

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E TUTELA INDIVIDUAL: LENDO ESSE DIREITO CONSTITUCIONAL À LUZ DO LIBERALISMO IGUALITÁRIO

JOSÉ CLAUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Professor Titular da Universidade da Amazônia. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará. jlclaudiobritofilho@gmail.com

VANESSA ROCHA FERREIRA

Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca. Professora Assistente I da Universidade da Amazônia. Advogada. Vice-coordenadora do Departamento de Direito do Trabalho da Escola Superior de Advocacia (ESA/PA) - OAB/PA. vanessarochaf@gmail.com

Resumo

Texto que pretende discutir o direito fundamental à saúde como um direito social que pode ser tutelado na esfera individual, estabelecendo o liberalismo igualitário como um modelo teórico adequado para fundamentar esse entendimento, a partir, principalmente, da concepção contemporânea de justiça distributiva de John Rawls.

Palavras-chave

Direito fundamental à saúde; Tutela individual; Liberalismo de princípios; Justiça distributiva; John Rawls.

Abstract

The present text aims to discuss the fundamental right to health as a social right that can be protected in the individual sphere, establishing the egalitarian liberalism as a theoretical model suitable to support this understanding, especially from the contemporary concept of distributive justice by John Rawls.

Key words

Fundamental right to health; Individual protection; Egalitarian Liberalism; Distributive justice; John Rawls.

1. Contextualizando a Discussão

O direito do ser humano à saúde é tema que vem suscitando diversas reflexões, não havendo uniformidade nas análises que são feitas pelos autores que se ocupam do assunto. Isso nos mais variados aspectos que o tema comporta, e, às vezes, com argumentos que, levados a efeito, negam à pessoa o direito de viver — melhor seria dizer, sobreviver — em condições que lhe garanta exercitar suas potencialidades, dando curso às ações necessárias para o cumprimento de seu plano de vida.

Uma das razões apresentadas se traduz na alegação de que o direito à saúde é um direito social, não devendo ser entendido como configurando um direito subjetivo de índole individual.

Scaff (2010, p. 30), por exemplo, em relação a esse argumento, afirma:

É nítido que este preceito determina um direito à saúde através de “*políticas sociais e econômicas*”, porém a interpretação que vem sendo dada a este preceito é a de que este é um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo, e não através da implementação de uma *política pública*. ***Aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual.*** (destaques todos do autor)

No mesmo sentido, mas salientando uma ação que “transcenda” as demandas individuais, é o pensamento de Maués (2010, p. 270-271), que defende que pode o Judiciário atuar, desde que não respalde, por exemplo, “tratamentos não previstos oficialmente”, cabendo-lhe colaborar “com a distribuição mais equitativa dos bens relacionados à saúde”. Para esse autor, fica claro, o papel do Judiciário nas questões envolvendo o direito à saúde deveria estar voltado para que a discussão a respeito se dê, prioritariamente, no que chama de “campo por excelência” para as decisões em matéria de saúde, que é o “das leis orçamentárias”.

Outro que se posiciona de forma semelhante é Amaral (2011, especialmente páginas 111/112), que postula no sentido de que o Judiciário deve decidir para além da adjudicação em favor do autor envolvido diretamente no feito, impondo obrigações, “dentro de prazos e balizas postas [...] como técnica de solução”.

Não obstante sejam opiniões que encontrem respaldo, até na esfera judicial, o que incluía o Supremo Tribunal, em passado recente¹, pensamos que elas partem de premissas

1 Nesse sentido o pedido de Suspensão de Segurança (STA) formulado pelo Estado de Alagoas para tornar sem efeito a medida liminar concedida na Ação Civil Pública n.º 001.06.014309-7, que determinou o fornecimento de medicamentos necessários para o tratamento de pacientes renais crônicos em hemodiálise e pacientes transplantados. Na oportunidade, a Ministra Ellen Gracie, na condição de Presidente do STF à época, julgou o pedido e suspendeu a decisão impugnada, ao argumento de que o art. 196 da CF impõe a implementação de políticas públicas de caráter geral e igualitário, não abarcando situações

que não são as mais adequadas, embora aparentemente sejam corretas, chegando, como era de se esperar, a conclusões que não são as que favorecem o sujeito protegido no caso dessas normas, que é o ser humano.

A esse respeito, e de forma genérica, ou seja, para os direitos sociais como um todo, Brito Filho (2008, p. 87) afirma:

[D]e pouco adianta consolidar a idéia de que há direitos mínimos garantidos a todos os seres humanos se ficarmos, sempre, postergando sua realização.

Argumentos contrários, com aparência de legalidade e até de bom-senso, sempre existirão. O que todos precisamos decidir é se vamos ceder a esses argumentos, fazendo da vontade da coletividade e da Constituição letras mortas, ou se vamos afastar esses argumentos contrários e materializar, de fato, o bem-comum.

De minha parte, penso que tempo é de praticar todos os atos necessários para que os direitos sejam concedidos, sem exceções, e sem condicionantes. Já é hora de todos termos o mínimo.

O texto, como pode ser depreendido da transcrição acima, defende a plena realização dos direitos sociais, a partir da ideia de serem estes direitos componentes do mínimo necessário para o respeito à dignidade do ser humano², não fazendo sentido reconhecer a fundamentalidade de direitos se eles não serão respeitados no patamar adequado.

Aproveitando essa ideia, mas, focando especificamente no direito à saúde, pretendemos discutir, de forma mais restrita, a questão da realização dos direitos sociais em dois

individualizadas. Verifique-se, a respeito, trecho da decisão mencionada: “Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se conceder os efeitos da antecipação da tutela para determinar que o Estado forneça os medicamentos relacionados ‘(...) e outros medicamentos necessários para o tratamento (...)’ (fl. 26) dos associados, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. [...]” (STF - Agravo Regimental em Pedido de Suspensão de Efetivação de Antecipação de Tutela nº 2006.002444-8 - Relª Min. Ellen Gracie – DJ 05.03.2007, p. 165-167).

2 Para ver a relação direta entre a dignidade da pessoa humana ver capítulo escrito por Brito Filho, denominado *Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica*, constante de livro coordenado por João Carlos de Carvalho Rocha e outros (2008), e que se encontra, na obra referenciada, às páginas 29-43.

aspectos: 1) a realização do direito que, de fato, consiga suprir as necessidades do real destinatário; 2) a concepção teórica que melhor justifique a realização do direito.

Tratando-se de um ensaio com número limitado de páginas, é possível que as questões não possam ser tratadas de forma completa, sendo intenção dos autores, pelo menos, apresentar as questões principais a respeito desse debate, expondo razões, com apoio teórico e jurisprudencial, para sustentar uma posição não restritiva da realização do direito à saúde.

2. O Direito Fundamental à Saúde como um Direito dos Indivíduos, a partir de uma Concepção Teórica que Reconhece sua Jusfundamentalidade

Os dois objetivos acima indicados estão, não somente pelo tema comum, interligados. É que é natural, em uma concepção de Direitos Humanos e de Direitos Fundamentais, que a pessoa humana seja considerada também em uma perspectiva individual, sob pena de ser esquecida a razão de ser do reconhecimento de um mínimo de direitos ao ser humano, que é proporcionar a cada pessoa o indispensável para que ela possa viver com dignidade.

E há, pensamos, uma concepção teórica que permite acolher essa ideia de forma natural, e que se vem convencionando chamar de liberalismo de princípios.

O tratamento que será dado ao tema, entretanto, impõe, por uma questão somente lógica, a discussão em separado, e na sequência que parece ser a mais adequada.

2.1. O Direito Fundamental à Saúde como um Direito dos Indivíduos

Pensamos que, aqui, a primeira questão a ser tratada diz respeito ao fato de o direito à saúde ser indicado, no texto constitucional brasileiro, como um direito social.

É certo que o artigo 6º da Constituição da República prescreve, dentre os direitos sociais, a saúde, o que relaciona, de imediato, este direito a toda a coletividade, sendo, pelo que se depreende a partir do artigo 196, ainda do texto constitucional, esta a ótica preferencial, pela ênfase que é emprestada às políticas para a prevenção dos riscos da doença e para sua promoção, proteção e recuperação.

Isso significa que é dever, especialmente, do Estado, adotar as medidas necessárias para a preservação da saúde de todos os integrantes da coletividade.

Ocorre que, é no mínimo incorreto entender o direito à saúde somente sob essa ótica. É que, do ponto de vista das pessoas, a saúde é, claramente, uma questão que envolve cada um dos indivíduos, não sendo possível raciocinar apenas pelo prisma coletivo.

Pensar diferente é imaginar que o ser humano, em relação ao direito à saúde, é somente uma parte de um todo, e que basta uma política geral para que o direito seja

preservado, como se os problemas de saúde não se manifestassem de maneira individualizada em cada pessoa; como se as particularidades dos indivíduos não os levassem a ter ou não determinados agravos à sua perfeita condição física e mental; como se as necessidades de todos fossem sempre as mesmas. É óbvio que não é assim.

Por esse motivo, não obstante deva o Estado planejar e executar serviços que promovam, protejam e recuperem a saúde das pessoas, concretamente cada pessoa estabelecerá com esse bem da vida uma relação de caráter individual.

As políticas gerais, então, não desobrigam o Estado de se relacionar, na medida das necessidades das pessoas, com cada um dos indivíduos, a partir de demandas concretas para a preservação de sua saúde.

Assim é que, ao lado do interesse de toda a coletividade de ter o Estado realizando todas as ações necessárias para a preservação da saúde de todos, há o interesse de cada indivíduo de ter a sua própria saúde garantida, por meio das ações convenientes para o seu caso concreto.

Nesse sentido é o que afirma Sarlet (2011, p. 141):

[O] que satisfaz o mínimo existencial guarda relação com necessidades físicas e psíquicas que, embora comuns às pessoas em geral, não podem levar a uma padronização excludente, pois o que o direito à saúde assegura — mesmo no campo dos assim designados direitos derivados a prestações (!!!), não é necessariamente o direito ao tratamento limitado a determinado medicamento ou procedimento previamente eleito por essa mesma política, mas sim, o direito ao tratamento para a doença.

É por isso que o direito à saúde constitui, sim, um direito subjetivo de cada indivíduo de exigir do Estado as medidas específicas para a preservação de sua saúde, e não somente aquelas que o Estado pretender prestar³.

A respeito do assunto, Bandeira de Mello (2011, p. 43-44), tratando genericamente do direito subjetivo do administrado em relação ao Poder Público, entende que este existe quando:

- (a) a ruptura da legalidade cause ao administrado um agravo pessoal do qual estaria livre se fosse mantida íntegra a ordem jurídica ou
- (b) lhe seja subtraída uma vantagem a que acederia ou que pretenderia aceder nos termos da lei e que pessoalmente desfrutaria ou faria jus a disputá-la se

3 Defender que caiba ao Estado determinar onde e como vai atuar, no caso dos direitos fundamentais sociais — previstos na Constituição da República, e com a indicação de que é do ente público, em seus diversos níveis, a obrigação primeira de proporcioná-los —, é desvirtuar, senão aniquilar, a ideia de que, nestes casos, o Estado tem de ser visto como um prestador de serviços, e que não tem sua existência justificada senão para prestar serviços públicos essenciais à comunidade.

não houvesse ruptura da legalidade, *nada importando que a ilegalidade argüida alcance a um ou a um conjunto de indivíduos conjuntamente afetados, por se encontrarem na mesma situação objetiva e abstrata.* (destaque do autor)

E mais adiante (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 46), o mesmo autor registra que, se não houvesse a possibilidade de se fazer a correção, pela via judicial, das violações aos direitos das pessoas, os princípios da legalidade e da isonomia de pouco valeriam.

Já Sarlet (2011, p. 143-144), tratando especificamente do direito fundamental à saúde, embora afirme a preferência pela tutela coletiva, do ponto de vista dos objetivos que podem ser alcançados, deixa claro que há uma titularidade — “no que diz com a condição de sujeito de direitos subjetivos” — ao mesmo tempo individual e transindividual.

De outro lado, sem fazer distinções, mas propondo uma busca mais intensa da tutela jurisdicional, tanto no plano individual como no coletivo, está Piovesan (2010, p. 69), que entende que,

É necessário [...] avançar em estratégias de litigância no âmbito nacional, que otimizem a justiciabilidade e a exigibilidade dos direitos econômicos e sociais, como verdadeiros direitos públicos subjetivos, por meio do *empowerment* da sociedade civil e de seu ativo e criativo protagonismo.

No plano jurisprudencial, atualmente observa-se uma tendência dos tribunais, a começar do Supremo Tribunal Federal (STF), de reconhecer o direito de as pessoas pleitearem, individualmente, em juízo, as prestações que entendem devidas pelo Estado em matéria de direito à saúde, tendência que, pensamos, deve ser ampliada cada vez mais.

O STF tem entendido, em diversos julgados, pela possibilidade de se pleitear o direito à saúde de forma individualizada, a exemplo da decisão proferida no AgRg no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que reconheceu o direito à saúde como o direito indissociável ao direito à vida.

O caso em questão tratava a respeito da condenação do Município de Porto Alegre em fornecer gratuitamente medicamentos para AIDS/HIV em favor de pessoas carentes.

A questão chegou ao STF por meio de Recurso Extraordinário, que não foi conhecido pelo Min. Relator Celso de Mello, mantendo acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que, por sua vez, havia reconhecido incumbir, solidariamente, ao Município de Porto Alegre e ao Estado do Rio Grande do Sul a obrigação de fornecerem gratuitamente medicamentos necessários ao tratamento de AIDS, nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV.

Inconformado, o Município de Porto Alegre interpôs agravo regimental, alegando que a decisão violou o art. 167, I da CF que veda o início de programas ou projetos não

incluídos na Lei Orçamentária Anual. Ademais, aduziu a afronta ao princípio federativo da separação de poderes, bem como ao art. 198 e seu parágrafo único da CF, que responsabiliza as três esferas federativas pelo financiamento, ações e serviços de saúde.

O recurso foi levado a julgamento perante a 2ª Turma do STF, que negou provimento ao mesmo, ao argumento de que o direito à saúde é um direito indissociável do direito à vida, além de que sua interpretação de norma programática não pode transformá-lo em promessa constitucional inconsequente. É a seguinte a ementa do referido julgado:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - 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 inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na

concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Após o julgado transcrito acima, o Supremo Tribunal Federal, por diversas vezes, manteve este entendimento, no sentido de determinar a obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos em situações individualizadas.

Nesse sentido, merece atenção a decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 421/PE, ajuizado pelo Município de Arcoverde/PE, em face da decisão liminar proferida pelo TJ/PE, em ação que tem como objetivo o custeio do transporte do autor, portador de doença motora de origem cerebral do tipo Diparesia Espástica, para realização do seu tratamento na cidade do Recife/PE. Na oportunidade, o Min. Gilmar Mendes assim decidiu:

Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas. No entanto, é imprescindível que haja instrução processual, com ampla produção de provas, o que poderá configurar-se um obstáculo à concessão de medida cautelar. Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde. Essas considerações já são suficientes para a análise do pedido. [...] (STF – Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 02101394-5/0 – Rel. Min. Gilmar Mendes - DJe 20.04.2010).

Outra decisão de destaque foi a proferida no pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175/CE, proferida pelo plenário do STF. A medida em questão foi ajuizada em face de decisão proferida pelo TRF da 5ª Região, que determinou fornecimento de medicamento de alto valor, R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, denominado ZAVESCA (Miglustat), não registrado na ANVISA, em favor de paciente portadora de doença rara (NIEMANN-PICK, tipo C).

Na oportunidade, o plenário do STF decidiu pela manutenção da decisão do Tribunal de origem, reconhecendo o direito subjetivo à saúde da autora da ação, considerando as suas condições pessoais, independentemente de políticas públicas de caráter geral. A ementa é a seguinte:

EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência

Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (Miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

Ainda neste sentido, de reconhecimento do direito à saúde vinculado diretamente ao direito à vida, há um caso que teve grande repercussão local, em Belém do Pará. Trata-se do pedido de Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 50/PA, em que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região obrigou a União ao depósito da quantia de US\$ 218.833,00 (duzentos e dezoito mil, oitocentos e trinta e três dólares) na conta-corrente da Universidade do Texas, M.D. ANDERSON CANCER CENTER, bem como a custear o tratamento médico do autor, portador de doença rara (Linfoma de Hodgkin), até sua total convalescença.

Nas razões expostas na STA, a União alegou que a decisão do tribunal local acarretaria lesão à ordem jurídica, administrativa e à economia popular. Quando da realização do julgamento, o presidente do STF à época, Min. Nelson Jobim, entendeu que o direito à saúde deve ser prestado em sua integralidade, tanto de forma individual como coletiva, visto estar ligado ao direito à vida. Vejamos o que disse o Ministro, em parte de decisão monocrática:

Primeiro, porque esta Egrégia Corte, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal entendem que a restrição prevista na Lei nº 9.494/97, que veda antecipação de tutela em relação a atos do Poder Público, não pode ser aplicada em questões pertinentes à saúde e à previdência do interessado (Súmula nº 729/STF) porque, nesses casos, há risco de dano inverso; em segundo lugar, como se observa pelo compulsar do processo, o Autor já está em tratamento naquele nosocômio desde outubro de 2003, razão que, isoladamente, já apresentaria a razoabilidade da pretensão, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável, justificando sua concessão. 8- Não fora isso, o Sistema Único de Saúde pressupõe integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, consistente em ações e serviços preventivos e curativos de doenças, caso a caso, em todos os níveis de complexidade, abrangendo, inclusive, os tratamentos excepcionais, mesmo porque, o bem jurídico comprometido no caso é a vida, não somente a saúde, já que a moléstia que acomete o Autor, não tratada a tempo, é irreversível e leva o paciente à morte, e o direito à vida é direito individual fundamental, com previsão constitucional (art. 5º), não podendo prevalecer sobre ele o interesse eminentemente financeiro ou orçamentário do Estado para não retirar a

eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde, condenando o Autor à morte... [...] Assim, ausentes os requisitos legais (lesão à ordem, economia, segurança, saúde públicas), indefiro o pedido de suspensão. Publique-se. Brasília, 7 de novembro de 2005. Ministro NELSON JOBIM Presidente (STF – Pedido de Suspensão de Segurança STA 50/PA. Rel. Min. Nelson Jobim – DJ 14 nov.. 2005).

Cumpramos registrar que, reconhecer o direito individual de pleitear o direito fundamental à saúde contra o Estado em juízo, não é, ao contrário do que por vezes é afirmado, uma visão elitizante do direito à saúde, no sentido de que, assim entender favorece os com mais recursos, e que podem mais facilmente demandar em juízo. Pelo contrário, favorece os que têm menos e, portanto, não podem suportar, ao menos no total, o custo da preservação ou da restauração de sua saúde.

A propósito, observamos que, nada há de incorreto em discutir, judicialmente, questões na esfera individual; afinal é, ao fim e ao cabo, o indivíduo que será beneficiado ou prejudicado com as medidas do governo. Além do mais, as ações coletivas nem sempre serão hábeis para prevenir ou reparar todas as lesões, pois, podem investir contra situações gerais, mas, dificilmente serão suficientes para reparar todas as lesões causadas a cada um dos indivíduos, e, muito menos serão hábeis em casos de urgência⁴.

Essa é uma das formas, embora não a única, de dizer não à discricionariedade estatal. Afinal, as políticas públicas decorrem de mandamentos previstos no ordenamento, não são criações, sem base alguma, dos governantes. As ações estatais devem obedecer à lógica da prestação dos direitos fundamentais de forma plena, e não à lógica mesquinha dos governos, mais preocupados com seus projetos de poder. Um exemplo: é habitual o fornecimento — seletivo — de medicamentos para algumas enfermidades graves, enquanto que para outras, também graves, não, ao menos não na amplitude necessária para uma proteção eficiente. Ora, permitir a discricionariedade é aceitar que o governo tem o direito de dizer que doença vai tratar, e quem deve viver, o que é, sob qualquer ótica, inaceitável.

2.1.1. O Liberalismo de Princípios de Rawls como Concepção Teórica Suficiente para Sustentar o Direito Fundamental dos Indivíduos à Saúde

Cabe indicarmos, agora, a concepção teórica que, combinada com o modelo de reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais que é adotado no Brasil, justifica o direito dos indivíduos à saúde.

⁴ Isso reconhece, por exemplo, Scaff (2010, p. 29), quando, embora diga que não é papel do Poder Judiciário substituir o Legislativo, afirma que, “É certo que muitas medidas de caráter urgente devem ser proferidas visando salvar vidas ou resolver situações emergenciais”

Pensamos que essa concepção é o liberalismo de princípios, que Vita (1993, p. 22) também denomina de liberalismo kantiano, e Gargarella (2008, p. XIX) de liberalismo igualitário, como consta no título deste artigo.

Antes disso, é preciso que expliquemos qual a importância de discutir uma concepção teórica específica para justificar a defesa do direito individual à saúde, como sustentado no item anterior.

É que as posições contra ou em favor do direito individual à saúde não são apresentadas sem uma concepção teórica específica, não obstante nem sempre isso seja indicado de forma expressa. Identificá-las permite entender porque algo que parece óbvio: o dever do Estado de oferecer o básico aos indivíduos, que no caso aqui discutido é a saúde plena, pode ser singelamente negado por diversos autores, como se fosse algo normal.

Começando com as posições mais radicais contra o direito individual à saúde, pensamos que é possível perceber uma insatisfação contra o direito em si, ou seja, contra a obrigação do Estado de proporcionar saúde a todos.

É como se, em não sendo possível desobrigar o Estado do “ônus” de proporcionar saúde, tentassem os que entendem que assim deveria ocorrer limitar ao máximo o direito dos indivíduos, circunscrevendo a obrigação estatal a um espaço controlado pelo próprio Estado, onde é possível limitar o direito, ao ponto de torná-lo bem menor do que o que é imposto pelo texto constitucional, e muito abaixo do que é necessário para os seres humanos.

Esse entendimento se enquadra no que Piovesan (2010, p. 60), tratando de algumas decisões judiciais contra o direito individual à saúde, chama de ótica liberal clássica, concepção que, hoje em dia, é chamada de libertarismo.

Para o libertarismo, o Estado tem um papel bem restrito, não lhe cabendo proporcionar às pessoas direitos sociais. A concepção libertária fica clara nas palavras de um de seus expoentes, Nozick (2009, p. 21), que afirma:

[A]s principais conclusões que retiramos acerca do estado são as de que um estado mínimo, limitado às funções estritas da protecção contra a violência, roubo, fraude, execução de contratos, e por aí em diante, justifica-se; e que o estado mínimo, além de correcto, é inspirador. Duas implicações dignas de nota são a de que o estado não pode usar os seus instrumentos coercitivos com o objetivo de obrigar alguns cidadãos a ajudar outros, ou de proibir determinadas actividades às pessoas para o próprio bem ou protecção delas.

Mas essa não é a única concepção que pode ser percebida. Há claramente os adeptos do utilitarismo que, ao defenderem um atendimento limitado, que até pode ser suficiente, embora de forma precária, para uma boa parte da população, julgam que os casos que

discreparem dessa atenção mínima são somente uma exceção. Essa é uma visão que, ao contrário do que dizem alguns de seus defensores, só é compatível, em caso de uma necessidade maior em matéria de saúde, com as possibilidades de uma minoria, que supre um atendimento mínimo e insuficiente investindo seus próprios recursos. É uma visão elitista, então, por criar uma diferenciação baseada na capacidade do indivíduo de empregar sua própria renda para suprir uma deficiência na atuação estatal.

A respeito do utilitarismo, ensina Vita (1993, p. 13) que:

[O] utilitarismo é uma teoria ética teleológica, isto é, uma teoria que define o que é correto ou justo fazer em função de uma concepção da boa vida humana. Essa concepção, no caso do utilitarismo, é vazia de conteúdo próprio, já que resulta da agregação de preferências e desejos *de facto* dos agentes, sem que a motivação ou a validade dessas preferências e desejos sejam colocadas em questão.

Já Will Kymlicka (2006, p. 11) indica que, na forma mais singela, o utilitarismo “afirma que o ato ou procedimento moralmente correto é aquele que produz a maior felicidade para os membros da sociedade”. Mais adiante (p. 25), o mesmo autor afirma que, no utilitarismo, as preferências dos indivíduos não são satisfeitas quando contrárias ao que “maximiza a utilidade de maneira geral”.

Essas duas passagens, mais a anterior, de Álvaro de Vita, deixam claras algumas questões próprias do utilitarismo: a predominância do bem sobre o justo, sendo o resultado o que indica o ato como moralmente correto, bem como o fato de que, no utilitarismo, as preferências dos integrantes dos grupos minoritários são ignoradas, desde que se maximize a utilidade e se contemple a maior parte dos indivíduos.

É o que acontece, por exemplo, quando um governo afirma, normalmente de forma triunfante, que a medida que vai adotar possibilitará, por exemplo, que 90% das crianças tenham educação básica. Aparentemente tem-se aqui uma boa medida, pois a maioria das crianças será alfabetizada. O problema é que, na verdade, o que se está a dizer é que, por causa da medida adotada para cumprir uma obrigação essencial do Estado, 10% de todas as crianças serão excluídas do direito de ter educação formal, normalmente as mais necessitadas.

John Rawls (2002, p. 31), por seu turno, rejeita o utilitarismo por diversos argumentos, podendo ser citado o fato de o utilitarismo — ao contrário da justiça como equidade, que afirma que os princípios de justiça são objeto de um consenso original — estender “à sociedade o princípio da escolha feita por um único ser humano”. Para Rawls, não há sentido em haver a regulação de uma associação de pessoas, em uma sociedade plural e em que as pessoas têm interesses distintos, a partir da “extensão do princípio de escolha para um único indivíduo”. Rawls, a propósito, na mesma obra (p. 30), chega a afirmar que o “utilitarismo não leva a sério a diferença entre as pessoas”.

O problema, no Brasil, a respeito da utilização do utilitarismo, é que essa utilização é agravada pela sua apropriação por aqueles que acreditam que a justiça distributiva deve ser pensada não como um modelo em que o Estado é obrigado a proporcionar o mínimo a cada indivíduo, e que vai depender, é claro das necessidades mínimas de cada indivíduo em relação a alguns direitos, mas sim em um mínimo imutável.

Para esses, bem comum é proporcionar o mesmo, da mesma forma, a todos, em um nivelamento por baixo que não faz sentido. Tratando-se de um bem como a saúde, em que as necessidades são individualizadas, esse pensamento deveria ser considerado uma bobagem, não fosse o componente trágico dessa cruel opção, que é negar o direito à saúde a cada um dos indivíduos.

Para encerrar o item, e reveladas as motivações teóricas para posicionamentos tão conservadores na questão debatida, usamos o pouco espaço que ainda resta para, ao menos indicar qual o modelo teórico que pode justificar um tratamento mais qualitativamente igualitário para todos em matéria de direito à saúde.

Esse modelo, claro que atualizado e compatibilizado com as normas brasileiras a respeito desse direito (à saúde), é o modelo de justiça distributiva construído a partir das concepções de John Rawls na obra *Uma teoria da justiça* (2002), e chamado de justiça como equidade.

Sintetizando a ideia de justiça distributiva, atualmente, essa concepção se esteia no reconhecimento, como afirma Fleischacker (2006, p. 12), de que “alguma distribuição de bens é devida a todos os seres humanos, em virtude apenas de serem humanos”.

Sob esse prisma, o autor (*idem*) indica as premissas necessárias para o moderno conceito de justiça distributiva, e que são:

1. Cada indivíduo, e não somente sociedades ou a espécie humana como um todo, tem um bem que merece respeito, e aos indivíduos são devidos certos direitos e proteções com vistas à busca daquele bem;
2. Alguma parcela de bens materiais faz parte do que é devido a cada indivíduo, parte dos direitos e proteções que todos merecem;
3. O fato de que cada indivíduo mereça isso pode ser justificado racionalmente, em termos puramente seculares;
4. A distribuição dessa parcela de bens é praticável: tentar conscientemente realizar essa tarefa não é um projeto absurdo nem é algo que, como ocorreria caso se tentasse tornar a amizade algo compulsório, solaparia o próprio objetivo que se tenta alcançar; e
5. Compete ao Estado, e não somente a indivíduos ou organizações privadas, garantir que tal distribuição seja realizada.

Ela é feita por Fleischacker, obviamente, sob uma perspectiva liberal igualitária, ou de princípios, pois toma por base que a distribuição deve ser feita a todos os indivíduos, nessa condição, sendo que se pode sintetizar as premissas acima em duas partes: cada indivíduo é merecedor de direitos básicos, sendo que uma certa parcela de bens materiais está compreendida nesses direitos; garantir que ocorrerá a distribuição desses bens — entendida a distribuição como algo factível — compete principalmente ao Estado.

E em relação ao direito fundamental à saúde, onde a ideia pode ser encontrada, na teoria de Rawls?

Genericamente, em duas ideias, caras ao autor. Primeiro, de que cada indivíduo deve ser levado em consideração, respeitadas as suas diferenças, o que já foi visto logo acima, quando apresentamos o pensamento desse autor em relação ao utilitarismo.

Segundo, pelo que pode ser depreendido de um dos princípios de justiça enunciados por Rawls (2002), e que é chamado de princípio da diferença. Nele, Rawls defende o que pode ser chamado de chamado de desigualdade controlada, e que pode ser explicado, de forma singela, assim: 1) ninguém pode ter tudo, mesmo que isso seja amealhado lícitamente, pelo que, ao menos pela tributação, uma parte deverá reverter à sociedade; 2) ninguém pode ficar sem alguma coisa, cabendo aos indivíduos um mínimo que deve ser garantido⁵.

Em relação à saúde, o que é o mínimo? Claro que não pode ser um mínimo de saúde”, sinônimo de uma vida precária. Só pode ser a saúde plena, no limite do que for possível, considerando o conhecimento disponível.

A única forma de fazer isso é admitindo que o direito à saúde também é um direito fundamental individual, e se aceitando que o Estado, no caso em discussão o Estado Brasileiro, é obrigado a proporcionar a cada indivíduo o que for necessário para que esse direito seja satisfeito.

3. Conclusões

Como fecho das questões enfrentadas, permitimo-nos fazer algumas considerações, e que, em boa medida, traduzem a perplexidade de vermos criarem corpo teorias que negam aos indivíduos aquilo que lhes é básico, mínimo, fundamental, além de, o que é de suma importância, previsto no texto constitucional.

Devemos dizer inicialmente que, quando há restrições na prestação dos serviços de saúde pelo Estado, o que este faz é: decidir quem atende, e quem não atende; decidir

5 Há dois autores que podem aperfeiçoar essa discussão: Dworkin (2005) e Sen (2001). Essa discussão, todavia, por ser longa, não cabe nesse texto, devendo ficar para outra oportunidade.

para quem fornece medicamentos, e para quem não fornece; decidir quem tem direito de participar da vida em sociedade, e quem não tem; mais que isso, decidir, às vezes, quem vive e quem morre.

Isso, sempre, prejudicará os menos favorecidos. Acolher concepções restritivas, para quem advoga soluções radicais e que culminam com a negativa do direito à saúde, pensamos, é só uma visão elitista, digna, na melhor das hipóteses, dos herdeiros do libertarismo, e, na pior delas, de pensadores como Malthus ou Herbert Spencer⁶.

Para os que ainda postulam restrições, embora em menor grau, é importante lembrar que, só há respeito ao direito fundamental à saúde se os serviços forem prestados de forma plena, e isso só acontece se a pessoa tiver preservado o seu direito à vida, e uma vida com saúde.

Para isso, a solução é dizer não à desigualdade, rejeitando-se teorias conservadoras e que só privilegiam quem já tem, subordinando o papel do Estado aos interesses dos governantes, e contra a sociedade, especialmente os menos favorecidos, sendo exemplos as teorias da reserva do possível; dos custos dos direitos; da prevalência da lei orçamentária; entre outras.

No plano da tutela individual, essas restrições têm sido rejeitadas, como se verifica das decisões do Supremo Tribunal Federal acima apresentadas, não obstante, em matéria coletiva, ainda sejam mencionadas, embora sem afetar, mesmo nesse nível, a concessão dos direitos, como se observa, por exemplo, da decisão do Ministro Celso de Mello no AI 677274 / SP – São Paulo, proferida em 18 de setembro de 2008. Em parte dessa decisão, a propósito, embora trate de questão sob a ótica coletiva, em ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o Município de São Paulo, o Ministro Celso de Mello deixa bem clara a titularidade também individual dos direitos sociais, ao afirmar, na página 2:

É por essa razão que os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo “welfare state”, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos — como o direito ao trabalho, à saúde, à educação — têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade.

E os abusos que, infelizmente, em certos casos são cometidos, e que acabam servindo de mote para justificar a retirada do mínimo das pessoas? Que sejam coibidos, mas sempre sendo tratados como exceções, pois a regra de toda e qualquer comunidade deve ser a

6 Para compreender um pouco a respeito das ideias desses dois autores sugerimos ler: Malthus (1983); Brue (2006); e Fleischacker (2006).

de ter respeito por cada um de seus integrantes. É o que se convencionou chamar de igual consideração, e que, pensamos, é materializada, dentro das concepções mais importantes de justiça, no liberalismo de princípios, especialmente na teoria da justiça como equidade, de John Rawls.

4. Referências

- AMARAL, Gustavo. Saúde direito de todos, saúde direito de cada um: reflexões para a transição da práxis judiciária. In NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-147, 2011.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. 1ed, 3ª tiragem. São Paulo; Malheiros Editores, 2011.
- BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Direitos humanos: algumas questões recorrentes: em busca de uma classificação jurídica. In ROCHA, João Carlos de Carvalho, HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras, e CAZETTA, Ubiratan (Coord.). *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do Estatuto dos Refugiados (Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997)*. Belo horizonte: Del Rey, p. 29-43, 2008.
- _____. Direitos Fundamentais sociais: realização e atuação do poder Judiciário. *Revista do TRT da 8ª Região – Suplemento Especial Comemorativo*, Belém, v. 41, n. 81, p. 77-87, Jul./Dez./2008.
- BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. São Paulo: Thomson Learning, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FLEISCHACKER, Samuel. *Uma breve história da justiça distributiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.
- KYMLIKA, Will. *Filosofia política contemporânea: uma introdução*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MALTHUS, Thomas Robert. *Princípios de economia política e considerações sobre sua aplicação prática; Ensaio sobre a população*. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os economistas).

- MAUÉS, Antonio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. **In** SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 257-273, 2010.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, estado e utopia*. Tradução de Vitor Guerreiro. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. **In** CANOTILHO, J. J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves, e CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). *Direitos fundamentais sociais*. São Paulo: Saraiva, p. 53-69, 2010.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2 ed. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A titularidade simultaneamente individual e transindividual dos direitos sociais analisada à luz do exemplo do direito à proteção e promoção da saúde. **In** NOBRE, Milton Augusto de Brito e SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coord.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde*. Belo Horizonte: Fórum, p. 117-147, 2011.
- SCAFF, Fernando Facury. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. **In** SCAFF, Fernando Facury, ROMBOLI, Roberto, e REVENGA, Miguel (Coord.). *A eficácia dos direitos sociais*. São Paulo: Quartier Latin, p. 21-42, 2010.
- SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- VITA, Álvaro de. *Justiça liberal: argumentos liberais contra o neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.