

## Direito à Saúde e Critérios de Aplicação

**Ricardo Seibel de Freitas Lima**

*Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O direito à saúde na Constituição Federal de 1988; 1.1 Contextualização constitucional; 1.2 O acesso universal e igualitário na realidade brasileira; 2 O direito à saúde como poder e relação; 2.1 A insuficiência do conceito de direito subjetivo como poder; 2.2 O modelo proposto; Conclusão; Referências bibliográficas.

### INTRODUÇÃO

A saúde vem assegurada na Constituição Federal de 1988 como direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante a adoção de políticas públicas, com a garantia do acesso universal igualitário às ações e aos serviços.

Diante da afirmação expressiva desse direito, em termos e no contexto que pretendemos abordar nesse trabalho, surge a questão da contradição entre a garantia individualizada de ações e serviços na área de saúde e a possibilidade de universalização dessa espécie de acesso em caráter igualitário.

O questionamento é relevante especialmente em razão das reiteradas decisões judiciais que, baseadas em entendimento do direito à saúde como um poder individual a ser exercido à margem da coletividade, obrigam os entes públicos a financiar, das mais variadas formas, ações e serviços sem qualquer viabilidade de universalização.

Nesse sentido, será necessário demonstrar que o conceito de direito subjetivo, aparato jurídico utilizado pelo pensamento jurídico moderno para justificar exigências individualizadas, se mostra insuficiente para veicular toda e qualquer pretensão que envolva relações de justiça na sociedade contemporânea, não sendo também adequado sob o ponto de vista constitucional.

A partir dessa constatação se pretende esboçar um modelo que, ao mesmo tempo em que assegure o direito à saúde de todos, o faça de uma maneira racional, permitindo o acesso universal e igualitário, conforme determina a Constituição Federal brasileira.

## 1 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Se o objetivo proposto é a análise do direito à saúde no ordenamento jurídico brasileiro, é fundamental iniciar o trabalho pelo exame dos dispositivos constitucionais pertinentes, com a percepção voltada para a delimitação dos fins propostos<sup>1</sup>.

Após, será indispensável trazer alguns casos paradigmáticos em que o problema se revela, para então examinar as decisões judiciais dos tribunais, a legislação sobre a matéria e as políticas públicas implementadas, sempre com o objetivo de definir qual o alcance concreto da garantia fundamental em pauta, pois a estrutura constitucional somente se revela em toda sua potencialidade com o exaustivo estudo de suas conexões<sup>2</sup>.

### 1.1 Contextualização constitucional

No Título VIII – Da Ordem Social, no Capítulo II – Da Seguridade Social, na Seção II – Da Saúde, insere-se o art. 196, que assim 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 sua promoção, proteção e recuperação”.

A saúde, por outro lado, é caracterizada pelo art. 6º da Constituição como um direito social, juntamente com a educação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, a infância e a assistência aos desamparados<sup>3</sup>.

Tendo a Constituição Federal de 1988 (CF/1988) reconhecido o direito à saúde como direito fundamental, é necessário referir, em primeiro lugar, que as normas que o garantem têm aplicação imediata, na forma do § 1º do art. 5º do próprio texto constitucional<sup>4</sup>. Esse entendimento, ao que parece, a despeito de alguma discrepância inicial, está sedimentado e decorre da própria concepção de normatividade direta da Constituição<sup>5</sup>.

Pela capacidade de atribuição de sentido que podem exercer, é importante, ainda, mencionar algumas disposições constantes do preâmbulo e do título referente aos princípios fundamentais, que guardam evidente relação com o tema em pauta. Assim, no preâmbulo fica expresso que o

1 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-77.

2 TRIBE, Laurence. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000. p. 40-41.

3 Conforme redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, que incluiu a moradia neste elenco.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 12, p. 91-107, 2001.

5 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitucion como norma y el tribunal constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994. p. 49-79.

Estado Democrático instituído pela norma constitucional é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, entre outros valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

O art. 1º, por sua vez, inaugura o texto constitucional, colocando, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil, a qual tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária, na forma do inciso I do art. 3º. Em suas relações internacionais, a República Federativa do Brasil, a teor do art. 4º, II, da CF/1988, também se compromete com a prevalência dos direitos humanos.

Ao inaugurar o título referente aos direitos e garantias fundamentais, o art. 5º, *caput*, assegura expressamente a inviolabilidade do direito à vida, que tem, ainda, sua proteção reforçada por se tornar cláusula pétrea, consoante o disposto no art. 60, § 4º, IV.

Do direito à vida e da proteção à dignidade humana certamente decorre, entre outros, o direito à saúde<sup>6</sup>, caracterizado no art. 6º como direito social, inserido no capítulo da ordem social e com previsão central no art. 196.

A ordem social, conforme previsão do art. 193, tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça social. A ordem social, portanto, visa diretamente ao bem-estar social e à justiça social. Diferentemente do que ocorre na ordem econômica, a teor do art. 170, em que a justiça social é um meio de atuação, aqui a justiça social será uma finalidade, sendo que o direito à saúde será caracterizado como um típico direito de justiça social<sup>7</sup>.

É preciso ainda situar o tema dentro do quadro da seguridade social, que é o termo amplo que descreve, na forma do art. 194, o conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Saúde, previdência e assistência social são termos que descreverão ações e serviços distintos, mas integrados no conjunto organizado pela seguridade social, cujos objetivos gerais estão previstos no parágrafo único do art. 194.

Se esta é a base positiva em que se funda o direito à saúde, é importante referir sua regulação mais específica, ainda em sede constitucional, conforme disposições constantes da seção referente à saúde, no capítulo da ordem social<sup>8</sup>.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 12, p. 91-107, 2001.

7 BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 17-56, 2003.

8 Cabe referir, ainda, a alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 29, de 13 de setembro de 2002, que determinou percentuais mínimos de aplicação em ações e serviços de saúde.

Essa seção é aberta pela disposição que constitui o cerne do direito à saúde – o art. 196. É sempre ressaltado que esse artigo dispõe que a saúde é (i) direito de todos – o que define seus titulares – e (ii) dever do Estado – o que indica o responsável por suas prestações, sem prejuízo do disposto no art. 199, que torna a saúde livre à iniciativa privada. Esse dispositivo, contudo, também refere que a saúde (iii) é garantida mediante políticas sociais e econômicas – seu meio de atuação genérico; sendo que essas (iv) devem visar à redução do risco de doença – uma finalidade que revela a preocupação com a prevenção – e ao acesso universal igualitário a ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação – uma finalidade que especifica ainda mais a forma como será garantido o direito social em exame<sup>9</sup>.

O art. 198, por sua vez, esboça, em linhas gerais, a forma de organização do sistema, quando determina que as ações e os serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado com observância das seguintes diretrizes (i) descentralização, com direção única em cada esfera de governo – o que impõe responsabilidade à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; (ii) atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais – o que reforça a necessidade de ações de caráter preventivo; (iii) participação da comunidade – o que é essencial para que se entenda o direito à saúde como relação e não como poder individual.

Esse mesmo dispositivo, em seus parágrafos, define algumas regras sobre o financiamento do sistema único de saúde, impondo obrigações a todos os entes da federação, o que guarda sintonia com o princípio federativo – arts. 1º, 18 e 60, § 4º, I, todos da CF/1988.

As normas que decorrem de tais dispositivos – que, por certo, não se resumem a eles – devem ser conectadas e hierarquizadas de forma axiológica<sup>10</sup>, para que possamos compreender, em sua totalidade, a proteção constitucional do direito à saúde.

Essa, portanto, é a primeira leitura que se pode fazer das normas constitucionais referentes ao direito à saúde, necessária para se poder delimitar, com maior precisão, os fins propostos e o estado de coisas a ser buscado. É indispensável, contudo, para a boa continuidade da análise, realizar o exame de alguns casos paradigmáticos encontrados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>.

9 Interessante a comparação entre a formulação do direito à saúde, no art. 196 da CF/1988, e o direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, que, nos termos do § 1º do art. 208 da CF/1988, é direito público subjetivo.

10 ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, p. 177-178, mar. 2001.

11 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-77.

## 1.2 O acesso universal e igualitário na realidade brasileira

O problema surge quando se questiona como se dará efetividade e aplicação imediata à norma que garante o direito à saúde, respeitada a isonomia e o acesso universal, no contexto de um Estado comprometido com a justiça social – art. 193 da CF/1988 – e sujeito a quadro de múltiplas obrigações de idêntica hierarquia constitucional<sup>12</sup>.

Não se pretende, no presente, simplesmente alegar situações fáticas concretas – como dificuldades orçamentárias públicas – para conformar o direito à saúde. O enfoque será demonstrar que o direito à saúde, tal como posto em uma Constituição que claramente define bens, fins e valores a serem buscados pela sociedade<sup>13</sup>, não pode ser concebido como um poder a ser exercido de forma ilimitada, irrestrita e irracional pelo indivíduo contra o Estado e em desconsideração da comunidade.

Alguns casos a respeito do direito à saúde, ainda em número reduzido, chegaram ao Supremo Tribunal Federal, mas, nas instâncias ordinárias, as ações judiciais exigindo prestações positivas do Poder Público têm se multiplicado.

O Estado do Rio Grande do Sul, buscando dar efetividade à norma constitucional que garante o direito à saúde, editou lei comprometendo-se a fornecer gratuitamente medicamentos excepcionais a pessoas carentes, assim entendidos aqueles de uso freqüente e permanente, de caráter essencial à vida de cidadãos desprovidos de recursos<sup>14</sup>.

Com base nessa lei, um cidadão carente de recursos exigiu que o Estado fornecesse determinado medicamento essencial a sua vida. Na espécie, além da questão pertinente ao suposto caráter programático da norma, se discutia se o fornecimento poderia violar o acesso universal e igualitário à saúde, previsto no art. 196 da CF/1988.

Entendeu o Supremo Tribunal Federal, nesse caso, que, tendo o Estado instituído, mediante lei, uma política pública que concretiza o preceito constitucional do art. 196 e assegura o fornecimento de determinados medi-

12 Intervenção Federal (IF) nº 470/SP. Acórdão proferido pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, julgado em 26 de fevereiro de 2003, Rel. Min. Marco Aurélio, redator para o acórdão Ministro Gilmar Ferreira Mendes, requerido o Estado de São Paulo, publicado no DJ de 20 de junho de 2003.

13 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 45.

14 Lei Estadual nº 9.908, de 16 de junho de 1993. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto Estadual nº 35.056, de 7 de janeiro de 1994, que em seu art. 2º prevê a lista de medicamentos, em nomes genéricos, que serão dispensados gratuitamente, com posterior alteração pelo Decreto Estadual nº 35.220, de 27 de abril de 1994. O decreto também prevê, no parágrafo único do art. 2º, que a lista pode ser acrescida de outros medicamentos que venham a ser classificados como excepcionais por portaria do Secretário da Saúde.

camentos, há que se considerar a validade de tal programa, ficando o ente público obrigado a alcançar os medicamentos, desde que preenchidos os requisitos legais<sup>15</sup>.

Tal decisão expõe a necessidade de que os entes públicos garantam o direito à saúde, ao menos nos termos das normas que editaram para atribuir eficácia a esse direito fundamental.

Em outra situação, o Ministério Público Federal ajuizou ação visando obrigar determinados entes públicos a garantir o fornecimento a todos os doentes que porventura necessitarem de medicamentos não padronizados pela secretaria, que fossem necessários a qualquer espécie de tratamento médico, independente de constar na lista oficial do Ministério da Saúde.

Deferida a liminar, houve suspensão da tutela antecipada pelo Superior Tribunal de Justiça, que considerou que, havendo uma política nacional de distribuição de medicamentos prevista em lei, com uma relação nacional de medicamentos elaborada criteriosamente para fornecimento gratuito – RENAME, a decisão que, em termos gerais, obriga a fornecer qualquer outra espécie de substância necessária a qualquer tratamento, mesmo não padronizada, fere, entre outros preceitos, a independência entre os Poderes e não atende a critérios técnicos-científicos<sup>16</sup>.

No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça também suspendeu liminar em ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual contra determinado ente federativo, que buscava obrigar o Estado a fornecer, sempre que houvesse simples prescrição médica, o chamado interferon perguilado, em vez do interferon comum, medicamento este fornecido gratuitamente. Ocorre que entendeu o tribunal que, além de essa nova espécie de medicamento ter um custo vinte a trinta vezes maior que sua modalidade comum, sua eficácia não é comprovada para a maioria dos casos, conforme comprovado por estudos de caráter científico, não podendo ser mantida decisão que determinava a concessão em caráter indiscriminado e à vista de opiniões médicas minoritárias<sup>17</sup>.

Esta decisão põe em pauta a adoção ou observância dos chamados protocolos clínicos para a concessão de medicamentos, ou seja, estudos ela-

15 Recurso Extraordinário (RE) nº 242.859-3/RS. Acórdão proferido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 29 de junho de 1999, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no DJ de 17 de setembro de 1999. Sobre a mesma problemática, o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg-RE) nº 259.508-0/RS. Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 8 de agosto de 2000, Rel. Min. Maurício Corrêa, publicado no DJ de 16 de fevereiro de 2001.

16 Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 59/SC. Decisão Monocrática proferida pelo Min. Nilson Naves, Presidente do Superior Tribunal de Justiça, em 30 de dezembro de 2003, publicada no DJ de 2 de fevereiro de 2004.

17 Agravo Regimental na Petição (AgRg-PET) nº 1.996/SP. Decisão proferida pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 3 de março de 2004, Rel. Min. Nilson Naves, publicada no DJ de 5 de abril de 2004.

borados por conceituados profissionais em determinada especialidade na área médica, estabelecidos em procedimentos abertos à consulta pública e sujeitos a revisões periódicas, que indicam tratamentos adequados a alguma espécie de doença<sup>18</sup>.

Por fim, cabe citar a decisão do Supremo Tribunal Federal que garantiu a portador do vírus HIV a concessão de medicamentos de forma gratuita pelo ente público que, apesar de prevista em lei, ainda estava sem qualquer previsão orçamentária, afastando o óbice do art. 167, I, da CF/1988.

Essa decisão demonstra que os simples argumentos de limitação orçamentária, ainda que relevantes e de observância indispensável para a análise da questão, não bastam para limitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde garantido pela Constituição Federal<sup>19</sup>.

É dentro desse quadro normativo que se pretende analisar a questão do direito à saúde como relação de justiça, e não como poder de indivíduos contra o Estado ou mesmo contra a sociedade, o que propiciará o desenvolvimento de um modelo racional que garanta efetivamente o acesso universal e igualitário na realidade brasileira.

## 2 O DIREITO À SAÚDE COMO PODER E RELAÇÃO

Como referido anteriormente, se multiplicam, em todo País e, especialmente no Estado do Rio Grande do Sul<sup>20</sup>, decisões judiciais determinando aos entes públicos o pagamento das mais variadas formas de tratamentos a pessoas que demandam o Poder Judiciário.

Ocorre que essa concessão, supostamente baseada na garantia do direito constitucional à saúde, tem sido feita de forma indiscriminada, irracional, não-criteriosa e de forma a perpetuar uma desigualdade no acesso às ações e serviços de saúde. O que preocupa, portanto, não é exatamente o quanto vem sendo gasto, mas a forma que vem sendo gasto.

Grande parte do fundamento teórico que leva a esse entendimento parte de uma concepção do direito à saúde como um poder absoluto e ilimi-

18 Sobre a matéria, o artigo de PICON, Paulo Dornelles. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: a evidência científica na prática do Sistema Único de Saúde. *CONASS documenta: Cadernos de informação técnica e memória dos Progestores*, Brasília, n. 3, p. 54-60, 2004.

19 AgRg-RE 271.286-8/RS. Acórdão proferido pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, julgado em 12 de setembro de 2000, Rel. Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 24 de novembro de 2000.

20 Nos dias 9 e 10 de julho de 2004, realizou-se em Porto Alegre/RS o seminário "O SUS, o Judiciário e o acesso aos medicamentos excepcionais". Na abertura do seminário, o Governador do Estado Germano Rigotto, registrou o espantoso aumento nos gastos com o fornecimento de medicamentos por parte do Estado de 1999 a 2004. Estima-se que os gastos com medicamentos excepcionais no Brasil em 2003 foram de aproximadamente R\$ 1.050.000.000 (um bilhão e cinquenta milhões de reais), sendo que os Estados arcaram com R\$ 527.000.000,00 (quinhentos e vinte e sete milhões) em 2003, o que representa cerca de 50% do total gasto no País, conforme informa o jornal *Consensus*, edição especial n. 4, julho de 2004, jornal do CONASS, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, p. 4-5.

tado do indivíduo contra o Estado, o que se tentará demonstrar como equivocado.

## 2.1 A insuficiência do conceito de direito subjetivo como poder<sup>21</sup>

A experiência jurídica grega e romana, tal qual recebida e desenvolvida na idade média, não precisara uma noção de direito subjetivo<sup>22</sup>. Na obra de São Tomás de Aquino (aqui tomada como paradigma por incorporar elementos da cultura clássica e do cristianismo)<sup>23</sup>, o direito é o objeto da virtude justiça, compreendido como a “ação objetivamente justa”. Nesses termos, o direito é a ação devida a outrem segundo certo padrão de igualdade, aritmética ou proporcional, conforme o critério de justiça em questão, comutativa ou distributiva<sup>24</sup>. O direito, tal como presente na tradição acima indicada, é entendido através das categorias justiça e dever, ao contrário da época moderna, em que a nova noção de direito subjetivo será considerada a categoria central do pensamento jurídico.

Essa mudança de perspectiva tem suas bases, segundo o magistério de Michel Villey<sup>25</sup>, ainda no século XIV, através da obra dos nominalistas, em especial Duns Scotus e Guilherme de Ockham. Para Ockham, a noção de direito passa a ser identificada como poder. Todo o direito, no senso técnico da palavra, passa a ser um poder, concedido pela lei positiva, que não poderia de qualquer forma ser contrastado, sem razão ou consentimento, diferente da simples licença ou concessão, cuja possibilidade de revogação seria sempre possível.

O conceito de direito subjetivo como poder absoluto e categoria central do pensamento jurídico foi desenvolvido ainda pelo jusracionalismo da segunda sistemática, especialmente pelos jesuítas espanhóis, além da obra de Hugo Grotius e Samuel Pufendorf, recebendo consagração legislativa no Código Civil Napoleônico de 1804<sup>26</sup>.

- 
- 21 Essa parte do texto resulta de seminário no âmbito do Programa de Pós-Graduação do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, sob a orientação da Profª Dra. Judith Martins Costa, no primeiro semestre de 2002, e compõe o artigo denominado “Pautas para interpretação do artigo 187 do novo Código Civil”, publicado na *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 57, 2003.
- 22 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 113-143.
- 23 MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001. p. 181-200. Segundo o autor, a obra de São Tomás representa a superação de um conflito de duas tradições, ampliando cada uma como parte de sua tarefa de integrá-las num único modo sistemático de pensamento. Sobre o tema ver também FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 198-226.
- 24 BARZOTTO, Luis Fernando. O Direito ou o Justo: o Direito como objeto da ética no pensamento clássico. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, p. 159-184, 2000.
- 25 VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. 4. ed. Paris: Montchretien, 1975.
- 26 O jusracionalismo compreende a época entre os anos 1600 e 1800, conforme WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 279 e ss.

Tais formulações estão na base do conceito que restou marcado no século XIX – quando se constroem os conceitos até hoje usados pelos civilistas – pelo debate teórico entre Savigny e Jhering. Os reflexos desse debate chegam a alcançar as contemporâneas discussões sobre o instituto. De fato, Savigny compreende o direito subjetivo como poder da vontade, enquanto Jhering, em contraposição, o entende como interesse juridicamente protegido, demarcando as extremidades do campo teórico em que posteriormente serão travadas as discussões sobre o conceito em pauta<sup>27</sup>.

A pandectística da terceira sistemática manteve o direito subjetivo na centralidade da compreensão jurídica, ainda que não mais com aquele caráter de poder absoluto da vontade, tendo essa concepção sua consagração legislativa no Código Civil Alemão de 1896 (BGB).

É Kant que fornece as bases filosóficas para a construção do conceito de direito privado concebido como um sistema de direitos subjetivos ou de atributos jurídicos do sujeito postos para a consecução de seus fins, segundo uma lógica individualista. A ordem liberal subjacente necessitava, para seu funcionamento ideal, que o homem fosse entendido como sujeito de direito abstrato, dotado de igualdade formal, e de uma esfera de direitos tendencialmente ilimitados<sup>28</sup>.

Surgem, então, as teorias que tendem a negar ou menosprezar o conceito de direito subjetivo, tendo base filosófica em Hegel e expressão em Duguit e Kelsen<sup>29</sup>, as quais, por atribuírem uma dimensão exagerada à importância do Estado, em detrimento da esfera individual do particular, acabaram sendo superadas, mas contribuíram para o nascimento de uma nova lógica do sujeito privado, especialmente no que tange à funcionalização de direitos.

Isso porque Duguit, ao negar a existência de direitos subjetivos, reduzindo o fenômeno jurídico ao direito objetivo, substitui a noção de sujeito de direito pela de finalidade, entendendo, por exemplo, que não é que o direito de propriedade tenha uma função social, ele é uma função social<sup>30</sup>.

A idéia de função social, por sua vez, também esteve muito presente na pioneira obra de Otto Von Gierke, que sustentava que o direito privado,

27 De fato, no século XX, Max Weber define o direito subjetivo como uma fonte de poder, juridicamente limitado e garantido que, de acordo com a norma jurídica correspondente, pertence, no caso concreto, a uma pessoa, a qual, na ausência de tal norma, seria impotente. Para o autor, quem se encontra de fato com o poder de disposição sobre uma pessoa ou uma coisa obtém, mediante a garantia jurídica, uma nova e específica segurança acerca da subsistência deste poder. WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. 2. ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 532-588.

28 LOPEZ Y LOPEZ, Angel. Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, v. 25, p. 409-469, 1996.

29 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 140-155.

30 LOPEZ Y LOPEZ, Angel. Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, v. 25, p. 409-469, 1996.

tendo por fim precípua os interesses do indivíduo, deve esforçar-se por alcançar o bem público. Além disso, em sua opinião, não existiria direito sem dever, pois, estando o homem vivendo em contato com outros, se descarta a idéia de poder sem dever e de um direito sem limites imanentes<sup>31</sup>.

Entre o final do século XIX e o início do século XX, mais claramente na República de Weimar, onde a industrialização e, posteriormente, a guerra haveriam de deixar suas profundas marcas sociais, começa a surgir o que se denominou de Estado social ou Estado de bem-estar.

Esse processo traz influências imediatas na ordem jurídica, especialmente (i) o desenvolvimento da idéia de função social<sup>32</sup>, (ii) a rápida expansão das cláusulas gerais; (iii) a substituição do ideal de formalismo pelos ideais de equidade e solidariedade; (iv) a transição de raciocínios legais formalistas para raciocínios teleológicos ou prudenciais, e da preocupação com a justiça formal para o interesse na justiça processual ou substantiva<sup>33</sup>.

O advento da segunda guerra e as experiências totalitárias<sup>34</sup>, enfim, permitem que se volte à atenção ao homem e se renovem as preocupações com a justiça social<sup>35</sup>.

Com esse desenvolvimento, é evidente que a própria noção de direito subjetivo passará a ser compreendida de forma diversa<sup>36</sup>. O que vemos, portanto, na atualidade, não é, ao menos de forma predominante, uma tendência à negação do direito subjetivo, e sim uma evolução mesma dessa categoria, que ora renasce em novos moldes. Assim sendo, o direito subjetivo sofre restrições externas advindas de normas outras, e restrições internas, resultantes de uma elaboração mais adequada do seu conceito. Assim, podemos falar em uma elasticidade funcional ou de uma relatividade do conteúdo do direito, que somente poderá ser determinada no caso concreto, frente ao exercício<sup>37</sup>.

31 GIERKE, Otto Von. *Función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

32 A idéia de função social, como é sabido, acaba sendo consagrada na Constituição de Weimar, que, em seu art. 153, enuncia que “a propriedade obriga”.

33 UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

34 Sobre tais experiências, ver ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

35 Em 1931, a Igreja Católica, por meio do Papa Pio XI, edita a encíclica *Quadragesimo anno*, demonstrando sua renovada preocupação com a chamada questão social, trazendo especialmente o conceito de justiça social.

36 Para essa nova compreensão, há de ser reconhecida a influência das pioneiras decisões francesas do início do século XIX, tratadas com maior especificidade no desenvolvimento do texto, que reconheceram limitações externas ao direito de propriedade, ensejando a criação da doutrina sobre o abuso do direito.

37 MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L'évolution récente de la notion de droit subjectif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 64, p. 216-235, 1966.

Atualmente, ainda que mantida a estruturação das relações jurídicas em torno do direito subjetivo, esse somente pode ser entendido como direito-função<sup>38</sup>, como poder condicionado a sua respectiva função ou poder desdobrado em dever<sup>39</sup>.

Há autores que preferem colocar o enfoque nas relações jurídicas, desdobradas em uma série de categorias diferenciadas, como, por exemplo, Hohfeld, cuja obra tem profunda influência na prática jurídica norte-americana<sup>40</sup>.

Menezes Cordeiro utiliza os termos “situações jurídicas”<sup>41</sup> ou “posições jurídicas”<sup>42</sup>, entendendo-os mais amplos que o conceito de direito subjetivo, o qual expressaria apenas uma parcela das possíveis relações jurídicas. Robert Alexy<sup>43</sup>, seguindo essa perspectiva renovada, defende que os direitos subjetivos podem ser compreendidos como “relações jurídicas” e “posições jurídicas”. Vieira de Andrade<sup>44</sup>, por sua vez, ao tratar dos direitos fundamentais, também adota a terminologia “posições jurídicas subjetivas”, atentando para o fato de existirem também dimensões objetivas dos direitos. Com efeito, trata-se de tendência que, difundida entre outros autores, demonstra haver uma preocupação em não enfatizar somente o aspecto subjetivo de uma relação jurídica, mas também o complexo de situações objetivas envolvidas.

Existem, ainda, tendências contemporâneas no sentido de retomar a tradição aristotélico-tomista de compreensão do fenômeno jurídico através das relações de justiça, sem que, no entanto, seja descartada a idéia de direito subjetivo, que é uma contribuição da época moderna<sup>45</sup>.

Nesse contexto é que se deve entender o conceito de direito subjetivo e o próprio pensamento jurídico contemporâneo.

- 
- 38 ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 69-78.
- 39 MARTINS COSTA, Judith. O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, p. 129-145, 1998.
- 40 HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 2001. O autor identifica 4 (quatro) categorias diferenciadas, expressando as relações jurídicas fundamentais: (i) direito (subjetivo); (ii) privilégio; (iii) poder; (iv) imunidade; cada qual com seus respectivos opostos: (i) não-direito; (ii) dever; (iii) incompetência; (iv) sujeição; e com seus respectivos correlativos: (i) dever; (ii) não-direito; (iii) sujeição; (iv) incompetência.
- 41 MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de direito civil português*. 2. ed. Coimbra: Almedina, v. I, t. I, 2000, Parte Geral, t. I.
- 42 MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.
- 43 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- 44 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.
- 45 FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*. New York: Oxford University Press, 1999. p. 198-226.

Assim, não se pode mais conceber qualquer direito subjetivo como um poder absoluto do indivíduo contra a sociedade, o Estado e os demais indivíduos. Essa concepção de direito subjetivo que advém da modernidade funciona quando se trata de duas partes<sup>46</sup>, uma idéia construída sob o modelo implícito da relação entre dois indivíduos<sup>47</sup>, uma relação bipolar entre aquele que tem o direito e outro que tem o dever. Quando levamos em consideração as relações complexas entre membros de uma coletividade podendo usufruir de um benefício difuso comum no qual todos participam em indistintas e incertas parcelas<sup>48</sup>, como entendemos ser o caso dos direitos sociais, essa idéia de direito subjetivo não funciona e deve ser superada.

Os direitos sociais – de que é exemplo o direito à saúde – diferem em natureza dessa concepção de direito subjetivo, não apenas por se caracterizar como um direito difuso ou coletivo, mas por exigirem remédios distintos<sup>49</sup>.

## 2.2 O modelo proposto

O constitucionalismo brasileiro, especialmente em função da atitude positiva do Poder Judiciário, deu o primeiro grande passo rumo à afirmação dos direitos fundamentais sociais, que foi o reconhecimento de seu caráter normativo e de sua aplicabilidade imediata. Efetivamente, a concretização do comando do art. 196 da Constituição Federal, ao menos em sua dimensão positiva, como reconhecimento do direito à saúde como direito a prestações materiais, foi importante para superar o paradigma de que essa norma teria um mero caráter programático<sup>50</sup>.

Ocorre que esse grande e importante passo acabou conduzindo a atuação de alguns setores do Poder Judiciário à aplicação do direito à saúde como um verdadeiro poder individual, absoluto e irrestrito do indivíduo contra o Estado, concepção esta que, como vimos, não é a mais adequada ao tratamento dos direitos sociais.

De uma situação em que se propugnava que o Estado não tinha qualquer dever de oferecer prestações materiais a indivíduos que o demandassem, se passou a uma situação em que qualquer indivíduo tem o direito a qualquer prestação do Estado, sob o argumento exclusivo de que o direito à

46 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 120.

47 FINNIS, John, p. 204-216.

48 FINNIS, John, p. 204-216.

49 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 127.

50 SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 12, p. 91-107, 2001.

saúde, assegurado na Constituição Federal, é um direito subjetivo público a ser exercido contra o Estado, sem quaisquer outras considerações. Essa atuação transformadora do Poder Judiciário que, como referido, teve grande mérito na concretização do direito à saúde, se levada ao extremo, sem a possibilidade de aplicação universal de forma racional, poderá ser entendida como voluntarismo irracional<sup>51</sup>.

A proposta aqui, portanto, não é negar a normatividade e a aplicabilidade imediata da norma constitucional que garante o direito à saúde, nem mesmo contestar a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Estado prestações positivas com base nesse preceito, mas sim oferecer um modelo que busque concretizar o direito à saúde como relação de justiça social, na forma do art. 193 da Constituição, com a discussão de critérios que permitam o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde de forma racional, como propõe o próprio art. 196 da Constituição Federal.

Não se pretende, dessa forma, restringir o âmbito de aplicação desse direito social, e sim fortalecê-lo por meio de uma aplicação racional e criteriosa, pois é interessante lembrar de que a melhor maneira de enfraquecer os direitos fundamentais seria inflacioná-los a tal ponto que acabaria sendo amolecido e descaracterizado o próprio conceito de direito fundamental<sup>52</sup>.

Na contextualização constitucional empreendida, o direito à saúde foi caracterizado como direito fundamental social, inserido em uma ordem social constitucional que tem por finalidade direta a promoção do bem-estar e da justiça social, como preceitua o próprio art. 193 da Constituição. A justiça social, por sua vez, visa diretamente o bem comum, e apenas indiretamente o bem deste ou daquele particular, consistindo em ações devidas à comunidade como um todo, cujo benefício a cada membro da comunidade é apenas indireto<sup>53</sup>.

Assim sendo, não se pode conceber o direito à saúde como um poder ilimitado a ser exercido individualmente contra o Estado e à margem da comunidade. Em uma República comprometida em construir uma sociedade justa, livre e solidária – art. 3º, I, da Constituição Federal – os direitos fundamentais não podem se reduzir a pretensões egoístas e necessariamente devem ser integrados ou, pelo menos, confrontados com as tarefas comunitárias<sup>54</sup>.

51 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 142.

52 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 76-77.

53 BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, p. 33, 2003.

54 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 76-77.

Nesse sentido, os arts. 196 a 200 da Constituição Federal definem a estrutura do direito constitucional à saúde, a qual, por certo, deve ser levada a sério<sup>55</sup>, pois poderá nos indicar com segurança o conteúdo e o alcance desse direito fundamental, possibilitando, através de uma adequada delimitação de fins, a definição de critérios que permitam sua aplicação concreta<sup>56</sup>.

O art. 196 da Constituição, como explicitado, traz elementos indispensáveis à compreensão da norma, pois, além de definir os titulares do direito e o destinatário principal do dever, traz um meio de atuação genérico e uma finalidade específica a ser alcançada. De fato, a saúde é direito de todos e dever do Estado, o que costuma ser amplamente frisado quando se trata do tema. No entanto, também é importante dizer que a saúde deve ser garantida 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 sua promoção, proteção e recuperação.

Há, portanto, um meio genérico de atuação constitucionalmente definido – políticas sociais e econômicas – o qual deve atender às finalidades também explicitadas pela própria norma constitucional – ação preferencialmente preventiva e acesso universal e igualitário.

Além disso, o art. 198, ao dispor sobre o sistema único de saúde, prevê que este deva ser organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, garantido o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, e com participação da comunidade, o que reforça a necessidade de compreensão comunitária do direito à saúde<sup>57</sup>.

Por essas razões é que se defende que o modelo a ser adotado no Brasil deve contemplar critérios racionais que, entendendo o direito à saúde não como um poder do indivíduo, mas como uma relação de justiça social, permitam o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços disponibilizados pelo Poder Público.

O primeiro critério a ser observado é o respeito à separação, harmonia e independência entre os Poderes, tal como preceitua o art. 2º de nossa Constituição. Com isso não se quer dizer que o Poder Judiciário não possa ser demandado e compelir qualquer ente público a determinadas prestações positivas na área da saúde. O que se quer salientar é a necessidade de que,

55 TRIBE, Laurence. Taking Text and Structure Seriously: reflexions on free-form method in constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 108, n. 6, p. 1221-1303, abr. 1995.

56 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 72-77.

57 Para a defesa do direito à saúde sob uma perspectiva integralmente comunitária, o que não defendemos aqui, ver o artigo "Universal Access to Health Care" (*Harvard Law Review*, v. 108, n. 6, p. 1232-1340, abr. 1995).

em tais demandas, se considere, para fins de convencimento do Juízo e fundamentação da decisão, a existência de legislação ou não sobre tema, bem como o grau de desenvolvimento de políticas públicas implementadas pelo Poder Executivo.

Essa referência é necessária, pois é altamente difundida a idéia de que o Legislativo é omissivo sobre a matéria e o Executivo não fornece qualquer prestação na área de saúde, senão por interferência do Judiciário, ambas assertivas completamente dissociadas da realidade.

Em termos legislativos, somente para citar os diplomas legais de caráter genérico e nacional, existe a Lei Federal nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, prevendo, inclusive, em seu art. 6º, a assistência farmacêutica, e a Lei Federal nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. No âmbito estadual, temos a citada Lei Estadual nº 9.908, de 16 de junho de 1993, que dispõe sobre o fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais a pessoas carentes, assim entendidos aqueles de uso freqüente e permanente, de caráter essencial à vida de cidadãos desprovidos de recursos. Essa última muito citada como fundamento para decisões judiciais que concedem medicamentos, ainda que os critérios estabelecidos pelo legislador para esse fornecimento nem sempre sejam observados.

Além disso, existe atualmente um grande número de políticas públicas, ações econômicas e sociais desenvolvidas pelas diversas esferas de Governo, nas mais variadas áreas da saúde, objetivando a redução do risco de doenças e o acesso universal e igualitário aos serviços oferecidos.

Especificamente na questão do fornecimento gratuito de medicamentos há vários programas, compartilhados entre as três esferas da Federação, que por convenção foram basicamente divididos em categorias de medicamentos excepcionais<sup>58</sup>, medicamentos especiais<sup>59</sup> e medicamentos básicos

58 Os denominados medicamentos de dispensação em caráter excepcional são aqueles de médio ou alto custo, definidos pelo Ministério da Saúde, adquiridos pelo Estado, com previsão de posterior ressarcimento da União. Compõem atualmente um elenco de 105 substâncias ativas em 220 apresentações, conforme Portaria GM/MS nº 1.318, de 23 de julho de 2002, complementada pela Portaria SAS/MS nº 921, de 22 de novembro de 2002. O Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional atende atualmente a 330 mil pacientes cadastrados, dado de janeiro de 2004, sendo que em 2003 foram gastos cerca de R\$ 1 bilhão de reais na aquisição desses medicamentos, dos quais a metade foi suportada pelos Estados, sem contrapartida da União. Para mais dados ver: LAMB, Lore; SANTOS, José Moreira. Introdução. *CONASS documenta – Cadernos de Informação Técnica e Memória dos Progestores*, n. 3, Conselho Nacional dos Secretários de Saúde, Brasília, p. 9-22, 2004.

59 Os medicamentos dispensados em caráter especial são aqueles de médio e alto custo, definidos e adquiridos pelo Estado, sem contrapartida da União, e não abrangidos nas categorias dos medicamentos excepcionais, nem dos medicamentos essenciais básicos. São medicamentos que têm por objetivo atender às doenças mais recorrentes no Estado ou com maior demanda histórica de solicitações, cujo

essenciais<sup>60</sup>, alcançando cada qual uma diferente necessidade da população, do medicamento mais caro ao mais barato, daquele que trata as moléstias mais raras ao outro indicado para gravames comuns<sup>61</sup>.

A existência dessas políticas públicas salienta, por um lado, o comprometimento do Poder Executivo em tornar efetivo o direito à saúde e, por outro, o vincula ao cumprimento das prestações a que se comprometeu, conforme decidido no primeiro precedente do Supremo Tribunal Federal citado neste trabalho, relativo à lei de medicamentos do Estado do Rio Grande do Sul.

O segundo critério a ser considerado são as limitações fáticas e jurídicas decorrentes da escassez de recursos públicos, o que deve conduzir a juízos que permitam que as prestações concedidas pelo Estado sejam passíveis de universalização igualitária entre potenciais beneficiários, sem que outros serviços e ações sejam prejudicados, sob pena de violação ao próprio comando do art. 196 da Constituição.

Como referido, a simples restrição orçamentária não autoriza o ente público a deixar de cumprir seu dever de prestação na área de saúde, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal em precedente citado na primeira parte do trabalho<sup>62</sup>, nem pode o Estado simplesmente alegar a reserva do possível para se eximir de suas obrigações constitucionais na área social, situação que pode e deve ser examinada pelo Poder Judiciário, para verificação da efetiva impossibilidade de prestação<sup>63</sup>.

No entanto, a limitação de recursos públicos, especialmente em um País como o Brasil, é um fato a ser considerado, sendo utopia imaginar ou defender que o Estado possa conceder toda e qualquer prestação na área da saúde a toda e qualquer pessoa, situação que não existe em qualquer País do mundo, nem mesmo naqueles de melhor condição econômica<sup>64</sup>.

---

fornecimento não esteja contemplado nas demais políticas de fornecimento de medicamentos implantadas, havendo revisão anual do elenco para inclusão ou exclusão de cada item, conforme a necessidade. São previstos pela Portaria nº 37, de 17 de julho de 2002, da Secretaria Estadual da Saúde, publicada no DOE de 24 de julho de 2002, com mais de 100 itens, observadas as revisões anuais.

60 Os medicamentos essenciais básicos compõem um elenco de 92 itens (135 apresentações farmacêuticas) destinados às necessidades de atenção básica. São os medicamentos mais simples, de menor custo, organizados em uma relação nacional de medicamentos – RENAME, cujo fornecimento é de responsabilidade dos Municípios, em regra, com repasses da União e dos Estados e participação dos Municípios, em um cálculo que leva em conta o número de habitantes. A Portaria nº 1.587, de 3 de setembro de 2002, publicada no DOU de 5 de setembro de 2002, contém a atual listagem destes medicamentos.

61 RE 242.859-3/RS, acórdão citado.

62 AgRg-RE 271.286-8/RS, acórdão citado.

63 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, MC/DF. Decisão monocrática proferida pelo Rel. Min. Celso de Mello, em 29 de abril de 2004, publicada no DJ de 4 de maio de 2004.

64 Sobre a tentativa de universalização da saúde pública, em caráter integral, em um país desenvolvido, no caso o Canadá, é interessante a abordagem crítica do tema no filme *As invasões bárbaras* – título original *Les invasions barbares*, Canadá/França, 2003.

É que, em se tratando de direitos a prestações e, especialmente deixando de considerar o direito à saúde como um poder:

“A medida, o critério de conteúdo, deixa de ser a vontade do indivíduo ou suas necessidades. O conteúdo concreto desses direitos depende dos recursos sociais existentes e é determinado por opções políticas, por vezes conjunturais, na sua afectação. Enquanto direitos de quota-parte, estão especialmente condicionados pela sua disponibilidade pelos poderes públicos, pela riqueza social a distribuir e pelas decisões coletivas de distribuição. Não são direitos limitados ou limitáveis por uma função social: são, em si, direitos sob reserva de possibilidade social.”<sup>65</sup>

Na área da saúde, a reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, temas que não serão desenvolvidos neste trabalho, são aspectos a ser considerados, seja para determinar ao Estado fornecimento, seja para eximi-lo de tal obrigação. Não se pode deixar de examinar, em tais casos, o binômio (i) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (ii) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas<sup>66</sup>.

Nesse sentido, algumas condutas que revelam prudência e bom senso merecem ser indicadas brevemente, pois contribuirão para alcançar um direito à saúde nos moldes propostos. Os tratamentos custeados pelo Poder Público devem ser realizados em estabelecimentos nacionais, preferencialmente ligados ao SUS, e não através de depósito de valores para tratamentos no exterior ou em locais da preferência do médico ou paciente, sob pena de ser ferido o preceito do acesso universal e igualitário, além da própria razoabilidade.

Os medicamentos, por sua vez, devem ser preferencialmente genéricos ou aqueles de mais baixo custo, não podendo ser admitidas preferências arbitrárias ou injustificadas por determinadas marcas, o que viola o princípio da igualdade, nem importações de substâncias que sequer são autorizadas no País.

Também devem ser priorizadas as ações e os serviços de caráter preventivo, na forma do art. 196 da Constituição, e aquelas indispensáveis à própria vida dos indivíduos, protegendo o núcleo essencial de onde emana o direito à saúde – art. 5º, *caput*, da CF/1988.

Além disso, para que qualquer prestação seja determinada ao Estado, deve ser verificado se o beneficiário efetivamente é carente de recursos, pois, apesar de a saúde ser um típico direito de justiça social – sendo, por-

65 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001. p. 59.

66 ADPF 45, MC/DF. Decisão citada.

tanto, devido a todos – ela não é dever somente do Poder Público. Sendo possível que a prestação seja suportada pelo particular, por sua família, pela comunidade ou por qualquer outro ente, o Estado deve ser desonerado, a fim de que possa melhor aplicar os seus escassos recursos e atingir o objetivo de redução das desigualdades sociais – art. 3º, III, da CF/1988.

O terceiro critério é o respeito às opiniões e aos trabalhos de caráter técnico-científico, especialmente aqueles elaborados por especialistas em determinada área da medicina e que constituam um consenso entre estudiosos do ramo.

O direito a saúde a ser garantido pelo Estado deve ser baseado no uso racional de medicamentos de eficácia comprovada, prescritos de forma adequada e criteriosa, e observada sempre a ética profissional. Tratamentos aventureiros, de eficácia duvidosa, com substâncias proibidas ou ainda não indicadas no País, ou, ainda, com preferência a determinadas marcas de medicamentos ou espécies de custo mais elevado não se enquadram em um direito à saúde efetivado mediante políticas públicas sérias.

Por essa razão, vem se defendendo o uso dos chamados Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas – PCDT – que objetivam “estabelecer claramente os critérios de diagnóstico de cada doença, o tratamento preconizado com os medicamentos disponíveis, as doses corretas, os mecanismos de controle, o acompanhamento e a verificação de resultados, e a racionalização da prescrição e do fornecimento dos medicamentos”<sup>67</sup>.

Os protocolos são documentos de caráter científico, elaborados com observância de certas diretrizes técnicas, por um certo número de especialistas, e que indicam qual o tratamento adequado para determinada doença. O processo de elaboração de um protocolo observa diversos procedimentos previamente estabelecidos, entre os quais a consulta pública de caráter nacional e a possibilidade de revisão periódica. Além disso, os próprios protocolos prevêem, em seus módulos de aplicação, o mais adequado tratamento para cada diagnóstico, sempre baseados em evidências científicas<sup>68</sup>.

Por certo que o Poder Judiciário não necessita ficar absolutamente vinculado à observância de um protocolo clínico, mas é altamente recomendável que o magistrado, ao analisar a situação, confie nos estudos técnicos elaborados de forma ética e científica por profissionais de renome, o que evitará que o Estado seja compelido a custear medicamentos ou tratamen-

67 PICON, Paulo Dornelles. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: a evidência científica na prática do Sistema Único de Saúde. *CONASS documenta: Cadernos de Informação Técnica e Memória dos Progestores*, Brasília, n. 3, p. 54-60, 2004.

68 PICON, Paulo Dornelles. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: a evidência científica na prática do Sistema Único de Saúde. *CONASS documenta: Cadernos de Informação Técnica e Memória dos Progestores*, Brasília, n. 3, p. 54-60, 2004.

tos baseados em prescrições duvidosas, perigosas, não admitidas no País e, até mesmo, antiéticas, pois tendentes a beneficiar determinado fabricante em detrimento de outros.

Os protocolos são instrumentos para a aplicação racional e criteriosa do direito à saúde, em termos de acesso universal e igualitário, oferecendo uma forma científica de garantir este direito fundamental, ultrapassando o paradigma individualista que tem marcado o tema.

Nesse sentido foi a decisão do STJ, no caso envolvendo a concessão do interferon perguilado sempre que houvesse simples prescrição. É que o tratamento de custo elevado ou inovador nem sempre se mostra mais eficaz do que prescrições comuns e já testadas, devendo ser observada a opinião técnica autorizada em cada caso<sup>69</sup>.

Também podem ser incluídos na questão do respeito aos profissionais da saúde outros temas ligados estritamente a essa atividade tão delicada, como a inconveniência de ordens judiciais que transferem a esses operadores a necessidade de escolha entre a vida de um paciente ou outro, como quando faltam recursos materiais ao atendimento de todos ou quando é desrespeitado algum critério de prioridade, cuja observância é obrigatória, como no caso da fila de transplantes, o que também revela desrespeito ao princípio da igualdade – art. 5º, *caput*, I, da CF/1988.

O quarto critério é o da necessidade de estabelecimento de padrões, rotinas e fundamentações das decisões judiciais, pois deve existir um mínimo de previsibilidade para os administradores públicos e para os indivíduos das prestações que possam ou devam ser concedidas pelo Poder Público.

Assim, é conveniente que existam e sejam observados os citados protocolos e as diretrizes terapêuticas, as listas de medicamentos que são fornecidos gratuitamente pelos entes públicos e o rol de procedimentos cobertos pelo SUS.

Em regra, respeitada a independência entre os Poderes, serão observadas as políticas públicas estabelecidas. Entretanto, havendo suficientes razões para que outras prestações sejam fornecidas, há necessidade de fundamentação adequada das decisões judiciais, com explicitação das razões de decidir, até para que seja possível a formação de grupos de casos que permitam a formulação de novas e adequadas políticas públicas.

Não foi diferente a decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando instado a decidir sobre ação civil pública em que se postulava a concessão a todos os doentes que porventura necessitassem de medicamentos não padronizados pela secretaria, que fossem necessários a qualquer espécie de

69 AgRg-PET 1996/SP, acórdão citado.

tratamento médico, independente de constar na lista oficial do Ministério da Saúde, conforme comentado anteriormente<sup>70</sup>.

## CONCLUSÃO

Em vista do exposto, pode se entender que o direito à saúde deve ser garantido pelo Estado através de prestações materiais, por se constituir em direito fundamental social de aplicabilidade imediata.

O direito à saúde, contudo, não pode ser entendido como um poder a ser exercido contra o Estado, de forma absoluta e ilimitada, mas sim como um direito de justiça social, eis que se mostra inadequada a sua concretização a concepção de direito subjetivo como poder absoluto a ser exercido contra o Estado.

Dessa forma, o direito à saúde deve ser garantido, na forma do art. 196 da Constituição, através de políticas públicas que assegurem o acesso universal e igualitário aos seus serviços e ações, observados critérios racionais de aplicação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 19, mar. 2001.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. O Direito ou o Justo: o Direito como objeto da ética no pensamento clássico. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*, São Leopoldo, 2000.

\_\_\_\_\_. Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Porto Alegre, v. 17, 2003.

CONSENSUS. *Jornal do CONASS – Conselho Nacional dos Secretários de Saúde*, ed. esp. n. 4, jul. 2004.

FINNIS, John. *Natural law and natural rights*. New York: Oxford University Press, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1994.

GIERKE, Otto Von. *Función social del derecho privado: la naturaleza de las asociaciones humanas*. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

HARVARD LAW REVIEW. Cambridge, MA, v. 108, n. 6, abr. 1995.

70 STA 59/SC, decisão citada.

HOHFELD, Wesley Newcomb. *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAMB, Lore; SANTOS, José Moreira. Introdução. *CONASS documenta: Cadernos de Informação Técnica e Memória dos Progestores*, Brasília, n. 3, 2004.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LOPEZ Y LOPEZ, Angel. Estado social y sujeto privado: una reflexión finisecular. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Firenze, v. 25, 1996.

MACINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith: O Direito Privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, 1998.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2001.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito civil português*. Parte Geral. 2. ed. Coimbra: Almedina, v. I, t. I, 2000.

MICHAÉLIDÈS-NOUAROS, G. L'évolution récent de la notion de droit subjectif. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 64, 1966.

PICON, Paulo Dornelles. Protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas: a evidência científica na prática do sistema único de saúde. *CONASS documenta: Cadernos de Informação Técnica e Memória dos Progestores*, Brasília, n. 3, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse Público*, Sapucaia do Sul, n. 12, 2001.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.

\_\_\_\_\_. Taking Text and Structure Seriously: reflexions on free-form method in constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 108, n. 6, abr. 1995.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito na sociedade moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. 4. ed. Paris: Montchretien, 1975.

WEBER, Max. *Economia y sociedad*. 2. ed. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1999. Traduzida da 4. ed. em alemão.

WIACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian [s.d.].