

**A UNIVERSALIDADE NO DIREITO À SAÚDE COMO NÃO
DEFERÊNCIA ÀS ESCOLHAS DO ADMINISTRADOR**

**THE UNIVERSALITY IN THE RIGHT TO HEALTH AS NO
DEFERENCE TO THE ADMINISTRATOR'S CHOICES**

Paulo Vitor Bérghamo Braga

Mestrando em Direito Político e Econômico
pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

RESUMO

A Constituição de 1988 estabeleceu o direito à saúde como direito de todos e dever do Estado, tendo como objetivo a universalidade de cobertura e atendimento. Interpretando estas novas disposições, o Poder Judiciário passou a conceber essa universalidade, disposta constitucionalmente como um objetivo, em uma obrigação que deve ser imediatamente garantida pelo Poder Público, condenando o Estado por sua inação. Ocorre que esta interpretação acaba por garantir, em ações individuais, caminhos ainda não percorridos pelo Estado na busca da total concretização do direito à saúde, transformando o papel de atuação dos atores jurídicos: de controlador das escolhas não discricionárias do gestor público em garantidor dos caminhos ainda não alcançados pela política pública.

PALAVRAS CHAVE: Direito à saúde; Universalidade; Judicialização

ABSTRACT

The 1988 Constitution established the right to health as a right of all the people and a duty for the State, with the objective of a universal coverage and access. Interpreting these new provisions, the Judiciary began to conceive this universality as an obligation that must be immediately guaranteed by the State, and not as a goal as established in the Constitution, condemning the State for their inactions. The problem is that with this interpretation, the Judiciary is condemning the State to paths not yet attained in the search of the full realization

of the right to health, transforming the role of the legal actors to defenders of paths not yet reached by public policy, over the important role of controlling of the nondiscretionary choices that the State should do in the pursuit of the full universality.

KEYWORDS: Right to Health; Universality; Judicialization

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, ao contrário das demais Constituições brasileiras, garantiu expressamente o direito à saúde como um direito universal e igualitário, ampliando o acesso à cobertura de serviços e ações de saúde, que antes abrangia somente os segurados e dependentes do sistema de previdência social, a todos que deles necessitem.

Com o decorrer dos anos, diante de uma histórica omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na formulação de políticas sociais, o Judiciário foi chamado a agir na concretização dos direitos sociais, surgindo o que a doutrina constitucional começou a denominar de “judicialização dos direitos sociais”.

Ocorre que parte desta judicialização decorre de uma interpretação errada do conteúdo da citada universalidade dentro do campo da saúde. Afinal, seria o direito à saúde realmente universal, a ponto de justificar tamanha interferência judicial nas políticas públicas de saúde?

DESENVOLVIMENTO

A Constituição Federal, em seu artigo 196, estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo ser concretizada de forma a possibilitar um acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde. Na mesma esteira, o artigo 194 da nossa Lei Maior, que trata da seguridade social, estabelece em seu parágrafo único, inciso I, que um dos objetivos da saúde é a universalidade de cobertura e atendimento.

Nesse sentido, é de fundamental importância estabelecer o significado dessa universalidade da cobertura e do atendimento.

A universalidade da cobertura abrange o aspecto objetivo, ou seja, busca a garantia de uma segurança contra todos os riscos de saúde, enquanto que a universalidade do

atendimento, por outro lado, abrange a universalidade subjetiva, ou seja, visa disponibilizar a todos o acesso às ações e serviços de saúde.

A partir destes dois artigos, reforçados pela Lei 8080/90, os Tribunais brasileiros começaram a interpretar essa dupla vertente da universalidade como um dever imediato do Estado. Mas não o é assim.

A total universalidade de cobertura e de atendimento é um objetivo, uma busca, um caminhar. O próprio artigo 194, parágrafo único, traz, em seu inciso III, duas limitações à dupla vertente do acesso à saúde: a seletividade (limitação à universalidade objetiva) e a distributividade (limitação à universalidade subjetiva).

A respeito dessas duas restrições constitucionais, merece respaldo o Relatório Mundial da Saúde de 2010, formulado pela Organização Mundial da Saúde, que afirma que “os fundos comuns nunca serão capazes de cobrir 100% da população para 100% dos custos e 100% dos serviços necessários. Os países ainda terão e fazer escolhas difíceis quanto à melhor utilização desses fundos.”¹

A seleção dos riscos a serem cobertos pelo Estado, bem como uma eventual limitação dos destinatários das ações e serviços de saúde (como vemos em ações de saúde preventiva – vacinação) têm, no direito à saúde, uma função primordial – no caminhar em busca à total universalidade.

Futuro é a palavra chave. Os direitos sociais, segundo o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Protocolo de San Salvador, são direitos de implementação progressiva, tendo o gestor a obrigação de aplicar o máximo de recursos em direção às suas totais concretizações.²

Aliás, o artigo 196 da Constituição traz, em passagem muitas vezes esquecida, que a implementação do direito à saúde se dá mediante políticas públicas, as quais, segundo Maria Paula Dallari Bucci, “(...) incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele

¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2010). **Relatório Mundial da Saúde 2010: Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal**. p. 2. Disponível em: http://www.who.int/wbr/2010/whr10_pt.pdf. Acesso em 15/07/2013

² Dessa obrigação de progressividade e de aplicação do máximo de recursos disponíveis advém a obrigação do Poder Público de garantir o acesso às informações necessárias para a aferição do cumprimento da progressiva concretização dos direitos sociais. In: GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189-196.

momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo.”³

Mas não é esse, hoje, o posicionamento dominante de nossos Tribunais. Sob o fundamento de ser o direito à saúde universal, ligado à dignidade da pessoa humana e que garante, precipuamente, o direito à vida, a jurisprudência majoritária acaba por conceder prestações individuais não previstas na política pública de saúde, ou seja, concede, a poucos, caminhos ainda não alcançados pela política pública e, por isso, não disponíveis a todos.⁴

Essa judicialização individual de prestações não previstas na política pública acaba por ratificar as decisões do gestor público, a partir da ideia de que, como o direito à saúde é dotado de uma total universalidade, há apenas uma omissão parcial na concretização desse direito, pouco importando as escolhas já tomadas pelo gestor público. Há, na verdade, uma deferência às opções executivas e legislativas.

Ocorre que não há uma ampla discricionariedade do gestor ao formular as políticas públicas de saúde, devendo ele respeito aos objetivos traçados na Constituição, como a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III) e a prioridade da medicina preventiva na construção da política pública de saúde (art. 198, II), e aos ditames estabelecidos em normas infraconstitucionais, como a preferência na execução de políticas públicas destinadas a determinados grupos, como as previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 4º, parágrafo único, “c”) e no Estatuto do Idoso (art. 3º, parágrafo único, II).

Há a obrigação do gestor público em atuar de maneira progressiva, aplicando o máximo de recursos disponíveis. Esse caminhar, que envolvem escolhas, pode e deve ser judicializado quando do descumprimento de obrigações estabelecidas nas legislações e no próprio regime jurídico dos direitos sociais⁵, de preferência pela via coletiva, de forma a ampliar a sua discussão e os seus efeitos.⁶

³ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

⁴ Não se discute a possibilidade de judicialização individual de prestações já previstas na política pública e que, por problemas gerenciais, não estão disponíveis aos indivíduos que delas necessitam.

⁵ Além da progressividade e da aplicação do máximo de recursos disponíveis, podemos citar a dimensão objetiva dos direitos sociais como uma obrigação advinda do regime jurídico dos direitos sociais, impondo ao legislador e ao gestor público a obrigação de atuar positivamente em busca da concretização do direito à saúde.

⁶ Victor Abramovich e Christian Courtis, ao analisarem o argumento de que faltam mecanismos jurídicos aptos à judicialização dos direitos sociais, citam a utilização da ação civil pública para a defesa do meio ambiente e a tutela do consumidor, ambos no Brasil, como exemplos de mecanismos que permitem a judicialização desses direitos. In: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2004, p. 130.

Se a universalidade prevista na Constituição Federal e na Lei 8080/90 for entendida como uma realidade instantânea, não há razão para analisar as escolhas do gestor público. Transfere-se a omissão do gestor público ao ator jurídico.

CONCLUSÃO

Respondendo a pergunta anteriormente formulada, o direito à saúde é sim um direito universal, mas esta universalidade deve ser entendida como um caminhar, uma busca pela completa proteção de todas as contingências e de todos os indivíduos.

Seleções devem existir, cabendo aos atores jurídicos o controle do desrespeito à progressiva universalização do direito à saúde. A via coletiva deve ser melhor utilizada, discutindo-se as escolhas tomadas, os caminhos selecionados, os objetivos perseguidos pelo Estado. A judicialização precisa retomar a sua função de ação, acabando com a deferência implícita às escolhas do gestor público.

Os atores jurídicos têm um papel imprescindível na garantia dos direitos sociais. Só falta o estabelecimento claro deste papel.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2ª edição. Madrid: Trotta, 2004

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas – reflexões sobre o conceito jurídico**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOTTI, Alessandra. **Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados**. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (2010). **Relatório Mundial da Saúde 2010: Financiamento dos sistemas de saúde: o caminho para a cobertura universal**. Disponível em: http://www.who.int/w hr/2010/whr10_pt.pdf. Acesso em 15/07/2013