O Universo da Discutível Universalidade do Sistema Único de Saúde

Marco Antonio Barbosa de Freitas[1], Amelia Cohn[2], Rosa Maria Ferreiro Pinto[3] e Rita Navarro[4]

Universidade Santa Cecília – Santos/SP – Brasil

E-mail: juizmarcoantonio@terra.com.br

Resumo: O artigo aborda a discutível universalidade do Sistema Único de Saúde. Por proêmio, discorre acerca do alcance e a compreensão do Direito à Saúde, previsto na Constituição Federal, estruturado por meio do Sistema Único de Saúde. Em seguida, analisa o sentido da integralidade previsto na norma constitucional, cujo destinatário é a pessoa e não o serviço. Por fim, estabelece a dicotomia entre a teoria da reserva do possível e do mínimo existencial, concluindo-se que não basta a pretensão, mas a razoabilidade do que se almeja do Estado na área da Saúde.

Palavras-chave: Saúde, Universalidade, Destinatário, Judicialização

The Universe of Discernible Universality of the Single Health System

Abstract: The article discusses the questionable universality of the Unified Health System. By prothesis, it discusses the scope and understanding of the Right to Health, provided for in the Federal Constitution, structured through the Unified Health System. It then analyzes the meaning of the integrality envisaged in the constitutional norm, whose addressee is the person and not the service. Finally, it establishes the dichotomy between the theory of the reserve of the possible and the existential minimum, concluding that it is not enough the pretension, but the reasonableness of what is desired of the State in the area of Health.

Keywords: Health, Universality, Addressee, Judicial

1 Possui graduação em Bacharelado em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Católica de Santos (1990) e Especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Gama Filho (2004). Mestrando em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília/SP. Atualmente é professor titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecilia e Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2 Possui graduação em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (1967), mestrado em Sociologia pela Universidade de São Paulo (1972) e doutorado em Sociologia pela Universidade de São Paulo (1980); professora associada pela Universidade de São Paulo (1992). É sócia do CENTRO INTERNACIONAL CELSO FURTADO, membro da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE SAÚDE COLETIVA. Em 1995 recebeu a comenda de Comendadora da Ordem do Rio Branco. Atualmente é professora do programa de Mestrado em Direito da Saúde: dimensões individuais e coletivas, Universidade Santa Cecília.

3 Graduação em Serviço Social pela Universidade Católica de Santos (1973), mestrado (1984) e doutorado em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Membro do conselho editorial da Editora Beco da Azougue. Fundou e coordenou o NEPEC - Núcleo de Estudos e Pesquisas em Condições Sociais e Saúde Coletiva de 2003 a 2013. Foi Bolsista de Produtividade em Pesquisa (PQ-2)/CNPq até fevereiro de 2015. Atualmente é professora do Mestrado em Direito da Saúde: dimensões individuais e coletivas da Universidade Santa Cecília.

4 Possui graduação em Odontologia pela Faculdade de Odontologia de Lins (1992); bacharelado em Direito pela Universidade Santa Cecília/SP (2008) e Especialização em Direito Tributário Municipal pelo Centro Universitário de Araraquara (2014). Mestranda em Direito da Saúde pela Universidade Santa Cecília/SP. Atualmente é Auditora Fiscal de Tributos no Município de Santos.

Introdução

Criado pela Constituição Federal de 1988, o Sistema Público de Saúde – SUS – é um dos maiores sistemas públicos de saúde no mundo, abrangendo desde o atendimento ambulatorial até procedimentos mais complexos, como, por exemplo, o transplante de órgãos.

Adota-se, portanto, a concepção de que a saúde não consiste apenas no ato de não adoecer ou em coibir a propagação de doenças que atinjam a coletividade, mas na responsabilidade de o Poder Público promover, prevenir e recuperar a saúde, com a formulação e execução de políticas sociais, em uma visão epistemológica do tema.

Resta evidente que a *mens legis* tratou o SUS como uma política pública de Estado que amplia os direitos sociais e concretiza o acesso à saúde, enumerando, para tanto, princípios e diretrizes norteadores do Poder Público, como o atendimento integral, estampado no artigo 198, inciso II, da Carta Magna.

Contudo, há de se perquirir se a universalidade prevista na Constituição significa que todo e qualquer procedimento de saúde, independente da complexidade e do seu custo, deve ser disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, de forma integral.

A previsão da Saúde como Direito Social na Constituição Federal de 1.988

O artigo 196, da Constituição Federal[5] não parece ceder espaço – sobretudo aos *puristas,* que costumam enxergar nossa Constituição Federal como expressão pronta, acabada e inteiramente autossuficiente no seu espectro de vigência e correlata aplicação –, à interpretação que suscite algum abrandamento à ideia que brada ser a saúde *"direito de todos e dever do Estado (...)",* garantindo *"acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."* (grifos nossos)

A previsão é bela e as razões são nobres, corolário indubitável do princípio da dignidade humana, disso não se pode cogitar a mais tênue dúvida; contudo, de outro tanto, também não se pode perder de vista que, partindo-se do dito popular de que "a teoria é outra, quando posta em prática" – mormente quando há pronunciadas circunstâncias sócio-econômicas típicas de um país de terceiro mundo –, é preciso não olvidar que, como sói, a realidade se impõe.

5 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 para sua promoção, proteção e recuperação.

Nesse diapasão, o que se quer aqui é, assim, desenvolver raciocínio que pondere sobre o "universo" desse direito essencial, que para alcançar a todos indistintamente – um de seus misteres –, não pode e não deve, ao que se nos afigura, ser visto como fonte inesgotável de cobertura de serviços e medicamentos, cujo custeio encontra limites que precisam ser administrados com cuidadoso senso de responsabilidade, levando em conta a primazia do interesse público.

A compreensão da ideia e do destinatário da universalidade do Direito à Saúde.

O direito fundamental à saúde está, assim como outros, consagrado na Constituição Federal de forma genérica, no artigo 6º e, de maneira pormenorizada, nos seus artigos 196 e 198. *Primu ictu oli*, a singela leitura dos citados dispositivos legais pode criar a sensação de que é dever do Poder Público prestar integralmente a assistência à saúde, em qualquer contexto. Todavia, imperioso compreender que o princípio da integralidade que norteia o sistema público de saúde não pode ser confundido com o assistencialismo desmedido, sob pena de desnaturar o real conteúdo da norma positivada.

Com efeito, talvez seja conveniente deixar claro que a denominada "universalidade" deve corresponder à compreensão de que a integralidade descrita na Constituição Federal autoriza, por si só, a todo e qualquer cidadão fazer uso da máquina estatal, utilizando o serviço público de saúde.

Data vênia, entendemos que o sentido da integralidade previsto na norma constitucional, tem como destinatário a pessoa e não o serviço, interpretação que parece ainda mais consentânea com os supracitados princípios do acesso universal e do acesso igualitário.

Nesse passo, o direito público subjetivo açambarcado pelo mencionado artigo 196, é o de que todos tenham condições iguais de acesso à saúde pelo Estado, ou, em outras palavras: serviços postos à disposição a todos, mas somente aqueles factíveis de serem executados, jamais a universalidade deles, cuja ideia, repita-se à exaustão, é augusta, mas evidentemente inexequível por qualquer ângulo que se queira enxergar.

A universalidade e a igualdade, pois, se dirigem à pessoa e não ao objeto do serviço a ser prestado. Não se pode dissociar a previsão constitucional das demais normas pertinentes ao tema, em especial à realidade orçamentária: o Estado não é despensa de medicamento, nem provedor universal de procedimentos na área da saúde. Harmonizar os fenômenos sócio-econômicos e a ordem jurídica é medida de rigor para fixar limites responsáveis de atuação do poder público e propiciar o atendimento de maneira equânime e isonômica à sociedade.

Portanto, é fundamental à compreensão do alcance da universalidade do Direito à Saúde, que por ela o Estado tem o dever de garantir o seu acesso a todos, mas não a tudo, sob pena de se incorrer em distorções.

A aplicabilidade da teoria da reserva do possível e do mínimo existencial: repúdio à "escolha trágica".

A reserva do possível – tese surgida na Corte Constitucional Alemã –, é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes; um argumento legítimo, *a priori,* para que se exima o Estado de prover determinado direito até que cesse a causa da impossibilidade. Destaca-se não como uma questão financeira de escassez de recursos, mas como uma questão de razoabilidade na alocação de recursos; com efeito, adotadas as necessárias cautelas, não há como se negar a validade do instituto para o equacionamento de questões relativas à exigibilidade dos direitos sociais. Noutras palavras, pensamos que, adotadas as necessárias cautelas, não há como se negar a validade do instituto para o equacionamento de questões relativas à exigibilidade dos direitos sociais, ainda que dentre eles cá se esteja tratando do mais importante, que é o da saúde. De fato, ainda que o atendimento à saúde dos cidadãos não possa ser relegado a segundo plano, sem admitir quaisquer subterfúgios interpretativos no sentido de que tais deveres constitucionais sejam encapsulados num conceito quase que indeterminado de normas programáticas – de cuja aplicabilidade progressiva dependa de disponibilidade financeira do ente Público –, é de se convir que, de outro tanto, este campo de abstração há de ceder à efetiva concretude do texto constitucional. Porém, mesmo que se acolhesse a premissa de que a saúde é direito priorizado pelo Estado, ainda assim não será possível ao ente público absorver todos os desejos e demandas nessa área, mesmo que justos e justificáveis. Em que pese as discussões doutrinárias e controvérsias jurisprudenciais ainda pulsantes acerca do tema, é impostergável concluir que a reserva do possível não se resume somente à disponibilidade financeira, mas abarca também a razoabilidade da pretensão, ainda que o direito em disputa seja o da saúde.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, instituiu a saúde como um Direito Social, e como Direito Fundamental traz em seu cerne uma política que garante o acesso universal e igualitário a todos que dela necessitem. Nessa toada, o grande desafio do gestor público na implementação das políticas públicas voltadas aos Direitos Sociais denominados

prestacionais, como a saúde, está, precisamente, na busca pelo equilíbrio e pela equanimidade do emprego dos recursos públicos, evitando-se, destarte, que se garanta muito a poucos, e pouco a muitos. Ocorre que na ânsia de obter a concretude do ideal imaginário, alguns recorrem ao Poder Judiciário para a realização das suas pretensões, muitas delas sem o menor cuidado ou preocupação com o orçamento público, a nosso ver fazendo emergir a pertinência da teoria da reserva do possível, evitando que o Estado seja compelido a realizar escolhas trágicas. O Poder Judiciário, assim, tem ocupado temerário protagonismo nessa equação pública, ao se mostrar em quase completa alienação à visão da indispensável contrapartida orçamentária, involuntariamente alimentando o caos instalado na Saúde Pública, além de potencializar a judicialização desse direito, tanto na seara pública, quanto na privada. Nessa vereda, o que se assiste, atualmente, é a almejada universalidade ameaçada, em que o acesso igualitário teorizado constitucionalmente é convertido em uma realidade desajustada – quer pela má organização administrativa, quer pela intervenção judicial –, a desafiar o operador de Direito e o gestor público.

A teoria na qual se assenta a reserva do possível, no nosso entender, não destoa da ideia da universalidade do Direito à Saúde; ao reverso, vai ao encontro, sobretudo, do princípio igualitário de que já se falou alhures, permitindo que os recursos orçamentários disponíveis estejam à disposição não de um ou outro que reclame determinada prestação nessa área, mas sim de todos os que estiverem em idêntica situação.

O arremate a que se pode chegar, portanto, toma a direção segundo a qual a universalidade deve ser entendida quanto aos seus destinatários e deve ser distribuída entre eles equanimemente, dentro da reserva do possível, do mínimo existencial e do planejamento contido no orçamento público, não se podendo ignorar que, se inserido em relação jurídica de direito privado, não se poderá cogitar da universalidade que é, unicamente, dever do Estado.

Referências bibliográficas

1. BARROSO, Luiz Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf.> Acesso em: 12.09.2009. p. 8.
2. LAMY, Marcelo et al. Violação das Obrigações Estatais na Área da Saúde: A Diferença entre as obrigações mínimas e as esperadas. Caderno de Relações Internacionais, vol. 7, nº 13, ago-dez/16.
3. SCHEFFER, Mário. Coberturas Assistenciais negadas pelos Planos e Seguros de Saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 122-132, mar./jun. 2013.
4. WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a09v4n2.pdf >. Acesso em 10/06/2017.