JUSTIFICAÇÃO RACIONAL DA PRESTAÇÃO DA SAÚDE: Análise dos Argumentos Jurídicos da Audiência Pública de Saúde[1]

Nilson Dias de Assis Neto[2]

Submetido (*submitted*): 9 de março de 2013.
Aceito (*accepted*): 9 de novembro de 2013.

Resumo: o presente artigo objetiva, por meio das Teorias da Argumentação Jurídica desenvolvidas por Stephen Toulmin e Neil MacCormick, analisar a racionalidade dos argumentos jurídicos pró e contra a judicialização do direito à proteção da saúde expostos na Audiência Pública de Saúde, com fundamentos nos critérios de consistência e de coerência argumentativa.

Palavras-Chave: Audiência Pública de Saúde. Argumentação Jurídica. Argumentos Jurídicos.

Abstract: this paper is intended to, through the Theories of Legal Reasoning developed by Stephen Toulmin and Neil MacCormick, analyze the rationality of the legal arguments for and against the judicialization of the right to health protection in exposed Public Hearing Health, with foundations in consistency criteria and argumentative coherence.

Keywords: Public Hearing Health. Legal Reasoning. Legal arguments.

---

[1] Trabalho desenvolvido sob orientação da Professora Doutora Claudia Rosane Roesner durante o Projeto de Iniciação Científica (ProIC) na Universidade de Brasília (UnB) no período entre 2010-2011.

[2] Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Praetorium. Formado no VII Curso de Formação em Teoria Geral do Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Advogado.

Introdução

O tema geral da pesquisa é a judicialização da política de saúde no Brasil[3]. Mais definidamente, pesquisaremos a Audiência Pública de Saúde (APS) realizada no Supremo Tribunal Federal (STF), nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 5 e 6 de maio de 2009.

Nesse estudo, objetivamos analisar os argumentos, mais exatamente, os argumentos jurídicos desenvolvidos nos discursos dos 50 (cinquenta) palestrantes que tiveram direito a manifestarem-se naquele evento. Intentaremos avaliar se tais argumentos têm consistência entre seus dados e suas conclusões e se são coerentes com a realidade.

Para tanto, nessa pesquisa aplicada, utilizaremos a *Teoria da Argumentação Jurídica*, mais precisamente, nas suas vertentes desenvolvidas por Stephen Toulmin e por Neil MacCormick. A partir do primeiro, analisaremos a consistência dos argumentos jurídicos, ou seja, o grau de relação entre os dados e a conclusão apresentados, já pelo segundo, analisaremos a coerência dos argumentos jurídicos com a realidade existente.

Assim sendo, dividiremos o presente artigo em dois Capítulos: no Primeiro deles, centramos o foco na consistência do argumento jurídico apresentado pró e contra; no Capítulo Segundo, ponderaremos a coerência daqueles, isto é, a possibilidade, diante da realidade, de universalização da decisão tomada a todos os casos iguais, tornando a decisão um precedente jurisprudencial cujas consequências sejam incentivadas pelo sistema do ordenamento jurídico brasileiro.

1. A Consistência dos Argumentos Jurídicos

Stephen Toulmin criou uma *Teoria da Argumentação* fundada na argumentação desenvolvida no Direito que intenta ir além da mera lógica formal conhecida desde os tempos de Aristóteles. TOULMIN entende que a lógica dedutiva não pode ser usada para aferir o grau de racionalidade da maior parte dos argumentos, os que não são puramente matemáticos, de modo que sua

[3] Em conformidade com o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, presidente do STF à época, essa judicialização da política do direito sanitário no Brasil tem fundamento "no contexto em que se associam recursos públicos escassos, aumento da expectativa de vida, expansão dos recursos terapêuticos e multiplicação das doenças, as questões em torno do direito à saúde, representam um dos principais desafios à eficácia dos direitos fundamentais" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 6).

utilização na razão prática não é nada eficiente em seu mister, devido a ser demasiado simples para um estudo bastante complexo[4].

Desse modo, TOULMIN propõe, em seu livro *Os Usos do Argumento* de 1958, um modelo de argumentação jurídica que não está fundada na lógica formal aristotélica, mas, sim, está fundamentada no modelo de argumentação desenvolvido na jurisprudência. De tal forma, é criado um paradigma não mais formal de argumentação e, sim, procedimental de tomada de decisões que devem ser justificadas por meio da análise do grau de racionalidade que apresentam.

Esse paradigma de argumento apresenta pelo menos os subsequentes elementos: os dados (*ground* no original em inglês e *razón* na linguagem de Manuel Atienza); a conclusão (*claim* no original inglês e *pretensión* em *Las Razones del Derecho* de ATIENZA[5]); a garantia (*warrant* no original em inglês e a mesma *garantía* para ATIENZA); e o apoio (*backing* no original inglês e *respaldo* no vocabulário de ATIENZA). Tais são os elementos comuns, mas podem vir a surgir outros na estrutura do argumento.

O procedimento de argumentação começa com a necessidade de justificação racional de uma decisão questionada. Nesse processo, a partir de um questionamento, os dados, os fatos concretos do caso específico, são utilizados para fundamentar uma conclusão, uma decisão tomada que precisa ser justificada por um procedimento racional diante do questionamento apresentado, seja num Fórum, seja em qualquer outro exercício da razão prática[6].

---

[4] Conforme TOULMIN, quando da análise dos modelos de ponderação da racionalidade dos argumentos, ter-se-iam os seguintes: "temos diante de nós dois modelos rivais – um modelo matemático e um modelo jurisprudencial. Pode-se comparara forma lógica de um argumento válido de certo modo quase geométrico, e o 'desenho' de um triângulo ou o paralelismo de duas linhas retas? Ou, por outro lado, o que está em questão tem mais a ver com procedimentos – argumento formalmente válido será aquele que tenha *forma apropriada*, como dizem os advogados, em vez de um argumento desenhado em forma *geométrica* fixa e simples? Ou será que a noção de forma lógica combina, de certo modo, estes dois aspectos, de tal maneira que desenhar um argumento na forma apropriada exija necessariamente que se adote um específico *layout* geométrico? Se esta última resposta for a certa, ela cria de imediato um outro problema para nós: ver como e por que o procedimento apropriado exige que se adote forma geométrica simples, e como essa forma garante, por sua vez, a validade de. nossos procedimentos. Supondo-se que os argumentos válidos possam ser moldados numa forma geometricamente fixa, como isto ajuda a tomá-los mais cogentes?" TOULMIN (2001; 136-137).

[5] ATIENZA (2003).

[6] A problemática da justificação racial do procedimento que leva dos dados à conclusão é bem explicada por TOULMIN, segundo o qual: "já temos, portanto, uma distinção a partir da qual podemos começar: entre a *alegação* ou a conclusão cujos méritos estamos procurando estabelecer (C) e os fatos aos quais recorremos como fundamentos para a alegação – que chamarei de nossos *dados* (D). Se a pergunta de nosso desafiante for 'o que você tem para seguir em frente?', uma resposta possível é apresentar os dados ou a informação em que se baseia a alegação; mas há outros modos de desafiar nossa conclusão. Mesmo depois que apresentamos nossos dados, pode acontecer de nos fazerem outro tipo de perguntas. Pode acontecer de alguém nos pedir não que acrescentemos novas informações factuais, além das que já apresentamos, mas que indiquemos a relação que os dados já apresentados têm com nossa conclusão. Coloquialmente, esta outra pergunta pode ser formulada

Questionada a conclusão e apresentados os dados, pode ser questionada, então, a relação estabelecida entre um e outro, quando será necessário apresentar uma garantia, uma regra geral que pode ser fundada tanto na experiência quanto na natureza. Por sua vez, a garantia questionada pela possibilidade de melhores conexões entre os dados e a conclusão necessitará de um apoio, um campo de informação, que demonstra que ela foi encontrada no mais elevado imperativo.

De tal maneira, apercebe-se que de dados (D) passa-se a uma conclusão (C) justificada numa garantia (G) fundamentada num apoio (A). Esse é o *layout* do argumento, uma estrutura apta a justificar racionalmente uma decisão, apresentado por TOULMIN em seu livro. No entanto, a estrutura do argumento apresentada é considerada a mais geral, havendo ainda elementos que agem como condicionante não da validade do argumento, mas do grau de certeza desse, haja vista que apenas na matemática o grau de certeza é sempre absoluto.

Na razão prática, há necessidade de elementos que estabeleçam o grau de certeza do argumento: os qualificadores modais (*qualifiers* no original em inglês e *cualificadores modales* para ATIENZA); e condições de refutação (*rebuttals* no original inglês e *condiciones de refutación* em *Las Razones del Derecho*). Os primeiros estabeleceriam o grau de certeza propriamente dito do argumento e os segundos estabeleceriam a existência de situações excepcionais para as quais o argumento não teria validade[7].

Por meio de tal *layout* do argumento, essa citada estrutura fornecida por TOULMIN, analisaremos a consistência, ou seja, a correção dos argumentos jurídicos prós e contra a judicialização da política do direito à prestação da saúde apresentados na Audiência Pública. Para ponderação desses argumentos

---

irão em termos de 'o que você tinha para seguir em frente?', mas, sim, de 'como você chegou até aí?'. Apresentar um conjunto específico de dados como a base para determinada conclusão específica nos compromete com um certo *passo* -, e a questão agora é sobre a natureza e justificação desse passo". TOULMIN (2001; 136-137).

[7] A temática do grau de certeza fornecido pelo *layout* do argumento é bem explicada por TOULMIN: "se tivermos de tomar em consideração também essas características de nosso argumento, nosso modelo terá de ser mais complexo. Qualificadores modais (Q) e condições de exceção ou refutação (R) são diferentes tanto dos dados como das garantias, e merecem lugares separados em nosso *layout*. Assim como uma garantia (W) não é em si nem dado (D) nem alegação (C), visto que implicitamente faz referência a D e faz referência a C – a saber, (1) que o passo de um para o outro é legítimo; e (2) que, por sua vez, Q e R são em si diferentes de W, já que comentam implicitamente a relação entre W e aquele passo – assim também os qualificadores (Q) indicam a força conferida pela garantia a esse passo, e as condições de refutação (R) indicam circunstâncias nas quais se tem de deixar de lado a autoridade geral da garantia. Para marcar essas outras distinções, podemos escrever o qualificador (Q) imediatamente ao lado da conclusão que ele qualifica (C); e as condições excepcionais, capazes de invalidar ou refutar a conclusão garantida (R), imediatamente abaixo do qualificador". TOULMIN (2001; 145).

substanciais, argumentos que não contém sua conclusão, implícita ou explicitamente, em seus próprios dados, dividi-los-emos em dois grupos: argumento pró e argumentos contra.

1.1. Os Argumentos Jurídicos Pró

A conclusão dos argumentos jurídicos pró judicialização da política sanitária do Brasil é que o Poder Judiciário é competente para conhecer de ações judiciais que tenham como causa de pedir a ausência de assistência de saúde ao cidadão pelo Estado e que tenham como pedido a concessão de medicamentos e/ou tratamentos pelo Estado àquele cidadão. Conhecida a ação, a Justiça deve obrigar o Estado *stricto sensu*, o Poder Executivo, a fornecer o medicamento/tratamento, no caso de comprovada ausência de prestação.

Essa pretensão, uma vez questionada pelo próprio Executivo, representado pela Advocacia-Geral da União (AGU), no caso do Executivo Federal (a União), pelas Procuradorias dos Estados, no caso dos Executivos estaduais (os Estados), e pelas Procuradorias Municipais, no caso dos Executivos municipais (os Municípios), ensejou a apresentação dos dados que justificariam racionalmente a decisão de intervenção do Poder Judiciário no caso de ausência da prestação obrigacional de assistência à saúde do povo.

Os dados apresentados dizem respeito ao fato de que o Estado não está prestando sua obrigação de promover o acesso à saúde do povo brasileiro, o que tem resultado na ausência de fornecimento de medicamentos e de tratamentos a cidadão que não possa recorrer à iniciativa privada. Durante a Audiência Pública de Saúde, há relatos de palestrantes que bem revelam a ausência do Poder Executivo na prestação de sua obrigação de assistir à saúde do povo[8] [9] – argumentos esses concentrados nos representantes de ONG's.

---

[8] Nessa direção, confira-se o que afirmou João Félix de Araújo, Presidente da Associação Brasileira de Mucopolissacaridoses, acerca do citado absenteísmo: "*eu sou pai de duas crianças, meus filhos* nasceram e com um ano e dois meses eles andaram, e hoje meu filho é incapaz de andar. Quando chego em casa, ele não pode me receber na porta, e olha a ver as crianças com a idade dele de treze anos, sem condições nenhuma de correr na rua. O sonho de muitas crianças é de, quando crescerem, se tornarem [*sic*] médicos, advogados e doutores ou outras profissões. Meu filho tem só um sonho: jogar bola comigo; só um sonho. Não tem medicação, o diagnóstico não foi dado pelo SUS, não há uma política voltada para doenças raras, não tem assistência. Muitas têm morrido sem condições financeiras nenhuma, sem alimentação. Sofrem nas filas dos hospitais públicos, com médicos que não conferiram o diagnóstico; nem o diagnóstico souberam dar" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 –pp . 278-279).

[9] Nesse sentido, segue, outrossim, o que asseverou Sérgio Henrique Sampaio,Presidente da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose, ao Presidente do STF: "senhor Presidente, tenho um filho portador de fibrose cística, doença genética, progressiva, potencialmente fatal, que necessita de tratamento contínuo e de alto custo" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 280).

Como justificação racional da passagem desses dados àquela conclusão, foram apresentadas, basicamente, três garantias jurídicas, a saber: a) o Poder Judiciário tem de analisar toda lesão ou ameaça a direito como o à assistência médica; b) o Poder Executivo não está financiando adequadamente a saúde pública por meio do Sistema Público de Saúde (SUS); c) a União, os Estados e os Municípios são todos obrigados a prestar a obrigação de assistência à saúde ao povo, solidariamente. Expliquemos, então, cada uma de tais garantias e seus respectivos respaldos.

A garantia de que o Poder Judiciário tem de analisar toda lesão ou ameaça a direito relaciona-se ao conhecimento das ações motivadas pela ausência de fornecimento de medicamentos/tratamento. A partir da constatação do dado "ausência", pretende-se a intervenção do Poder Judiciário fundamentada na citada garantia, a qual, por sua vez, encontra apoio no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, para o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"[10].

Essa garantia e seu respectivo apoio concentram-se nos discursos da Magistratura, do Ministério Público e dos Defensores Públicos. A título exemplificativo, o magistrado Gilmar Mendes afiança que "o Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos submetidos à sua apreciação, vem se deparando com situações trágicas no julgamento do pedido de cada cidadão que reclama um serviço ou um bem de saúde, muitas vezes extremamente urgentes e imprescindíveis"[11] [12] [13].

As outras duas garantias estão mais conectadas ao mérito das ações, tendo em vista que tanto o dever de financiamento quanto a solidariedade dessa obrigação dizem do propósito de procedência ou improcedência do pedido formulado e não mais da possibilidade ou não de seu conhecimento pelo competente ou incompetente Poder Judiciário. Analisemos, então, as duas ga-

[10] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010.

[11] Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 33).

[12] Na mesma direção, o Ministério Público, na pessoa de Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, também entende que "o que se deseja é destacar a imprescindibilidade do Poder Judiciário para efetivação do direito à saúde nos casos concretos, diante da reiterada omissão do Estado no seu dever de garanti-lo. Quem bate às portas do Judiciário para obter determinado medicamento ou tratamento o faz porque o Estado nega-lhe tal prestação" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 37).

[13] No mesmo sentido, a Defensoria Pública, na pessoa de Leonardo Lorea Mattar, outrossim, entende que "assim, a intervenção firme e segura do sistema de Justiça e do Poder Judiciário, quando necessário e quando deficiente a prestação do serviço pela administração pública, deve, sim, ocorrer na área da saúde e é essencial" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 52).

rantias apresentadas e seus respectivos respaldos, concentrados, igualmente, nos discursos de Juízes, Promotores e Defensores Públicos.

A garantia de que o Poder Executivo tem de promover o direito à saúde do povo, ou melhor, promover a assistência à saúde do povo por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), que é a principal política pública na área, encontra apoio no artigo 196, *caput*, da CF/88: "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a 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"[14].

Para provar, reproduzimos assertiva do citado representante do *Parquet*, para quem, "além de alguns entes da federação não cumprirem a aplicação do mínimo de recursos previstos na Emenda Constitucional n° 29 e da ineficiência dos medicamentos de controle sobre a aplicação dos recursos federais repassados aos gestores, fatores que potencializam o indiscutível subfinanciamento da saúde pública, não podemos esquecer que os recursos são finitos e as necessidades infinitas, de modo que não se pode dar tudo a todos"[15][16].

Por fim, há uma garantia que, não obstante seja mérito da ação, liga-se mais à sua forma de procedência do que à própria procedência ou improcedência do pedido. Trata-se da garantia encontrada no argumento da solidariedade passiva na figura do Estado, em conformidade com a qual a União, os Estados e os Municípios – desde qualquer um deles ou até todos juntos – poderiam vir a ser/serem chamados judicialmente a responder perante o Poder Judiciário pela ausência de assistência à saúde, independente de haver atribuição a um ente específico.[17]

---

[14] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010.

[15] Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 38).

[16] O apoio dessa garantia hipotética encontrar-se-ia no grau do que se poderia chamar *categoricidade* das demais garantias: a Constituição Federal, tanto no art. 196, quando na sua regulamentação pela superveniente Emenda Constitucional 29/2000.

[17] Ressalte-se que há, inclusive, uma proposta de Súmula Vinculante por parte da Defensoria Pública da União (DPU) com o intuito de reconhecer aquela solidariedade passiva, sob o fundamento de que, como bem explicou o Defensor Público Federal Leonardo Lorea Mattar: "com o ajuizamento da demanda pela Defensoria Pública da União, por exemplo, uma alegação de ilegitimidade passiva por parte da União, sendo acolhida essa alegação, nós termos o encaminhamento desse processo para o âmbito da Justiça estadual. Aí uma demora grande, muitas vezes num caso extremamente urgente – como eu diria que noventa, senão noventa e nove por cento dos casos, nessa seara, são –, implicando um sofrimento desnecessário ao cidadão que já teve, contra a sua vontade, evidentemente, que buscar o auxílio da Defensoria Pública ou de algum advogado para se socorrer do Poder Judiciário para ver garantido o seu direito constitucionalmente previsto" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 52).

O apoio encontrado por essa garantia é bem revelado por MENDES, para quem, "sabemos que a Constituição estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para cuidar da saúde (artigo 23, inciso II), especificando a competência do Município para, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, prestar o serviço de atendimento à saúde da população (artigo 30, inciso VII)"[18] [19] [20].

Esse seria o *layout* dos argumentos jurídicos pró judicialização da política sanitária que foram proferidos na Audiência Pública de Saúde como justificadores racionais da intervenção.

Por meio da análise dos argumentos jurídicos contra a judicialização das políticas de saúde do SUS, que será realizada no subtópico abaixo, intentaremos aferir o grau de certeza do argumento jurídico pró que possui três garantias com seus respectivos apoios. Como observaremos a seguir, na razão prática, como a do mundo do direito, não subsistem argumentos que possuam grau de certeza tão elevado que não necessitem de nenhum dos aspectos condicionantes, o que só ocorre com os puramente analíticos, da matemática.

1.2. Os Argumentos Jurídicos Contra

A conclusão dos argumentos jurídicos contra a judicialização da política do direito à saúde é a de que o Poder Judiciário não deve intervir na ação do Poder Executivo quando da ausência de promoção do direito à assistência à saúde do povo brasileiro. Todavia, não haveria negativa dos dados apresentados pelos argumentos jurídicos pró, em conformidade com os quais os cidadãos não estariam tendo seu direito respeitado, diante do inadimplemento obrigacional por parte do Estado *stricto senso*, o Executivo.

---

[18] Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 86).

[19] Para conferir os apoios citados pelo magistrado MENDES, *vide* BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010.

[20] André da Silva Ordacgy, representante da Defensoria Pública, no mesmo caminho do citado BITTAR, também entende ser necessária a declaração de solidariedade passiva: "qual a idéia conceitual da solidariedade jurídica? É a idéia de que o jurisdicionado, o paciente que precisa de medicamentos pode requerer esse medicamento necessário de um dos entes públicos, Município, Estado ou União Federal, ou de todos eles juntos. O que for melhor para ele. Isso por quê? Porque ele se encontra numa posição de fragilidade. Ele é a parte mais fraca e, ainda por cima, acometido de uma enfermidade. Então, ele necessita deste medicamento" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 122).

A despeito de pretenderem mostrar-se como argumento jurídico contra aquela judicialização, a nosso ver, essa pretensão da negativa de intervenção do Judiciário não tem como subsistir, tendo em vista que não há, como observado acima, novos dados apresentados. De tal modo, não haveria, por conseguinte, um novo *layout* de argumentos a estabelecer uma relação entre dados e conclusão por meio de um garantia hipotética com um apoio categórico.

Em verdade, tal conclusão não pode ser justificada racionalmente por sua estrutura argumentativa, haja vista que sua pretensão conclusiva é muito mais pretensiosa do que suas possibilidades. Com efeito, não haveria uma garantia apresentada contra a judicialização da política sanitária do SUS, mas sim um aspecto condicionante[21] daquela judicialização, que, na linguagem de TOULMIN, seria uma condição de refutação, uma exceção à regra que defende que a intervenção seja considerada total. Expliquemo-nos.

A conclusão de que o Poder Judiciário não pode intervir na ação do Poder Executivo quando da negativa da prestação obrigacional de assistência médica aos cidadãos brasileiros, a qual está concentrada nos discursos dos gestores federais, estaduais e municipais, está fundamentada na violação do princípio da igualdade ou da isonomia, uma vez que a ação da Justiça na política sanitária resultaria no benefício daqueles que judicializaram seus direitos, em prejuízo daqueles que esperam o adimplemento estatal.

Conforme o então Advogado-Geral da União, hoje Ministro do STF, José Antônio Dias Tofolli, "fica patente que o direito à saúde não implica um direito universal a todo e qualquer medicamento. É necessário que as políticas públicas que contemplem a integralidade, a universalidade, a isonomia e a racionalidade nos usos dos fármacos devem [*sic*] ser observadas"[22] [23]. No

---

[21] Acerca dos aspectos condicionantes do grau de certeza de uma conclusão, TOULMIN afiança: "por fim, uma palavra sobre as diferenças entre B, Q e R. São diferenças óbvias demais para que tenhamos de desenvolvê-las, visto que, é claro, uma coisa são os motivos para considerar aceitável em geral uma garantia, outra coisa é a força que a garantia empresta a uma conclusão e uma terceira coisa são os tipos de circunstâncias excepcionais que, em casos específicos, podem refutar as suposições criadas pela garantia". TOULMIN (2001; 153).

[22] Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 (p. 146).

[23] Ressalte-se, aqui, que o Advogado-Geral da União, José Antônio Dias Toffoli, ao defender a possibilidade de violação do princípio da igualdade pela judicialização do direito à saúde, afirma que o Procurador-Geral da República propugnou o mesmo entendimento em discurso anterior. Em verdade, o PGR seguiu pelo caminho de considerar a vida um direito indisponível, portanto, ensejador da intervenção judicial, até mesmo nesses casos, confira-se: "a demanda por medicamento não registrado no território nacional há de ser avaliada com redobrada atenção. Se é certo que o Estado tem o dever de garantir saúde aos seus cidadãos, mais certo ainda é que não pode o Estado chancelar que esse mesmo cidadão possa colocar em risco bem jurídico que se quer preservar, qual seja, a vida" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 44).

mesmo caminho do então AGU, seguem as palestras dos gestores públicos federais[24], estatuais[25] e municipais[26].

Tal assertiva da igualdade ou isonomia encontra apoio no artigo 5º, *caput* e inciso I, da CF/88, segundo o qual, "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"[27], o que é cláusula pétrea, assim como a inafastabilidade de apreciação judicial de direitos.

A nosso ver, essa afirmação de que a ação do Poder Judiciário poderia violar a garantia do princípio da igualdade apoiado na Constituição Federal não é apta a justificar, racionalmente, o absenteísmo da Justiça quando existente ameaça ou lesão a direito. Em verdade, no vocabulário de ATIENZA, houve um salto argumentativo que tenta instrumentalizar uma real condicionante de refutação como uma falsa garantia com um apoio verdadeiro.

A assertiva de ferimento do princípio da isonomia pela ação do Judiciário na política sanitária não pode ser comparada e ainda ponderada com as garantias dos argumentos jurídicos pró (inafastabilidade da apreciação de ameaça ou lesão; sub-financiamento do Sistema Único de Saúde; solidariedade entre União, Estado e Municípios), porquanto ela não se funda nos mesmos dados apresentados, mas, sim, numa outra estrutura argumentativa que não é apta a "*desjustificar*" a intervenção da Justiça no caso.

---

[24] Nessa mesma direção, Alberto Beltrame, gestor federal representante do Ministério da Saúde, afirmou que, "quanto à obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde por médico não do quadro do SUS ou sem o pedido que tenha sido feito previamente à administração pública, devemos dizer que isso traz como consequência a quebra de princípio do SUS, da integralidade assistencial e do acesso com Justiça. Uma eventual obrigação dessa natureza traz consigo uma grande injustiça, na verdade. Por meio de ações judiciais, seria garantido acesso mais rápido a partes dos SUS para quem não utiliza o SUS" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 59).

[25] No mesmo sentido, Janaina Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, afirmou que, "ao contrário, busca-se contribuir para a compreensão do Poder Judiciário no que se refere à política de assistência farmacêutica no âmbito Sistema Único de Saúde – SUS, mormente ao fato de que a canalização de recursos para situações individualizadas, independe do valor a ser destinado e da organização do SUS, fere o espírito do artigo 196 da Constituição Federal, que é propiciar o acesso universal e igualitário às ações e serviços [*sic*] de saúde" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 220).

[26] Os gestores municipais, conquanto centrem o foco na afirmação de que os Municípios brasileiros gastam mais do que o mínimo, constitucionalmente, previsto com a saúde, também, igualmente, afirmam que a ação do Poder Judiciário poderia vir a violar o princípio da igualdade na assistência médica.

[27] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010.

Destarte, no caso dos argumentos jurídicos contra, temos o que seria uma falácia devida às razões defeituosas, porque a razão de violação do princípio da igualdade oferecida a favor da pretensão de não intervenção do Poder Judiciário na política é correta, contudo, é, igualmente, inadequada para a conclusão específica. Ela atuaria muito mais como uma condição de refutação dentro dos aspectos condicionantes do que, propriamente, como garantia oponível às garantias dos argumentos jurídicos prós.

Na mesma vereda, ATIENZA, em *Las Razones Del Derecho*, entende que "las falacias debidas a razones defectuosas aparecen cuando las razones que se ofrecen a favor de las pretensión son correctas, pero, inadecuadas para establecer la pretensión específica en cuestión"[28]. Destaque-se que, quanto às falácias, ATIENZA, corroborando o entendimento propugnado por TOULMIN[29], alerta para a possibilidade de, erroneamente, confundir-se as garantias com as condições de refutação.

De tal forma, acreditamos que os argumentos jurídicos contra a judicialização da saúde, em verdade, não configuram uma estrutura própria que exija um *layout* da ligação entre seus dados e sua conclusão. A razão apresentada de violação do princípio da igualdade é comprovada, tendo em vista o tratamento desigual (com os que judicializam seus direitos sendo atendidos primeiros que os que esperam o Executivo) a iguais, sendo que ambos os cidadãos encontram-se na mesma situação.

Preservar-se-ia, portanto a estrutura do argumento jurídico pró: dado (D), ausência da prestação obrigacional do direito à saúde por parte da Administração Pública; pelas garantias (G) de que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser alijada da apreciação da Justiça, de que não há aplicação do mínimo constitucionalmente previsto para a saúde, e de que o financiamento da saúde pública do Sistema Único de Saúde é solidário; conclui-se (C), o Poder Judiciário tem de intervir para garantir o direito à assistência à saúde do cidadão.

Apenas, pela análise do "argumento jurídico contra" a judicialização da assistência médica, dever-se-á acrescentar um aspecto condicionante, uma condição de refutação (R), ao *layout*: o Poder Judiciário deverá intervir para garantir o direito à saúde do cidadão, desde que não haja violação do princípio

[28] ATIENZA, 2003; 94.

[29] Provando o mútuo entendimento entre ATIENZA e TOULMIN, acerca daquela diferença entre garantia e condição de refutação que é mais perceptível pela análise do *layout* dos argumentos, TOULMIN afirma que "o modelo tradicional de análise, eu sugeri, tem dois sérios defeitos. Está sempre sujeito a nos levar, como leva Sir David Ross, a prestar muito pouca atenção às diferenças entre os vários tipos de crítica às quais os argumentos estão sujeitos – as diferenças, por exemplo, entre garantias (W) e refutações (R). Premissas específicas expressam, em geral, nossos dados; ao passo que premissas universais podem expressar garantias ou o apoio para as garantias e, quando são afirmadas na forma 'todos os A's são B's', muitas vezes ficaremos sem poder entender a função que desempenham". TOULMIN (2001; 204).

da igualdade com o tratamento desigual como "pular a fila do SUS"[30] a cidadãos iguais, que se encontrem com o mesmo quadro clínico – levando em consideração a gravidade desse.

Por fim, é interessante constar que, uma vez questionada tal refutação (R), ela, por sua vez, exigiria um *layout*, no qual se partiria do dado (D) de que há pessoas "pulando", judicialmente, a fila administrativa do SUS, passando pela agora garantia (G) do princípio da isonomia apoiado na Constituição Federal, concluindo (C): a intervenção da Justiça deve obedecer a rígidos critérios de isonomia – note-se que a condição de refutação (R) será transmudada, presentemente, na pretensão conclusiva (C).

2. A Coerência dos Argumentos Jurídicos

A coerência dos argumentos jurídicos será avaliada por meio da *Teoria da Argumentação Jurídica* desenvolvida por Neil MacCormick, que encontra sua maior expressão na obra *Retórica e Estado de Direito*. A chamada *Teoria Integradora da Argumentação Jurídica* elaborada, juntamente com a criada por Robert Alexy, tem sido considerada teoria padrão na área da Argumentação Jurídica, alcançando grande difusão devido a sua simplicidade e a sua objetividade.

Assim como afirmado por TOULMIN, MACCORMICK entende que uma Teoria da Argumentação Jurídica deve servir para justificar racionalmente a decisão tomada, seja na área prática geral, seja na específica argumentação realizada dentro do Fórum. Justificar uma decisão, racionalmente, assim como entende PERELMAN, seria expor os argumentos jurídicos colhidos dentro de um contexto de justificação, objetivamente formulado, avaliando-os em conformidade com um critério universalizador.[31]

A Teoria de MACCORMICK é desenvolvida com fundamento em duas principais análises: num primeiro momento, num sentido técnico da lógica dedutiva, o argumento jurídico deverá ter avaliado o grau de pertinência entre os argumentos e as conclusões desses; num segundo momento dependente de o

[30] O termo "pular a fila" do Sistema Único de Saúde (SUS) foi utilizado pelo representante do Ministério da Saúde, Alberto Beltrame, que se referiu ao fato de que cidadão não assistido ainda, administrativamente, pode vir a sê-lo, juridicamente, em detrimento do que aguarda a Administração Pública sem judicializar direitos. Para BELTRAME, "quanto à obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde por médico não do quadro do SUS ou sem o pedido que tenha sido feito previamente à administração pública, devemos dizer que isso traz como consequência a quebra de princípio do SUS, da integralidade assistencial e do acesso com Justiça. Uma eventual obrigação dessa natureza traz consigo uma grande injustiça, na verdade. Por meio de ações judiciais, seria garantido acesso mais rápido a partes dos SUS para quem não utiliza o SUS" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 59).

[31] ATIENZA (2003; 107).

argumento haver sido justificado pelo primeiro, o argumento jurídico deve ser justo num sentido de se compatível e coerente com o ordenamento jurídico.[32]

Essa primeira parte do plano interno da consistência racional de um argumento jurídico fundada em MACCORMICK não será muito pormenorizada, tendo em vista que optamos, como destacado no capítulo primeiro, por realizar a análise da consistência dos argumentos jurídicos por meio da *Lógica Informal* de TOULMIN, o qual, conquanto não tenha desenvolvido tanto uma teoria da argumentação quanto MACCORMICK, logrou maiores êxitos na avaliação da consistência.

No plano externo, por sua vez, avaliar-se-á a coerência do argumento jurídico com a realidade fática, sendo indispensável em casos difíceis como o da Audiência Pública de Saúde, em que, devido a problemas de interpretação, não é possível a mera subsunção legal. Há um claro problema de interpretação do direito não resolvido no primeiro plano e que, por conseguinte, dependerá de uma análise pelos critérios do consequencialismo e da universalidade, quanto à coerência.

Conforme MACCORMICK, a universalidade é requisito para justificação de casos difíceis[33], haja vista que justificar, racionalmente, a decisão de um caso difícil depende de que a decisão tomada não só tenha sentido em relação ao ordenamento jurídico como um todo (consistência), mas também que ela, diante da realidade fática, valorize os objetivos principiológicos daquele sistema, até o ponto em que aquela decisão possa ser aplicada em todos os casos iguais que possam aparecer (coerência).

A universalização é um critério de coerência para aferir a racionalidade de uma decisão que ultrapassa a mera exigência de justiça formal – termo utilizado por MACCORMICK. Este critério diz respeito à possibilidade de que uma decisão judicial não contrarie os casos iguais pré-existentes, quando possa ser aplicada a todos os casos iguais que, abstratamente, possam ser judicializados, tornado a decisão um precedente jurídico.[34]

---

[32] Acerca da relação existente entre o plano interno da consistência e o plano externo da coerência, o Manuel Atienza afirma que: "en definitiva, y aunque MacCormick no emplee esta terminología, lo que quiere decir con todo lo anterior es que una decisión jurídica cuando menos tiene de estar justificada internamente, y la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido que la primera es condición necesaria, pero no suficiente, para la segunda" ATIENZA (2003; 111).

[33] A respeito do critério de universalização aqui explicado, MACCORMICK afirma "que não há nenhuma justificação sem universalização; a motivação não precisa de universalização; a explicação requer generalização. Para que fatos particulares – ou motivos particulares – possam ser *razões justificadoras*, eles têm que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável *(defeasible)*. Isso se aplica à argumentação prática de forma bastante geral, e a argumentação jurídica é um campo da argumentação prática". MACCORMICK (2008; 131).

[34] MACCORMICK esclarece que não se deve confundir sua idéia de universalidade com a idéia de generalidade, porque o universal estaria para o particular, bem como o geral estaria para o específico.

Dentro da justificação de segundo nível ou externa, há ainda a coerência conexa a argumentos consequencialistas, mas a um consequencialismo considerado mais objetivo. A decisão tomada deve levar em consideração as consequências jurídicas daquela, de sorte que o grau de coerência com o estado da arte do ordenamento jurídico vigente possa ser otimizado, sendo o maior possível, até o limite em que possa vir a ser universalizado a todos os casos iguais quem venham a ser levados a juízo.[35]

Segundo MACCORMICK, o consequencialismo, portanto, não é o consequencialismo econômico da Análise Econômica do Direito que valoriza as decisões que tragam mais benefícios comprovados economicamente. Os valores considerados aptos a ensejar determinadas consequências devem ser colhidos no próprio ordenamento jurídico. Esses todos seriam princípios jurídicos, uma vez que, para ele, não haveria a diferenciação dworkiana entre princípios que geram direitos e diretrizes políticas que geram objetivos.[36]

Por meio da análise da coerência dos argumentos jurídicos, com os critérios de universalizabilidade e de consequencialismo jurídico, é possível aferir o grau de justificação racional alcançado por uma decisão jurídica. Como veremos a seguir, tal análise feita, no plano externo, é indispensável para que a racionalidade de um argumento jurídico possa ser avaliada, da qual advirá um maior ou menor grau de persuasão dos distintos interlocutores presente na Audiência Pública de Saúde e no mundo jurídico como um todo.

2.1. O Consequencialismo Jurídico

O consequencialismo de MACCORMICK é um consequencialismo jurídico que valoriza as consequências desejáveis pelo ordenamento jurídico, distanciando-se, portanto, de um consequencialismo pautado no utilitarismo ou na economia. De tal sorte, os argumentos consequencialistas exarados na APS são

Complementando ele, com efeito, que "a idéia de universalizabilidade, mesmo fundada em uma concepção tal de imparcialidade racional, está sujeita a sofrer ataques. Um tal ataque foi lançado por Steven Burton. Segundo sua visão, a minha tese acerca da necessária universalidade, ou, ao menos, da universalizabilidade das razões justificadoras, é superestimada e confunde universalização com generalização. O problema que ele coloca tem origem na relativa ignorância sobre os fatos e na relativa indeterminação de objetivos e valores com a qual qualquer humano encarregado de tomar decisões precisa lidar". MACCORMICK (2008; 121).

[35] A propósito do critério consequencialista, do consequencialismo jurídico, MACCORMICK assevera que: "parece desejável levar um pouco mais adiante a idéia dos valores implícitos no Direito, notando que cada ramo do Direito possui, quando estudado em detalhe, um conjunto de orientações sobre valores. Alguém pode dizer algo com um caráter mais amplo sobre o sistema jurídico em sua totalidade? Certamente, esse esforço seria esquemático na melhor das hipóteses, mas parece valer a pena tentar. Ao fazê-lo, nós encontramos orientação na sabedoria do passado e de outros estudiosos". MACCORMICK (2008; 152).

[36] ATIENZA (2003; 119).

em grande medida, pelo menos, favoráveis à judicialização do SUS com o objetivo de atender as demandas por medicamentos e/ou por tratamentos para a população.

Não obstante MACCORMICK admita uma análise consequencialista fundada no que é desejado para cada ramo do Direito, fundar-nos-emos numa análise jurídica geral, até porque os argumentos na APS são, em geral, de base, fundamentalmente, constitucional. Nessa direção, as primeiras e as mais importantes observações são as do Ministério Público[37], o qual entende que a saúde da população estaria entre os objetivos dos princípios que alicerçam a nossa República.

De fato, o art. 1º, III, da CF/88, positiva que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] a cidadania; a dignidade da pessoa humana"[38]. Corroboram os argumentos jurídicos do MP, a Defensoria Pública, a OAB[39] e, em grande parte, a própria Magistratura[40], órgãos esses que acrescentam, inclusive, outras balizas constitucionais.

Ainda na CF/88, no art. 3º, IV, está positivado que "constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação"[41]. No mesmo sentido, também podemos citar os arts. 6º, 23 e 196, do mesmo diploma constitucional, a despeito de a concretude dos

---

[37] O Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral da República SOUZA, entende que, "se é certo que o Estado tem o dever de garantir saúde aos seus cidadãos, mais certo ainda é que não pode o Estado chancelar que esse mesmo cidadão possa colocar em risco bem jurídico que se quer preservar, qual seja, a vida" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 44).

[38] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010.

[39] A Ordem dos Advogados do Brasil, OAB, na pessoa de Flávio Pansieri, afirma que, "na ordem constitucional brasileira, os Direitos Fundamentais sociais são submetidos ao regime jurídico das garantias fundamentais e dos direitos individuais disciplinados tanto no capítulo I, II, III, IV, V do título II da Constituição Federal. Todas essas, por sua vez, então, com eficácia e aplicabilidade imediata, tanto numa perspectiva positiva como negativa" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 64).

[40] A Magistratura, representada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, na pessoa de Marcos Coelho Salles, afiançou que, "dentro desse contexto, nós termos a dignidade da pessoa humana, mas temos também a inafastabilidade da jurisdição. Ora, como eu concebo um Estado social e democrático de direito em que o cidadão não pode procurar o juiz da sua comarca; em que o cidadão não pode procurar o Tribunal de sua região; em que o cidadão não pode procurar diretamente o Supremo Tribunal Federal?" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 72).

[41] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010

referidos dispositivos já ser bastante maior, o que os aproximaria do conteúdo de uma norma e não de um princípio.

O consequencialismo jurídico dos resultados das decisões a serem tomadas na questão da saúde, portanto, são sobremaneira ensejadoras do deferimento do pedido por medicamentos e/ou por tratamentos, tendo em vista que, na judicialização da saúde, o resultado concessão de medicamentos e de tratamentos produz consequências valorizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, com a diretriz principiológica de valorização da dignidade da pessoa humana.[42]

Tomada a decisão jurídica de deferir o pedido de concessão de medicamento e/ou tratamento, o resultado "atendimento do pedido da parte" coaduna-se com "as consequências jurídicas desejáveis pelo ordenamento jurídico do Brasil", porquanto fica valorizada a dignidade humana. Destaque-se que é ao redor dessa dignidade da pessoa humana que se desenvolve grande parte do Direito Constitucional que é o que regula, por sua vez, grande parte do atual SUS, nos arts. 196 e seguintes da CF/88.

Em verdade, de fato, não tem como haver consequências jurídicas mais desejáveis do que a valorização da dignidade da pessoa humana, principalmente dentro do escopo do Direito Constitucional. Isso, haja vista que o Estado, principalmente o Estado contemporâneo, não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas, sim, deve ser considerado um meio para promoção dos verdadeiros fins em si mesmos que são os seres humanos.

Como observado por meio da colheita dos art. 1º, 3º e 4º, da CF/88, os quais são citados e "recitados" na APS pelos mais díspares interlocutores, o Estado, a República Federativa do Brasil, não nasce com o princípio e o objetivo de manter-se, mas, sim, nasce e se mantém com o objetivo principiológico de promover a dignidade humana[43] (ressalte-se que optamos pelo termo objetivo principiológico, uma vez que MACCORMICK não aceita a diferenciação dworkiana entre diretrizes políticas e princípios).[44]

---

[43] Na mesma direção, não podemos esquecer que, ainda que não tenha sido referendado na APS, para o art. 4º, II, da CF/88, "a República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: prevalência dos direitos humanos" (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2010).

[42] A dignidade da pessoa humana é muito bem tematizada por KANT, filósofo no qual se baseia André Comte-Sponville para asseverar que é "o valor do que não tem preço, nem mesmo valor quantificável objeto não de desejo ou de comércio, mas de respeito. 'No reino dos fins', escreve Kant, 'tudo tem um *preço* ou uma *dignidade*. O que tem um preço pode muito bem ser substituído por alguma outra coisa a título equivalente; já o que é superior a qualquer preço, o que por conseguinte não admite equivalente, é o que tem um dignidade (Fundamentos da metafísica dos costumes, II)". COMTE-SPONVILLE (2003; 167).

[44] O representante de Organização Não Governamental, ONG, Paulo Menezes bem assegura que "o argumento pecuniário que vem sendo o suporte da recusa do Governo para o fornecimento desses

Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é a consequência jurídica mais desejada pelo Direito Constitucional que, por sua vez, é o direito mais valorizado pelo ordenamento jurídico. De tal azo, não haveria como a consequência jurídica de manutenção da autonomia do sistema estatal de proteção da saúde tão defendida pelos gestores públicos[45] sobrepujar a consequência jurídica com baldrame no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os argumentos jurídicos consequencialistas contra a judicialização das políticas públicas de saúde exarados pelos gestores públicos e que, outrossim, encontram defesa nos discursos de advogados do Estado (Advogados da União e Procuradores de Estados e de Municípios)[46] de que deve ser mantida a autonomia na gestão do SUS, pois, a intervenção do Poder Judiciário no sistema – como advogado na APS – é considerada algo nefasto à autonomia do sistema público de saúde desenvolvido pelo Poder Executivo.

Sendo assim, o consequencialismo jurídico propugnado por MACCORMICK, diante dos enumerados referenciais do ordenamento jurídico brasileiro, aponta para o norte de que a concessão de medicamento e/ou tratamentos é o resultado da judicialização das questões relacionadas ao direito à saúde que mais se coaduna com as consequências pretendidas pelo ordenamento, prin-

---

medicamentos se evidencia frágil, pois o primeiro dever do Estado para com o cidadão é o direito à vida. Assim, diante do orçamento gigantesco do Estado, quando se contempla a distribuição das verbas, pode-se e deve-se remanejar, por exemplo, os recursos dos planos do crescimento, de cartões corporativos que possibilitam a burocratas do governo se hospedarem [*sic*] em hotéis luxuosos e outras pautas, algumas delas de evidente interesse da classe política. Mas, jamais alegar falta de dinheiro para salvar uma vida" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 265).

[45] A exemplo, na APS, colhemos a seguinte observação de Francisco Batista Júnior, representante da gestão pública do Estado defensora da autonomia do sistema de saúde pública em relação ao Judiciário: "então, é impossível com um Sistema que tem um custo elevado, em determinadas áreas, em função da falta de promoção da saúde. É impossível continuarmos com um Sistema que tem um custo significativo e que, em certa medida, inviabiliza financeiramente determinadas gestões – com medicamentos de alto custo, com exames de alta complexidade, com procedimentos especializados – e temos insistido nisso no Conselho de Saúde. Tudo isso na perspectiva de superar uma realidade que temos hoje, que não é condizente com o que construímos" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 92).

[46] Por exemplo, na APS, colhemos o seguinte entendimento de Janaína Barbier Gonçalves, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul, em conformidade com a qual: "como se vê, a atuação do Estado para garantir o direito à saúde está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que significa que qualquer atuação nesse sentido deve ser de forma global e, inevitavelmente, atender aos planos orçamentários traçados nos artigos 165 e 167 da Constituição Federal. Assim, tendo a Constituição inserido o direito à saúde como um direito social a ser garantido a toda sociedade, incumbe ao poder público trabalhar para a adoção de políticas que visem beneficiar o maior número de pessoas, desde a atenção básica e a medicina preventiva até a assistência farmacêutica" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – pp. 219-220).

cipalmente, pelo ordenamento superior de Direito Constitucional – e, em vista dos Direitos Humanos, por que não ainda, Internacional.

2.2. A Universalização da Decisão

A universalização da decisão tomada, quando da judicialização das políticas públicas de saúde, é ponto central, a nosso ver, para a configuração da racionalidade da argumentação. A partir da direção apontada pelo consequencialismo jurídico de que o ordenamento jurídico brasileiro enseja decisões com resultados que valorizem o consequente princípio da dignidade da pessoa humana, há que se estabelecer um critério consistente para distribuição dessa justiça racional.

Desde a origem do Estado de Direito, e principalmente do Estado Democrático e Social de Direito com suas políticas públicas de promoção do bem-estar social, que a igualdade – seja a igualdade comutativa ou absoluta em alguns casos, seja a igualdade distributiva ou relativa em outros – é buscada como fundamento da relação entre os Estados e os particulares. O ideal de igualdade de tratamento perante o Estado já é lema desde antes da própria Revolução Francesa como seu *"Liberté, Égalité et Fraternité"*.

A igualdade que abordamos na questão do direito à saúde, ou melhor, na questão do direito à promoção da saúde, é a igualdade relativa ou distributiva, tendo em vista que o tratamento deve ser diferenciado: deve-se tratar com medicamento e com tratamentos a pessoa que deles necessite. Como Rui Barbosa já afiançou, quanto a tal igualdade, essa "consiste em tratar os desiguais de maneira desigual, na medida em que eles se desigualem"[47]. Com a diferença justificando, racionalmente, a diferenciação.

O objetivo de estabelecer uma igualdade de tratamento do Estado para com os particulares é, inclusive, o maior ponto de contato – a nosso ver –, entre a "Teoria do Direito como Integridade"[48]de Ronald Dworkin e a "Teoria da Argumentação Jurídica" desenvolvida por MACCORMICK. ATIENZA, inclusive, qualifica a teoria maccormiquiana pelo mesmo adjetivo, "integradora"[49], porquanto seria essa uma Teoria Integradora da Argumentação Jurídica.

Comprovando com as palavra do próprio MACCORMICK, em conformidade com o qual, "Ronald Dworkin afirma que o direito mais básico dos seres humanos é serem tratados com igual consideração e respeito pelos órgãos do Estado. Nós podemos certamente concordar que consideração (ou 'cuidado') e

[47] BARBOSA (1964; 17).
[48] DWORKIN (2002).
[49] ATIENZA (2003; 114).

respeito são fundamentais para o Direito, tanto quanto é a honestidade, e esta importa tanto quanto aqueles outros valores"[50]. Decorrente desse entendimento, há o critério da universalizabilidade da decisão.

Ainda que uma decisão jurídica ou de razão prática geral seja consistente, ou seja, que haja relação entre seus dados e suas conclusões sem saltos argumentativos, e seja coerente com o consequencialismo jurídico pretendido pelo ordenamento jurídico vigente, isto é, que os resultados da decisão produzam consequências valorizadas, aquela decisão precisará poder ser universalizada: terá de poder ser aplicada a todos os casos que, abstratamente, venham a ser judicializados.

A universalização de uma decisão jurídica é decorrência da necessidade de o Poder Judiciário, enquanto Estado Juiz, promover um tratamento igualitário entre casos iguais. No caso da judicialização das políticas públicas de promoção saúde por meio do SUS, tal critério da universalizabilidade tem produzido o maior de todos os sensos comuns – a nosso ver –, na linguagem da argumentação jurídica, seja dentro da APS, seja nos outros meios jurídicos.

Esse *sensus communis* é fundamento que foi instrumentalizado pelos mais diferentes interlocutores, desde os que argumentam contra a judicialização, por exemplo, os gestores públicos[51] – que teriam grande interesse em limitar a intervenção da Justiça na autonomia do Executivo –, até mesmo os que argumentam a favor da judicialização, a exemplo do Ministério Público[52] – o qual teria grande interesse, enquanto defensor dos direitos difusos e coletivos, como o direito à promoção da saúde, na judicialização desse.

A própria Magistratura já entende que "satisfazer necessidades individuais das pessoas portadoras de doenças graves e que precisam de tratamentos específicos resulta, indiretamente, no sacrifício do direito de muitos outros cidadãos

[50] MACCORMICK (2008; 154).

[51] Alberto Beltrame, Secretário de Atenção Especializada do Ministério da Saúde, em nome do qual falou, entende que "quanto à obrigação do Estado de fornecer prestação de saúde por médico não do quadro do SUS ou sem o pedido que tenha sido feito previamente à administração pública, devemos dizer que isso traz como consequência a quebra de princípio do SUS, da integralidade assistencial e do acesso com Justiça. Uma eventual obrigação dessa natureza traz consigo uma grande injustiça, na verdade. Por meio de ações judiciais, seria garantido acesso mais rápido a partes dos SUS para quem não utiliza o SUS" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 59).

[52] Antônio Fernando Barros e Silva de Souza, Procurador-Geral da República, problematizou, ainda que indiretamente, o elemento da universabilidade da decisão, ao afirmar que "além de alguns entes da federação não cumprirem a aplicação do mínino de recursos previstos na Emenda Constitucional n° 29 e da ineficiência dos medicamentos de controle sobre a aplicação dos recursos federais repassados aos gestores, fatores que potencializam o indiscutível subfinanciamento da saúde pública, não podemos esquecer que os recursos são finitos e as necessidades infinitas, de modo que não se pode dar tudo a todos" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 38) (grifo nosso).

igualmente dependentes do sistema público de saúde. Sob tal circunstância, é imperioso alcançar posição equilibrada, a partir da qual seja possível analisar todas as implicações das decisões judiciais, sem comprometer os direitos fundamentais dos cidadãos e, em especial, o direito à saúde"[53] [54].

Tal igualdade de tratamento proporcionada pelo critério racional da universalidade de uma decisão, quando do caso da distribuição do direito à assistência médica, é maior ponto de justificação de todo o sistema argumentativo que gira em torno do direito à saúde, seu senso comum. A exigência de universalidade, portanto, estabelece um critério racional e objetivo de distribuição de um direito, transformando o direito à assistência de saúde em um direito-condição, condicionado à universalização de sua decisão.

De tal sorte, o critério da universalização é o meio pelo qual se deve encontrar o ponto ótimo de intromissão da condição de refutação (R), que advoga pela não violação do princípio da isonomia no tratamento dos pacientes pelo SUS (art. 5º, *caput* e I, da CF/88), no argumento que defende a judicialização das políticas públicas de saúde. No grau adequado, o sistema argumentativo torna-se não só consistente, mas também coerente.

Sendo assim, pela análise da APS, entendemos que, no atual estado da arte, a racionalidade que justificaria a concessão de um medicamento e/ou de um tratamento estaria condicionada à possibilidade de universalização daquela decisão a todos os pacientes que, abstratamente, possam vir a judicializar seus direitos no Poder Judiciário. Interessante observar que o estado encontrado na APS não dista do estado da técnica como um todo, dentro da Teoria da Argumentação Jurídica.

Nesse sentido, Gustavo Amaral, em sua dissertação de mestrado *Direito, Escassez e Escolha*, ao tematizar que critérios jurídicos deveriam ser utilizados no trato com recursos escassos, em casos das chamadas decisões trágicas de ATIENZA, entendeu que "a justiça do caso concreto deve ser sempre aquela que possa ser assegurada a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de se quebrar a isonomia. Esta é a tensão entre micro e macro justiça"[55] [56].

[53] Observação do Ministro MENDES, Gilmar Ferreira, representante do mais alto Tribunal nacional, o STF, na Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 6.

[54] Outrossim, manifestou-se o Ministro MENDES, na mesma seção da Audiência Pública, a primeira, entendendo que "em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do SUS" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 33).

[55] AMARAL (2009; 18).

[56] Provando a compatibilidade entre os estados da arte encontrado na APS e na Teoria da Argumentação Jurídica, assim como reproduzimos o entendimento de AMARAL – que tem como referencial

Como consequência da necessidade de universalização das decisões que deferem pedidos de medicamentos e/ou tratamentos, há, igualmente, a necessidade de que as demandas judiciais que envolvam o direito à promoção da saúde sejam decididas coletivamente. Privilegiando, portanto, a resolução do problema encontrado na política pública de saúde como um todo, ou seja, de todos os cidadãos por ela atingidos (o que se tem chamado, no atual estado da arte da Teoria da Argumentação Jurídica, de macrojustiça).[57]

Ademais, uma segunda necessidade para a justificação racional do sistema de saúde pública, além de que as decisões não sejam tomadas tão somente com base num caso individual, um único caso concreto (o que se tem denominado, no atual estado da arte, de microjustiça), é que as decisões sejam tomadas, conciliatoriamente, com a oitiva do gestor público representante do Estado, o qual deve informar acerca da possibilidade de universalização da decisão.[58] Assegurando, é claro, a transparência dos dados fornecidos.[59]

---

teórico Robert Alexy, que não discrepa muito do pensamento de MACCORMICK –, reproduzimos, igualmente, a afirmação de Luís Roberto Barroso, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, conforme o qual se desenvolveu "certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso da judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é o direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 252).

[57] Na APS, são colhidas observações que corroboram esse pensamento, citem-se as do Procurador do Estado do Rio de Janeiro, segundo o qual: "pois bem, penso – essa é minha sugestão principal – que, neste caso, o debate deve ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir desde momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento da sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela situação merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de se atender [*sic*] uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 250).

[58] No mesmo contexto, foi a manifestação do Procurador BARROSO, para o qual "a judicialização e o atendimento de casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a idéia de universalização e a idéia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo, ou não, mas não se vai criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais" (Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009 – p. 250).

[59] Nesse ponto, iniciativas como a do Portal da Transparência (**http://www.portaltransparencia.gov.br**) são de grande valia para a correção do sistema, para que uma das parte, o paciente, não seja hipossuficiente por ausência de dados informativos. De tal sorte, possíveis litigâncias de má-fé por parte do Estado, quanto à possibilidade de universalização da decisão, poderiam ser contraditadas.

Conclusão

Assim sendo, concluímos, por meio da análise dos argumentos jurídicos exarados na Audiência Pública de Saúde pró e contra a judicialização do direito à promoção da saúde, que ambos podem ser considerados argumentos consistentes.

No plano interno, a partir do *layout* argumentativo fornecido por Stephen Toulmin, entendemos que o argumento jurídico pró possui uma relação consistente entre seus dados e suas conclusões, não se constatando a existência de "saltos argumentativos", haja vista que estão apresentadas as garantias e os apoios que os fundamentam.

Por sua vez, os argumentos jurídicos contra têm sua consistência dependente de sua integração com o todo do sistema argumentativo, uma vez que poderiam ser considerados argumentos falaciosos quando tomados isoladamente. Não obstante sejam apresentados sua garantia e seu apoio, a consistência argumentativa depende de sua interação, como condição de refutação, ao argumento jurídico pró.

No plano externo, observamos que, dentro do escopo do consequencialismo jurídico de Neil MacCormick, a consequência jurídica mais valorizada pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente o de tipo superior do Direito Constitucional, é a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana. Não havendo, portanto, consequência que se coadune mais com o direito nacional do que a decorrente do resultado concessão de medicamento e/ou tratamento pelo Sistema Único de Saúde.

Todavia, estabelecida aquela diretriz, o senso comum que tem sido construído, em torno do critério da universalização da decisão, é o de que há uma condição para deferimento dos pedidos dos pacientes: que a decisão tomada para o caso concreto individual (a microjustiça) possa ser aplicável a todos casos iguais que, abstratamente, venham a ser judicializados (macrojustiça). Sendo essa uma exigência do próprio Estado de Direito que impõe um tratamento isonômico do Estado para com os cidadãos.

Referências Bibliográficas:

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha: Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e das Decisões Trágicas**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009.

ATIENZA, Manuel. **Las Rozones del Derecho: Teorías de la Argumentación Jurídica**. 1ª Ed. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 2003.

Audiência Pública: Saúde. Supremo Tribunal Federal – Brasília: Secretaria de Documentação, Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência, 2009.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Elos, 1964.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Sítio consultado em 13/05/2011.

BRASIL. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8080.htm. Sítio consultado em 13/05/2001.

COMTE-SPONVILLE, André. **Dicionário Filosófico**. Tradução de Eduardo Brandão. 1ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. ***Levando os Direitos a Sério***. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Tradução de Conrado Hubner Mendes.1ª Ed. São Paulo: Elsevier, 2008.

SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 27ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

TOULMIN, Stephen. **Os Usos do Argumento**. Tradução de Reinaldo Guarany. 1ª Ed. São Paulo: Martins, 2001.