de certa maneira teológico (que seria a "mensagem" do Autor-Deus), mas um espaço de dimensões múltiplas, onde se casam e se contestam

---

[197] ECO, Umberto. Op.cit., 2012, São Paulo: Perspectiva, p. 15. Nessa linha de raciocínio, em sua obra Interpretação e Superinterpretação, Umberto Eco conclui que "[...] é possível falar da intenção do texto apenas em decorrência de uma leitura por parte do leitor. A iniciativa do leitor consiste basicamente em fazer uma conjectura sobre a intenção do texto. Um texto é um dispositivo concebido para produzir seu leitor-modelo. Repito que esse leitor não é o que faz a 'única' conjectura 'certa'. Um texto pode prever um leitor-modelo com o direito de fazer infinitas conjecturas. O leitor empírico é apenas um agente que faz conjecturas sobre o tipo de leitor-modelo postulado pelo texto. Como a intenção do texto é basicamente a de produzir um leitor-modelo capaz de fazer conjecturas sobre ele, a iniciativa do leitor-modelo consiste em imaginar um autor-modelo que não é o empírico e que, no fim, coincide com a intenção do texto. Desse modo, mais do que um parâmetro a ser utilizado com a finalidade de validar a interpretação, o texto é um objeto que a interpretação constrói no decorrer do esforço circular de validar-se com base no que acaba sendo o seu resultado." (ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 77)

[198] "[...] um texto, uma vez separado de seu emissor (bem como da intenção do emissor) e das circunstâncias concretas de sua emissão (e consequentemente de seu referente implícito), flutua (por assim dizer) no vazio de um espaço potencialmente infinito de interpretações possíveis. Consequentemente, texto algum pode ser interpretado segundo a utopia de um sentido autorizado fixo, original e definitivo. A linguagem sempre diz algo mais do que seu inacessível sentido literal, o qual já se perdeu a partir do início da emissão textual". (Idem, p. XIV)

[199] Ibidem, p. 77.

> escrituras variadas, das quais nenhuma é original: o texto é um tecido de citações, oriundas dos mil focos da cultura [...].[200]

Na tentativa de definir as teorias mais radicais de interpretação voltadas para o leitor, Umberto Eco assevera que:

> o gnosticismo textual contemporâneo é, entretanto, muito generoso: toda pessoa, desde que ansiosa por impor a intenção do leitor sobre a intenção inatingível do autor, pode tornar-se o *übermensch* que realmente entende a verdade, qual seja, que o/a autor/a não sabia o que estava realmente dizendo, porque a língua falou em seu lugar. Para salvar o texto – isto é, para transformá-lo de uma ilusão de significado na percepção de que o significado é infinito – o leitor deve suspeitar de que cada linha esconde um outro significado secreto; as palavras, em vez de dizer, ocultam o não-dito; a glória do leitor é descobrir que os textos podem dizer tudo, exceto o que seu autor queria que dissessem; assim que se alega a descoberta de um suposto significado, temos certeza de que não é o verdadeiro; o verdadeiro é um outro e assim por diante; os *hylics* – os perdedores – são aqueles que terminam o processo dizendo "compreendi". O leitor real é aquele que compreende que o segredo de um texto é seu vazio.[201]

Verifica-se que o próprio texto elege seu leitor-modelo, isto é, de certa forma abre espaço para que coexistam dois tipos de leitores: um leitor ingênuo, capaz de alcançar uma interpretação semântica, e um leitor crítico, o qual é responsável pela elaboração de um processo de construção de sentido dos signos.[202]

---

[200] Por outro lado, afirma a importância do leitor para o ato de interpretação dos textos: " [...] um texto é feito de escrituras múltiplas, oriundas de várias culturas e que entram umas com as outras em diálogo, em paródia, em contestação; mas há um lugar onde essa multiplicidade se reúne, e esse lugar não é o autor, como se disse até o presente, é o leitor: o leitor é o espaço mesmo onde se inscrevem, sem que nehuma se perca, todas as citações de que é feita uma escritura; a unidade do texto não está em sua origem, mas no seu destino, mas esse destino já não pode ser pessoal: o leitor é um homem sem história, sem biografia, sem psicologia; ele é apenas esse alguém que mantém reunidos em um mesmo campo todos os traços de que é constituído o escrito" (BARTHES, Roland. Op. cit., p. 60-62)

[201] ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 45-46.

[202] Nesse sentido, Umberto Eco conta-nos que "a interpretação semântica ou semiósica é o resultado do processo pelo qual o destinatário, diante da manifestação linear do texto, preenche-a de significado. A interpretação crítica ou semiótica é, ao contrário, aquela por meio da qual procuramos explicar por quais razões estruturais pode o texto produzir aquelas (ou outras, alternativas) interpretações semânticas." (ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: Perspectiva, p. 12)

Destarte, quando um autor produz um texto que é dirigido a uma comunidade de leitores ele sabe que aquele não será interpretado segundo suas intenções, mas “de acordo com uma complexa estratégia de interações que também envolve os leitores, ao lado de sua competência na linguagem enquanto tesouro social”[203]. Em outras palavras, o simples uso do texto pode destinar-se a finalidades estritamente pessoais do leitor, desvinculadas do contexto social no qual ele está inserido, ampliando, assim, seu universo de sentido; por outro lado, a interpretação pressupõe o respeito do leitor ao arcabouço cultural e lingüístico daquele texto.[204]

O significado completo de um signo é o registro histórico, pragmático, que foi revelado em todas as suas aparições contextuais. Nessa linha de argumentação, interpretar um signo significa prever – idealmente – todos os conceitos possíveis onde ele pode ser inserido. E mais: o leitor igualmente ideal buscaria fundamentos nas condições contextuais oriundas da tradição, da história, mas também, das projeções de contextos onde o processo se manifestaria.[205]

---

[203] A propósito, Umberto Eco esclarece que “por tesouro social entendo não apenas uma determinada língua enquanto conjunto de regras gramaticais, mas também toda a enciclopédia que as realizações daquela língua implementaram, ou seja, as convenções culturais que uma língua produziu e a própria história das interpretações anteriores de muitos textos, compreendendo o texto que o leitor está lendo.” (ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 80).

[204] Ibidem, p. 81.

[205] ANTONINI, Eliana Pibemat. *Da semiose hermética:* releituras da obra de Umberto Eco. Disponível em: <www.eca.usp.br/associa/alaic/Congreso1999/11gt/Eliana%20Pibemat.rtf>. A respeito do tema, Luis Alberto Warat assevera que “na verdade, as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, pois elas engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais.” E, ao tecer criticas ao positivismo lógico, conclui: “Em certo sentido, a ciência não pode produzir o seu objeto em uma dimensão exterior à linguagem. Ora, o Positivismo Lógico identifica a ciência com a linguagem a partir de uma atitude reducionista, que pensa a linguagem como uma estrutura textual autossuficiente, encontrando a significação no interior do próprio sistema criado e esquecendo as outras cenas significativas, como a produção social dos sentidos que, na verdade, é anterior ao próprio significado textual.” (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 15).

Com efeito, deve-se buscar o estabelecimento de um critério para aferir quando uma interpretação deve ser considerada excessiva. Segundo a semiótica[206] de Umberto Eco, se não existem regras que permitam definir o que seria uma boa interpretação, pode-se vislumbrar ao menos uma regra que defina as interpretações incorretas.[207]

Em breve síntese, utiliza o autor os critérios da comparação de interpretações, da coerência interna[208] e da economia textual para definir qual seria, dentre várias possíveis, a mais adequada, ou, ao menos, a inadequada. Na esteira de seu raciocínio, deve ser superada a análise textual segundo a intenção do autor (intencionalistas) ou a intenção do intérprete (desconstrutivistas), devendo-se perquirir acerca da intenção do próprio texto e sua interação com o autor.[209]

Não se pode olvidar, por conseguinte, da premissa de que "entre a intenção inacessível do autor e a intenção discutível do leitor está a intenção transparente do

---

[206] A propósito, conta-nos Umberto Eco que "temos um fenômeno semiósico quando, no interior de um dado contexto cultural, um dado objeto pode ser representado pelo termo *rosa* e o termo *rosa* pode ser interpretado por flor vermelha, ou pela imagem de uma rosa, ou por toda uma história que narre como se cultivam as rosas." A semiótica requer, pois, um confronto entre a expressão comunicada e um determinado sistema de signos, bem como a interpretação propriamente dita da expressão. Em verdade, "a semiótica estuda tanto a estrutura abstrata dos sistemas de significação (tais como a linguagem verbal, os jogos de cartas, os sinais viários, os códigos iconológicos e assim por diante) quanto os processos no curso dos quais os usuários aplicam na prática as regras desses sistemas com o fim de comunicar, isto é, de designar estados de mundos possíveis ou de criticar e modificar a estrutura desses mesmos sistemas." (ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: Perspectiva, p. 183-222). Umberto Eco adota o conceito de semiótica idealizado por Charles Sanders Pierce, a qual pode ser traduzida por uma teoria geral dos signos, voltada para as práticas linguísticas da ciência (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 13-14). Para Warat, a semiótica ressalta o rigor discursivo como o paradigma da ciência, isto é, a produção de um discurso científico requer uma análise preliminar em termos de linguagem. Destarte, "uma linguagem defeituosa pode, assim, em muitas circunstâncias, por si só, proporcionar-nos um quadro distorcido de nossas preocupações cognitivas. Desta forma, reduzindo a filosofia à epistemologia e esta à semiótica, afirmam que a missão mais importante da filosofia deve realizar-se à margem das especulações metafísicas, numa busca de questionamentos estritamente lingüísticos." (Ibidem, p. 37)

[207] ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: Perspectiva, p. 61.

[208] "[...] qualquer interpretação feita de uma certa parte de um texto poderá ser aceita se for confirmada por outra parte do mesmo texto, e deverá ser rejeitada se a contradisser. Neste sentido, a coerência interna do texto domina os impulsos do leitor, de outro modo incontroláveis." (ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 76)

[209] CAVALCANTE, Priscila. Limites à interpretação: interpretações intolerantes e intoleráveis. *Anais do CONPEDI,* p. 5010-5011. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila_da_mata_cavalcante3.pdf>. Nesse sentido, Karl Larenz assevera que: "o escopo da interpretação só pode ser, nestes termos, o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei. Mas o sentido da lei que há de ser considerado juridicamente determinante tem de ser estabelecido atendendo às intenções de regulação e às ideias normativas concretas do legislador histórico e, de modo nenhum, independente delas". Para o autor, o sentido normativo da lei, portanto, forneceria uma boa solução para a relação de tensão que existe entre a intenção originária do legislador e o conteúdo em permanente reformulação da lei. (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 448)

texto, que invalida uma interpretação insustentável"[210]. Em verdade, o intérprete deseja tão somente conhecer o que a norma verdadeiramente diz, isto é, "não quer dar a sua interpretação – se bem que naturalmente seja sempre também a sua – mas a que é requerida com base na norma e na cadeia de regulação; ele só quer, por meio do seu enunciado, deixar falar a norma".[211]

O intérprete deve assumir uma postura humilde, a fim de alcançar a elucidação da significância textual. De outro modo, pode dar ao o texto um sentido não permitido, se for contrário ao princípio da economia textual e não se encaixar nas interpretações possíveis. Condena-se, por conseguinte, a superinterpretação, justamente por desrespeitar a fronteira estabelecida entre as interpretações possíveis e aquelas inadequadas. Não obstante o texto permita uma infinidade de interpretações em seu contexto, o autor empírico deve silenciar. O que não significa que não possa agir como leitor modelo, ou mesmo admirar leituras diversas do seu próprio texto.[212]

Ocorre que interpretação das normas jurídicas não é tarefa fácil, uma vez que o significado das palavras estabelecidas nos atos normativos é muitas vezes impreciso[213], razão pela qual pode ser definida como "uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna

---

[210] ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: Perspectiva, p. 93.

[211] LARENZ, Karl. Op. cit., p. 442.

[212] CAVALCANTE, Priscila. Op. cit., p. 5014. Luis Alberto Warat critica, mais uma vez, a semiótica, ao analisar a divisão adotada por ela entre sintaxe e semântica. Sob esse prisma, a sintaxe estuda as relações dos signos entre si, enquanto a semântica analisa os signos em suas relações com os objetos a que se referem. É nesse contexto que surge, a seu ver, o problema da verdade semântica, na medida em que "uma expressão linguística, bem formulada sintaticamente, é semanticamente verdadeira se pode ser empregada para subministrar uma informação verificável sobre o mundo, ou seja, se tem correspondência com os fatos, se sua situação significada é aceita como existente". E, adiante, conclui: "A relação semântica é aquela que vincula as afirmações do discurso com o campo objetivo a que este se refere. Estamos, assim, frente a uma noção de verdade que se qualifica como objetiva, para diferenciar-se da verdade subjetiva, que pode revestir-se na forma de uma opinião, uma crença, uma valoração ou um estado mental. A partir da concepção semântica de verdade tornam-se sem sentido os enunciados que não possuem referência empírica. Desta forma, os critérios de organização positivista das linguagens científicas desqualificam os âmbitos ideológicos de significação. Pretendem, assim, reduzir a significação ao campo referencial e constroem, dessa maneira, *o mito do referente puro*. Pretendem a construção de uma linguagem ideal, com aparência de realidade, que reforça a visão do mundo cristalizadora do *status quo*." (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 40-42)

[213] Nesse sentido, Celestina Vitória Moraes Sytia afirma que "é a formação discursiva que determina a constituição significativa [...] O sentido de uma palavra, expressão ou proposição não existe em si mesmo, com sua significação literal, mas ao contrário, é determinado pelas condições ideológicas e pelo processo sócio-histórico. As palavras mudam de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam, isto é, adquirem sentido conforme as formações ideológicas nas quais essas posições se inscrevem." (SYTIA, Celestina Vitória Moraes. Op. cit., p. 68)

problemático"[214]. A interpretação da lei pode ser compreendida, por conseguinte, como um processo de duplo sentido, em que se conforma a situação de fato às proposições jurídicas potencialmente aplicáveis, delimitando-se o conteúdo das normas a serem efetivamente aplicadas ao caso.[215]

De fato, a aplicação da lei, isto é, a delimitação do Direito aplicável ao caso concreto, não pode ser resumida como simples trabalho de subsunção, mas implica sempre na atividade interpretativa. A interpretação da norma é um processo contínuo, no qual as idéias que a compõem são repensadas e desenvolvidas. O resultado desse processo em cada momento histórico corresponde ao Direito em vigor, o qual deve ser compreendido como produto comum do legislador, dos tribunais, dos costumes e das convicções comuns que se formam no campo jurídico. Em breve síntese, toda interpretação requer intervenção espiritual ativa, sendo que seu resultado materializa algo de novo diante daquele ponto de partida: o texto tal como se encontra na lei. [216]

---

[214] "O texto da norma torna-se problemático para quem a aplica atendendo à aplicabilidade da norma precisamente a uma situação de facto dessa espécie. Que o significado preciso de um texto legislativo seja constantemente problemático depende, em primeira linha, do facto de a linguagem corrente, de que a lei se serve em grande medida, não utilizar, ao contrário, de uma lógica axiomatizada e da linguagem das ciências, conceitos cujo âmbito esteja rigorosamente fixado, mas termos mais ou menos flexíveis, cujo significado possível oscila dentro de uma larga faixa e que pode ser diferente segundo as circunstâncias, a relação objectiva e o contexto do discurso, a colocação da frase e a entoação de uma palavra." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 439)

[215] LARENZ, Karl. Op. cit., p. 439.

[216] Adotando os ensinanentos de Josef Esser, Karl Larenz afirma que "a interpretação é sempre e já desenvolvimento do Direito. O preenchimento de lacunas e a interpretação 'integradora' não são tarefas acessórias de criação do Direito por parte do juiz, mas coincidem com o caráter reprodutivo geral da interpretação, o qual não é pensável sem um quadro, uma representação de princípios, que possibilita a integração daquilo que é díspar num sistema. Daqui decorre aliás que não existe uma 'aplicação' do Direito, tomada no sentido tradicional." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 159-194). Nessa linha de raciocínio, Robert Alexy afirma que "em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovada ou pressupostamente verdadeiros. Para tanto há no mínimo quatro motivos: (1) a imprecisão da linguagem do Direito, (2) a possibilidade de conflitos entre as normas, (3) o fato de que é possível haver casos que requeiram uma regulamentação jurídica, que não cabem sob nenhuma norma válida existente, bem como, (4) a possibilidade, em casos especiais, de uma decisão que contraria textualmente um estatuto." (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 17).

A respeito do tema, Alf Ross[217] afasta o entendimento de que o ponto de partida da interpretação sejam as palavras individuais consideradas em seu significado linguístico natural, ressaltando a necessidade da análise da expressão como um todo, em combinação com o contexto e a situação em que ela ocorre. Em outras palavras, "esse significado linguístico é amplamente aplicável, porém tão logo uma palavra ocorre num contexto, seu campo de referência fica restrito"[218]. Desse modo, "a interpretação não tem ponto de partida linguístico independente, mas que desde o início é determinada por considerações pragmáticas sob a forma do senso comum".[219]

---

[217] O realismo jurídico de Alf Ross aceita, de certo modo, a separação entre Direito e Moral, rejeitando a fundamentação metafísica do Direito. No entanto, não deve ser confundido com o positivismo jurídico, na medida em que atribui ao direito uma natureza empírica, sendo ele um conjunto de fatos, isto é, o direito é a decisão concreta tomada pelos juízes em relação ao caso concreto que chega aos tribunais. Desse modo, não considera o Direito como uma norma abstrata pré-estabelecida, mas a própria aplicação da norma. Em verdade, sua validade decorre da vontade do julgador. (RINCK, Juliano Aparecido. *O positivismo jurídico na analise da doutrina jurídico-filosófica italiana***:** desmistificando o conceito de Direito da teoria positivista. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Juliano_Rinck.pdf>. Com efeito, "considera o direito como uma realidade *fatual*. Assim, analisa o direito a partir da eficácia (na esfera do 'Ser') e não da validade (na esfera do 'Dever Ser'), como os jurispositivistas, pois para os realistas é direito verdadeiro somente aquele que é aplicado pelos juízes; as normas que procedem do legislador, mas que não chegam ao juiz, não são direito, mas mero *flatus vocis*". (BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999, p. 142-144)

[218] ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2000, p. 174. Insta ressaltar que o realismo jurídico de Alf Ross afasta-se da concepção de Direito de Karl Larenz. Nada obstante, para a construção do argumento desta pesquisa, neste ponto específico, pode-se utilizar os ensinamentos de ambos os autores. Nesse sentido, Karl Larenz afirma que "o contexto significativo da lei determina, em primeiro lugar, da mesma maneira, a compreensão de cada uma das frases e palavras, tal como também, aliás, a compreensão de uma passagem do texto é codeterminada pelo contexto." E conclui: "o sentido de cada proposição jurídica só se infere, as mais das vezes, quando se a considera como parte da regulação a que pertence." Ademais, aponta outra função do contexto significativo da norma: permitir a concordância objetiva entre as disposições legais singulares. De fato, "entre várias interpretações possíveis segundo o sentido literal, deve por isso ter prevalência aquela que possibilita a garantia de concordância material com outra disposição.". (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 457-458). Insta ressaltar, contudo, que Stephen Ullmann aponta que as palavras possuem um núcleo sólido de significado, relativamente estável, que pode ser modificado até certo ponto pelo contexto em que o signo está inserido. Nesse sentido, assevera que "[...] as palavras se encontram quase sempre encastoadas em contextos específicos, mas há casos em que um termo subsiste inteiramente por si só, sem qualquer suporte contextual, e continuará, assim mesmo, a fazer sentido [...] No dia a dia muitas vezes se pergunta: O que significa a palavra tal? Ou: Como se diz assim-assim em francês? E, embora nalguns casos seja difícil ou até impossível responder, noutros poderá fazer-se sem um momento só de hesitação; ninguém que saiba francês terá a mínima dificuldade em dar o equivalente de um adjetivo como *amarelo*, de um verbo como *escrever*, de um substantivo concreto como *lápis*, ou de um substantivo abstrato como *igualdade*. Se as palavras não tivessem significado para lá dos contextos seria impossível compilar um dicionário." (ULLMANN, Stephen. Op. cit., p. 102-104).

[218] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2004, p. 37.

[219] Ibidem, p. 175. Luis Alberto Warat, a seu turno, critica essa posição: "O Realismo Jurídico Norte Americano, por sua vez, ao tentar rejeitar as teses do formalismo jurídico (que pretendia caracterizar a linguagem jurídica como geométrica, regida unicamente por critérios sintáticos), aplica a condição semântica de sentido. Desta forma, assume as normas jurídicas como efeitos de

Segundo Alf Ross, pretendendo se afastar de métodos de reverência aos textos e de construção de conceitos formalistas[220], o magistrado é compelido a escolher entre determinadas interpretações possíveis, já que não pode deixar de julgar, e essa escolha terá sua origem numa valoração, evidenciando-se sua natureza construtiva. A propósito, assevera que:

> A inevitável imprecisão das palavras e a inevitável limitação da profundidade intencional fazem com que, frequentemente, seja impossível estabelecer se o caso é abarcado ou não pelo significado da lei. O caso não é obvio. É plausivelmente possível definir o significado das palavras de tal modo que os fatos acabem abarcados pela lei. Porém, também é possível, de forma igualmente plausível, definir o significado das palavras de tal modo que o caso saia do campo de referência da lei. A interpretação (em sentido próprio, ou seja, como atividade cognitiva que só busca determinar o significado como fato empírico) tem que fracassar. Entretanto, o juiz não pode deixar de cumprir sua tarefa. Tem que escolher e esta escolha terá sua origem, qualquer que seja seu conteúdo, numa valoração. Sua interpretação da lei (num sentido mais amplo) é, nessa medida, um ato de natureza construtiva, não um ato de puro conhecimento. Seus motivos não se reduzem ao desejo de acatar uma determinada diretiva. [221]

O juiz não é um autômato, no sentido de que sua atividade poderia ser resumida ao simples ajuste entre a descrição dos fatos jurídicos estabelecida na lei e os fatos do caso concreto, mas um ser humano que "presta cuidadosa atenção em sua tarefa social, tomando decisões que sente ser corretas de acordo com o espírito da tradição jurídica e cultural".[222]

---

prestidigitação, carentes de significação. Por outro lado, reivindicam as sentenças em substituição das normas jurídicas, pois apenas aquelas possuem correspondência fática." (WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 44).

[220] A respeito desse método, o autor aduz que "em harmonia com uma doutrina das fontes do direito estritamente positivista, quis-se criar a aparência de que, em todos os casos, era possível derivar uma decisão da lei com a ajuda da interpretação linguistica e dos métodos lógicos de inferência, ou construí-la por dedução a partir de conceitos jurídicos pressupostos (jurisprudência de concepções ou jurisprudência mecânica)". (ROSS, Alf. Op. cit., p. 171).

[221] Ibidem, p. 167. Nesse contexto, Dworkin tece severas críticas aos realistas no tocante à sua resistência em aceitar a possibilidade de se averiguar a veracidade das proposições jurídicas: "Esses pressupostos vêm sendo contestados há muitas décadas por alguns juristas do meio acadêmico que se autodenominam realistas e que insistem que as proposições jurídicas não são nem verdadeiras nem falsas, mas apenas expressões das preferências subjetivas dos juízes ou de outras autoridades, de modo que o projeto de buscar as condições de veracidade das proposições de direito não passa de perda de tempo." (DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 34-35). Ademais, considera que esse ponto de vista, assim como o positivismo, está enraizado na falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei. (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 274).

[222] ROSS, Alf. Op. cit., p. 167.

Como uma possível via de conhecimento de se uma decisão é ou não justa, apresenta-se, em primeiro plano, o sentimento jurídico. Esse sentimento, todavia, deve ser compreendido como um fator que aciona o processo de conhecimento, e não como fonte de conhecimento do Direito propriamente dito, na medida em que "suscita a oportunidade de perguntar pelos fundamentos do que é que permite considerar como correto o resultado que primeiramente foi achado de acordo com o sentimento".[223]

Destarte, Alf Ross reconhece a existência de fatores pragmáticos que orientam a interpretação na administração da justiça, como "considerações baseadas numa valoração da razoabilidade prática do resultado apreciado em relação a certas valorações fundamentais pressupostas"[224], em contraste com os fatores puramente linguísticos. Destarte, a interpretação pragmática[225] leva em conta os efeitos sociais previsíveis, bem como a acuidade técnica da interpretação e sua concordância com o ordenamento jurídico e o arcabouço cultural que serve de base para esse sistema.[226]

Nesse sentido, Luis Aberto Warat assevera que a análise da linguagem com base pragmática:

---

[223] "O juiz – abstraindo do dever técnico-jurídico de fundamentação – não deve substrair-se a esta questão e à sua resposta, sob pena de incorrer na censura de parcialidade ou de decisão arbitrária." E, ainda, "se a decisão de um litígio exige amiúde um juízo de valoração – v.g., o de que determinada conduta indicia negligência grave – ou uma ponderação de distintos interesses ou bens, importa saber se existem critérios pelos quais o juiz possa orientar o seu julgamento ou se, pelo contrário, será inevitavelmente inspirado pelo seu sentimento subjectivo ou pela sua opinião." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 170-172). Em outras palavras, "onde e até que ponto são necessários os julgamentos de valor, como deve ser determinado o relacionamento entre esses julgamentos de valor e os métodos de interpretação jurídica, bem como as proposições e conceitos da dogmática jurídica, e como esses julgamentos de valor podem ser racionalmente fundamentados ou justificados." (ALEXY, Robert. Op. cit., p. 20).

[224] ROSS, Alf. Op. cit., p. 175.

[225] Dworkin critica os pragmatistas, pois para ele estes oferecem uma interpretação distante da nossa prática jurídica: "que os juízes tomam e devem tomar quaisquer decisões que lhes pareçam melhores para o futuro da comunidade, ignorando qualquer forma de coerência com o passado como algo que tenha valor por si mesmo. Assim, estritamente falando, o pragmatismo rejeita a ideia de direito e de pretensões juridicamente protegidas por mim desenvolvida em minha apresentação do conceito de direito, ainda que, como veremos, insista em que as razões de estratégia exigem que os juízes às vezes atuem 'como se' as pessoas tivessem alguns direitos." Em breve síntese, o autor sustenta que o pragmatismo jurídico traduz uma concepção cética do direito, na medida em que "nega que uma comunidade assegure alguma vantagem real ao exigir que as decisões de um juiz sejam verificadas por qualquer suposto direito dos litigantes à coerência com outras decisões políticas tomadas no passado." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 57).

[226] ROSS, Alf. Op. cit., p. 176.

> Permite articular certas características do funcionamento significativo (persuasão, legitimação, antecipação), explicitando em grande parte as funções dos discursos na sociedade e mostrando como a identificação empirista entre descrição e realidade é uma forma de despolitização-politizadora do discurso científico, que cria um efeito de inquestionabilidade e realidade sobre o saber.

Sob esse prisma, Luis Alberto Warat oferece uma nova proposta de análise da linguagem: a semiologia política ou semiologia do poder, no intuito de construir uma teoria da articulação com os componentes extralingüísticos do discurso de modo a permitir avanços na compreensão das relações do discurso com o social. Destarte, deve-se pensar o discurso no interior de uma teoria crítica da sociedade, a fim de "refletir sobre as condições de possibilidade dos discursos, ou seja, as condições que permitem que, em um dado momento histórico, as palavras tenham uma determinada significação e não outra".[227]

Dworkin sustenta, a seu turno, que a linguagem só adquire sentido a partir dos fatos sociais, das expectativas e das formas em que está presente, na medida em que "a chave do significado está no uso". Ocorre que, ainda que palavras comuns possam adquirir significado técnico nas práticas de determinada profissão, a exemplo da advocacia,

> não podemos escapar totalmente da iniciativa do discurso para um plano diferente e transcendental em que as palavras possam ter sentidos totalmente independentes do sentido que lhes foi atribuído por qualquer prática, comum ou técnica.[228]

---

[227] WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 84.

[228] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2010, p. 57. Nessa linha de argumentação, Karl Larenz sustenta que "toda interpretação de um texto há de iniciar-se com o sentido literal. Por tal entendemos o significado de um termo ou de uma cadeia de palavras no uso linguístico geral ou, no caso de que seja possível constatar um tal uso, no uso linguístico especial do falante concreto, aqui no da lei respectiva. O arrimo ao uso linguístico é o mais evidente, porque se pode aceitar que aquele que quer dizer algo usa as palavras no sentido em que comummente são entendidas. O legislador serve-se da linguagem corrente porque e na medida em que se dirige ao cidadãos e deseja ser entendido por ele. Para além disso, serve-se em grande escala de uma linguagem técnico-jurídica especial, na qual ele se pode expressar com mais precisão, e cujo uso o dispensa de muitos esclarecimentos circunstanciais. No entanto, também esta linguagem técnica se apoia na linguagem geral, uma vez que o Direito, que a todos se dirige e a todos diz respeito, não pode renunciar a um mínimo de compreensibilidade geral [...] Por esta via toda e qualquer pessoa tem um acesso imediato ao mundo do Direito, de que necessita para poder orientar-se num ambiente social a que, justamente, pertence também a presença da ordem jurídica. Por este motivo, a linguagem das leis não pode afastar-se tanto do uso linguístico geral como ocorre com a linguagem de algumas ciências. A linguagem jurídica é um caso especial da linguagem geral, não é uma linguagem simbolizada, completamente desligada dela [...]" (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 451).

Não obstante os valores e sentimentos dos magistrados, assim como as condições contextuais históricas e culturais, os chamados fatores extralingüísticos[229], influenciem as decisões judiciais, deve-se ter em mente que a interpretação das normas jurídicas pode e deve estar orientada por critérios e limites[230]. Aplicando-se os ensinamentos de Umberto Eco à seara jurídica, verifica-se que a interpretação conferida pelo magistrado deve ser ampla, plural, mas não pode desviar-se do seu significado de forma tão evidente que desnature seu propósito[231]. Em breve síntese, "falar dos limites da interpretação significa apelar para um *modus*, ou seja, para uma medida".[232]

3.2 A Justiça distributiva e a contribuição do princípio da integridade para a delimitação do conceito de direito à saúde

Em um cenário de recursos escassos, com o aumento da expectativa de vida e o aumento das doenças, é difícil dizer qual é o mínimo de saúde que deve ser assegurado à coletividade. Não se pode oferecer a todos a assistência médica a que os mais ricos têm acesso. Portanto, como decidir qual é o nível de assistência médica que a justiça exige que até os mais pobres tenham? A questão é: "quanta inclusão é possível, ou, ao contrário, quanta exclusão se admite no Estado Democrático de Direito?"[233]

---

[229] WARAT, Luis Alberto. Op. cit., p. 30.

[230] A propósito, Alf Ross conclui que "a função dos métodos de interpretação é estabelecer limites à liberdade do juiz na administração da justiça, os quais determinam as áreas de solução justificáveis." (ROSS, Alf. Op. cit., p. 183)

[231] "Se há algo a ser interpretado, a interpretação deve falar de algo que deve ser encontrado em algum lugar, e de certa forma respeitado [...] Vamos primeiro assumir o lugar do escravo. É a única maneira de nos tornarmos, se não os senhores, ao menos os servos respeitosos da semiótica." (ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 50-51). Conta-nos, a propósito, Karl Larenz: "Uma interpretação que se não situe já no âmbito do sentido literal *possível*, já não é interpretação, mas modificação do sentido." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 454)

[232] ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: Perspectiva, p. 34.

[233] MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do**.** Op. cit., p. 258.

Verifica-se que as questões de justiça distributiva e a politização da justiça não são fenômenos novos, mas eram comuns, à sua maneira, nos séculos anteriores, período em que os órgãos judicantes assumiam também as funções dos órgãos de administração.[234]

Com o advento dos Estados Modernos, o tema da justiça dividiu-se em duas vertentes: a justiça das relações bilaterais continuou a ser da competência do Direito e a justiça das partilhas dos bens coletivos foi atribuída à política[235]. Em verdade, essa diferença sempre existiu: "a diferença entre fazer regras que serão aplicadas e aplicar regras já feitas equivale, de certa forma, à distinção entre direito e política que hoje se faz mais comumente".[236]

Ocorre que, nas últimas décadas, a justiça distributiva, por força do constitucionalismo social, voltou a permear as discussões jurídicas, porém como o Direito não possui uma base informacional adequada para tratar do assunto[237], destaca-se a tendência de se buscar alternativas capazes de suprir essa deficiência. Desse modo,

> os princípios jurídicos pareceram a muitos uma tábua de salvação; para outros se tratava de restabelecer a comunicação com as ciências sociais; para outros ainda um direito livre e pós-moderno, talvez significando pós-racional, seria a melhor saída.[238]

---

[234] José Reinaldo de Lima Lopes, ao tratar do tema, destaca que, no século XVII, "as cortes eram assembléias de aconselhamento dos príncipes ou de deliberação em comum tanto sobre matérias 'comutativas' quanto sobre matérias 'distributivas'. Dispor sobre as duas fazia parte da tarefa mais importante do soberano, a justiça, o dizer o direito [...] A legislação era como um anexo do fazer justiça, pois legislar significava em última instância determinar a regra da justiça para os casos em geral." (LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2004, p. 198-199)

[235] "Em linhas gerais, pode-se dizer que o objeto do direito moderno definiu-se em contraste com a política, pois os temas da distribuição foram transferidos para esta última. Seja como ciência política, ciência da administração ou ciência do público, o que diz respeito ao bem-estar da comunidade e aos bens indivisíveis passou para o domínio da política. O que diz respeito aos particulares, sujeitos das trocas, continuou a pertencer ao direito." (LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2004, p. 198-199).

[236] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 124.

[237] A propósito, José Reinaldo de Lima Lopes conclui que "a justiça distributiva exige capacidade de obter informações que vai além dos limites materialmente impostos pela organização dos tribunais e juizados de primeiro grau [...] O sistema eminentemente cartorial, de *paper pushing*, o processo, tem impedido as inspeções judiciais, a oralidade, o debate, a proximidade empírica entre Justiça e partes. Desaparelhado, como transformar o Judiciário num árbitro confiável de tais conflitos? A estratégia corrente é usá-lo como mediador, conciliador ou um adiador do conflito, enquanto se negocia e se procura a solução efetiva fora do juízo." (LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 137-138).

[238] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2004, p. 200.

A respeito do tema, ao se questionar sobre a importância da igualdade, Dworkin adota dois princípios do individualismo ético para defender a igualdade de recursos como a solução adequada para a justiça distributiva[239]: o princípio da igual importância, segundo o qual a vida humana deve ser bem-sucedida, em vez de desperdiçada, sob um ponto de vista objetivo; e o princípio da responsabilidade especial, em que, embora deva se reconhecer a igual importância objetiva do êxito na vida humana, a pessoa tem responsabilidade especial e final por esse sucesso. Em outras palavras, "quando é preciso optar com relação ao tipo de vida que a pessoa viva, dentro de qualquer escala de opções que lhe sejam permitidas pelos recursos ou pela cultura, essa pessoa é responsável por suas próprias escolhas".[240]

Assumir a igualdade de recursos significa, portanto, estar comprometido com a responsabilidade individual, na medida em que as pessoas devem tomar suas próprias decisões acerca da vida que lhes seja mais conveniente. A propósito, conta-nos que essa comunidade:

> Aceita que a intervenção do governo seja às vezes necessária para proporcionar as circunstâncias nas quais é justo pedir aos cidadãos que assumam responsabilidade pela própria vida. Contudo, respeita os juízos pessoais de necessidade e valor que os cidadãos tenham

---

[239] Alf Ross também tratou da ideia de justiça como exigência de igualdade, mas, para concluir ao final, que aquela dependeria de princípios externos ao postulado da igualdade formal: "invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a 'justiça', porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos [...] A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses. Visto que a ideia formal de igualdade ou justiça como estrela polar para a orientação político-social carece de todo significado, é possível advogar a favor de qualquer postulado material em nome da justiça." Para o autor, a justiça é a aplicação correta de uma norma, em oposição à arbitrariedade. De fato, a seu ver, "a justiça não pode ser um padrão jurídico-político ou um critério último para julgar uma norma." Ao contrário, deve ser entendida "como uma exigência de racionalidade, isto é, uma exigência de que as normas jurídicas sejam formuladas com a ajuda de critérios objetivos, de tal maneira que a decisão concreta tenha a máxima independência possível diante das reações subjetivas do juiz e seja, por isso, previsível [...] Nesta medida, a ideia de justiça – no sentido de racionalidade e regularidade – pode ser qualificada como constitutiva do conceito de direito." (ROSS, Alf. Op. cit., p. 320-326).

[240] "O primeiro princípio exige que o governo adote leis e políticas que garantam que o destinos de seus cidadãos, contanto que o governo consiga atingir tal meta, não dependa de quem eles sejam – seu histórico econômico, sexo, raça ou determinado conjunto de especializações ou deficiências . O segundo princípio exige que o governo se empenhe, novamente se o conseguir, por tornar o destino dos cidadãos sensível às opções que fizeram." (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana:* a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. XV-XVI).

> formulado nas condições adequadas, no exercício dessa responsabilidade.[241]

Em verdade, o problema da justiça distributiva reside no estabelecimento de critérios claros para a alocação de bens comuns, os quais devem ser submetidos à conveniência do Poder Público e, sobretudo, à fundamentação racional, “a significar respeito à vida e à liberdade do outro, de tal modo que a vida regalada de um ou alguns não se faça à custa da vida de privações de outros”.[242]

No entanto, tecer os limites do direito à saúde não é uma tarefa fácil, uma vez que os enunciados normativos que versam sobre o tema buscam proteger e promover um bem da vida que não está claramente sujeito a gradações.[243]

Nessa linha de argumentação, parece inevitável que, por mais recursos que se destine à saúde, nunca será possível atender a todas as necessidades de saúde de uma sociedade, isto é, o atendimento sempre implicará em escolhas, que são muitas vezes difíceis em se tratando de um bem tão valioso que é a saúde – e, em última análise, - a própria vida.

Destarte, Ana Paula de Barcelos aponta quatro dificuldades na delimitação do conceito de direito à saúde. A primeira consistiria na possibilidade de extensão demasiada do alcance desse conceito, de modo a abranger toda e qualquer melhora na condição de saúde ou da própria vida dos indivíduos. A segunda refere-se à identificação de quais prestações de saúde seriam, então, exigíveis do Poder Público em determinada sociedade e contexto histórico. Esse problema implica na terceira dificuldade com a qual se deparam os magistrados: a influência das percepções psicológicas e sociais no julgamento das demandas relativas à saúde. Por derradeiro, a quarta dificuldade decorre da relutância em se atentar para a

---

[241] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 449.

[242] “O problema é que, tratando-se de justiça distributiva, não se vê imediatamente a contraparte de um benefício ou de um sacrifício [...] Daí a importância da legitimidade da autoridade, que, ao distribuir, faz a justiça política. Não pode ser tarefa deixada ao bom juízo de cada um, mas procede de acordos políticos, isto é, gerais, amplos, impessoais. A incapacidade de fazer isto, institucionalmente, leva às tentativas pessoais e individuais. O resultado é positivo no que diz respeito à visibilidade do caso, mas pode ser desastroso do ponto de vista político e geral.” (LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 132-133)

[243] BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 803.

saúde básica, de forma que as necessidades primárias dos indivíduos acabam passando despercebidas pelo Poder Judiciário e pelos demais Poderes.[244]

Para Dworkin, a prática judicial está associada a uma dimensão moral. Em outros termos, o direito não pode ser neutro em relação à moral, tampouco em relação à política. O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, ou seja, se baseie em princípios, sobretudo o da igualdade, segundo o qual todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.[245]

O autor afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos[246]. A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei.

De outro modo, a concepção centrada nos direitos estabelece que, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis. Sob esse prisma, o Poder Público deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos

---

[244] De fato, Ana Paula de Barcellos afirma que "não há alguma coisa que possa ser descrita com simplicidade como um nível mínimo de saúde ou ainda um mínimo de vida. Ou faz-se um determinado tratamento e obtém-se a cura, ou o indivíduo permanecerá doente ou morrerá. O que seria o mínimo para o portador de leucemia em um estágio tal que a única prestação que lhe pode trazer alguma esperança é o transplante de medula? Ou para alguém com câncer? Em um contexto de recursos escassos, como o Direito pretende lidar com essa circunstância? É certo que a primeira dificuldade é apenas aparente do ponto de vista lógico. Se o critério para definir o que é exigível do Estado em matéria de prestações de saúde for a necessidade de evitar a morte, a dor ou o sofrimento físico, simplesmente não será possível definir coisa alguma [...] A segunda dificuldade se coloca inexoravelmente: se essa é a questão, que prestações de saúde devem ser oferecidas pelo Poder Público afinal? Ou, de outra forma, a que prestações de saúde os indivíduos têm direito, ao menos nesse momento histórico, e, portanto, podem exigir? [...] A definição de quais prestações de saúde são constitucionalmente exigíveis envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde [...] Dificilmente se procura o Judiciário para obter tratamento, *e.g,* de hipertensão, diabetes, desnutrição, malária, doença de chagas, hepatite A, dengue, cólera, leptospirose, febre tifóide e paratifóide, esquistossomose, infecções intestinais ou ainda para atendimento cardiológico, oftalmológico ou ginecológico preventivo, pré e pós-natal, ou, for fim, para que o Judiciário ordene ao Poder Público a realização ou custeio de um parto [...] Ou seja: a saúde básica não é acudida nem pelo legislador e pelo administrador, embora este seja um dever jurídico que lhes é imposto pela Constituição, e nem pelo Judiciário." (BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 803-807).

[245] DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 3-4.

[246] Ibidem, p. 6.

políticos que eles possuem perante o próprio Estado.[247]

Destarte, as leis não são apenas acordos entre os cidadãos para alcançarem uma experiência social pacífica. As leis devem representar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Assim, a legitimidade política, a possibilidade de um direito coercitivo, derivaria de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que seriam representativos de seus padrões morais.[248]

Dworkin adota, por conseguinte, a concepção de Estado Democrático de Direito centrada nos direitos. Sendo assim, o Judiciário não pode estar alheio ao processo de construção e reconstrução do direito, deve sempre proteger os direitos individuais depreendidos do compromisso moral e político que a comunidade assumiu para se constituir como livre e igual. A efetividade dos direitos morais inicia-se com a elaboração das regras pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas é somente com a atuação do Judiciário que os direitos morais serão efetivamente aplicados nos casos concretos.[249]

É nesse sentido que o autor impõe a necessidade do juiz, ao analisar o caso concreto, se mostrar coerente não apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação aos princípios erigidos pela comunidade política. Na esteira da sua teoria da resposta certa[250], toda demanda judicial possui uma resposta, devendo ela ser construída de maneira coerente, pela escolha do

---

[247] DWORKIN, Ronald. Op.cit., 2000, p. 6

[248] CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada nº 91. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan/jun 2009, p. 51.

[249] Ibidem, p. 51.

[250] Não se pretende com essa assertiva afirmar que exista uma verdade única, aplicável a qualquer caso concreto, isto é, "o Direito é da ordem do razoável, e não da ordem do racional. Essa premissa implica necessariamente a realidade vivenciada pelos intérpretes de que não há respostas exatas para os conflitos oriundos da seara jurídica. A existência desta seria contrária à própria essência do direito. O Direito é plurisubjetividade. O sopesamento dos princípios na busca de uma orientação para construir uma verdade pontual se mostra importante ao intérprete justamente por respeitar essa pluralidade presente na proposta deste ensaio, pois aquela verdade vai se configurar como uma estrutura estável de argumentação, que favorece a clareza da exposição dos motivos." (OLIVEIRA, Cláudio Azevêdo da Cruz. O direito e o mito da única verdade – por um pensamento de construção tópico-poiético-procedimental. *Revista de metoldologia UFBA.* p. 13*)*. Nesse sentido, Gadamer conclui que "[...] porque em cada caso se trata do próprio texto. A vida histórica da tradição consiste na sua dependência a apropriações e interpretações sempre novas. Uma interpretação correta em si seria um ideal sem pensamentos incapaz de conhecer a essência da tradição. Toda interpretação está obrigada a entrar nos eixos da situação hermenêutica a que pertence." (GADAMER, Hangs-Georg. Op. cit. p. 578).

princípio aplicável ao caso. Assim, o juiz deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e suas convicções pessoais, de forma semelhante a um romance em cadeia.[251]

Conta-nos, a propósito, Karl Larenz:

> Se bem que toda e qualquer interpretação, devida a um tribunal ou à ciência do Direito, encerre necessariamente a pretensão de ser uma interpretação correcta, no sentido de conhecimento adequado, apoiado em razões compreensíveis, não existe, no entanto, uma interpretação absolutamente correcta, no sentido de que seja tanto definitiva, como válida para todas as épocas. Nunca é definitiva, porque a variedade inabarcável e a permanente mutação das relações da vida colocam aquele que aplica a norma constantemente perante novas questões. Tão-pouco pode ser válida em definitivo, porque a interpretação [...] tem sempre uma referência de sentido à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes [...] Toda a interpretação da lei está, até certo ponto, condicionada pela época. Com isto não se pretende dizer que o intérprete deve seguir a par e passo cada tendência da época ou da moda. A continuidade da jurisprudência, a confiança do cidadão, que nela se estriba, de que a sua questão será resolvida de acordo com as pautas até aí vigentes, é um valor muito específico. Só a uma mutação fundamental da consciência valorativa geral é o que o intérprete se não deve subtrair, mormente quando ela tenha encontrado expressão em leis mais recentes ou assente num amplo consenso.[252]

Em outros termos, Dworkin compreende a interpretação do direito enquanto prática social, também denominada por ele de criativa, como uma interpretação construtiva[253], baseada na integridade[254], uma vez que ela se preocupa

---

[251] O juiz pode se deparar, diante do caso concreto, com várias interpretações possíveis. Nesse momento, deverá então escolher qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, após a análise de todos os aspectos envolvidos no caso. E o autor ressalta que "não podemos estabelecer uma distinção muito nítida entre a etapa em que o romancista em cadeia interpreta o texto que lhe foi entregue e a etapa em que ele acrescenta seu próprio capítulo, guiado pela interpretação pela qual optou." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 278).

[252] LARENZ, Karl. Op. cit., p. 443.

[253] O autor ressalta a existência de três etapas da interpretação construtiva: "Primeiro, deve haver uma etapa 'pré-interpretativa' na qual são identificados as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática [...] Em segundo lugar, deve haver uma etapa interpretativa em que o intérprete se concentre numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na etapa pré-interpretativa [...] Por último, deve haver uma etapa pós-interpretativa ou reformuladora à qual ele ajuste sua ideia daquilo que a prática 'realmente' requer para melhor servir à justificativa que ele aceita na etapa interpretativa."(DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 81-82).

[254] Esse princípio pode ser analisado sob duas vertentes: a integridade na legislação e a integridade na deliberação judicial. De fato, "a primeira restringe aquilo que nossos legisladores e outros partícipes de criação do direito podem fazer corretamente ao expandir ou alterar nossas normas

essencialmente com o propósito dessas práticas, e não com a causa. Trata-se, em verdade, de "impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam".[255]

Destarte, a integridade[256] é uma tese interpretativa sobre o Direto, na medida em que representa "tanto o produto da interpretação abrangente da prática jurídica quanto sua fonte de inspiração"[257], atribuindo ao magistrado a tarefa de continuar "interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso"[258]. Nesse sentido, o direito é um conceito interpretativo, assim como a justiça, tendo em vista que:

> Em geral, os juízes reconhecem o dever de continuar o desempenho da profissão à qual aderiram, em vez de descartá-la. Então desenvolvem, em resposta as suas próprias convicções e tendências, teorias operacionais sobre a melhor interpretação de suas responsabilidades nesse desempenho. Quando divergem sobre aquilo que chamei de moralidade teórica, suas divergências são interpretativas [...] As teorias interpretativas de cada juiz se fundamentam em suas próprias convicções sobre o "sentido" – o propósito, objetivo ou princípio justificativo – da prática do direito

---

públicas. A segunda requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com este fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 261).

255 "Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto." E continua: "Quero dizer que uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra." (Ibidem, p. 63-71).

256 Dworkin insiste que "as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; 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). O autor ressalta, ainda, que a integridade, por ser um valor independente da justiça e da equidade, não exige que as concepções da comunidade sejam efetivamente justas e equitativas, mas tão somente fornece uma justificativa política, unindo-a com a moral da comunidade: "A integridade, portanto, promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2000, p. 230-257).

257 Ibidem, p. 273.

258 Assim sendo, a integridade "oferece-se como a continuidade – e como origem – das interpretações mais detalhadas que recomenda." (Ibidem, p. 273).

> como um todo, e essas convicções serão inevitavelmente diferentes, pelo menos quanto aos detalhes, daquelas de outros juízes. Não obstante um grande número de forças atenua essas diferenças e conspira a favor das convergências. Toda comunidade tem seus paradigmas de direito, proposições que na prática não podem ser contestadas sem sugerir corrupção ou ignorância [...] Além disso, os juízes refletem sobre o direito no âmbito da sociedade, e não fora dela; o meio intelectual de modo geral, assim como a linguagem comum que reflete e protege esse meio, exerce restrições práticas sobre a idiossincrasia e restrições conceituais sobre a imaginação. O inevitável conservadorismo do ensino jurídico formal, e do processo de selecionar juristas para as tarefas judiciárias e administrativas, aumenta a pressão centrípeta. Seria um erro ignorar esses diversos fatores de unificação e socialização, mas um erro ainda mais insidioso e perigoso exagerar sua força. A dinâmica da interpretação resiste à convergência ao mesmo tempo que a promove [...].[259]

Destarte, sua finalidade é apresentar as práticas jurídicas em sua melhor luz, tentando fazer do sistema de direitos e de sua história institucional o melhor que possam ser, na certeza de que, não obstante as divergências que possam surgir sobre qual é a melhor interpretação, é possível chegar, por meio da argumentação, a uma resposta correta, à melhor interpretação dessa prática, de modo que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça.[260]

Conta-nos, a propósito, Dworkin:

> O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes, incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.[261]

Com efeito, a partir da integridade do Direito, Dworkin destaca que o magistrado deve buscar no conjunto coerente dos princípios aplicáveis em cada caso a melhor leitura que se possa fazer da "estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade"[262]. Entretanto, tendo em vista que o trabalho dos juízes é sensível às suas concepções políticas, o magistrado deve orientar sua conduta

---

[259] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 257.
[260] CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Op. cit., p. 51.
[261] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 274.
[262] Ibidem, p. 305.

baseado em convicções sobre a adequação e justificação de suas decisões[263]. Ainda que os limites estabelecidos à interpretação da lei pelos magistrados possa variar de acordo com cada um deles, "a verdadeira história política de sua comunidade"[264] deve servir de parâmetro para que o juiz restrinja suas convicções políticas ao formular seu juízo interpretativo geral.

Sob esse prisma, é possível valer-se da integridade para justificar as decisões judiciais a serem proferidas nas demandas que envolvam o direito à saúde, o que não implica na concessão de assistência médica a qualquer custo, uma vez que à sociedade deve ser dada a oportunidade de participar do debate político. A Constituição de um país deve ser interpretada de modo a construí-la e reconstruí-la no tempo e no espaço, a fim de torná-la a melhor possível, isto é, de acordo com os compromissos democráticos e republicanos que resultaram na sua elaboração.[265]

De fato, a Constituição constitui uma comunidade de princípios baseada na fraternidade e, dessa forma, na responsabilidade recíproca dos cidadãos; e a legitimidade de um sistema nesses moldes só pode ser encontrada na igual satisfação dos interesses de todos. Nenhuma comunidade política é legítima se não demonstrar igual consideração pelo destino de todos os seus integrantes.

Em última análise, aceitar a integridade do Direito é aceitar a igualdade, a força vinculativa dos direitos fundamentais e, portanto, a ideia menos popular de que proteger esses direitos demandará alguns sacrifícios. Em verdade, o que está em jogo é o direito à vida e à saúde de uns *versus* o direito à vida e à saúde de outros, aqueles que não têm capacidade de mobilização suficiente, nem diante do Judiciário, nem diante da mídia.[266]

---

[263] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 274.
[264] Ibidem, p. 305.
[265] Ibidem, p. 307.
[266] BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 876.

3.3 O Supremo Tribunal Federal e o desafio de dizer o que é saúde

Conforme demonstrado, foi atribuída ao Judiciário, especialmente à Suprema Corte, a difícil tarefa de dar a última palavra acerca do que se compreende por direito à saúde, isto é, estabelecer um sentido concreto para os princípios constitucionais norteadores desse direito fundamental[267]. No entanto, para a decepção e preocupação dos jurisdicionados, até agora os ministros do STF pouco falaram sobre saúde.

Na contextualização constitucional, o artigo 196 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.[268]

As palavras avaliatórias integridade, universalidade e igualdade, as quais compõem o núcleo doador de sentido do artigo referido[269], são utilizadas na maioria dos acórdãos proferidos pelo STF em matéria de saúde acompanhadas de certa

---

[267] NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Op. cit., p. 910. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso leciona que "o papel do Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios. Em inúmeros outros casos, será necessário efetuar a ponderação entre direitos fundamentais e princípios constitucionais que entram em rota de colisão, hipóteses em que os órgãos judiciais precisam proceder a concessões recíprocas entre normas ou fazer escolhas fundamentadas." (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 890). Karl Larenz, a seu turno, ao conceber o desenvolvimento judicial do Direito como continuação da interpretação, sustenta que "toda lei contém inevitavelmente lacunas. Igualmente se reconheceu desde há muito tempo a competência dos tribunais para colmatar as lacunas da lei [...] Mas, por vezes, não se trata só no desenvolvimento judicial do Direito de colmatar lacunas da lei, mas da adopção e conformação ulterior de novas idéias jurídicas que, em todo o caso, se tinham insinuado na própria lei, e cuja realização pela jurisprudência dos tribunais vai para além do plano originário da lei e o modifica em maior ou menor grau. Compreende-se que também um tal desenvolvimento do Direito superador da lei só deva ter lugar em consonância com os princípios directivos da ordem jurídica no seu conjunto; mais: muitas vezes será motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 519).

[268] A partir da análise do referido dispositivo constitucional, Rogério José Bento Soares do Nascimento afirma que "o chamado direito à saúde é um rótulo que exprime um complexo de direitos individuais e transindividuais [...] O direito à promoção é um direito difuso exercido como regra em face do legislador, um direito a todos indistintamente assegurado de exigir programas de saúde, ou seja, de exigir um conjunto de ações dirigidas à finalidade de propiciar uma vida saudável [...] O direito à prevenção é um direito essencialmente coletivo exercido como regra em face do executivo, significando o poder de exigir prestações afirmativas e negativas [...] Já o direito à recuperação é um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares." (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Op. cit., p. 905).

[269] LIMA, Thalita Moraes. Op. cit., p. 173.

carga de imprecisão quanto ao seu significado, o que acentua a dificuldade de se averiguar a coerência dessas decisões.[270]

De fato, as diretrizes do artigo 196 da Constituição Federal têm sido aplicadas de forma circunstancial, o que implica no afastamento do Estado Democrático de Direito da concepção moderna do direito "que exige impessoalidade e burocracia, previsibilidade e universalidade"[271], fomentando o que se denomina de cultura de privilégios, a qual consiste "na luta pela obtenção da vantagem e pela distribuição desigual de recursos"[272]. Conta-nos, a propósito, José Reinaldo de Lima Lopes:

> Se as interações sociais não podem gerar expectativas normativas universais, mas apenas expectativas circunstanciais, é muito difícil confirmar e ampliar a noção de direito. Um direito afirma-se a despeito das circunstâncias. Está implicada na ideia de direito alguma ideia de princípio. Para isto, é necessário que haja eficácia e probabilidade de que a lei será aplicada. Esta eficácia do ordenamento, assim entendida, é uma condição para a afirmação de direitos universais. A ineficácia leva à manutenção de privilégios, de situações mantidas apenas por motivos pessoais, que não se estendem a qualquer um [...] Perceber os direitos como privilégios ou favores gera muitas consequências, inclusive nas concepções de liberdade, propriedade e dignidade, noções fundamentais para a modernidade [...]. Pode-se dizer que a cultura jurídica é marcada pela noção pré-moderna de dignidade. A forma pré-moderna de conceber a dignidade é a honra. A honra é um privilégio estamental, atribuído a poucos. Uma isenção geral e universal de certo ônus não tem valor, pois não se imagina que um direito possa pertencer a todos ao mesmo tempo. A dignidade, confundida com honra, significa que alguns têm mais do que outros e merecem mais do que outros. Assim, o direito como um privilégio opera como algo que diferencia e não como algo que iguala os cidadãos.[273]

---

[270] Carlos Santiago Nino leciona que: "Uma espécie de imprecisão ainda mais intensa que as que acabamos de mencionar é constituída por palavras sobre as quais não apenas não há propriedades que sejam isoladamente indispensáveis para sua aplicação, como até é impossível dar uma lista completa e conclusa de propriedades suficientes para o uso do termo, visto que sempre fica aberta a possibilidade de aparecimento de novas." As palavras integridade, universalidade e igualdade também podem ser enquadradas em outra modalidade de imprecisão semântica: a textura aberta. De fato, "até mesmo as palavras mais precisas podem suscitar dúvidas sobre sua aplicabilidade perante circunstâncias insólitas e imprevistas [...] Nunca podemos nos dar por satisfeitos de ter encontrado um conjunto de propriedades que seja suficiente para o uso de uma expressão, dado que deveríamos acrescentar a esse conjunto a exigência de que não ocorram certas circunstâncias insólitas, mas que teoricamente poderiam acontecer. Como é impossível prever todas as propriedades estranhas que possam se apresentar, a lista das circunstâncias que não devem acontecer para que uma palavra seja aplicável tem que ser aberta: deve terminar com um 'et cetera', e não com um ponto final." (NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 313-315).

[271] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 95.

[272] Ibidem, p. 94.

[273] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 95-97.

O direito à saúde é analisado prioritariamente, na Corte Suprema, com base na primeira parte do artigo, o qual 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 saúde.[274]

A saúde não pode ser compreendida como um "superdireito"[275], a pretexto de se materializar sua diretriz constitucional de atendimento integral, analisando situações concretas de forma tão aberta "que não se sabe exatamente quais as circunstâncias do caso, de modo que não há como fazer a aplicação regrada e futura do mesmo raciocínio no futuro"[276]. O desabastecimento é fruto de um *déficit* de gestão e planejamento da assistência farmacêutica do SUS. Por outro lado, alguns pedidos veiculados referem-se a medicamentos que não podem ser comprados, pois não estão registrados pela ANVISA. Ademais, o avanço tecnológico incessante e os preços praticados pelos laboratórios farmacêuticos tornam financeiramente proibitiva a aquisição de muitos fármacos novos, especialmente aqueles vendidos em regime de monopólio.[277]

De outro modo, não se pode ignorar as diretrizes de universalidade e igualdade do direito à saúde, reduzindo este direito fundamental ao preenchimento da condição de hipossuficiência financeira[278], sob pena de se excluir do âmbito da assistência farmacêutica aqueles que se encontram em situação econômica favorável. De fato, estar-se-ia contrariando a premissa da universalizabilidade dos

---

[274] Nesse sentido, José Reinaldo de Lima Lopes conclui que "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. Pode-se, portanto, entender que o dever do Estado consiste em realizar e executar programas (ações coordenadas, integradas e de resultados mensuráveis) limitadas pelo objetivo de acesso universal". (Ibidem, p. 250).

[275] Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 821.769/RS, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Decisão monocrática, Julgamento em 27/10/2010, Publicação em 09/11/2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 791.476/MT, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão monocrática, Julgamento em 17/08/2010, Publicação em 30/08/2010.

[276] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit. 2006, p. 247.

[277] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit. p. 111.

[278] Vide BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 273.834 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 31/10/2000, Publicação em 01/02/2001; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2000, Publicação em 24/11/2000; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 839.594/RS, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão Monocrática, Julgamento em 28/02/2011, Publicação em 15/03/2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 823.521/RS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento em 27/10/2010, Publicação em 09/11/2010; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 773.049/SC, Relator: Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, Julgamento em 26/04/2010, Publicação em 07/05/2010

juízos morais, segundo o qual “o que um juízo moral subscreve assume logicamente o compromisso de estender o mesmo juízo moral a todas as situações que tenham as mesmas propriedades fáticas relevantes para o juízo moral em questão”.[279]

Nesse sentido, Richard Hare defende que há certa semelhança entre a lógica do raciocínio moral e o método hipotético-dedutivo de Karl Popper, na medida em que também se parte de uma hipótese universal aliada a um enunciado sobre condições iniciais e se deduz uma prescrição particular. No plano moral, entretanto, não se pretende comprovar de forma empírica uma previsão para ver se a hipótese geral é mantida, mas de determinar se seria possível aceitarmos uma prescrição particular e mantermos o juízo valorativo universal.[280]

O direito à saúde deve ser compreendido a partir de sua origem histórica que, com a redemocratização perpetrada pela Constituição Federal de 1988, deixou de ser destinado exclusivamente aos trabalhadores que contribuíam para os institutos de previdência, passando a beneficiar todos os brasileiros, independentemente de vinculo empregatício[281]. Em outras palavras, a universalidade do serviço associou-se à meta de não exclusão dos mais diferentes grupos sociais, e não à garantia de que todos tenham o direito satisfeito como se titulares de uma cota, uma parte devida a todos, como se os titulares tivessem o direito subjetivo à satisfação das mais diversas pretensões relativas à saúde.[282]

Em verdade, deve-se dar mais atenção à segunda parte do artigo 196 da Constituição, isto é, o direito à saúde será assegurado mediante políticas sociais e econômicas, de forma a atingir a maior parte possível da população, com vistas à tutela tanto do bem individual, como do bem coletivo. De fato,

---

[279] NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 432.

[280] “Para fazer essa determinação devemos, segundo Hare, apelar para a imaginação (devemos nos imaginar na situação de cada um em que a prescrição particular seria aplicável) e considerar as inclinações e interesses da pessoas que podem ser nossos interlocutores em uma controvérsia ética (se, por exemplo, queremos convencer alguém da invalidade de um certo juízo moral, podemos mostrar-lhe que, uma vez devidamente universalizado, surge como consequência lógica uma prescrição que ele não está inclinado a aceitar). De acordo com Hare, o fato de os juízos morais serem universalizáveis e de isso implicar a contemplação dos interesses de todos os afetados – ‘colocando-se no lugar’ de cada um e vendo se alguém aceitaria, nesse caso, as prescrições correspondentes – fornece apoio lógico à teoria normativa utilitarista segundo a qual cada um tem direito à mesma consideração.” (NINO, Carlos Santiago. Op. cit., p. 433-434).

[281] BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 885

[282] LOPES, José Reinaldo de Lima. Op. cit., 2006, p. 222.

> a melhor forma de otimizar a eficiência dos gastos públicos com saúde é conferir a competência para tomar decisões nesse campo ao Poder Executivo, que possui visão global tanto dos recursos disponíveis quanto das necessidades a serem supridas.[283]

Com base na análise do discurso dos Ministros da Suprema Corte[284], praticamente todo pedido que se fundamente no direito à saúde e à vida obtém uma rápida resposta afirmativa, em suposta observância às diretrizes constitucionais da integridade, universalidade e igualdade do sistema de saúde idealizado pelo legislador originário. E se quase tudo que é postulado está inserido no conceito de saúde, o que é saúde então?[285]

Não temos a pretensão de responder a essa indagação, mas a situação é preocupante, pois se saúde é tudo, abrem-se caminhos para toda espécie de abusos e, assim, saúde será nada.[286]

Se todo e qualquer receituário médico que chegar ao conhecimento dos ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentar uma ordem de compra, se a simples esperança do sucesso de um tratamento no exterior for suficiente para embasar uma decisão de procedência do pedido, em quais premissas baseia-se

---

[283] "As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que possuem acesso qualificado à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial [...] Inclusive, a exclusão destes se aprofundaria pela circunstância de o Governo transferir os recursos que lhes dispensaria, em programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média. (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 895).

[284] "Os estudos do Discurso avançam quando são analisados, além dos mecanismos linguísticos de sua constituição, os mecanismos da construção do significado, ou seja, a sua carga semântica. Assim, tem-se um estudo da significação do Discurso – 'a Semântica do Discurso' – quando se consideram as condições de produção num contexto mais imediato – fatores pragmáticos, ligados à interlocução – e, num contexto mais amplo, a 'formação discursiva', a ideologia, a história, as relações de significado dentro de uma determinada estrutura social [...] O discurso tem um caráter argumentativo ou ideológico. Considerando que todo ato de linguagem tem em vista determinados objetivos – argumentativos ou ideológicos –, o discurso só se insere como elemento determinante nas diversas utilizações que podem ser feitas. Então percebe-se a necessidade de se pensar o discurso no interior de uma teoria crítica da sociedade, e é a partir desta inclusão que se pode refletir sobre as condições de possibilidade do discurso, ou seja, as condições que permitem que, em um dado momento histórico, as palavras tenham determinada significação e não outra." (SYTIA, Celestina Vitória Moraes. Op. cit., p. 65-66).

[285] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 111.

[286] Ibidem, p. 111.

então a análise feita pelo Judiciário? Quais são as razões justificadoras das decisões proferidas pelos ministros do STF em matéria de saúde?[287]

Manuel Atienza identifica dois momentos na elaboração das teorias científicas: o contexto da descoberta e o contexto da justificação. O primeiro se resume à tarefa de enunciar uma teoria insuscetível de uma análise do tipo lógico, enquanto o segundo em validá-la, isto é, confrontá-la com os fatos a fim de demonstrar sua validade, conforme as regras do método científico. No contexto da justificação, portanto, pretende-se investigar as razões justificadoras de determinada decisão judicial.[288]

Com efeito, o autor parte do pressuposto de que as decisões judiciais devem e podem ser justificadas[289], afastando-se tanto do determinismo metodológico, segundo o qual as decisões jurídicas não precisam ser justificadas porque procedem de uma autoridade legítima e são o resultado da mera aplicação de normas legais; como do decisionismo metodológico, em que a decisão judicial é compreendida como puro ato de vontade.[290]

---

[287] Ao afirmar que os órgãos jurisdicionais e administrativos não precisam expor suas razões explicativas de decidir, mas tão somente suas razões justificadoras, Carlos Santiago Nino elabora uma distinção entre os dois conceitos: "As razões explicativas se identificam com os motivos. Elas se compõem de estados mentais que são antecedentes causais de certas ações. O caso central de razão explicativa ou motivo é dado por uma combinação de crenças e desejos [...] As razões justificadoras ou objetivas não servem para entender porque se realizou uma ação ou eventualmente para prever a execução de uma ação, e sim para avaliá-la, para determinar se ela foi boa ou má segundo diferentes pontos de vista." (NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho.* Buenos Aires: Astrea, 1985, p. 126. *Apud* ATIENZA, Manuel. *As razões do direito:* teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006, p. 43).

[288] Ibidem, p. 20.

[289] Ao tecer severas críticas à justificação das decisões judiciais, supostamente baseadas em argumentos interpretativos, Alf Ross reconhece algumas características comuns a todos os ordenamentos jurídicos: "são conjuntos não sistemáticos de frases atraentes (via de regra cunhadas sob forma de brocardos) e de significado impreciso, passíveis de ser manejadas de tal maneira que conduzam a resultados contraditórios. Como não existem critérios objetivos que indiquem quando se deve aplicar esta ou aquela máxima, elas proporcionam um largo espectro no qual o juiz possa atingir um resultado julgado por ele desejável." (ROSS, Alf. Op. cit., p. 183-184).

[290] Assevera, a propósito, o autor que: "A primeira dessas duas posturas parece insustentável, especialmente no contexto do Direito moderno, no qual a obrigação estabelecida de motivar – justificar – as decisões contribui não só para torná-las aceitáveis -, e isso é particularmente relevante nas sociedades pluralistas que não consideram como fonte de legitimidade ou de consenso coisas tais como tradição ou autoridade -, como também para que o Direito possa cumprir a sua função de guia da conduta humana; por outro lado, justificar uma decisão, num caso difícil, significa algo mais que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas. E o mesmo ocorre com a segunda postura, isto é, com a opinião de que os juízes (ou os jurados) não justificam – nem poderiam justificar propriamente – suas decisões, e sim as adotam de forma irracional – ou então sem a participação da razão – e depois a submetem a um processo de racionalização [...] Os erros em que incorrem

A análise da interpretação das normas jurídicas pelos tribunais deve ser norteada pela tentativa de descobrir os princípios ou regras que realmente servem de fundamento para o trânsito da regra geral à decisão particular.[291]

Se os motivos para que a Administração Pública não forneça determinados medicamentos são diversos, uns mais legítimos que outros, ao realizar o controle jurisdicional dos atos administrativos, os ministros do STF precisam ter algo a dizer sobre saúde e diferenciar as pretensões legítimas das abusivas[292]. É preciso dar densidade ao direito à saúde, por meio da racionalidade do discurso moral.

A análise dos acórdãos objetos de nossa pesquisa no presente estudo evidencia a ausência de critérios para definir se determinado medicamento deve ser fornecido ou não ou, ainda, se um tratamento equivalente a quase totalidade do orçamento de um Estado ou Município deve ser concedido em prejuízo de milhares de pessoas em situação semelhante. Em suma, os ministros da Suprema Corte ainda não formularam um conceito de direito à saúde, mas devem continuar a julgar.

---

esses últimos autores, que não é outro senão o de confundir o contexto de descoberta e o contexto de justificação. É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; do contrário seria preciso negar também que possa ocorrer a passagem das intuições às teorias científicas ou que, por exemplo, cientistas que ocultam certos dados que se ajustam mal às suas teorias estejam por isso mesmo privando-as de justificação." (ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 23).

291 "O princípio condutor para toda interpretação é o princípio da função primária determinativa de significado da expressão como uma entidade e as conexões nas quais ela aparece. O ponto de partida de toda compreensão é a expressão como entidade, tal como é experimentada pela pessoa que a recebe numa situação concreta definida. A partir deste ponto, a interpretação pode prosseguir, em parte para uma análise dos elementos que constituem a expressão: as palavras individuais e sua conexão sintática, e em parte para uma análise do contexto no qual aparece a expressão e da situação em que foi formulada." (ROSS, Alf. Op. cit., p. 136-145). A respeito do tema, Celestina Vitória Moraes Sytia assevera que "A decisão jurídica – a sentença – pode estar estruturada numa construção silogística [...] Porém, nem sempre é possível ser explicado o silogismo, dada a complexidade em que estão inseridos alguns casos. Uma simples construção silogística empobrece o processo decisório [...] Ou seja, a aceitação geral de que a justiça deve ser feita não leva, por si, à premissa de que a ação X é injusta e, portanto, deva ser rejeitada. É preciso dizer o que é a justiça e provar que a ação X é um caso de ação injusta. Aí estamos diante da subsunção que exige a elaboração de alguns fundamentos que já aparecem na elaboração da premissa maior [...]"(SYTIA, Celestina Vitória Moraes. Op. cit., p. 53-54).

292 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 112.

Não há coerência na jurisprudência do STF, se esse termo for compreendido como algo semelhante ao que Ronald Dworkin denomina integridade[293]. Para que um discurso jurídico esteja racionalmente fundamentado, é preciso que os argumentos estejam em consonância com os princípios, isto é, com os preceitos fundamentais de determinado ordenamento jurídico, e não necessariamente com os precedentes. A perpetuação do discurso com base em decisões anteriores não é capaz de legitimar um entendimento, pois o argumento oriundo dessa decisão está baseado tão somente na autoridade do julgador.[294]

Nessa linha de argumentação, Ingeborg Maus[295], ao analisar a atividade de controle normativo judicial no modelo de Estado constitucional moderno a partir da atuação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, ressalta a perda da racionalidade jurídica ou mesmo o aumento de racionalizações arbitrárias, ainda mais perigosas à democracia porque inconscientes. Esse cenário, do qual também faz parte o Supremo Tribunal Federal, tem contribuído para a expansão do poder autocrático, sem que formas equivalentes de controle tenham sido desenvolvidas.

Desse modo, a autora indaga se o Poder Judiciário, a pretexto de fazer valer direitos fundamentais e sociais, não teria se transformado ele mesmo no monarca sobre o qual ele deveria exercer seu controle. Em outras palavras, pode-se afirmar

---

[293] "Será a integridade apenas coerência (decidir casos semelhantes da mesma maneira) sob um nome mais grandioso? Isso depende do que entendemos por coerência ou casos semelhantes. Se uma instituição política só é coerente quando repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel ou precisamente possível, então a integridade não é coerência; é, ao mesmo tempo, mais e menos. A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal, às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca de fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 263-264).

[294] Karl Larenz ressalta que os tribunais não estão indubitavelmente vinculados aos precendentes, como estão vinculados à lei. De fato, "não é o precedente como tal que vincula, mas apenas a norma nele correctamente interpretada ou concretizada [...] Portanto, o juiz não deve aceitar de certo modo cegamente o precedente. Não só está habilitado, mas mesmo obrigado, a afastar-se dele se chega à conclusão de que contém uma interpretação incorrecta ou um desenvolvimento do Direito insuficientemente fundamentado, ou que a questão, nele correctamente resolvida para o seu tempo, tem que ser hoje resolvida de outro modo, por causa de uma mudança da situação normativa ou da ordem jurídica no seu conjunto." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 612).

[295] A autora identificou o fenômeno da transformação do Poder Judiciário em "superego" da sociedade moderna a partir da inversão das expectativas de direito, marcada pela redução do Parlamento a um simples representante dos conflitos e energias sociais, que passou a ter como censor o magistrado: "A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da 'consciência' social na Justiça." (MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade orfã". Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP,* nº 58, Nov. de 2000, p. 184-186).

que o Tribunal Federal Constitucional alemão ascendeu à condição de censor ilimitado do legislador, a partir da confiança que lhe foi depositada pela população, à semelhança de verdadeira veneração religiosa, sendo-lhe permitido "disfarçar seu próprio decisionismo sob o manto de uma 'ordem de valores' submetida à Constituição".[296]

Com efeito, o magistrado é visto como um terceiro neutro, alheio às disputas partidárias materializadas na elaboração das leis, tendo como função a garantia da unidade do direito, "investindo-se como sacerdote-mor de uma nova divindade: a do direito suprapositivo e não escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social".[297]

A estratégia argumentativa utilizada nas decisões proferidas pelos Ministros do STF baseia-se, fundamentalmente, no enaltecimento do caráter prioritário do direito à saúde, compreendido dentro da mesma esfera de proteção do próprio direito à vida, que deve se sobrepor a outros direitos ou valores, os quais podem ser resumidos a obstáculos de natureza administrativa ou financeira.

Causa surpresa, outrossim, a interpretação que é dada ao direto à saúde pela Suprema Corte brasileira, tendo em vista a concepção normativista e restritiva do Direito[298] que predomina na formação jurídica dos juízes e dos demais operadores do Direito. Em oposição à cautela que permeia as decisões judiciais no tocante à concretização de direitos sociais, na área da saúde verifica-se a sedimentação cada vez mais forte de uma tendência de fornecer todo e qualquer medicamento,

---

[296] Nesse sentido, conclui que "o infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal Federal Constitucional alemão (TFC) uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania. As exigências de justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte." (MAUS, Ingeborg. Op. cit., p. 190-192).

[297] Ibidem, p. 196.

[298] Boaventura Santos assevera que: "domina uma cultura normativista, técnico-burocrática, assente em três grandes ideias: a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de todo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos." (SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 20).

conferindo ao texto constitucional uma interpretação mais ampla do que ele permite.[299]

Destarte, a concepção de que os direitos fundamentais não podem ser considerados absolutos, uma vez que podem entrar em conflito com outros direitos da mesma natureza, parece ser esquecida no tocante à saúde, em apelo aos ideais de igualdade e justiça distributiva[300]. Isso porque "mesmo que essa meta não possa ser sempre alcançada, aspirar a ela é para o juiz um imperativo de ordem moral"[301]. Essa situação é agravada pela iminência da morte de muitos jurisdicionados, os quais vêem no Judiciário a única esperança de salvação.

É nesse sentido que o magistrado se vê confrontado com uma situação de difícil solução, em que afloram seus sentimentos e suas convicções mais profundas, tais como os valores de misericórdia, dignidade, salvação, cuidado. Em última análise, é o juiz quem tem o poder de dizer se aquele litigante será ou não merecedor de mais uma chance.

A possibilidade de uma decisão judicial ser influenciada por sentimentos e valores inerentes ao intérprete da lei nos parece uma assertiva, em certa medida, irrefutável[302]. Desse modo, verifica-se certa margem de livre apreciação do

---

[299] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 123.

[300] Ocorre que o próprio conceito de justiça é objeto de interpretação. "Não seguimos critérios linguísticos comuns para decidir quais fatos tornam uma situação justa ou injusta. Nossas discussões mais intensas sobre a justiça – sobre o imposto de renda, por exemplo, ou sobre os programas de ação afirmativa – dizem respeito às provas apropriadas para verificar o que é a justiça, e não à adequação (ou não) dos fatos a alguma prova consensual em um caso específico." Destarte, os filósofos políticos devem "tentar apreender o patamar do qual procedem, em grande parte, os argumentos sobre a justiça, e tentar descrever isso por meio de alguma proposição abstrata adotada para definir o conceito de justiça para a sua comunidade, de tal modo que os argumentos sobre a justiça possam ser entendidos como argumentos sobre a melhor concepção desse conceito." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 89-90).

[301] No tocante à aspiração de uma resolução justa do caso concreto, verifica-se que o fato de que "o juiz está subordinado à justiça não altera nada em relação a que ele há de, nos termos da Constituição, resolver segundo a lei, concebida esta como uma parte do ordenamento jurídico global, e não segundo uma convicção de rectidão pessoal, já não coberta pela lei [...] A aspiração a uma justiça do caso é assim um factor legítimo no processo de decisão judicial, conquanto não induza o juiz a manipular a lei de acordo com as suas convicções. Como estímulo permanente para um exame sempre renovado, é imprescindível; como tentação contínua do juiz para sortear o Direito estatuído, para substituir as pautas legais pela sua ideia pessoal de justiça, é perigosa." (LARENZ, Karl. Op. cit., p. 492-494).

[302] Não obstante não se coadune com o entendimento adotado neste estudo, Alf Ross confere um alto grau de discricionariedade aos juízes: "Aos seus olhos a lei não é uma fórmula mágica, mas uma manifestação dos ideais, posturas, padrões ou valorações que denominamos tradição cultural. Sob o nome de consciência jurídica material essa tradição vive no espírito do juiz e cria um motivo passível de entrar em conflito com a consciência jurídica formal e sua exigência de obediência ao direito. A crítica do juiz pode dirigir-se assim contra a decisão no caso específico,

magistrado na solução de determinados casos, isto é, na aplicação de "conceitos jurídicos e pautas de valoração mais ou menos indeterminados"[303], como exteriorização de suas convicções pessoais nas razões de decidir, vista como "um resíduo incômodo só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os fenômenos da vida e, com isto, no afastamento definitivo da personalidade criadora."[304]

Com efeito, Gadamer justifica a existência de diversas soluções para determinado caso concreto, como respostas dadas pelo intérprete e aplicador da lei, a depender do contexto histórico-cultural em que ele está inserido, na medida em que o aplicador do direito o faz a partir de expectativas suas e na perspectiva de um sentido determinado[305]. Nessa linha de argumentação, Gadamer assevera que:

> [...] compreender um texto significa sempre aplicá-lo a nós próprios, e saber que, embora se tenha de compreendê-lo em cada caso de uma maneira diferente, continua sendo o mesmo texto que, a cada vez, se nos apresenta de modo diferente. O fato de que, com isso, não se relativiza em nada a pretensão de verdade de qualquer interpretação, torna-se claro pelo fato de que a toda interpretação é essencialmente inerente sua linguisticidade. O caráter lingüístico da expressão, que a compreensão ganha na interpretação, não gera um segundo sentido além do que foi compreendido e interpretado. Na compreensão, os conceitos interpretativos não se tornam temáticos

---

que ele sente como injusta, não obstante aprove a regra; ou pode dirigir-se contra a própria regra. A crítica pode surgir na consciência do juiz como uma reação emocional espontânea; ou resultar de uma análise consciente dos efeitos da decisão, realizada em relação a padrões pressupostos. Em todos os casos, essas atitudes atuam participativamente na mente do juiz, como um fator que motiva sua decisão. Na medida do possível, o juiz compreende e interpreta a lei à luz de sua consciência jurídica material, a fim de que sua decisão possa ser aceita não só como correta mas também como justa ou socialmente desejável [...] Pode-se assim dizer que a administração da justiça é o resultante de um paralelogramo de forças no qual os vetores dominantes são a consciência jurídica formal e a consciência jurídica material. A decisão obtida é determinada pelo efeito combinado da interpretação cognoscitiva da lei e da atitude valorativa da consciência jurídica." (ROSS, Alf. Op. cit., p. 168). Desse modo, conclui que as decisões judiciais são determinadas por um conflito dialético entre duas tendências opostas: "por um lado, a tendência à generalização e à decisão em conformidade com critérios objetivos e, por outro lado, a tendência à individualização e à decisão à luz das valorações e apreciações subjetivas da consciência jurídica – ou, mais sumariamente, por um lado, a tendência para a justiça formal, por outro, a tendência para a equidade concreta." (Ibidem, p. 328). No mesmo sentido, Celestina Vitória Moraes Sytia assevera que "o discurso decisório é ideológico. É a ideologia que orienta a decisão, indicando quais os princípios fundamentais do processo discursivo. Determinando quais os fatores sociais que devem ser considerados como bases dogmáticas da decisão. A decisão determina as finalidades, metas do sistema, bem comum e interesse público." (SYTIA, Celestina Vitória Moraes. Op. cit., p. 70). Por outro lado, Dworkin afasta a total liberdade criativa, assim como a coerção mecânica do texto: "[...] nenhuma dessas duas descrições incipientes – de total liberdade criativa ou coerção mecânica do texto – dá conta de sua situação, pois cada uma deve, em certo sentido, sofrer ressalvas em decorrência da outra." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 281).

[303] LARENZ, Karl. Op. cit., p. 418.

[304] Ibidem, p. 415-416.

[305] GADAMER, Hangs-Georg. Op. cit., p. 579.

> como tais. Pelo contrário, determinam-se pelo fato de que desaparecem atrás do que eles fazem falar na interpretação. Paradoxalmente, uma interpretação é correta quando é suscetível desse desaparecimento.[306]

Não obstante não se vislumbre a possibilidade de um juiz neutro, sem ideologias e desvinculado de qualquer compromisso axiológico ou tipo de racionalidade[307], deve-se buscar coerência nas decisões judiciais, no sentido de sua argumentação estar racionalmente bem conduzida, bem como imparcialidade, a qual deve ser compreendida como igual satisfação dos interesses de todos os integrantes da comunidade política. Em última análise, "o que é justo é o que é racional, o que é discursivamente correto, uma correção obtida argumentativamente pelo cumprimento das regras formadoras da lógica do discurso".[308]

Os fundamentos encontrados nos acórdãos objeto desta pesquisa podem ser enquadrados no princípio do resgate idealizado por Dworkin, segundo o qual diz que devemos gastar tudo que pudermos com a saúde de todos e de cada um dos indivíduos da sociedade até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Todavia, o próprio autor conclui que a aplicação desse princípio é inaceitável, pois não permite qualquer estratégia de racionamento.[309]

Destaca, a propósito, que:

> nenhuma sociedade sadia tentaria alcançar esse padrão, da mesma forma que uma pessoa sadia também não organizaria a própria vida segundo tal princípio. Esse pensamento chega a ser prejudicial ao discurso dos juízes, pois incentiva a idéia de que a justiça nada tem a dizer acerca de quanto a sociedade deve gastar com saúde em comparação com outros bens (educação, segurança, artes).[310]

De outro modo, Dworkin sugere a adoção do princípio do seguro prudente, que admite certos limites na cobertura universal, não como transigências da justiça, mas como exigidos por ela. O seguro prudente equilibra o valor saúde com outros bens e riscos: presume que as pessoas possuem o direito de escolha quanto ao

---

[306] GADAMER, Hangs-Georg. Op. cit., p. 579.
[307] OLIVEIRA, Cláudio Azevêdo da Cruz. Op. cit., p. 13.
[308] TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *In: Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 2, nº 3, janeiro-junho de 2005, p. 59.
[309] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 435.
[310] Ibidem, p. 435.

montante a ser gasto na saúde, para que possam se proteger contra outros riscos, igualmente perigosos e nefastos à vida.[311]

Não obstante esse ideal não ser prontamente aplicável ao sistema de saúde brasileiro, nos permite refletir sobre os limites da saúde pública, isto é, até onde o Estado deve arcar com os gastos de saúde dos indivíduos. Não se trata de adotar a aplicação do princípio da reserva do possível, tampouco do mínimo existencial[312], mas de deixar nas mãos da própria sociedade a decisão sobre qual a saúde por ela pretendida, se as condições de justiça permitissem uma escolha livre, consciente e justa.[313]

Sob esse prisma, a simples invocação do direito à saúde, como um direito fundamental absoluto que deve ser concedido em qualquer hipótese a despeito da disponibilidade financeira estatal[314], muitas vezes estimulada pelo distanciamento dos juízes dos fatos e das pessoas, não é suficiente para a materialização desse direito. É necessária uma fundamentação coerente que preveja os meios para sua instrumentalização, tendo em vista que "o objetivo da decisão judicial constitucional

---

311 Dworkin sugere o ideal do seguro prudente. Esse ideal traz uma interessante hipótese em que "a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos". Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 440). Nesse sentido, Luís Roberto Barroso identifica alguns parâmetros para racionalizar e uniformizar a atuação judicial no fornecimento de medicamentos, dentre eles o argumento democrático, na medida em que "os recursos necessários ao custeio de medicamentos (e de tudo o mais) são obtidos através da cobrança de tributos. E é o próprio povo – que paga os tributos – quem deve decidir preferencialmente, por meio de seus representantes eleitos, de que modo os recursos públicos devem ser gastos e que prioridades serão atendidas em cada momento. A verdade é que os recursos públicos são insuficientes para atender a todas as necessidades sociais, impondo ao Estado a necessidade permanente de tomar decisões difíceis: investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros." (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 897).

312 A respeito da adoção de conceitos jurídicos europeus no debate sobre as políticas públicas de saúde, Boaventura Santos conclui que " [...] nossas grandes teorias das ciências foram produzidas em três ou quatro países do Norte. Então, nosso primeiro problema para quem vive no Sul é que as teorias estão fora de lugar: não se ajustam realmente à nossa realidade. Sempre nos tem sido necessário indagar uma maneira pela qual a teoria se ajuste à nossa realidade." (SANTOS, Boaventura de Souza. Op. cit., p. 19-20).

313 SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 128.

314 Nesse sentido, o uso estratégico de uma tradição constitucional pode levar a consequências desastrosas, conforme leciona Michel Rosenfeld: "Elevar uma tradição aos mais altos níveis de abstração possíveis é tão destrutivo da tradição quanto reduzí-la à sua mais extrema especificidade. A substituição ou destilação ilimitada torna possível, é claro, extrair de uma mesma tradição uma ampla gama de significações concorrentes de sorte a reduzir essa tradição a um repositório vazio a ser preenchido segundo as predileções de seus atuais defensores." (ROSENFELD, Michel. Op. cit., p. 104).

não é meramente nomear os direitos, mas assegurá-los, e fazer isso no interesse daqueles que têm tais direitos".[315]

De todo o exposto, verifica-se a necessidade de se abandonar as oposições travadas entre o direito à saúde – e, em última análise, a própria vida -, o mínimo existencial e a reserva do possível, bem como entre as normas constitucionais e a legislação infraconstitucional, considerada muitas vezes como mero instrumento destinado à criação de entraves burocráticos que impedem o exercício desse direito. É imperioso que o magistrado formule critérios claros norteadores de suas decisões sobre saúde e passe a encarar a legislação regulamentadora do SUS como um conjunto de normas que densificam o direito fundamental à saúde, de forma a analisar cada caso concreto à luz de sua complexidade e trilhar o caminho "que parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente".[316]

[315] Dworkin assevera que "qualquer interpretação plausível dos direitos das pessoas segundo a Constituição deve ser complexa o suficiente para tratar tanto do remédio quanto da substância. Assim, a decisão de Hércules sobre o remédio é também uma decisão de direito, uma decisão sobre os direitos secundários que as pessoas têm quanto ao método e à maneira de fazer valer seus direitos substantivos primários. Hércules deve decidir, como uma questão liminar geral, se a melhor interpretação das práticas remediadoras dos tribunais em geral e da Suprema Corte em particular exige que os direitos das pessoas ao remédio sejam sensíveis às consequências." (DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2005, p. 465).

[316] Idem, Op. cit., 2007, p. 150.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo pretendeu tão somente incitar o debate. Iniciamos nossa pesquisa com o desafio de entender o contexto da judicialização das políticas públicas de saúde, tendo como foco de análise a coerência e racionalidade das decisões proferidas pelos ministros do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

O objetivo do nosso estudo foi entender como as decisões de última instância têm sido fundamentadas e como as diretrizes constitucionais de atendimento integral, universal e pautado pela igualdade têm sido preenchidas de conteúdo pela Suprema Corte brasileira a fim de embasar o deferimento ou não de um pedido que envolva o direito à saúde.

Para alcançar essa pretensão, dividimos nossa pesquisa em três capítulos. No primeiro capítulo, foi analisada a construção do sistema de saúde brasileiro, com o intuito de identificar até que ponto ele serviu ao mesmo tempo como instrumento de controle social e de exclusão das camadas marginalizadas da nossa sociedade. Com efeito, a exclusão do sistema de saúde deu-se tanto na sua própria estrutura, pela forma como eram concebidas as políticas públicas, como nas microestruturas, por meio do domínio exercido pelo conhecimento médico. No entanto, tal exclusão que se apresentava de forma nítida antes da criação do Sistema Único de Saúde pela Constituição de 1988 assumiu uma forma mais sutil após a normatização das diretrizes de igualdade e universalidade no atendimento à saúde. De fato, a suposta inclusão perpetrada pelo SUS ainda é marcada pela existência de milhares de brasileiros que estão à margem dos seus serviços, seja na prestação deficiente e na dificuldade de acesso aos serviços mais básicos por grande parte da população, seja na relação autoritária estabelecida entre o médico e o cidadão, o qual ainda é visto como mero cliente do sistema de saúde.

Nesse contexto de inclusão irreal, no qual é impossível dar atendimento ilimitado a todos, o princípio da equidade exige que os recursos escassos sejam distribuídos de modo a priorizar a redução ou eliminação de diferenças entre indivíduos que advém de fatores evitáveis e injustos. E esse problema tem chegado aos gabinetes dos juízes.

Com efeito, no segundo capítulo, com a investigação jurisprudencial propriamente dita, buscamos obter uma análise representativa do debate judicial que se desenvolve no STF à luz da Teoria da Linguagem Moral de Richard Hare. A constatação mais relevante dessa pesquisa foi perceber que as palavras avaliatórias integridade, universalidade e igualdade, as quais compõem o núcleo doador de sentido do artigo 196 da Constituição Federal[317], são utilizadas na maioria dos acórdãos proferidos pelo STF em matéria de saúde acompanhadas de certa carga de imprecisão quanto ao seu significado, o que acentua a dificuldade de se averiguar a coerência dessas decisões.

Em breve síntese, os ministros da Suprema Corte ainda não formularam um conceito de direito à saúde, proferindo, em regra, decisões de procedência do pedido formulado pelo autor, quase sempre fundado na diretiva constitucional de recuperação[318], em razão da concepção desse direito fundamental como um direito absoluto, atrelado indissociavelmente à própria vida.

Por derradeiro, o terceiro capítulo destinou-se ao estudo da função da linguagem no Direito e da compreensão da coerência das práticas judiciais à luz do conceito de integridade formulado por Dworkin. Nesse contexto, o juiz, a pretexto de interpretar o texto normativo, não pode afastar-se do seu significado de forma tão evidente a ponto de desnaturar seu propósito[319]. É preciso dar densidade ao direito à saúde, por meio da racionalidade do discurso moral, na medida em que os argumentos estejam em consonância com os preceitos fundamentais do ordenamento jurídico, afastando-se da prática de perpetuação de decisões anteriores, fundada tão somente na autoridade do julgador.

---

[317] LIMA, Thalita Moraes. Op. cit., p. 173.

[318] "[...] Já o direito à recuperação é um direito essencialmente individual a prestações afirmativas exercido em face do executivo e da sociedade, contemplando o direito de exigir meios de diagnóstico e de tratamento para os males que atingem os seus titulares." (NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Op. cit., p. 905).

[319] ECO, Umberto. Op. cit., 2012, São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 50-51

Deve-se dar menos atenção ao embate travado entre o princípio da reserva do possível e o mínimo existencial, que são conceitos transpostos de países com realidades bem distantes do Brasil e, apesar disso, têm sido utilizados como fundamentos das decisões judiciais ainda de forma circunstancial, e deixar nas mãos da própria sociedade a decisão sobre qual a saúde por ela pretendida, se as condições de justiça distributiva permitissem uma escolha livre, consciente e justa[320], de modo que ela assuma a responsabilidade por essas escolhas, ainda que se trate de um tema de difícil solução. A partir desse momento, os juízes poderão compartilhar com a sociedade a responsabilidade por suas decisões e será mais legítimo de nossa parte cobrar a busca pela resposta certa.[321]

[320] SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. Op. cit., p. 128.
[321] DWORKIN, Ronald. Op. cit., 2007, p. 278

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANTONINI, Eliana Pibemat. *Da semiose hermética:* releituras da obra de Umberto Eco. Disponível em: <www.eca.usp.br/associa/alaic/Congreso1999/11gt/Eliana%20Pibemat.rtf>.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*: teorias da argumentação jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *In*: SARMENTO, Daniel; e SOUZA NETO, Claúdio P. de. (coord.) *Direitos sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação judicial. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARTHES, Roland. *O rumor da língua*. Trad. Mario Laranjeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

BERTOLHI FILHO, Cláudio. *História da saúde pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.

BENTHAM, Jeremy. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. *In*: *Os Pensadores*. SP: Abril cultural, 1979.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI; Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, v. 2, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1999.

BONELLA, Alcino Eduardo. Intuições, Princípios e Teoria nas Filosofias Morais de Rawls e Hare. *In:* DUTRA, L. H; MORTARI, C. A (EDS) *Princípios*: seu papel na filosofia e nas ciências. Florianópolis: Nel/UFSC, 2000.

BONELLA, Alcino Eduardo. *Prescritivismo universal e utilitarismo*. Disponível em:<http://www.moodle.ufu.br/pluginfile.php/30585/mod_folder/content/1/Prescritivismo_Universal_e_Utilitarismo.doc?forcedownload=1>.

BOURDIEU, Pierre. *Sociologia*. Renato Ortiz (Org.). São Paulo: Ática, 1983.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In:* BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas:* reflexões sobre o conceito Jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, A. I. Da saúde pública às políticas saudáveis – saúde e cidadania na Pós-modernidade. *In: Revista Ciência e Saúde Coletiva*. n. 1. São Paulo, 1996.

CARVALHO, Guido Ivan de; SANTOS, Lenir. *Sistema único de saúde:* comentários à Lei Orgânica da Saúde (Leis nº 8.080/90 e 8.142/90). Campinas/SP: Unicamp, 2002.

CARVALHO, M.C.M. Hare e os limites da discriminabilidade racional entre normas em conflito. *Reflexão,* nº 51/52, Campinas: PUCCAMP, 1991.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *In: Fórum administrativo*. Ano I. nº 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

CASTRO, Marcus Faro de. Dimensões políticas e sociais do Direito Sanitário Brasileiro. *In*: ARANHA, Márcio Iório. *Direito sanitário e saúde pública:* coletânea de textos. Vol. I. Brasília: MS, 2003.

CAVALCANTE, Priscila. *Limites à interpretação*: interpretações intolerantes e intoleráveis. Anais do CONPEDI. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/priscila_da_mata_cavalcante3.pdf>.

COHN, Amélia; ELIAS, Paulo Eduardo M. (Org.). *Saúde no Brasil:* políticas e organização de serviços. 4. ed. São Paulo: Cortez: CEDEC, 2001.

COSTA, C. F. *Filosofia analítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro,1992.

CHAMMÉ, Sebastião Jorge. Intervenção sanitária na saúde e doença. *In:* CANESQUI, A.M (Org.). *Ciências sociais e saúde para o ensino médico*. São Paulo: HUCITEC/FAPESP, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2010.

CHUEIRI, Vera Karam; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a sério: sobre a suspensão de tutela antecipada nº 91. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan/jun 2009.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados brasileiros e o direito à saúde*. São Paulo: HUCITEC, 1995.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. *A virtude soberana*: a teoria e a prática da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. *Os limites da interpretação*. Trad. Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2012.

_____. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2010.

FRANCO, Túlio Batista; MAGALHÃES JÚNIOR, Helvécio Miranda. Integralidade na assistência à saúde: a organização das linhas do cuidado. In: MERHY, Emerson Elias (et. al). *O trabalho em saúde:* olhando e experienciando o SUS no cotidiano*:* o debate no campo da saúde coletiva. São Paulo: HUCITEC, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto. Estudos jurídicos críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de informação legislativa*. Brasília a. 44, n. 175, jul/set, 2007.

FREITAS FILHO, Roberto; LIMA, Thalita Morais. *Metodologia de análise de decisões.* Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Trad. Antônio Luz Costa. Petrópolis: Vozes, 2006.

GARRAFA, Volnei. *Contra o monopólio da saúde:* temas para debate. Rio de Janeiro: Achiamé, 1983.

HARE, Richard M. *A linguagem da moral.* Trad. Eduardo Pereira e Ferreira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Moral thinking,* Oxford: Clarendon Press, 1981.

_____. *Freedom and Reason*. Oxford: Clarendon Press, 1963.

HOLMES, Stephen and SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade orfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, nº 58, Nov. de 2000.

ILLICH, Ivan. *A expropriação da saúde*; Nêmesis da Medicina. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1975.

KILNER, John F. *Who Lives? Who Dies? Ethical Criteria In Patient Selection. New Haven:* Yale University Press, 1990, p. 12. *In*: SANTOS, Gustavo Amaral dos. *Direito, escassez e escolha:* critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEFEVRE, Fernando; LEFEVRE, Ana Maria Cavalcanti (Org.). *Promoção de saúde ou a negação da negação*. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2004.

LIMA, Thalita Moraes*. O discurso judicante do Supremo Tribunal Federal:* se o direito à saúde falasse. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, 2012.

LIMA, N; GERSCHMAN, S; EDLER, F.C; SUÁREZ, J.M. (Org.). *Saúde e democracia:* histórias e perspectivas do SUS. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais*: teoria e prática. São Paulo: Método, 2006

_____. *As palavras e a lei:* direito, ordem e justiça na história do pensamento jurídico moderno*.* São Paulo: 34/Edesp, 2004.

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

LUNARDI, Gionavi Mendonça. *A universalizabilidade dos juízos morais na ética de Hare*. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Filosofia na Universidade Federal de Santa Catarina, 2003.

LUZ, Madel. T. *Natural, racional, social:* razão médica e racionalidade científica moderna. São Paulo: HUCITEC, 2012.

_____. Cultura contemporânea e medicinas alternativas: novos paradigmas em saúde no fim do século XX. *In: PHYSIS*: Revista Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, 2005

MACINTYRE, Alasdair. *What Morality is Not. Philosophy*, XXXII, 1957.

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

MENDES, Eugênio Vilaça. As políticas de saúde no Brasil nos anos 80: a conformação da reforma sanitária e a construção da hegemonia do projeto neoliberal. *In: (org). Distrito Sanitário:* O processo social de mudanças das práticas

sanitárias do Sistema Único de Saúde. 3. ed. São Paulo-Rio de Janeiro: HUCITEC-ABRASCO, 1995.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do**.** O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali.* Vol 12, nº 2, jul/dez 2007

MILL, John Stuart. *Utilitarismo*. Escala: São Paulo, 2007.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. Concretizando a utopia: problemas na efetivação do direito a uma vida saudável. *In*: SOUZA NETO, Cláudio de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NINO, Carlos Santiago. *Introdução à análise do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Cláudio Azevêdo da Cruz. *O direito e o mito da única verdade – por um pensamento de construção tópico-poiético-procedimenta*l. Revista de metodologia UFBA.

PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? *In: Políticas sociais: acompanhamento e análise. Vinte anos da Constituição Federal*. Vol. 1. IPEA.

POPPER, Karl. *Lógica das ciências sociais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

RINCK, Juliano Aparecido. *O positivismo jurídico na analise da doutrina jurídico-filosófica italiana*: desmistificando o conceito de Direito da teoria positivista. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Juliano_Rinck.pdf>.

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

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. Edson Bini. Bauru/SP: EDIPRO, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANT'ANA, Ramiro Nóbrega. *A saúde aos cuidados do Judiciário:* a judicialização das políticas públicas de assistência farmacêutica no Distrito Federal a partir da jurisprudência do TJDFT. Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito na Universidade de Brasília, 2009.

SINGER, P. Entrevista. *In: O independente*. Lisboa: Disponível Em: <centralcritica.tripod.com/entr_os.html>. Maio de 2000.

SYTIA, Celestina Vitória Moraes. *O direito e suas instâncias linguísticas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

TOLEDO, Cláudia. Teoria da argumentação jurídica. *In: Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 2, nº 3, janeiro-junho de 2005.

ULLMANN, Stephen. *Semântica: uma introdução à ciência do significado*. Trad. J. A. Osório Mateus. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Audiência pública: saúde*. Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 850.020/RJ, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão monocrática, Julgamento em 09/02/2012, Publicação em 29/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 839.594/RS, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão Monocrática, Julgamento em 28/02/2011, Publicação em 15/03/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 821.769/RS, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Decisão monocrática, Julgamento em 27/10/2010, Publicação em 09/11/2010;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 823.521/RS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão Monocrática, Julgamento em 27/10/2010, Publicação em 09/11/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº 791.476/MT, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Decisão monocrática, Julgamento em 17/08/2010, Publicação em 30/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal AI nº 773.049/SC, Relator: Ministro Dias Toffoli, Decisão Monocrática, Julgamento em 26/04/2010, Publicação em 07/05/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 658.647/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Decisão monocrática, Julgamento em 03/02/2012, Publicação em 13/02/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 642.258/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, Decisão monocrática, Julgamento em 07/11/2011, Publicação em 11/11/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE nº 650.359/RS, Relator: Ministro Marco Aurélio, Decisão monocromática, Julgamento em 13/10/2011, Publicação em 26/10/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 724.293 AgR/RS, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 19/03/2013, Publicação em 12/04/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 713.231/RN, Relator: Ministro Celso de Mello, Decisão Monocrática, Julgamento em 7/12/2012, Publicação em 1/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 642.536 AgR/AP, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 05/02/2013, Publicação em 27/02/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 642.536/AP, Relator: Ministro Luiz Fux, Decisão monocrática, Julgamento em 13/09/2011, Publicação em 26/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 628.345/DF, Relator: Ministro Ricardo Lewandowksi, Decisão Monocrática, Julgamento em 02/08/2011, Publicação em 04/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 368.564/DF, Relator: Ministro Menezes de Direito, Relator p/ acórdão: Ministro Marco Aurélio, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 13/04/2011, Publicação em 10/08/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 626.328 AgR/RS, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: 1ª Turma, Julgamento em 07/06/2011, Publicação em 28/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 607.381 AgR/SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgamento em 31/05/2011, Publicação em 17/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 626.193/RS, Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Decisão monocrática, Julgamento em 28/11/2010, Publicação em 09/12/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 566.471 RG/RN, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 15/11/2007, Publicação em 07/12/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 393.175 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/12/2006, Publicação em 02/02/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 273.834 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 31/10/2000, Publicação em 01/02/2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 271.286 AgR/RS, Relator: Ministro Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 12/09/2000, Publicação em 24/11/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 195.192/RS, Relator: Marco Aurélio, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento em 22/02/2000, Publicação em 31/03/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 145 AgR/CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 47 AgR-PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL nº 228/CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Presidência, Julgamento em 14/10/2008, Publicação em 21/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 4316/RO, Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Presidência, Julgamento em 07/06/2011, Publicação em 13/06/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 4304/CE, Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão Julgador: Presidência, Julgamento em 19/04/2011, Publicação em 02/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 4229/GO, Relator: Ministro Cezar Peluso, Presidência, Julgamento em 01/07/2010, Publicação em 03/08/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 421/PE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 20/04/2010, Publicação em 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SS nº 256/TO, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 20/04/2010, Publicação em 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 558/PR, Relator Ministro Cezar Peluso, Presidência, Julgamento em 02/09/2011, Publicação em 14/09/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 175 AgR/CE, Relator Ministro Gilmar Mendes, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 17/03/2010, Publicação em 30/04/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 198/MG, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 22/12/2008, Publicação em 03/02/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 268, Relator Ministro Gilmar Mendes, Presidência, Julgamento em 22/10/2008, Publicação em 29/10/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA nº 223 AgR-PE, Relatora: Ministra Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento em 14/04/2008, Publicação em 09/05/2008.

Ministério da Saúde. *Carta de Otawa – Declaração adotada na primeira Conferência Internacional sobre Promoção em Saúde*. Brasília, 1986