
A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE NA ITÁLIA E NO BRASIL: UMA ANÁLISE DOS LIMITES DO DIREITO À SAÚDE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

HEALTH BUILDING IN ITALY AND IN BRAZIL: AN ANALYSIS OF THE LIMITS OF THE RIGHT TO HEALTH IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF INTEGRITY

*Camilla Japiassu Soares
Advogada da União
Pós-Graduada (FESMPDFT)
Mestranda em Direito (UnICEUB/DF)*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Construção do Direito à Saúde na Itália e no Brasil: Controle, Exclusão e Esperança; 2 Os Limites do Direito à Saúde à Luz do Princípio da Integridade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: O trabalho procura mapear a construção do sistema de saúde no Brasil e na Itália, bem como delinear os limites do direito à saúde nos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano. Ademais, busca discutir a forma como as demandas envolvendo o direito à saúde são levadas à análise do Poder Judiciário, sobretudo o brasileiro, valendo-se, para a discussão, do princípio da integridade de Ronald Dworkin, o qual pressupõe o tratamento de todos os cidadãos com igual respeito e consideração por parte do Estado e reconhece a dimensão moral e política do Direito e da própria função judicial responsável por sua aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à Saúde. Princípio da Integridade. Função Judicial. Aplicação. Dimensão Moral e Política.

ABSTRACT: The work seeks to map the health system construction in Brazil and in Italy, as well as to delineate the limits of the right to health in the Brazilian and Italian legal systems. Furthermore, it seeks to discuss how the demands involving the right to health are brought to the analysis of the judiciary, especially the Brazilian, and drawing upon of the principle of the integrity of Ronald Dworkin, which assumes the treatment of all citizens with equal respect and consideration on the part of the State and recognize the moral and political dimension of law and judicial function itself responsible for its application.

KEYWORDS: Right to Health. Principle of Integrity. Judicial Function. Application. Moral and Political Dimension.

INTRODUÇÃO

Embora os sistemas jurídicos constitucionais brasileiro e italiano sejam de tradição romano-germânica, desde a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, ganhou força a leitura principiológica do direito constitucional, do mesmo modo que aconteceu com a Constituição italiana de 1948 e, com isso, teorias da decisão judicial elaboradas com base na tradição anglo-americana (*common law*), como a de Ronald Dworkin, provocaram novas reflexões acerca da jurisdição constitucional. Esse cenário recolocou o Poder Judiciário em cena não somente como aplicador do direito, mas como realizador de direitos. De fato, ao analisar os chamados *hard cases*¹, sobretudo o Judiciário brasileiro precisou atuar de maneira mais incisiva, às vezes corrigindo a atividade dos demais poderes, como o Executivo e o Legislativo.

Destarte, vive-se na fase do *Judge Made Law*². Uma fase em que não só a lei constitui o Direito, uma vez que os juízes não mais são tidos como simples porta-vozes, indicadores das normas, mas intérpretes últimos da Constituição, permeada de normas-regras e normas-princípios, estes últimos caracterizados pelo seu conteúdo aberto.

Nesse contexto, questiona-se até que ponto o Poder Judiciário, a pretexto de assegurar a observância dos princípios constitucionais, pode tomar decisões políticas diferentes das opções realizadas pelo Executivo e Legislativo.

Analisando as possibilidades e os limites da prática judicial norteamericana, Dworkin resgata o desejo de construção de uma sociedade mais igualitária por meio de um direito que não se resume à análise da legalidade, pois também possui uma dimensão moral e política. Mostramos que a aplicação do direito não é neutra ou apolítica. Os juízes não estão alheios ao processo de criação do direito, pois toda vez que o aplicam o constroem. Isso não significa atribuir aos juízes o poder discricionário de fazer o direito em casos em que este não se encontre disponível no sistema legal, mas, sim, reconhecer que os juízes podem e devem, com criatividade, buscar nos princípios o fundamento para suas decisões por meio da sua interpretação.

1 Na definição de Ronald Dworkin, os "casos difíceis" são aqueles que não podem ser submetidos a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição. Porém, mesmo nessas hipótese, uma das partes permanece possuindo o direito de ganhar a causa e o juiz, por seu turno, continua tendo o dever de descobri-lo (o direito da parte vencedora), e não de inventá-lo retroativamente. (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 110).

2 GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 32.

1 A CONSTRUÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NA ITÁLIA E NO BRASIL: CONTROLE, EXCLUSÃO E ESPERANÇA

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

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

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

A expressão do direito à saúde na Itália é observada, inicialmente, como um direito à assistência em um modelo de solidariedade mútua fundamentado na tradição societária de socorro mútuo, criada pelos operários italianos diante da nova realidade urbana industrial dos séculos XVIII e XIX. Atraídos pelas novas oportunidades de trabalho, os homens do campo migraram com suas famílias para a cidade em busca de novas oportunidades, e, ao chegar, descobriram-se objetos de produção exploratória sem direito a salários justos, e sem direito a proteção contra doenças, invalidez, maternidade, incapacidade para o trabalho e velhice.

Ao final do século XIX, o Estado conferiu personalidade jurídica às associações de socorro mútuo, valendo-se do argumento de que a saúde é um bem comum e assim o sendo deve estar submetida a um

efetivo controle. Posteriormente, esse modelo de autogestão foi encerrado e criou-se o sistema previdenciário e assistencial de caixas mútuas. A seguridade, até então facultativa, foi substituída pela seguridade obrigatória por meio de duas prerrogativas: uma iniciativa cooperativa com base na contribuição voluntária dos trabalhadores associados e outra corporativa proveniente das contratações de trabalho e expressa em contribuições equivalentes entre trabalhador e patrão.³

Após a segunda guerra mundial, em dezembro de 1947, a Constituição Italiana foi promulgada, cujo artigo 32 estabelece que: “A República tutela a saúde como direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, e garante tratamento gratuito aos indigentes [...]”⁴

Nesse contexto, verifica-se a eclosão de uma ampla mobilização social para uma Reforma Sanitária. Essa reforma resultou na criação do “*Servizio Sanitario Nazionale SSN*”, regulamentado por meio da Lei nº 833/78, comprometido com uma moderna consciência sanitária, com base em um ideário democrático social, com uma proposta de universalizar o acesso e descentralizar a atenção à saúde, representando, assim, um avanço para os setores mais frágeis da sociedade italiana. Esse novo ideal estava consubstanciado no direito, saúde e garantia de assistência a todos, cujos princípios doutrinários podem ser sintetizados em: globalidade, igualdade, universalidade e unicidade. O país havia conseguido finalmente romper com o mutualismo e instituir um sistema de saúde que se mostra comprometido com a cidadania plena como direito universal, e, desse modo, com o direito universal à saúde.

Todavia, o cenário italiano nos anos 1980, como os demais cenários de sociedades ocidentais, foi marcado por um expressivo aumento de demanda de necessidades e nos custos dos cuidados em saúde. O Estado escolheu o caminho de contenção de despesas, norteados pela percepção de que a garantia do direito à saúde estaria na dependência de redução de custos. Destarte, o governo italiano criou um sistema de coparticipação da sociedade com base no argumento da necessidade de incrementar o financiamento do SSN. Foi instituído o *ticket*, por meio do qual o cuidado de média complexidade passou a ser pago pela sociedade para garantir a gratuidade do cuidado de cidadãos de baixa renda a fim de assegurar a equidade do sistema.⁵

3 COSMACINI, G. *Storia della medicina e della sanità in Italia*. Roma: Laterza, 2005. p. 18.

4 REPUBBLICA ITALIANA. *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma, 1947.

5 CAVICCHI, I. *La sanità*. Bari: Dédalo, 2005. p. 45.

Fundou-se, em 1992, por meio da Reforma *De Lorenzo Garavaglia* um novo modelo de gestão sanitária – *aziendalizzazione* – como fruto da percepção estatal de que a garantia do direito universal à saúde estaria na dependência dessa adequação. A partir desse modelo, o sistema privado tornara-se um grande parceiro do Estado, estabelecendo a regionalização do sistema de saúde.⁶

Nada obstante, as dificuldades persistiram, dando origem à terceira reforma – *Riforma Bindi* –, que determinou normas para a racionalização do SSN, a fim de assegurar o direito universal à saúde.

A Constituição da República Italiana de 1948, vigente ainda nos dias de hoje, notadamente foi a primeira Constituição no mundo a reconhecer a saúde como um direito fundamental do indivíduo e interesse da coletividade, conforme dispõe seu artigo 32.

Com efeito, a saúde possui um papel de destaque no ordenamento jurídico italiano, apresentando-se como um direito primário, entendendo-se que na relação hierárquica entre os direitos, este se põe em uma posição de supremacia em relação aos outros. Além disso, apresenta-se também como absoluto, onde a tutela desse direito prevalece em relação aos outros direitos e é garantida, especialmente, nos confrontos da administração pública.

Destarte, são previstas não apenas intervenções diretas ao tratamento e cura, mas também a prevenção das doenças e o respeito à liberdade de cada cidadão pela busca adequada de tratamentos de saúde. Nessa perspectiva o conceito de *diritto alla salute* se estende ao direito a um ambiente saudável e não degradado, ao uso dos bens de consumo e alimentares que não sejam nocivos e perigosos e a condições de trabalho que respeitem os parâmetros de segurança e de medidas higiênicas requisitadas na lei.⁷

No Brasil, o início do estabelecimento de uma saúde do trabalhador se dá na República Velha e passa a ser mais marcante no início da Era Vargas, que trouxe uma centralização das políticas públicas no Ministério da Educação e da Saúde Pública, inaugurado em novembro de 1930⁸.

A Constituição promulgada em 1934 instituiu algumas bases para o desenvolvimento social, com consideráveis repercussões no modelo da medicina social. Esse desenvolvimento, contudo, não atingiu toda

6 CAVICCHI, I. *La sanità*. Bari: Dédalo, 2005. p. 48.

7 BUZZANCA, Adriano. *Tutela urgente alla salute e liste di attesa – Aspetti civili, penali e amministrativi*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 12.

8 BERTOLHI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001, p. 24.

a população, pois a saúde não era garantida ao cidadão, mas sim ao trabalhador.

A *redemocratização* realizada com o fim da Era Vargas não alterou o perfil das ações do governo no tocante à saúde. Além da permanência das práticas populistas, a política oficial de saúde sofria a forte interferência do *clientelismo*⁹. A Carta Política de 1946, a exemplo das anteriores, não garantiu o direito à saúde, tampouco tratou de forma expressa sobre a matéria. Tal cenário contribuiu para a continuidade e ampliação dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's), que passaram a ser o principal meio de obtenção de serviços de saúde, para o trabalhador regular e seus dependentes. Em face disso, o setor privado da medicina passou a pressionar o governo, buscando uma crescente privatização da prestação do serviço de saúde.¹⁰

Dessa forma, durante o governo de Getúlio Vargas e de Juscelino Kubistchek, foi ampliada a estrutura das IPA's, especialmente da rede hospitalar, verificando-se a construção da maior parte dos atuais hospitais públicos brasileiros. Esse quadro contribuiu para que, mais uma vez, grande parte da população continuasse desassistida, sem acesso às obras de saneamento e prevenção.

No período da ditadura militar, assistiu-se à tentativa de mudança do modelo de assistência médico-previdenciária. Em 1967, os IPA's foram concentrados em um único órgão, o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), o qual foi responsável pelo fim da segmentação e a unificação institucional. No entanto, a universalização dos serviços de saúde ainda estava distante, visto que a atuação de grupos privados na área de saúde ainda era expressiva, persistindo até a década de 70.

O modelo médico-assistencial então mantido pela ditadura implicou na sujeição da prestação do serviço de saúde a limitações econômicas e, por conseguinte, na exclusão de uma série de cidadãos, que ficavam entregues à caridade pública, geralmente realizada pelas Santas Casas¹¹.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito à saúde, cuja implementação deve observar os critérios da universalidade, igualdade e integralidade¹², está longe de ser assegurado, de forma

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

10 BERTOLHI, FILHO, op. cit., p. 43.

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

12 "Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços

minimamente satisfatória, a todos os cidadãos. Como consectário da dignidade da pessoa humana e objetivo constitucional fundamental, tem-se que sua implementação imediata, por intermédio de políticas públicas eficientes, é imposição constitucional, alheia à esfera de discricionariedade dos poderes legislativo e executivo.

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

Um projeto estatal que se vê confrontado com a finalidade de transformar a sociedade, sobretudo, na perspectiva da inclusão social, como projeto político-constitucional, e, de outro lado, delimitado com as proteções, resguardos e salvaguardas impostos por uma economia capitalista que, não mais podendo excluir totalmente, estabelece limites às possibilidades de concretização de um tal projeto. Ou seja, vive-se sobre a dualidade: política de inclusão vs. economia de exclusão ou, no limite, de semi-inclusão.¹³

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

Com efeito, o Sistema Único de Saúde e a Constituição de 1988, em seu artigo 196, acolheram duas concepções produzidas nos embates pré-constituintes pelo chamado movimento sanitarista.¹⁴ Em primeiro

para sua promoção, proteção e recuperação.” (Constituição da República Federativa Brasileira de 1988).

13 MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali*. vol 12, n. 2, jul/dez 2007, p. 251.

14 O movimento sanitarista surgiu na Itália, rompendo com o sistema mutualista até então vigente, e instituiu a saúde como um direito propriamente dito. Ele propunha a democratização das relações entre a sociedade e o sistema de saúde, como posição política aglutinadora. Defendia, outrossim, quatro pontos doutrinários centrais: “i) concepção de saúde como direito universal de cidadania; ii) a compreensão da determinação da saúde e doença pelas relações econômicas e sociais prevalentes; iii) a responsabilidade do Estado na garantia do direito e a necessidade de criar um sistema público unificado de saúde e de livre acesso a toda a população, superando a antiga dicotomia organizacional e de usuários que adivinha

lugar, nota-se que incorporou a compreensão de que a saúde é produto das relações sociais e econômicas de determinada sociedade, por meio da indicação de que as políticas sociais e econômicas devem concorrer para a redução do risco de doença e de outros agravos. Em segundo lugar, ressalta-se uma diretriz de política pública para a garantia de ações e serviços atinentes à saúde – acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O fim dos institutos de previdência, com a implantação do SUS, igualmente, induziu a criação de uma saúde supletiva, que não depende do financiamento do Estado e nem está diretamente subordinada a ele. Ocorreu, entretanto, que a expansão do setor privado se deu à custa da perda de qualidade do setor público, que ainda é a única chance de cura ao alcance da maioria da população. Portanto, essa espécie de universalização excludente é marcada por estratégias individuais ou corporativas de proteção contra riscos, sendo que os excluídos não têm chance de se assegurarem contra eles, ficando sujeitos às prestações públicas estatais de caráter subsidiário.

2 OS LIMITES DO DIRETO À SAÚDE À LUZ DO PRINCÍPIO DA INTEGRIDADE

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

Dworkin faz um contraponto entre dois princípios que poderiam responder a esse questionamento. O primeiro, o princípio do resgate, diz que devemos gastar tudo que pudermos com a saúde de todos e de cada um dos indivíduos da sociedade até que não seja mais possível pagar nenhuma melhora de saúde ou na expectativa de vida. Ao concluir que a aplicação desse princípio é inaceitável, sugere a adoção do princípio

da existência separada dos serviços de saúde pública e do Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social (INAMPS); e iv) a participação e o controle direto, isto é, o controle social deste sistema unificado por representantes da população e das entidades civis da sociedade.” (PÍOLA, Sérgio Francisco; BARROS, Elisabeth Diniz; NOGUEIRA, Roberto Passos; SERVO, Luciana Mendes; SÁ, Edvaldo Batista de; PAIVA, Andrea Barreto. Vinte anos da Constituição de 1988: o que significaram para a saúde da população brasileira? In: *Políticas sociais: acompanhamento e análise*. Vinte anos da Constituição Federal. Vol. 1. Ipea., p. 107).

do seguro prudente, que admite certos limites na cobertura universal, não como transigências da justiça, mas como exigidos por ela. O seguro prudente equilibra o valor saúde com outros bens e riscos: presume que as pessoas possuem o direito de escolha quanto ao montante a ser gasto na saúde, para que possam se proteger contra outros riscos, igualmente perigosos e nefastos à vida.¹⁵

Na Itália, a interpretação que é dada ao artigo 32 da Constituição direciona a República à proteção e promoção de um bem, não a casos qualificados pela convergência de interesses individuais e sociais e coletivos, mas à assunto e conteúdo baseados em situações subjetivas ativas, destinadas à concretização calcada na pretensão não simplesmente de conservação, mas também e sobretudo, de promoção por parte do Estado. Desta forma, “in tale prospettiva, è stato rilevato come il perseguimento di una sempre migliore condizione sanitaria della popolazione debba ritenersi come uno degli obiettivi primari che la Costituzione assegna alla Repubblica.”¹⁶

Nesse sentido, a Constituição enquanto referência primordial à República italiana busca tutelar a melhor condição sanitária da sua população e, definitivamente, a orientação prevalente no ordenamento jurídico italiano, compartilhada também com a jurisprudência constitucional, reconhece a articulação do direito à saúde em situação jurídica subjetiva diversa, dependendo da natureza e do tipo de proteção que o ordenamento constitucional assegura aos bens integridade e equilíbrio físico e psíquico da pessoa humana em relação às lides jurídicas. Dessa forma, o artigo 32 encontrará fundamento em uma dúplici posição subjetiva: aquela de um direito de liberdade (liberdade de saúde) e aquela de um direito à prestação (para a tutela da saúde).¹⁷

Verifica-se que a tutela da pessoa e de sua saúde constitui preceito normativo dirigido não só ao legislador como também ao aplicador do Direito, sendo possível observar-se que a Constituição Italiana refere-se a qualquer tipo de tratamento sanitário, não se circunscrevendo

15 Dworkin sugere o ideal do seguro prudente. Esse ideal traz uma interessante hipótese em que “a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais, contanto que o sistema econômico e a distribuição da riqueza na comunidade na qual essas escolhas são feitas sejam também justos”. Segundo o autor, nessas condições ideais, o que a sociedade gastaria com assistência médica é exatamente a quantia moralmente adequada, e a distribuição de recursos seria justa para tal sociedade, hipótese em que a justiça não exigiria assistência médica a quem não a comprou (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 440).

16 BRESCIANI, Luca. *Tutela della salute*. Pisa: ETS, 1996. p. 2-3.

17 JORIO, Ettore. *Diritto sanitario*. Milano: Guiffirè, 2006. p. 10.

a tratamento médico, de âmbito mais restrito como fazem muitas legislações. A expressão “sanitário” é a que comporta toda e qualquer ação que tenha por objeto a prevenção, promoção e recuperação da saúde, envolvendo não só os atos médicos, por excelência, como aqueles que são ministrados por agentes de saúde, em amplo aspecto.¹⁸

Por outro lado, no Brasil, diante da insatisfação popular quanto à realização das promessas constitucionais e da democratização do acesso ao Poder Judiciário, consolidada antes do texto da Constituição Federal de 1988, a sociedade colocou nas mãos dos juízes uma responsabilidade nova e perigosa: definir a prestação dos serviços de saúde.

Com efeito, predominava, nos tribunais brasileiros, a percepção de que os juízes deviam se restringir a aplicar as normas editadas pelo legislador. As prestações sociais, ainda que positivadas no texto constitucional, seriam judicialmente exigíveis tão somente quando o legislador assim determinasse, devido ao cunho programático que era atribuído às normas que consagram os direitos sociais.¹⁹

Esse posicionamento tradicional começa a ser superado, no Brasil, em meados da década de 90, com decisões judiciais que determinaram a entrega de medicamentos para portadores do vírus do HIV.²⁰

Por um lado, proliferaram decisões judiciais que condenam a Administração Pública ao custeio de tratamentos irrazoáveis que, muitas vezes, consomem todo o orçamento destinado à saúde daquele Estado ou Município, experimentais ou de eficácia duvidosa, sem qualquer observância ao disposto na Lei nº 8.080/90 (Lei do Sistema Único de Saúde).²¹ Por outro lado, os mesmos tribunais alegam o princípio da reserva do financeiramente possível, a ser analisado à critério da Administração Pública, mediante escolhas que alcancem a maior parte da população, as denominadas escolhas trágicas, para negar a concessão de medicamentos ou tratamentos para as mesmas doenças que um dia foram contempladas em decisões de procedência.²²

18 JORIO, op. cit., p. 12.

19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 508.

20 AGRRE 271286/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU 24.11.2000.

21 O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, Relator Des. Sérgio Paladino, DJe 18.09.1997, entendeu que o direito à saúde seria suficiente para ordenar ao Estado, liminarmente, o custeio de tratamento ainda experimental, nos Estados Unidos, de menor vítima de distrofia muscular progressiva de Duchenne, ao custo de US\$ 163.000,00, embora não houvesse comprovação da eficácia do tratamento da doença, cuja origem é genética.

22 O Tribunal de Justiça de São Paulo negou o tratamento para um paciente menor de idade portador da mesma doença - distrofia muscular progressiva de Duchenne -, alegando observância aos princípios da

O Judiciário brasileiro encontrou uma fórmula cômoda para assumir o protagonismo que lhe ofereceram: fazer valer a palavra dos médicos²³. Após certa hesitação até o início desta década, os juízes têm assumido a postura de obrigar o Estado a custear os tratamentos que os médicos das partes lhe indicam.

A realidade é complexa e o cobertor é curto: quando se cobre a cabeça, descobrem-se os pés. Ou, nas palavras de Holmes e Susteim, “*levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez*”.²⁴ Por isso os juízes devem considerar não apenas os elementos diretamente envolvidos no caso, mas as implicações decorrentes das decisões para o desenvolvimento do país, ou mesmo, a ações sociais integrativas para o atendimento de pessoas em condições de miserabilidade e o andamento regular da gestão pública.

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

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

O autor afirma existirem duas concepções de Estado Democrático de Direito: a centrada no texto legal e a centrada nos direitos²⁵. A concepção centrada no texto legal admite que o Estado Democrático de Direito, para ser considerado como tal, deve assegurar aos seus cidadãos apenas os direitos expressamente previstos em lei.

separação dos poderes e da reserva do financeiramente possível (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Dês. Alves Bevilacqua, Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, DJe 2.12.1997).

23 Além da autoridade do saber médico que, por si só, desestimula qualquer diálogo ou contestação, a formação dos magistrados desestimula qualquer inclinação para o debate com outros saberes. Confunde-se a ideia de independência funcional com autossuficiência, conforme bem registra Boaventura de Sousa Santos: “[...] Finalmente, a última característica da cultura jurídica dominante é confundir independência com individualismo autossuficiente. Significa, basicamente, uma aversão enorme ao trabalho de equipe; uma ausência de gestão por objetivos no tribunal; uma oposição militante à colaboração interdisciplinar; e uma ideia de autossuficiência que não permite aprender com outros saberes.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007, p.70).

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

25 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 6.

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

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

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

É nesse sentido que o autor impõe a necessidade do juiz, ao analisar o caso concreto, se mostrar coerente não apenas em relação às normas do sistema jurídico, mas essencialmente em relação aos princípios erigidos pela comunidade política. Na esteira da sua teoria da resposta certa, toda demanda judicial possui uma resposta, devendo ela ser construída de maneira coerente, pela escolha do princípio aplicável ao caso. Assim, o juiz deverá interpretar os argumentos apresentados, levando em consideração não só as regras e os precedentes, mas também os padrões morais da sociedade e suas convicções pessoais, de forma semelhante a um romance em cadeia.²⁶

Em outros termos, a integridade é uma tese interpretativa sobre o Direito, cuja finalidade é apresentar as práticas jurídicas em sua melhor luz, tentando fazer do sistema de direitos e de sua história institucional o melhor que possam ser, na certeza de que, não obstante as divergências que possam surgir sobre qual é a melhor interpretação, é possível chegar, por meio da argumentação, a uma resposta correta, à melhor interpretação dessa prática.

²⁶ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272-331.

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

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

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

3 CONCLUSÃO

O presente estudo pretendeu tão somente provocar. No contexto contemporâneo, no qual é impossível dar atendimento ilimitado a todos, o princípio da equidade exige que os recursos escassos sejam distribuídos de modo a priorizar a redução ou eliminação de diferenças entre indivíduos que advêm de fatores evitáveis e injustos.

Muitas vezes a dramaticidade das decisões que versam sobre o direito à saúde colocam os juízes numa posição em que a improcedência do pedido do autor simplesmente não é concebido como uma opção. Ao invés de uma massa de indivíduos não identificados sem acesso a recursos que lhe são necessários, pessoas cujos nomes se tornaram conhecidos serão declaradas inelegíveis para um tratamento ou serviços de que necessitam.

Essas “escolhas trágicas”, como são denominadas pela doutrina, são realizadas mediante uma combinação de princípios distributivos nem sempre coerentes, implementados por mecanismos institucionais envolvendo atores políticos e técnicos, pressionados por indivíduos potencialmente beneficiários e pela opinião pública.

No desenvolvimento deste estudo deixamos entremostrarmos nosso entendimento: o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos devido a sua interferência na gestão pública, muitas vezes sem coerência com os precedentes e com os padrões morais da sociedade. Nesse contexto, o princípio da integridade de Dworkin, apesar de ter sido elaborado sob a ótica da prática judicial norte-americana, apresenta-se como uma possível direção a ser seguida pelos magistrados brasileiros e italianos na solução de demandas envolvendo o direito à saúde.

É importante questionar os motivos de termos chegado a essa situação, sobretudo no Brasil. Por que a sequência dos fatos colocou nas mãos dos magistrados a função de decidir entre a vida e a morte, entre a saúde e a doença? A sociedade deve assumir a responsabilidade por suas escolhas, até aquelas mais difíceis, como os casos que envolvem o direito à saúde. A partir do momento que fizemos essas escolhas, os magistrados terão critérios mais claros para agir e poderão compartilhar com a sociedade a responsabilidade por essas decisões. Daí será mais legítimo de nossa parte, cidadãos, cobrar de nossos magistrados que, diante do caso concreto, sigam o caminho “*que parecer-lhe a direção certa em matéria de princípios políticos, e não uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente.*”²⁷

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERTOLHI FILHO, Cláudio. *História da Saúde Pública no Brasil*. São Paulo: Ática, 2001.

BRESCIANI, Luca. *Tutela della salute*. Pisa: ETS, 1996.

BUZZANCA, Adriano. *Tutela urgente alla salute e liste di attesa – Aspetti civili, penali e amministrativi*. Milano: Giuffrè, 2006.

27 DWORKIN, op. cit., p. 150.

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

CAVICCHI, I. *La sanità*. Bari: Dédalo, 2005.

COSMACINI, G. *Storia della medicina e della sanità in Italia*. Roma: Laterza, 2005.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

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

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a Democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

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

JORIO, Ettore. *Diritto sanitario*. Milano: Guiffirè, 2006.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. O direito à saúde e os limites do Estado Social: medicamentos, políticas públicas e judicialização. *Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação stricto sensu em ciência jurídica da Univali*, v. 12, n. 2, jul./dez. 2007.

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

REPÚBLICA FEDERATIVA BRASILEIRA. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasil, 1988.

REPUBBLICA ITALIANA. *La Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma, 1947.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.

Supremo Tribunal Federal. AGRRE 271286/RS. Relator Min. Celso de Mello. DJU 24.11.2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 18/08/2012.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento nº 97.000511-3, 2ª Câmara de Direito Civil. Relator Des. Sérgio Paladino. DJe 18.09.1997. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

Tribunal de Justiça de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Público, Relator Des. Alves Bevilacqua. DJe 2.12.1997. Agravo de Instrumento nº 42.530.5/4, DJe 11.11.1997. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 20 ago. 2012.

