

**CONASS**

---

para entender a gestão do SUS

---

2015

## DIREITO À SAÚDE

### **Artigo**

DIREITO À SAÚDE: COMPLEXIDADE E  
ENFRENTAMENTOS EXTRAJUDICIAIS

© 2015 – 1ª Edição

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS

É permitida a reprodução parcial ou total deste artigo, desde que citadas a fonte e a autoria.

Este artigo faz parte da publicação *Direito à Saúde*, da coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015*.

A coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015* está disponível gratuitamente para *download* no site [www.conass.org.br](http://www.conass.org.br).

**Os artigos publicados traduzem a opinião dos seus autores. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate e refletir as diversas opiniões e pensamentos.  
Direitos de reprodução cedidos ao CONASS.**

---

**Organização da Coleção**

René Santos

**Coordenação do Livro**

Alethele de Oliveira Santos

**Edição**

Adriane Cruz

Tatiana Rosa

**Revisão Ortográfica**

Sem Fronteira Idiomas

**Projeto Gráfico e Diagramação**

Marcus Carvalho

Este artigo tem como objetivo delinear a área de conhecimento do direito à saúde como uma área essencialmente multidisciplinar, que requer a conjugação e o diálogo permanente entre diversas disciplinas relacionadas à saúde coletiva. E, ainda, criar bases para a compreensão do direito à saúde como um direito complexo, que requer intervenções complexas para a sua garantia e aplicação, sobretudo em vias extrajudiciais.

## 1. DA COMPLEXIDADE DO DIREITO À SAÚDE

Para os conflitos que envolvem o direito à saúde não bastam as soluções positivistas delineadas pela aplicação da lei, e do arcabouço normativo, ao caso concreto. A realidade tem sede de que se criem novas perspectivas de enfrentamento deste tema, mais condizentes com a complexidade que envolve o direito à saúde.

O direito à saúde, como um direito social e um direito público subjetivo, que traz implícita a questão da justiça distributiva, e se pauta por princípios de universalidade e integralidade, é um direito complexo, que demanda intervenções e produção de conhecimento igualmente complexos<sup>2</sup>.

O direito à saúde é um direito complexo à medida que necessita, para a sua garantia eficaz e conjugada às necessidades de saúde da toda a população brasileira, de outros elementos além dos estritamente normativos.

Para que a ciência jurídica consiga produzir conhecimentos em direito sanitário e, conseqüentemente, consiga formar operadores do direito, efetivamente aptos a garantir esse direito de múltiplas vertentes, é preciso que incorpore ao conhecimento jurídico, outros conhecimentos, oriundos da ciência política e das ciências da saúde.

Ou seja, para a garantia do direito à saúde é preciso que o operador do direito conheça não só o texto normativo, mas também contexto em que este direito se insere. É preciso que conheça as muitas implicações que seus atos podem ocasionar no plano político, econômico e médico-sanitário e, para tanto, a ciência jurídica precisa avançar para além do estrito paradigma positivista de aplicação e produção do direito.

Todavia, partimos do contexto situacional em que paradigma positivista de aplicação e interpretação da Lei ainda forma os operadores do direito que hoje estão lidando com as demandas que envolvem o direito à saúde<sup>3</sup>.

---

1 Bacharel em Direito, mestre e doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo (USP). Professora adjunta da Universidade de Brasília (UnB), Faculdade de Ceilândia. E-mail: [sbadim@gmail.com](mailto:sbadim@gmail.com). Declara não possuir nenhum conflito de interesse ao tratar do tema apresentado.

2 Para Morin (2000, p. 38) “Complexus significa o que foi tecido junto; de fato, há complexidade quando elementos diferentes são inseparáveis constitutivos do todo (como o econômico, o político, o sociológico, o psicológico, o afetivo, o mitológico), e há um tecido interdependente, interativo e inter-retroativo entre o objeto de conhecimento e seu contexto, as partes e o todo, o todo e as partes, as partes entre si. Por isso, a complexidade é a união entre a unidade e a multiplicidade”.

3 Thomas Kuhn (2003) indica que paradigma, dentro da ciência, é o “modelo ou padrão aceitos” (p. 43). Já Morin (2000) alarga esse conceito para designar o que entendemos neste trabalho por paradigma, sendo não só o modelo ou padrão cientificamente aceito, como também o modo de pensar e agir que se segue à educação paradigmática de profissionais formados dentro de determinado paradigma científico. Morin (2000) entende que paradigma é composto por: a) promoção/seleção dos conceitos-mestres da inteligibilidade – “o nível paradigmático é o do princípio de seleção das ideias que estão integradas no discurso ou na teoria” (p. 25); b) determinação das operações lógicas-mestras – “O paradigma está oculto sob a lógica e seleciona as operações lógicas que se tornam ao mesmo tempo preponderantes, pertinentes e evidentes sob seu domínio (exclusão-inclusão, disjunção conjunção, implicação-negação)” (p. 25).

E, dessa forma, estes operadores acabam por exercer as suas funções de forma vinculada, estritamente, às leituras normativo-processuais. Fato este que, lamentavelmente, acaba por afastar da própria compreensão do direito as questões técnicas e políticas que o envolvem.

O panorama que envolve a aplicação e garantia do direito social à assistência farmacêutica, como delineado acima, é composto por questões complexas que vão desde as questões técnicas que envolvem a prescrição médica, até as questões políticas que abarcam a regulação das indústrias farmacêuticas e o estabelecimento de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para a oferta de fármacos nos SUS.

Assim, é preciso quebrar as barreiras que encapsulam o conhecimento científico em “compartimentos fechados”, que não dialogam entre si. A esses compartimentos fechados, dá-se o nome de disciplinas, que são erigidas, cada qual, dentro de sua lógica própria, com base em seus próprios elementos comunicantes.

Como destaca Morin (2000, p. 42):

A inteligência parcelada, compartimentada, mecanicista, disjuntiva e reducionista rompe o complexo do mundo em fragmentos disjuntos, fraciona os problemas, separa o que está unido, torna unidimensional o multidimensional.

Para a compreensão do direito à saúde, e para que seu exercício possa ser condizente com a complexidade contextual que o envolve, é preciso romper, paulatinamente, esses compartimentos fechados dos saberes jurídicos, políticos e médico-sanitários.

É preciso que se criem canais de diálogo, capazes de intercambiar os conhecimentos que estão na base da compreensão e do exercício deste direito. Isso tanto na esfera judicial, dentro de cada processo posto em juízo, quanto na esfera extrajudicial, em que o direito também vive e se exercita cotidianamente<sup>4</sup>.

O ponto de partida é a palavra diálogo contraposta ao discurso científico. O padrão de conhecimento científico na modernidade, respeitadas as diferenças de perspectivas e áreas, segue um modelo de racionalidade que supõe, a partir da compartimentalização do real, distanciamento dos tipos de conhecimento, sobretudo do senso comum, enunciar discurso verdadeiro e generalizante sobre a realidade, fundamentado em metodologias que buscam isolar o objeto de estudo e verificar o seu comportamento sem interferir diretamente.

O desafio consiste em aproximar esses conhecimentos para que possamos harmonizar o exercício do direito à saúde às questões políticas e técnicas que o envolvem.

Sem pretender que o juiz perca a sua função específica de “dizer o direito”, sem querer que o médico perca a sua função específica de cuidar do doente com sua base de conhecimento médico, e sem pretender que os gestores públicos deixem de tomar decisões coletivamente vinculantes, é preciso que se criem canais de comunicação entre esses saberes para que, cada qual, possa exercer a sua função específica na sociedade de forma mais condizente à sua complexidade.

O direito sanitário se ergue como disciplina propiciadora de congregação desses saberes. Um saber necessariamente interdisciplinar (ou até transdisciplinar<sup>5</sup>), possível de ser transmitido para

---

4 Costa e Souza Júnior (2009, p. 20) destacam que “uma das bases do conhecimento científico consiste na possibilidade de dividir o mundo real em ‘caixas’ ou ‘gavetas’, para poder olhá-las isoladamente, sem que o observador interfira no objeto de sua elaboração discursiva. A essas caixas damos o nome de disciplinas. No passado, criar disciplinas ou áreas do conhecimento científico era absolutamente fundamental, uma vez que a multiplicidade de formas de compreensão de um determinado objeto impossibilita a elaboração de um discurso rigoroso. Da criação de um ramo da ciência poder-se-ia aprofundar e precisar conceitos, para que as verdades ali inseridas pudessem ser mais confiáveis”.

5 Morin (2003, p. 36) salienta que “existe inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, de um lado, os saberes desunidos, divididos, compartimentados e, de outro, as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários. Nessa inadequação tornam-se invisíveis: O contexto; O global; O multidimensional; O complexo. Para que o conhecimento seja pertinente, a educação deverá torná-los evidentes”. Os saberes interdisciplinares, possíveis de

cada um desses atores que, se sabedores da complexidade e do contexto que envolve o seu ato específico, pode exercê-lo de forma mais harmônica com a complexidade e suas múltiplas vertentes.

Todavia, é preciso ter em mente o alerta de Morin (2005), de que a problemática da complexidade ainda apresenta-se de forma marginal no pensamento científico, no pensamento epistemológico e no pensamento filosófico.

Este autor apresenta algumas advertências que valem a pena serem delineadas aqui, sobre a compreensão da complexidade dentro do paradigma científico, pois, de acordo com as suas próprias palavras, ela suscita “mal-entendidos fundamentais” (MORIN, 2005, p. 176).

E aqui reforçam-se as suas advertências, sob o ponto de vista que está se concebendo a complexidade do direito à saúde neste trabalho.

A primeira delas consiste em “conceber a complexidade como receita, como resposta, em vez de considerá-la como desafio e como uma motivação para pensar” (MORIN, 2005, p. 176). A complexidade não se apresenta como antagonista à clareza e a “ordem” das coisas. Ao contrário. Apresenta-se como desafio para que possamos compreender, de forma mais eficaz, o real complexo que se apresenta diante de nós.

A segunda advertência consiste em se compreender a complexidade como completude. Morin (2005) salienta que o problema da complexidade é exatamente o da incompletude do conhecimento, de se tomar como base a natureza sempre incompleta de qualquer conhecimento científico. Como salienta o autor, o pensamento complexo não luta contra a incompletude, ele a toma como pressuposto para lutar contra a mutilação do conhecimento, contra a simplificação mutiladora da compreensão da realidade complexa.

A ambição da complexidade, para Morin (2005) é olhar para as articulações despedaçadas pelos cortes que a ciência moderna encapsulou em disciplinas, em categorias cognitivas e entre tipos de conhecimento. “De fato, a aspiração à complexidade tende para o conhecimento multidimensional. Ela não quer dar todas as informações sobre um fenômeno estudado, mas respeitar suas diversas dimensões” (MORIN, 2005, p. 177).

Assim, a complexidade aparece neste trabalho, no sentido de Morin (2005), como dificuldade, como incerteza e não como uma clareza e como resposta. Como ponto de partida para que se possa pensar, e repensar, as matrizes da ciência jurídica, no sentido de abarcar a complexidade do direito social à saúde.

O método positivista de concepção do direito e da ciência jurídica, inspirado pelas filosofias positivistas que encharcaram o pensamento científico moderno, trouxe para o direito à plena aspiração de ordem e da determinação.

Tendo como base a linguagem, capaz de conferir a aclamada certeza jurídica aos operadores do direito, que aplicariam as leis e normas escalonadas em pirâmide ao caso concreto, e assim produziram o direito com base apenas no próprio direito, a ciência jurídica funda-se sobre a ilusória certeza e segurança de suas operações fechadas.

Como salienta Azevedo (2000, p. 14):

Seguindo uma inclinação científica geral, peculiar ao mundo moderno, em especial ao século XIX, o positivismo jurídico traduz a possibilidade de estudar o direito e aplicá-lo independentemente de valorações éticas e de suas implicações sociais.

O positivismo jurídico, portanto, preocupa-se com a segurança jurídica e com a liquidez do próprio direito. Preocupa-se em oferecer respostas padronizadas às mais diversas situações de aplicação da norma jurídica. Como salienta o próprio Kelsen (1998, p. 79),

a ciência jurídica procura apreender o seu objeto juridicamente, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como

---

se tornarem transdisciplinares ao fazerem desaparecer a nítida divisão de disciplinas que os permeiam, são aqueles que explicitam esses itens e os trabalham.

direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma forma jurídica.

Os filósofos positivistas do campo do direito, portanto, procuram reduzir o sistema jurídico a equações decorrentes de operações jurídicas, que sempre são resolvidas com base no arcabouço jurídico, que não necessita de quaisquer elementos que lhe sejam estranhos ou que prejudiquem a sua autonomia e pureza metodológica.

Wolkmer (2009) salienta que a lógica linear da moderna estrutura do saber jurídico desdobra-se em dois paradigmas hegemônicos: “o racionalismo metafísico-natural (juspositivismo) e o racionalismo lógico-instrumental (o positivismo jurídico)” (p. 2).

E esses paradigmas formam e limitam a capacidade de reflexão do profissional do direito para pensarem e atuarem sobre problemas complexos, que requerem, para a sua solução, outros elementos que não os normativos.

No sentido de Morin (2000), o paradigma designa as categorias fundamentais da inteligibilidade e opera o controle de seu emprego pelos indivíduos. “Assim, os indivíduos conhecem, pensam e agem segundo paradigmas inscritos culturalmente neles” (p. 25).

Destaca-se que o movimento positivista, como salienta Bobbio (2006) tem como mote as grandes codificações ocorridas entre o fim do século XIX e o início do século XX, que representam a materialização da presença legislativa na vida social e jurídica dos Estados Modernos.

E essas codificações “representam anos de uma longa batalha conduzida, na segunda metade do século XVIII, por um movimento político-cultural francamente iluminista, que realizou aquilo que podemos chamar de a positivação do direito natural” (BOBBIO, 2006, p. 54).

Assim, o positivismo jurídico, que aqui se problematiza, representa uma grande conquista para o pensamento científico moderno, que almeja, sobretudo, a concretização de preceitos de liberdade por meio do uso da racionalidade.

Que almeja que a racionalidade desvende e proteja direitos naturais e inerentes a todos os seres humanos (jusnaturalismo), como os primados de liberdade individual, que depois segue tão criticada pelo desenvolvimento exacerbado e sem rédeas do capitalismo econômico.

Como destaca Bobbio (2006, p. 55),

o movimento pela codificação representa, assim, o desenvolvimento do extremo do racionalismo, que estava na base do pensamento jusnaturalista, já que à ideia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado.

A lei, neste contexto, passa a ser a fonte qualificada do direito, com base na qual o direito se constitui, se aplica, e é exercido pelos cidadãos. O direito se forma a partir do próprio direito (tendo como norma de maior validade a Constituição Federal) e é exercido pelos seus operadores a partir do exame do arcabouço jurídico, e de aplicação deste arcabouço ao caso concreto.

A ordem jurídica tem seu fundamento, para a teoria pura do direito, na Constituição Federal. É a Constituição Federal a norma fundamental, a base de todo o ordenamento jurídico do Estado, da qual decorrem as demais normas jurídicas. Uma norma jurídica só será válida e, portanto, aceita pelo ordenamento jurídico estadual, se produzida segundo as regras fixadas na norma fundamental.

E a ciência jurídica moderna, neste contexto, vai tratar de delinear ao aplicador da Lei, todas as possíveis soluções de conflitos relacionados à sua aplicação. Seu objeto de estudo e reflexão, portanto, é a norma jurídica, e somente a norma jurídica.

E, a partir de técnicas de verificação da linguagem, técnicas hermenêuticas e exegéticas de leitura de textos legais e de sua aplicação concreta, a ciência do direito firma o seu papel na ciência moderna, estabelecendo suas peculiaridades que a caracterizam como campo do conhecimento autônomo dentro das ciências sociais aplicadas.



Debruça-se, portanto, às problemáticas oriundas da elaboração ou aplicação de normas, investigando as próprias normas em conflito, suas naturezas, sua conjugação com o ordenamento jurídico, e suas possíveis interpretações em face do caso concreto, com o intuito de oferecer respostas claras e seguras em face da incerteza de uso de qualquer linguagem.

E não havendo direito oficialmente válido senão o direito estatal, emanado do Estado, a metodologia jurídica funda-se sobre paradigmas lógico-dedutivos, ou seja, sobre a dedução lógica das normas postas validamente pelo Estado<sup>6</sup>.

Todavia, a crença ilimitada na racionalidade, e na redução das operações jurídicas às normativas estatais, começa a ser colocada em cheque quando não mais responde aos problemas contemporâneos de proteção do direito, principalmente em face de demandas que envolvem direitos sociais, como o direito à saúde.

A aplicação da Constituição Federal e do arcabouço normativo que protege à saúde, consubstanciados, principalmente, no artigo 196 e seguintes da Constituição Federal, e na Lei Orgânica da Saúde (composta pelas Leis n. 8.080/1990 e n. 8.142/1990), sem a sua devida contextualização às questões técnicas e políticas que envolvem este direito, vem ocasionando sérios conflitos sociais e impactos políticos significativos.

Essa é uma realidade complexa, que conjuga a garantia de cuidados integrais de saúde no âmbito individual, e a formalização de políticas destinadas a atender o coletivo. E, além disso, conjuga problemas relacionados à prescrição e erro médicos, a problemas médico-sanitários decorrente do uso de medicamentos, entre outros.

A prestação jurisdicional do caso individual, portanto, não resolve o problema do direito à saúde.

Além de não garantir que um medicamento esteja constantemente, ou prontamente disponível no sistema de saúde (mesmo com a ameaça de penalidade diante do descumprimento de uma ordem judicial), essa prestação pode ocasionar sérios impactos políticos e até médico-sanitários, se a prescrição que subsidiar o pedido estiver maculada de erros ou impropriedades.

Assim, diante da diversidade e complexidade dos casos apresentados em juízo que demandam as mais diversas prestações, bens e serviços de saúde, como pode o Poder Judiciário oferecer uma resposta estritamente normativa? Ou, ainda, como pode a ciência jurídica criar caminhos decisórios com base apenas nas leituras normativas?

Seria, neste contexto, a linguagem capaz de conferir segurança jurídica às questões que envolvem a garantia do direito à saúde?

Não se acredita que isso seja possível. Diversos foram os enfrentamentos já emanados do Supremo Tribunal Federal<sup>7</sup> em ações com essa temática sem, contudo, delinear-se possíveis soluções práticas, aplicáveis a todos os casos apresentados em juízo com esse objeto.

Ao contrário. A criação do Fórum Nacional de Saúde, e dos Fóruns Regionais de Saúde junto ao Conselho Nacional de Justiça<sup>8</sup>, demonstra a incerteza do Poder Judiciário Brasileiro em relação a essas demandas, e a necessidade dos operadores do direito se informarem de outros elementos, além dos normativos, para julgarem ações com esse objeto.

O exercício do direito à saúde vem mostrando que os limites e contornos do direito à saúde não são claros, e que a aplicação do paradigma positivista, como forma de solucionar os problemas oriundos da aplicação da legislação sanitária aos casos concretos, não vem se revelando satisfatório.

Como o exercício do direito à saúde está intrinsecamente relacionado à elaboração de políticas de saúde e à prestação de serviços públicos de saúde, que por sua vez são permeados por questões de ordem social, econômica, e até técnico-científica, a prestação jurisdicional tende a inovar nos casos concretos submetidos à sua apreciação.

---

6 Como destaca o próprio Kelsen (1998, p. 79): “A ciência jurídica procura apreender o seu objeto juridicamente, isto é, do ponto de vista do Direito. Apreender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado por meio de uma forma jurídica”.

7 Cf. Torronteguy (2010); Santos (2010); Werner (2008).

8 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/saude-e-meio-ambiente/forum-da-saude>>.

E, ainda, podem incidir, de forma reflexa, sobre campos que, habitualmente, não estão dentro dos domínios do sistema jurídico.

Neste contexto, o aplicador do direito não tem alternativa a não ser inovar frente aos casos concretos submetidos à sua apreciação, principalmente os membros do Poder Judiciário que tem o dever de julgar todas as ações que, fundamentadamente, sejam propostas perante este Poder.

É nesse contexto que Faria (2004) constata que, como a magistratura não pode deixar sem resposta os casos que lhes são submetidos, independentemente de sua complexidade técnica, e de suas implicações políticas, econômicas e sociais, ela se sente impelida a exercer uma criatividade decisória que acaba transcendendo os limites da própria ordem legal. Afinal, nos casos difíceis, nos quais a interpretação a ser dada a uma norma, lei ou código não está clara ou é controvertida, os juízes não tem outra opção a não ser inovar, usando o próprio julgamento político.

Em relação à garantia do direito à saúde, está se assistindo a contestação do paradigma positivista, e daquilo que poderia ser chamado de “ilusão” iluminista, de que bons textos normativos, e boas interpretações, são capazes de resolverem o problema do direito.

A complexificação da realidade que envolve este direito coloca diante de nossos olhos o esgotamento deste paradigma. E diante deste panorama é preciso que a ciência jurídica passe a procurar outros caminhos para fazer que o direito possa acompanhar esta realidade e, de fato, seja capaz de atuar sobre ela<sup>9</sup>.

O problema agora é procurar possibilidades concretas de enfrentar os desafios da incerteza e da dificuldade em relação à garantia do direito à saúde, de forma a conjugar os saberes médico-sanitários e políticos ao arcabouço jurídico de proteção à saúde.

O arcabouço normativo continua a ser, sob pena de se desvirtuar a função do direito na sociedade, o ponto de partida do operador do direito. Todavia, frente a esse panorama complexo e permeado por questões interdisciplinares, para que o direito à assistência farmacêutica seja constantemente trabalhado e garantido, inclusive do ponto de vista jurídico, é preciso alargar a compreensão do direito.

Não é possível se furtar a observar que o direito precisa de avanços. Que o mero exame legislativo de uma ciência dogmática não é mais capaz de oferecer respostas às necessidades sociais, notadamente na área da saúde, na qual o direito se alarga para além da compreensão do texto legal.

A compreensão do direito à saúde, então, deve abrigar não só o seu arcabouço normativo, como também o contexto que o envolve, sob pena de não se conseguir concretizar, ou pelo menos chegar perto, de um efetivo sistema público que abriga um direito universal, garantido a todos os cidadãos indistintamente, de forma preventiva e assistencial.

Pode-se ressaltar, no sentido de Hespanha (2009, p. 29), que

só muito simplificarmente – e de forma cada vez mais irrealista – é que pode continuar a ser identificado com a lei. Esta profunda modificação na natureza do direito contemporâneo implica uma modificação, igualmente profunda, na sua teoria e dogmática, não sendo mais possível continuar a utilizar conceitos e fórmulas que foram cunhados num período de monopólio legislativo do direito para descrever um direito que se afasta progressivamente da lei.

Lyra Filho (2006, p. 10) ressalta, preocupado com os desvirtuamentos excludentes da aplicação crua da lei, por aqueles que as aplicam, que:

o direito autêntico e global não pode ser isolado em campos de concentração legislativa, pois indica os princípios e normas libertadores, considerando a lei um simples acidente no processo jurídico e que pode, ou não, transportar as melhores conquistas.

---

9 Como nos advertem Morin *et al.* (2003), em situações nas quais emerge a incerteza, é preciso a atitude estratégica do sujeito ante a ignorância, a desarmonia, a perplexidade e a lucidez. É possível, contudo, outra concepção do método: o método como caminho, ensaio gerativo e estratégia “para” e “do” pensamento. O método como atividade pensante do sujeito vivente, não abstrato. Um sujeito capaz de aprender, inventar e criar “em” e “durante” o seu caminho.



No caso do direito à saúde, o movimento da reforma sanitária<sup>10</sup> foi capaz de consagrar na Constituição Federal o direito à saúde como um direito de todos os cidadãos brasileiros, a ser garantido de forma universal e integral, por meio de políticas sociais e econômicas (artigo 196 da Constituição Federal).

A saúde, portanto, impulsionada pelo clamor da sociedade civil, passa a constituir um Sistema Único, pautado pelas seguintes diretrizes: I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III – participação da comunidade (artigo 198 da Constituição Federal).

O direito à saúde depende, portanto, para a sua concretude, de um aparato estatal efetivamente comprometido com a justiça social e a distribuição equitativa de prestações de saúde à população, tanto de atividades preventivas quanto assistências.

Assim, para que o direito à saúde possa ser garantido em sua amplitude prevista constitucionalmente, é preciso que muitas vozes dialoguem (juízes, sociedade civil, médicos, gestores públicos, defensores públicos, cientistas, promotores de justiça, entre outros) e impulsionem uma atuação estatal ampla e comprometida com a saúde da população.

E mesmo no campo individual, as ações propostas devem permitir diálogo e interpenetração de outros elementos em seu âmbito, para que a saúde de um indivíduo possa ser garantida com segurança e harmonia com a proteção coletiva.

Parece que se está de frente, no campo jurídico, ao que Thomas Kuhn cunhou como “necessidade das revoluções científicas”, em face da constatação de que um determinado paradigma não é mais capaz de resolver os problemas que emergem da realidade.

Chegamos ao que Kuhn (2003, p. 60) indica: “um paradigma pode até mesmo afastar uma comunidade daqueles problemas sociais relevantes que não são redutíveis à forma de quebra-cabeça, pois não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma”. Este autor destaca que “uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, podemos considerar como dotados de uma solução possível”.

No caso do direito à saúde, o paradigma positivista se limita a enfrentar problemas como os relacionados à aplicação imediata ou não do direito à saúde (se o artigo 196 é uma norma programática ou de aplicabilidade imediata), se a responsabilidade solidária prevista no artigo 23 da Constituição Federal deve acarretar a responsabilidade de todos os entes da federação em face de um caso concreto, entre outros, focados na resolução hermenêutica e dogmática da aplicação da norma jurídica.

Todavia, se existem ou não recursos para custear as ações de saúde julgadas procedentes em uma ação, ou se a terapêutica dispensada por via judicial é efetivamente segura ao paciente, não são problemas elencáveis e solucionáveis por este paradigma, pois necessitam de diálogo e intersecção entre os saberes.

Assim, precisa se olhar com atenção para os problemas fundamentais que a ciência jurídica, e os operadores do direito, estão deixando de lado em seu exercício positivista de “dizer o direito”, por meio do mero exame das normas postas.

E precisa, ademais, incorporar esses outros elementos para o direito seja de fato um instrumento emancipador da sociedade, e não uma mera leitura hermenêutica descontextualizada e não condizente com a realidade social.

---

10 Este movimento brasileiro foi formado por membros da sociedade civil organizada, que teve como expoente instituições como o Cebes e a Abrasco, profissionais de saúde, trabalhadores do antigo sistema público de saúde, entre outros atores, buscou uma reconstrução da própria concepção de saúde, inserindo-a no contexto social brasileiro e uma reconstrução normativa e institucional das ações de saúde no país. E, também, um novo olhar sobre o processo saúde-doença, sobre a elaboração e a implementação das políticas de saúde, sobre as relações médicas, sobre a formação dos recursos humanos destinados ao trabalho na área da saúde, entre outros, de forma mais próxima e articulada com a concepção de direito humano à saúde, à luz do disposto nos documentos internacionais.

Um direito social como o direito à saúde vem ampliar a própria noção do que é o direito na sociedade, trazendo para a certeza iluminista do direito “claro”, a sua própria indeterminação conceitual.

Todavia, seria possível uma definição estipulativa e puramente normativa do objeto saúde?

Toma-se como base a definição realista do direito dada por Hespanha (2009), que por sua vez debruça-se no filósofo H. L. Hart para traçar o que vem a ser o direito. Diz Hespanha (2009, p. 163) que:

o direito é um sistema de regulação social admitido, em cada sociedade concreta, por uma série de entidades a quem essa mesma sociedade autoriza a dizer o que é o direito, apoiadas e também reforçando sentimentos comunitários sobre o que é o direito.

Se o direito, em geral, que não é algo estanque, mas sim em constante remodelação, o direito à saúde vem trazer um grau alto de indeterminação em relação ao seu conteúdo. O que vem a ser o direito à saúde é uma tarefa para ser destrinchada com diálogos interdisciplinares, tanto na análise do caso individual quanto na formulação de políticas destinadas a atender o direito coletivamente.

Isto porque a saúde está alicerçada em conceitos e princípios amplos, que permitem que o aplicador recorra a diversas interpretações, embasados em várias diretrizes, inclusive técnicas e políticas.

Se hoje se pode compreender, por exemplo, que o direito à saúde compreende o fornecimento de um determinado medicamento, amanhã, em face de novos estudos que demonstram a ineficácia do mesmo para o tratamento de determinada doença, o direito à saúde pode não mais abarcar aquele produto pretendido.

Ademais, em face das características peculiares de um determinado grupo de cidadãos, como é o caso da população indígena, eu posso entender o direito à saúde de forma distinta de outro grupo, com base nas suas particularidades e necessidades específicas.

A maleabilidade do direito à saúde permite a sua mais diversa conformação a vários contextos e situações, sem que se determine, por via conceitual, o que exatamente deve constar como conteúdo deste direito.

Dallari (2009), nesse sentido, apresenta as várias acepções que a palavra saúde já ganhou ao longo da história da humanidade, desde Hipócrates, no século IV, até os dias atuais, que culminam com a definição dada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no preâmbulo de sua Constituição, data de 1946: “Saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

Em face da mutabilidade desse conceito ao longo da história, Dallari (2009, p. 99) salienta que “o Direito à saúde terá sempre um conteúdo próprio a cada comunidade, devendo ser permanentemente construído”. E a autora reforça a importância de que esta definição de saúde, abrigada pelo direito, seja constantemente debatida na sociedade na qual se insere.

Direitos como o da saúde são indeterminados por sua própria natureza, norteados por princípios jurídicos amplos e conduzida por atuações políticas (políticas públicas) que acabam por tangenciar fatores econômicos, tecnológicos, sociais e culturais, relacionados com a prestação de cuidados de saúde, e com as mais variadas necessidades de saúde da população.

No Brasil, o direito à saúde tem alicerce jurídico em garantias constitucionais claras, e fincadas em princípios, como o de universalidade e integralidade de assistência à saúde. Princípios amplos, cuja indeterminação conceitual e de seu alcance tendem a levar os juízes a um julgamento para além da simples leitura da lei e dos elementos normativos.

A própria leitura dos princípios, em face da complexidade de cada caso concreto, tende a levar o aplicador da lei a uma interpretação eivada de fatores políticos e até morais. Isso abala a ilusória certeza e segurança jurídicas sobre as quais estrutura-se a teoria do direito na modernidade.

Nesse contexto, Rodrigues (2008) destaca que a leitura positivista do direito como sistema autossuficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de determinação suas situações de

aplicação, deixa escapar a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional: a sua abertura interpretativa.

É um ordenamento jurídico focado em princípios, como o brasileiro, leva o operador do direito, portanto, a um maior grau de criatividade e penetração social com o manuseio das normas postas.

O Poder Judiciário assume papel de destaque neste processo, uma vez que é o órgão central do sistema jurídico, responsável por dizer, em última instância, o que é e o que não é direito, examinando o caso concreto e fazendo leis entre as partes.

Um atual ordenamento jurídico, como o brasileiro, focado em princípios constitucionais amplos e, igualmente vigentes como norma jurídica, tais como o princípio da “dignidade da pessoa humana” e da “universalidade do direito à saúde”, coloca em cheque o preceito da racionalidade “pura” do juiz e dos demais aplicadores da lei.

Isto porque estes princípios são amplos e não se referem a normas jurídicas que podem ser classificadas como regras, para as quais se contrapõem sanções definidas. Direitos como o direito social e fundamental à saúde, tangenciam concepções de justiça social, arraigada de valores éticos e, até, morais.

Habermas (2003, p. 140) ressalta, ao abordar a teoria kantiana sobre a relação entre direito e moral, que na doutrina do direito os conceitos fundamentais da moral são reduzidos a três dimensões: “o conceito de direito não se refere primariamente à vontade livre, mas ao arbítrio dos destinatários; abrange a relação externa de uma pessoa com outra; e recebe a autorização para a coerção”.

Todavia, indica o autor que o princípio do direito limita o princípio da moral apenas nesses três aspectos, e que “a partir dessa limitação, a legislação moral reflete-se na jurídica, a moralidade na legalidade, os deveres éticos nos deveres jurídicos etc.” (p. 140). Fato este que resta evidente na garantia de direitos sociais, pelas suas características intrínsecas.

É nesse sentido que Dworkin (2001), ao propor um modelo jurídico focado em direitos, e não apenas no texto jurídico, admite a existência de direitos morais (focados em princípios) que, em última instância, são capazes de nortear o aplicador da lei.

Este autor considera que a concepção centrada no texto jurídico é muito restrita, porque não estipula nada acerca do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Assim, o autor reforça que, dentro desta concepção, seja qual for o conteúdo das normas, elas devem ser seguidas até serem modificadas pelo estatuto jurídico.

E propõe uma concepção de Estado de Direito que chama de “concepção centrada nos direitos” que é, a seu ver, “muito mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo” (DWORKIN, 2001, p. 9).

E, nesse sentido, o autor indica que o texto legal deve retratar os direitos morais, consagrados em princípios jurídicos, e os aplicar aos casos concretos. E, ele mesmo reconhece que essa é uma concepção “complexa”, e importa muito mais discussões e intersecções entre o direito e a política, e o direito e a moral, visto o papel explícito que desempenha o aplicador do direito nessas outras searas, e visto a penetração destas no campo do direito.

Sem prescindir do texto jurídico, e de sua importância, Dworkin (2001) sustenta que esta não é a única fonte de direitos, e que os juízes devem levar em conta no momento da decisão, não apenas o livro de regras, como também (e, sobretudo), a carta de princípios jurídicos.

Dworkin (2001) ressalta que este aplicador do direito deve ter em mente o ordenamento jurídico como um todo, e que os princípios não podem pairar acima ou ao lado das regras. Reconhece o autor que o ordenamento jurídico é uno, e o princípio não pode se deslocar das normas e dos textos normativos<sup>11</sup>.

---

11 Em suas palavras, “o princípio não deve estar em conflito com outros princípios que devem ser pressupostos para justificar a regra que está aplicando ou com qualquer parte considerável das outras regras” (DWORKIN, 2001, p. 15).

Todavia, indica que um juiz que segue a concepção de Estado de Direito, focado em direitos, poderá tentar, em um caso controverso, estruturar sua decisão com base em princípios que, para ele, captem, no nível adequado de abstração, os direitos morais das partes que são pertinentes às questões levantadas pelo caso.

Para Dworkin (2002) não se trata de sacrificar direitos ou escolher entre valores concorrentes (que não se confundem com interesses), mas sim, de compreender os princípios como normas deontológicas que estabelecem direitos e deveres e que preexistem no momento da decisão.

Assim, reconhece o autor que o paradigma positivista deve ser transposto em muitas situações em que, para mais bem atender ao próprio direito, outros elementos e princípios morais devem permear a interpretação e aplicação das normas.

Esse panorama nos remete à aplicação prática dos princípios da integralidade e universalidade de assistência à saúde nos casos submetidos ao Judiciário<sup>12</sup>, delineado na Constituição Federal e nos artigos 6º e 7º da Lei n. 8.080/1990, que já levou os juízes a muitas interpretações equivocadas de princípios morais.

Apesar de serem direitos que efetivamente estão delineados no ordenamento jurídico, são direitos focados em princípios de amplitude inquestionável, cuja aplicação pode ser permeada por alto grau de criatividade dos juízes.

Esse fato revela o choque do paradigma positivista. Isto porque permite que os juízes, fundamentados de fundamentos principiologicos de direitos morais, inovem em caso concreto e garantam aos cidadãos os mais diversos medicamentos solicitados para o tratamento de suas moléstias.

Permitem que os juízes levem em consideração as peculiaridades de cada caso concreto para proferirem as suas decisões, sem que exista uma “certeza” jurídica quanto ao posicionamento destes juízes.

Neves (2007), neste contexto, destaca que a linguagem jurídica, sobretudo a constitucional, não deve ser uma linguagem artificial, e sim um tipo especializado da linguagem natural ou ordinária que “desenvolve-se basicamente a partir da situação semântico-pragmática, variando intensamente de significado conforme a situação e o contexto comunicativo” (p. 88).

Destaca-se, com base na pesquisa empreendida por Marques (2011), que os cidadãos solicitam medicamentos não com base nos seus julgamentos pessoais sobre o melhor tratamento de saúde e sim com base em uma prescrição médica, emanada por médico que pode ou não compor a rede do SUS.

E, mesmo com o advento da Lei n. 12.401/2011, que reduz, em seu artigo 19 – M<sup>13</sup>, o conceito de integralidade, previsto no artigo 6º, alínea “d”, da Lei n. 8.080/1990, a produtos e serviços constantes em lista oficial do SUS, os juízes continuam decidindo que em determinados casos, demonstrados nos processos como fundamentais aos pacientes por pareceres e perícias médicas, os cidadãos devem ter acesso a medicamentos não padronizados no SUS. E essas decisões judiciais seguem baseadas em princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CF) que, segundo as manifestações do Poder Judiciário, norteiam a aplicação da lei em tela<sup>14</sup>.

Portanto, a aplicação de princípios constitucionais não pode ser reduzida nem isolada a paradigmas positivistas, que buscam operativamente padronizar as respostas do sistema jurídico, com vistas a alcançar a tão sonhada (e ilusória) certeza jurídica.

A aplicação de princípios, ao contrário, permite que as linguagens jurídicas e pragmáticas se encontrem, buscando um caminho argumentativo para cada caso concreto. Caminhos estes que podem variar consideravelmente, dependendo do caso apresentado.

---

12 Cf. Marques, 2011.

13 “Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea “d” do inciso I do art. 6º consiste em: I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P; II – oferta de procedimentos terapêuticos, em regime domiciliar, ambulatorial e hospitalar, constantes de tabelas elaboradas pelo gestor federal do Sistema Único de Saúde (SUS), realizados no território nacional por serviço próprio, conveniado ou contratado.”

14 Cf. Mendes, 2014.



E que podem requerer soluções diversas para que o direito seja garantido, dentro e fora da arena judicial. As padronizações políticas já formalizadas, portanto, nem sempre podem ser as mais adequadas para a garantia efetiva do direito à saúde.

Sem pesar a importância da padronização coletiva de medicamentos, tratamentos e insumos de saúde, por meio de políticas públicas, inclusive para a própria segurança dos pacientes, os princípios constitucionais permitem que o juiz garanta, em face das peculiaridades e das indicações médicas de cada caso concreto, outros medicamentos e tratamentos que podem representar, muitas vezes, a garantia de uma vida digna ou minimizar o sofrimento e a dor de alguém.

Sim, é evidente que o direito à saúde, essencialmente garantido por políticas públicas, tem um indissociável componente político. Contudo, limitar esse direito ao estabelecidos em Protocolos e Listas elaboradas pelo Poder Executivo do Estado, notadamente pelo Ministério da Saúde e pelas Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, atende ao propósito de unir o direito à política?

Reduzir o princípio constitucional de integralidade de assistência à saúde à oferta pública dos medicamentos, selecionados pelo gestor público, representa um retrocesso em relação à garantia ampla do direito à saúde, focado em princípios que permitem a garantia de dignidade e cuidado de saúde a todos.

Salienta-se que muitos problemas perpassam as políticas públicas de medicamentos, desde a alegada falta de verbas, até o atraso na revisão dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas.

Apesar de serem elaborados com base na medicina baseada em evidências, os Protocolos e Listas oficiais não contemplam todas as necessidades de saúde da população, bem como podem apresentar falhas e demoras em sua atualização, de acordo com novas tecnologias e recursos disponíveis.

Ademais, um determinado cidadão pode não se enquadrar no tratamento previsto para uma determinada moléstia. Não teria, então, este cidadão direito à saúde resguardado pelo Estado?

Se, por um lado, é evidente a necessidade de aproximar o direito à saúde, e os juízes, das dimensões políticas indissociavelmente envolvem este direito, por outro, é preciso cuidado em relação ao princípio da proibição do retrocesso social<sup>15</sup>.

Assim, é preciso que se criem caminhos de diálogo entre o direito e a política, sem que uma dimensão venha a tolher ou encolher a outra, buscando a harmonia entre esses dois sistemas que se interpenetram a todo tempo na garantia do direito à saúde<sup>16</sup>.

Inclusive para que, aos propósitos da microjustiça do caso concreto, unam-se os preceitos de justiça social e distributiva, tão presentes na aspiração de construção de um Sistema de Saúde Universal. Justiça essa que busca a distribuição de bens e recursos de uma dada sociedade, rumo à diminuição das desigualdades sociais e a equalização de oportunidades e serviços dentro dessa sociedade.

Em relação ao direito à saúde, podemos dizer que essas as dimensões da justiça (comutativa, das disputas individuais e distributiva, social) unem-se em cada caso concreto posto em juízo, visto que, ao discutir a justiça das trocas esta, necessariamente, se discutindo a justiça distributiva.

Se um determinado cidadão deve ter acesso a um medicamento para o tratamento de sua saúde, além de estarmos discutindo este caso específico, estamos, a todo tempo, discutindo o dever coletivo do Estado de garantir saúde a todos.

---

15 Segundo Cunha (2010) esse princípio determina que uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional que define um direito social, como o direito à saúde, os legisladores e gestores públicos ficam proibidos de expedir normas que possam suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto.

Destaca o autor que: “na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, assim como a criação de normas infraconstitucionais, há, ao mesmo tempo, um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas, que vão de encontro às conquistas ratificadas em termos de legislação, com o escopo de usurpá-las, relativizá-las ao alvedrio do momento, sob pena de deixar de cumprir, por via reflexa, o dever concretizador” (CUNHA, 2010, p. 45).

16 Aqui se destaca a necessidade premente de participação popular na elaboração desses Protocolos e Diretrizes.

E assim sendo, mais uma vez evidencia-se que a justiça positivista, exercida pelos juízes no direito moderno, eminentemente baseada na justiça das trocas, também precisa ser agregar a dimensão de justiça distributiva existente no direito à saúde.

Contudo, as políticas públicas de saúde são compostas pelas mais diversas normas jurídicas, que por sua vez são motivadas pelas mais diversas questões e discussões sanitárias. Apresentam-se, assim, de forma dispersa e quase ininteligível para o operador do direito.

Fato este que reforça a pertinência do diálogo entre o sistema jurídico e o sistema político na garantia do direito social à assistência farmacêutica. E este diálogo deve acontecer não apenas para que os juízes e os demais operadores do direito tenham acesso às normativas infralegais que compõem as políticas públicas de saúde, mas que passem a usá-las em duas decisões.

Mais que isso: para que os profissionais do direito (principalmente os que lidam diretamente com a questão da saúde, sejam como juízes, promotores, defensores públicos, membros da sociedade civil organizada, entre outros) apreendam a lógica política e participem das discussões que permeiam a elaboração das políticas públicas de saúde.

Estratégias de resoluções extrajudiciais de conflitos, bem como estratégias de atuação conjunta do Poder Executivo e do Poder Judiciário dentro do Poder Judiciário, têm sido consideradas mais eficazes para o enfrentamento das questões oriundas da aplicação e garantia do direito à saúde, porque mais compatíveis com sua complexidade.

Isso vem trazendo à tona a necessidade de que o direito crie parâmetros e procedimentos, para além dos procedimentos e processos judiciais clássicos, para a garantia e enfrentamento de direitos complexos como o direito à saúde. Os enfrentamentos extrajudiciais, ou seja, fora da arena do processo judicial, nesse contexto, vem ganhando destaque.

## 2. OS ENFRENTAMENTOS EXTRAJUDICIAIS

Como observa Ost (2005, p. 24), “quanto aos instrumentos de medida do tempo, toda sua história (...) revela sua estreita dependência em relação às necessidades sociais e configurações sociais do momento”.

E o autor indica que,

contra a tirania da urgência e a cultura da impaciência, seria preciso lembrar, então, que a democracia, sobretudo associativa, toma seu tempo – o da informação, da negociação, da deliberação (...). Contra as coerções administrativas de um executivo voltado aos “expedientes”, contra as abreviações de uma justiça pela mídia cada vez mais “expedita”, contra as tentações da “justiça do espetáculo e da democracia plebiscitária seria preciso lembrar as virtudes do que Dominique Rousseau denomina a “democracia contínua”: as virtudes do controle e do debate cidadãos, que não se reduzem unicamente aos períodos eleitorais, as virtudes do processo, lento porque dialogante, as virtudes do controle de legalidade e de constitucionalidade, que relevam que a eficácia não é o único princípio pertinente da ação pública (OST, 2005, p. 34).

E preciso tempo para amadurecer as soluções e as resoluções mais acertadas para a continuidade do SUS e da garantia de um direito universal à saúde, em face das diversas facetas e dos panoramas jurídicos, técnicos e políticos que o envolvem.

Para que se construam novos paradigmas de produção e aplicação do direito, revela-se necessário que exista tempo. Trata-se de um processo contínuo que, em longo prazo, pode desaguar em novas soluções mais condizentes aos atuais problemas enfrentados na seara da saúde e do direito que o resguarda amplamente.

Ultimamente, o volume de estudos e debates sobre o tema em deslinde<sup>17</sup>, mostra a preocupação com a atuação judicial, e o anseio de que o Poder Judiciário encontre uma “fórmula” para que suas decisões passem a impactar cada vez menos as políticas e orçamentos públicos.

---

17 Pepe *et al.* (2011) trazem interessante compilação de trabalhos já escritos sobre o tema da judicialização da saúde e propõem indicadores para serem utilizados em pesquisas futuras, com o intuito de se padronizarem as informações sobre o tema, a fim de permitir posteriores comparações e possibilitar uma visão mais global sobre a questão em deslinde.



A angústia de gestores públicos e de pesquisadores perante a iniquidade<sup>18</sup> e a desorganização administrativa que as decisões judiciais vêm ocasionando no SUS, como delineado no trabalho de Ferraz e Vieira (2009), não será resolvida com brevidade, sob pena de deixar de lado um importante debate para o amadurecimento da cidadania sanitária no país.

Para que criemos um novo paradigma para aplicação e garantia do direito à saúde, é preciso crescer no sentido da intersecção entre os saberes, e das práticas profissionais de operadores do direito, médicos e gestores públicos de saúde. E, inclusive, da participação da sociedade civil em todo esse processo.

É preciso que o direito se dirija para além do processo judicial. E se insira, com sua especificidade técnica-jurídica, nas questões que envolvem a área sanitária, em seus âmbitos técnicos e políticos.

Unger (2004, p. 43) salienta que “devemos prosseguir pacientemente com a tarefa de garantir o gozo efetivo de direitos”. E o direito à saúde, como já indicado, só será efetivamente garantido de forma sistêmica, conjugando o coletivo ao individual, o direito à política, a medicina à gestão pública.

Ost (2005, p. 34), nesse sentido, reforça que é preciso “reivindicar o direito à lentidão de onde unicamente poderia emergir uma forma inédita de *práxis* social”. É preciso que seja construída uma *práxis* social para enfrentar o embate entre as decisões judiciais do caso concreto e as políticas públicas de saúde, sem prejudicar os cidadãos e, tampouco, retroceder às conquistas sociais de universalidade e integralidade do direito à saúde<sup>19</sup>.

Assim, é preciso que se amplie o debate já iniciado no Brasil sobre esta temática, em fóruns acadêmicos e políticos que abriguem todos os atores envolvidos e interessados na proteção efetiva do direito complexo à saúde.

Nesse sentido, mostra-se extremamente pertinente a criação do Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde<sup>20</sup>, ligado ao CNJ, que tem por objetivo elaborar estudos e propor medidas para o aperfeiçoamento de procedimentos e a prevenção de novos conflitos na área da saúde, como os relacionados a fornecimento de medicamentos, tratamentos médicos, internações e monitoramento de ações judiciais relativas ao Sistema Único de Saúde (SUS).

E o artigo 4º desta resolução deixa clara a composição multidisciplinar deste Fórum, que deverá contar com membros e especialistas do Ministério da Saúde, e demais órgãos envolvidos com a temática.

O Poder Judiciário brasileiro, com a criação do Fórum de Monitoramento da Saúde mencionado, mostra-se disponível para levar esse debate adiante, de forma mais aberta e democrática, em prol da garantia do direito à assistência à saúde de forma mais condizente com o contexto técnico e político que o envolve.

Reconhece-se, assim, pela mais alta cúpula do Poder Judiciário brasileiro, a importância do exercício do direito à saúde ser penetrado por outros saberes e outras informações de ordem político-sanitária.

O CNJ mostra-se, ainda, preocupado com a formação dos magistrados, para que atuem de forma mais condizente com a complexidade que envolve o direito à saúde.

E, nesse sentido, expediu a Recomendação n. 31 de 30 de março de 2010, em que recomenda à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam), à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat) e às Escolas de Magistratura Federais e Estaduais que:

---

18 Como salientam Ferraz e Viera (2009), a iniquidade pode ser causada pelo fato do tratamento especial dispensado ao autor da ação, que pode vir a obter vantagens e privilégios em relação ao todo da sociedade, que não acessa, igualmente, o Poder Judiciário.

19 Sobre a garantia do direito à saúde e o princípio do não retrocesso social, ver Cunha (2010), em “O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o Direito à Saúde no Brasil”.

20 Fórum criado pela Resolução n. 107 de 6 de abril de 2010 do CNJ.

a) incorporem o direito sanitário nos programas dos cursos de formação, vitaliciamento e aperfeiçoamento de magistrados; b) promovam a realização de seminários para estudo e mobilização na área da saúde, congregando magistrados, membros do ministério público e gestores, no sentido de propiciar maior entrosamento sobre a matéria (artigo II da referida Resolução).

A educação, portanto, tem papel fundamental neste contexto. E aqui delineamos uma importante vertente de atuação extrajudicial de longo prazo: a formação dos profissionais de direito.

Para o avanço na aplicação do direito, de forma mais atrelada à complexa realidade política e sanitária do país, é preciso que os profissionais jurídicos estejam preparados para assim atuarem.

É preciso que tanto os magistrados em exercício, quanto os demais profissionais da área jurídica, estejam preparados para assumir a responsabilidade de um direito que vai além da leitura normativa e dogmática, para percorrer a justiça e garantia do direito à saúde em sua amplitude<sup>21</sup>.

E destaca-se que não apenas os juristas já em exercício devem se adequar a esse novo contexto de produção e aplicação do direito. É fundamental que as escolas de Direito revejam as suas disciplinas e métodos pedagógicos, a fim de nortear a construção de outros paradigmas, mais consentâneos com nossos reais problemas complexos.

E, nesse sentido, Azevedo (2000, p. 58) indica que, para que o jurista possa assumir um papel equivalente à sua responsabilidade, “tem que ser capaz de ir além da formação positivista, que o quer operando como máquina de articulação e encadeamento de conceitos, em nome de uma inventada neutralidade científica de seu saber”.

Deve o ensino jurídico preparar os alunos para uma compreensão mais ampla da realidade, e para que raciocinem de forma mais integrada com outros conhecimentos necessários para a compreensão do contexto social.

Todavia, mesmo demonstrando sua inadequação para os atuais problemas jurídicos, é esse normativismo que continua sendo o norte formador das Escolas de Direito, que acabam por formar profissionais despreparados para trabalhar com a atual dimensão do direito na realidade social.

Machado (2009, p. 197) indica que “tanto os advogados quanto promotores de justiça e juízes, quer propondo ações, quer julgando-as, sempre estarão envolvidos com a nova legalidade, de caráter coletivista ou metaindividual”. Contudo, infelizmente, de forma despreparada para atuar com esse novo panorama.

Outra importante diretriz da citada recomendação do CNJ refere-se à recomendação de que os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Regionais Federais promovam

para fins de conhecimento prático de funcionamento, visitas dos magistrados aos Conselhos Municipais e Estaduais de Saúde, bem como às unidades de saúde pública ou conveniadas ao SUS, dispensários de medicamentos e a hospitais habilitados em Oncologia como Unidade de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Unacon) ou Centro de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia (Cacon) (artigo I, alínea “d”).

Essa recomendação mostra que o juiz que julga uma demanda de saúde deve conhecer o contexto sanitário não apenas por meio de livros e textos. Ele deve conhecê-lo na prática. Ou seja, deve o juiz sair da clausura de seu gabinete, e de sua atuação cercada por processos, para olhar a realidade que existe por trás deles com os seus próprios olhos. Ele deve conhecer, de fato, a realidade da saúde pública brasileira.

Essa recomendação dá ensejo, também, a propositura de diálogos mais simples entre os juízes e gestores públicos, que às vezes podem ser consubstanciadas em um telefonema para averiguar a pertinência de uma solicitação médica, antes de deferi-la contra o Estado.

21 Machado (2009, p. 19) indica que, entre todos os problemas que perpassam o ensino jurídico, podem-se destacar os seguintes, como problemas estruturais: “a) predomínio autoritário do paradigma normativista da ciência jurídica; b) a insuficiência da metodologia lógico-formal; e c) o visível esgotamento do seu paradigma político, o liberalismo”.

Ao conhecerem as pessoas por trás dos nomes, o caminho para acessar de forma mais simples o SUS, talvez os juízes possam travar diálogos mais diretos com as repartições públicas de saúde vizinhas aos Tribunais.

O desafio da mudança educacional destes profissionais configura-se uma importante vertente de atuação extrajudicial de longo prazo, no sentido da formação de profissionais médicos e jurídicos, capazes de atuar em sintonia com a realidade social e política do Sistema de Saúde.

Outro importante ponto de atuação extrajudicial refere-se à participação de operadores do Direito, principalmente Magistrados, Promotores de Justiça, Procuradores do Estado e Defensores Públicos, no âmbito da formulação e execução das políticas públicas de saúde.

Um primeiro ponto a ser abordado neste âmbito trata-se da participação destes profissionais nos Fóruns de participação popular estabelecidos, formalmente, no âmbito do SUS, quais sejam: os Conselhos e as Conferências de Saúde, regulamentados pela Lei n. 8.142/1990<sup>22</sup>.

No que tange à composição dos Conselhos de Saúde, o parágrafo 2º do artigo 1º desta Lei estabelece que

o Conselho de Saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por **representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários**, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera do governo. (grifos da autora)

Pela importância hoje assumida pelos profissionais do Direito para impulsionar a garantia do direito à saúde, e pelo impacto de suas ações no âmbito do SUS, revela-se pertinente que esses profissionais participem ativamente desses Conselhos, olhando e cuidando do direito em sua formulação política.

É no campo político que o Direito pode, efetivamente, exercer sua função de resguardar e impulsionar a garantia do Direito social à Saúde, em sua dimensão coletiva.

No campo extrajudicial, portanto, o Direito tem a importante função de mediar a relação (que deve ser dialógica) entre os cidadãos e o poder político do Estado, para a construção democrática e legítima de um sistema de saúde integral e universal.

E, também, tem a função primordial de zelar por esses espaços de participação popular, que irá legitimar as construções políticas e os pactos estabelecidos, além de zelar pela boa execução da política pública.

Outra atuação que vem sendo muito exaltada refere-se à criação de Câmaras de Mediação de Conflitos, composta por profissionais do direito e da gestão em saúde, capazes de mediar os conflitos acerca das demandas por bens e serviços de saúde antes que essas cheguem ao Judiciário.

Cita-se como exemplo a criação da Câmara de Mediação em Saúde do Distrito Federal (Camedis)<sup>23</sup>, que tem como missão institucional buscar solução às demandas por serviços e produtos de saúde, com o intuito de evitar ações judiciais ou propor soluções para àquelas em trâmite. Essa Câmara é vinculada à Secretaria de Saúde, coordenada pela mesma, e se destina a resolver conflitos em saúde de forma extrajudicial, buscando harmonizar os interesses em jogo e atender os cidadãos que se sintam lesionados ou privados de seu direito à saúde, da forma mais condizente possível com a política de saúde<sup>24</sup>.

22 O artigo 1º desta Lei estabelece que: “O Sistema Único de Saúde (SUS), de que trata a [Lei nº 8.080 de 19 de setembro de 1990](#), contará, em cada esfera de governo, sem prejuízo das funções do Poder Legislativo, com as seguintes instâncias colegiadas: I – a Conferência de Saúde; e II – o Conselho de Saúde”.

23 Criada pela Portaria Conjunta (SES-DF e DP-DF) n. 1 de 26 de fevereiro de 2013.

24 Essa Câmara é composta por representante da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal (SES/DF), que a coordena, e representante da Defensoria Pública, e tem como objetivos: I – promover mediação em demandas por serviços ou produtos de saúde a serem fornecidos pelo SUS no Distrito Federal;

Se extraído acordo da mediação sanitária, pactuada na Camedis, o interessado terá a garantia de cumprimento desse junto à Secretaria de Saúde, sob pena de executá-lo na via judicial.

Outro exemplo pertinente refere-se à atuação das Defensorias Públicas, responsáveis em muitas unidades da federação, como no Distrito Federal<sup>25</sup> e no Rio de Janeiro<sup>26</sup>, pela propositura da maioria das ações judiciais sobre saúde junto ao Poder Judiciário. Tendo em vista o interesse público que permeia a atuação dessas, a Defensoria tem papel fundamental de tentar resolver, em primeiro plano, as demandas de saúde de forma extrajudicial.

Silva (2014) demonstra que, no ano de 2012, 70% dos atendimentos realizados na Defensoria Pública do Distrito Federal, no seu Núcleo de Saúde, foram resolvidos de forma extrajudicial, ou seja, por meio da atuação deste órgão administrativamente, junto à Secretaria de Saúde do Distrito Federal, por meio de ofícios extrajudiciais e contato direto com os diversos setores desta Secretaria.

Ainda de acordo com Silva (2014) apenas 30% das demandas foram resolvidas junto ao Poder Judiciário, referentes a casos em que não houve a resolução do conflito administrativamente, seja pela prestação de saúde pleiteada não estar nas listas e protocolos do SUS, seja pela ausência de tempo hábil para fazê-lo por parte da Secretaria de Saúde, tempo não condizente com a necessidade e urgência de saúde da parte requerente.

Assim, demonstra-se que a atuação da Defensoria Pública do DF tem se revelado fundamental para diminuir o número de ações judiciais interpostas neste ente federado, sem deixar de atender às demandas de saúde dos usuários que, por vezes, não conseguem acesso junto à Secretaria de Saúde.

A atuação extrajudicial dos operadores do Direito é, portanto, fundamental para penetrar o campo político, tão indissociável do exercício do direito à saúde. E para que, em longo prazo, possamos reverter a lógica da atual “judicialização da saúde”, para uma lógica mais voltada para o âmbito coletivo em que este Direito se insere.

Acreditamos que a “judicialização” deve ultrapassar o debate puramente individual para adentrar diretamente a seara política, na qual melhor se pode conjugar os interesses e vontades de todos os cidadãos que, igualmente, tem direito à saúde.

É nessa arena que podem ser debatidas as vontades gerais, em que os grupos com diferentes interesses podem dialogar, e em que as diretrizes políticas podem ser formuladas com legitimidade democrática.

E é a partir dela que o papel da “judicialização” pode ser cumprido com mais adequação às características complexas do direito à saúde.

Para finalizar, Marramao (2007, p. 10-11) deixa um importante aviso,

devemos repensar um ser-em-comum composto de histórias diversas e de diferenças inassimiláveis: em uma *civitas* como comunidade paradoxal suscetível de acolher as existências (e experiências) singulares, independentemente das pertinências identitárias que em cada caso se fazem presentes, como inevitável efeito dos mecanismos de identificação simbólica e das práticas coletivas de “invenção da tradição”. E, todavia, nesse “período de transição”, nessa fase de passagem entre o não-mais da velha ordem interestatal e o não-ainda da nova ordem pós-nacional, na qual nos cabe viver e operar, por longo tempo, deveremos nos dispor a escrever com uma mão a palavra “universalidade”, e com a outra a palavra “diferença”. E, por longo tempo, creio, deveremos resistir à tentação de escrever ambas as palavras com apenas uma mão. Porque seria, em todo caso, a mão errada.

---

II – buscar conciliação e propor soluções para demandas judiciais em trâmite; III – tomar conhecimento das demandas judiciais e administrativas levadas à ciência da Camedis por qualquer de seus membros integrantes indicados no artigo 3º; IV – propor a órgãos e entidades da Administração Pública do Distrito Federal, responsáveis pela elaboração e execução de políticas públicas associadas à saúde pública no DF, medidas para melhorias e cooperação.

25 Cf. Delduque e Marques (2011).

26 Cf. Messeder, Osorio-de-Castro e Luiza (2005).

E assim esperamos e batalhamos para que o direito à saúde possa ganhar contornos cada dia mais sólidos no Brasil, composto das mais diversas vozes e necessidades que estão presentes na nossa sociedade.

## Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Plauto Faraco. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** – Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

COSTA, Alexandre Bernardino e SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **O Direito Achado na Rua: uma idéia em movimento**. In. COSTA, Alexandre Bernardino et. al. (org.). O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde. Brasília: CEAD/UnB; 2009. p. 15-27.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social e o direito à saúde no Brasil**. Monografia apresentada ao curso de Especialização em Direito Sanitário da Fundação Oswaldo Cruz – Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Sanitário. Brasília, 2010.

DALLARI, Sueli Gandolfi. O conteúdo do direito à saúde. In. COSTA, Alexandre Bernardino et al. (org.). **O direito achado na rua: introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: Cead/UnB, 2009. p 91-101.

DELDUQUE, Maria Célia; MARQUES, Silvia Badim. A judicialização da política de assistência farmacêutica no Distrito Federal: diálogos entre a política e o direito. **Tempus Actas de Saúde Coletiva** [on-line], v. 5, n. 4, p. 97-106, 2011. ISBN 1982-8829. Disponível em: <<http://www.tempusactas.unb.br/index.php/tempus/article/view/1060>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIA, José Eduardo. **O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios**. Revista de Estudos Avançados 18 (51): 103-25; 2004.

FERRAZ, Octávio Luiz Motta e VIERA, Fabíola Sulpino. DADOS. **Direito à Saúde, Recursos Escassos e Equidade: Os Riscos da Interpretação Judicial Dominante**. DADOS - Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, Vol.52, nº 1, 2009, 223-51

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia** – Entre facticidade e validade I. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito** – O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje. Coimbra: Almedina, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.



LYRA FILHO, Roberto. **O que é o direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social**. 2.ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MARQUES, Silvia Badim. **O direito ao acesso universal a medicamentos no Brasil**: diálogos entre o direito, a política e a técnica médica. 2011. Tese de Doutorado em Serviços de Saúde Pública, Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6135/tde-31102011-100650/>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

MARRAMAO, Giacomo. **Passado e futuro dos direitos humanos**: da “ordem pós-hobbesiana” ao cosmopolitismo da diferença. Texto enviado por ocasião do XVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (Conpedi). Belo Horizonte, 2007.

MENDES, Jéssica Galvão. **Análise de ações judiciais que envolvem pedidos de medicamentos não padronizados no Sistema Único de Saúde**: o caso do Distrito Federal. Monografia apresentada ao Curso de Saúde Coletiva da Faculdade de Ceilândia, Universidade de Brasília, como requisito para a conclusão do Bacharelado. Brasília, 2014.

MESSEDER, Ana Márcia; OSORIO-DE-CASTRO, Claudia Garcia Serpa; LUIZA, Vera Lucia. Mandados judiciais como ferramenta para garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, abr. 2005.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ciência com consciência**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

MORIN, Edgar et al. **Educar na era planetária** – O pensamento complexo como *Método* de aprendizagem no erro e na incerteza humana. São Paulo: Cortez, 2003.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OST, Françóis. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

PEPE, Vera Lúcia Edais et. al. (orgs). Manual indicadores de avaliação e monitoramento das demandas judiciais de medicamentos. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca; 2011.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **A afirmação da justiça como a tese da única decisão correta**: o enfrentamento da questão do caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Constituição”. Brasília, 2008.

SANTOS, Alethele de Oliveira. **A abordagem de temas jurídicos na audiência pública da saúde no Supremo Tribunal Federal**. Monografia apresentada ao IV Curso de Especialização em Direito Sanitário, como requisito para a obtenção do grau de Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz. Brasília, 2010.



SILVA, Sanlai do Nascimento Nunes. **Judicialização da saúde no Distrito Federal**: o papel da Defensoria Pública e a resolução extrajudicial e judicial de conflitos. Trabalho de conclusão de curso apresentado à Universidade de Brasília, Faculdade de Ceilândia, para obtenção do título de Bacharel em Saúde Coletiva. Brasília, 2014.

TORRONTÉGUY, Marco Aurélio Antas. A saúde nas barras da Justiça: um estudo do posicionamento recente do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 224-232, 2010.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O direito e o futuro da democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

WERNER, Patrícia Ulson Pizarro. O direito social e o direito público subjetivo à saúde – o desafio de compreender um direito com duas faces. **Revista de Direito Sanitário**. São Paulo, v. 9, n. 2, p. 92-131, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7.ed. **São Paulo: Saraiva**, 2009.