

# Os discursos na Audiência Pública da Saúde e seu impacto nas decisões do Supremo Tribunal Federal: uma análise à luz da teoria dos sistemas sociais<sup>1</sup>

Discourses in Health Public Hearing and their impact on the decisions of the Supreme Court: an analysis to the theory of social systems

## Alethele de Oliveira Santos

Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Brasília, DF, Brasil.

E-mail: alethele@ig.com.br

## Maria Célia Delduque

Fundação Oswaldo Cruz. Brasília, DF, Brasil.

E-mail: delduque@unb.br

## Ana Valéria Machado Mendonça

Universidade de Brasília. Faculdade de Saúde. Departamento de Saúde Coletiva. Brasília, DF, Brasil.

E-mail: valeriamendonca@gmail.com

## Resumo

O fenômeno social denominado *judicialização da saúde* levou o Supremo Tribunal Federal (STF) a convocar uma *audiência pública*, em 2009. A oitava da sociedade, em seus diferentes segmentos, deveria prover os julgadores de embasamento para suas decisões. Os discursos proferidos no evento foram investigados, com o intuito de responder se a Audiência Pública da Saúde apresentou argumentos que foram incorporados pelo STF em sede de suas decisões, de modo a denotar alterações no subsistema judicial. A pesquisa foi realizada por meio da base de dados do STF, disponível na internet. Foi utilizado o método da Análise de Discurso e matrizes comparativas de decisões judiciais. Os resultados concluíram que a audiência se revelou estratégica e que os discursos apresentaram teses distintas conforme os segmentos participantes, demonstrando que o direito à saúde não apresenta significado hegemônico na sociedade. Conclui-se que os dois subsistemas sociais - saúde e direito - tiveram oportunidade de mútua aprendizagem. O subsistema jurídico incorporou, nas decisões analisadas, 20% dos argumentos apresentados na Audiência Pública da Saúde.

**Palavras-chave:** Sistema Único de Saúde; Poder Judiciário; Decisões Judiciais; Audiência Pública da Saúde.

## Correspondência

Maria Célia Delduque

Avenida L-3 Norte, Campus Universitário Darcy Ribeiro. Gleba A, SC-4 Caixa Postal 04311. Edifício Sede Fiocruz Brasília. Brasília, DF, Brasil. CEP 70910-900.

<sup>1</sup> Artigo baseado em dissertação de mestrado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva da Universidade de Brasília (UnB).

## Abstract

The *judicialization of health* social phenomenon caused the Federal Supreme Court (STF) ask for a Public Hearing in 2009. The call of society in its different segments should provide the basis for the judge's decisions. The discourses given at the event were investigated in order to answer whether the public health audience presented arguments that have been incorporated by the Supreme Court seat of their decisions, denoting changes in the legal subsystem. The research was conducted on the basis of the STF data center, available on the internet. The method of discourse analysis (AD) and comparative matrices of judgments was used. The results concluded that the hearing proved to be strategic and that the participant's discourses by distinct segments demonstrated that the right to health has no hegemonic meaning in society. It was concluded that the two social subsystems - health and law - had the opportunity for mutual learning. The legal subsystem incorporated in the decisions analyzed 20% of the arguments presented at the Health Public Hearing.

**Keywords:** Health System; Judiciary; Court Decisions; Health Law; Public Hearing.

## Introdução

A realização da Audiência Pública da Saúde pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em 2009, foi um marco divisor das relações entre o sistema jurídico e o sistema político no que se refere ao Sistema Único de Saúde (SUS) e às ações e serviços relacionados à saúde no Brasil.

Embora tenha sido um evento de grandes proporções e consequências para ambos os sistemas, não houve efetivos estudos e investigações acerca daquele marcante encontro, seja no campo jurídico ou no campo das ciências sociais.

Este estudo teve por objetivo levantar e analisar os discursos proferidos na Audiência Pública da Saúde do STF e avaliar se eles tiveram impacto nas posteriores decisões proferidas pela Corte constitucional em matéria de saúde.

Para tanto, partiu-se da Teoria dos Sistemas Sociais, construída por Niklas Luhmann, segundo a qual há um sistema social global formado por subsistemas sociais. Esses subsistemas captam sentidos no ambiente, alteram seus códigos próprios e mantêm-se vivos. Para dar conta da conformação social, Luhmann indica a comunicação como fator de organização, o que explica a configuração dos subsistemas conforme a função que exercem - os subsistemas são funcionais e têm códigos próprios (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996).

Quando dois subsistemas entram em conexão, como no caso deste trabalho, onde é apreciada a conjugação dos subsistemas jurídico e político-sanitário, são denominados *acoplamento estrutural* (Corsi; Esposito; Baraldi, 1996), para utilizar a expressão luhmanniana (Luhmann, 2004). Na ocorrência do acoplamento estrutural de dois subsistemas funcionais há troca de estímulos, o que se denomina, segundo a teoria, *irritação*.

Um subsistema deve permitir-se receber irritações, pois estas desencadeiam reajustes de acordo com sua gramática interna e isso o mantém vivo e operante, o que revela a chance de aprendizagem entre subsistemas, contra a qual o subsistema se mantém ou se modifica.

No entanto, não pode haver sobreposição de subsistemas, pois estes perdem suas especificidades e passam a tomar decisões com códigos

alheios - fenômeno denominado corrupção, para utilizar a linguagem de Luhmann (2004).

Sob tais premissas, a Audiência Pública da Saúde pode ser vista como o acoplamento estrutural dos subsistemas jurídico e político-sanitário.

No Estado de Direito, o subsistema jurídico também fornece respostas legais aos problemas da política. Ocorre que, a rigor, os problemas da política são trazidos ao subsistema do direito de modo deslocado de seu código jurídico. O problema apresenta-se quando o direito procura determinar a política e a política busca limitar o direito.

Para reduzir a complexidade instalada, o STF entendeu adequado abrir um campo de irritações e convocou a Audiência Pública da Saúde, cujos discursos foram analisados e confrontados com os códigos criados.

## Métodos

Foi realizada pesquisa descritiva e analítica, de caráter quali-quantitativo, cujo objeto foi a Audiência Pública da Saúde e a unidade de análise consistiu nos discursos proferidos nessa audiência pública e nas decisões do STF. A Audiência Pública da Saúde ocorreu em Brasília, entre abril e maio de 2009, na sede do STF. Foram selecionadas todas as falas, constituindo uma amostra de 64 discursos disponíveis em base de dados do STF (<http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>), orientada pelos critérios propostos pelo método da Análise de Discurso (AD) e sua ferramenta auxiliar, o programa *Qualiquantisoft* (Lefèvre; Lefèvre, 2003). Esse programa possibilita a realização de pesquisas qualitativas e quantitativas e facilita a aplicação da AD, tornando o trabalho do investigador mais simples e célere.

O conjunto das formações discursivas de todos os tipos, ainda que em interação em uma conjuntura, jamais é totalmente concebível na AD. Esta almeja definir os procedimentos para expor ao leitor o que está subentendido no discurso, o que torna a AD dependente das ciências sociais e de sua evolução (Lefèvre; Lefèvre, 2003).

Foi excluído um discurso habilitado, por seu não comparecimento pessoal.

Por uma opção metodológica, os discursos foram agrupados em quatro subsistemas, em função da representatividade de seus interlocutores: (i) subsistema jurídico (J); (ii) subsistema político (P); (iii) subsistema científico (C); e (iv) subsistema social organizado (SC).

Foram consideradas 3 macrocategorias de análise: A - Teses: categoria na qual foram inseridos todos os fragmentos de discurso com abordagens teóricas; B - Propostas: categoria na qual foram inseridos fragmentos de discurso com demandas por ação programática; e C - Dilemas: categoria com fragmentos de discursos com narrativas de conflitos relativos à efetivação do direito à saúde.

Foram adotadas 14 subcategorias e 5 microcategorias, como ilustra o Quadro 1.

Os argumentos dos discursos foram confrontados com as seguintes decisões posteriores do STF: Suspensões de Tutela (STA) 175, 211 e 178; Suspensões de Segurança 3.724, 2.944, 2.361, 3.345 e 3.355; Suspensão de Liminar (SL) 47; e Recomendação 31, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), presidido pelo STF. Tal eleição teve como critério serem as primeiras decisões pós-audiência pública a versar sobre o tema saúde.

Tal análise deu-se sob uma medição binária: “forte” e “não forte”.

Foram considerados “fortes” os argumentos dos discursos, reproduzidos pelo STF quando das decisões analisadas, denotando a adesão do destinatário ao proferido na audiência pública, e, portanto, determinando como eficaz o discurso. Os argumentos não utilizados pelo STF nas decisões analisadas foram assinalados como “não fortes”.

## Resultados e discussão

Os 63 discursos analisados originaram 705 argumentos, dos quais apenas 20% foram considerados “fortes” e 564 (80%) foram “não fortes”, isto é, não causaram impacto nas decisões posteriores do STF e do CNJ, salientando-se que a mesma tendência foi mantida quando observadas as categorias individualmente.

Observados os discursos que compõem a Subcategoria A.1, A importância jurídica e política da Audiência Pública da Saúde, infere-se que os expositores

**Quadro 1 - Representação das categorias, subcategorias e microcategorias de análise dos discursos proferidos na Audiência Pública da Saúde do STF, 2009**

<b>Categoria A</b>	<b>Teses: abordagens teóricas sobre determinado assunto</b>
Subcategoria A.1	A importância jurídica e política da Audiência Pública da Saúde.
Subcategoria A.2	Judicialização, teoria e prática.
Subcategoria A.3	Proposição de súmulas vinculantes.
Subcategoria A.4	Recurso extraordinário.
Subcategoria A.5	Responsabilidade no SUS.
Microcategoria A.5.1	Responsabilidade solidária.
Microcategoria A.5.2	Responsabilidade conforme competências.
Subcategoria A.6	Conflito de interesses.
Subcategoria A.7	Eficácia dos direitos fundamentais.
Subcategoria A.8	Fraudes na política pública de saúde e na judicialização.
Subcategoria A.9	Proteção patentária.
Subcategoria A.10	Registro e incorporação tecnológica.
Subcategoria A.11	Financiamento do SUS.
Subcategoria A.12	Aspectos conceituais da política pública de saúde.
Subcategoria A.13	Desenvolvimento social é a melhoria da qualidade de vida do cidadão.
Subcategoria A.14	Efetividade do direito à saúde.
Microcategoria A.14.1	O direito à saúde independe de políticas públicas.
Microcategoria A.14.2	O direito à saúde deve dar-se mediante políticas públicas.
Microcategoria A.14.3	O direito à saúde deve dar-se mediante políticas públicas, admitidas exceções.
<b>Categoria B</b>	<b>Propostas: demandas por ação programática.</b>
<b>Categoria C</b>	<b>Dilemas: conflitos vivenciados pelos envolvidos nas relações referentes à efetivação do direito à saúde.</b>

guardavam grandes expectativas com o resultado da audiência e com as decisões que o STF doravante passaria a tomar. Os argumentos considerados “fortes” apresentaram: (i) justificativas legais e objetivos para a convocação da Audiência Pública da Saúde; (ii) comunicação de que todos os subsídios oriundos daquela oitiva seriam utilizados por tribunais; (iii) quantidade expressiva de processos judiciais referentes à efetivação do direito à saúde em trâmite no Poder Judiciário brasileiro, como justificativa para a convocação da audiência pública.

A subcategoria A.2, Judicialização, teoria e prática, trouxe como argumentos “fortes” aqueles que apresentaram: (i) existência de teses divergentes acerca do direito à saúde; (ii) ações judiciais com pleitos referentes ao direito à saúde associadas à ineficiência, ineficácia ou omissão do Estado; (iii) ações judiciais que confrontam solicitações de medicamentos sem registro ou experimentais, *versus* os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) e a Medicina Baseada em Evidências (MBE); (iv) insegurança jurídica, dada a falta de uniformidade das decisões judiciais, que tanto violam ritos processuais como não ouvem previamente os gestores; (v) competência do Poder Judiciário para avaliar a legalidade da política pública; (vi) necessidade de que as decisões sejam pautadas na avaliação caso a caso e com base em soluções de equilíbrio - não se trata de “tudo para todos” e nem “o caso de um pode deixar desprotegido o direito da coletividade”.

A STA 178 (e outros processos) expôs teses de argumentação dos que recorrem ao Poder Judiciário para ver garantidas as prestações de saúde pretendidas e as teses daqueles que contestam os argumentos que as pleiteiam. Portanto, conforme o que foi categoricamente afirmado na decisão, trata-se de análise de teses controversas.

Exatamente por reconhecer a existência de inúmeras ações judiciais em trâmite, algumas delas foram tratadas com relevância na audiência: (i) a proposição de súmula vinculante, tratada na subcategoria A.3; e (ii) o recurso extraordinário com repercussão geral decretada, acerca da obrigatoriedade do Estado ao fornecimento de medicamentos de alto custo, destinados à hipertensão pulmonar, tratada na subcategoria A.4.

A subcategoria A.3, que trata da proposição da súmula vinculante para reconhecimento da responsabilidade solidária entre os entes federados para efetivar o direito à saúde, também está ligada às subcategorias A.4 e A.5. A subcategoria A.5 apresentou as duas correntes teóricas defendidas: A.5.1, pela responsabilidade solidária dos entes, até então mantida nas decisões do STF; A.5.2, aquela que defende a responsabilidade do ente conforme competências definidas na legislação infraconstitucional, que poderá ser apreciada, em sede de julgamento do RE 566.471, sob a lavra do ministro Marco Aurélio de Mello, como destacou a decisão STA 178 (e outros processos) e tratado na subcategoria A.4.

O STF, historicamente, preserva o princípio da lealdade à Federação, e, por conseguinte, à democracia. Das razões apresentadas na apreciação dos argumentos “fortes” que compõem a subcategoria A.5, é possível pressupor que a proposição de súmula vinculante acerca da declaração de responsabilidade solidária mereça guarida por parte do STF - permanecendo a interpretação constitucional de que os entes são solidários na obrigação do direito à saúde.

A subcategoria A.6 especificou diversas possibilidades de conflitos de interesse, mas o argumento considerado “forte” relatou a inexistência de conflito de interesses entre o subsistema político e subsistema jurídico, no que diz respeito ao exercício das competências de cada um.

Na subcategoria A.7, Eficácia dos direitos fundamentais, os argumentos considerados “fortes” indicaram que: (i) a razão de ser do Estado é a efetivação dos direitos fundamentais; (ii) o problema refletido na judicialização da saúde é a ineficiência, ineficácia ou a omissão do Estado; (iii) os direitos fundamentais têm eficácia e aplicação imediatas, podem ser exigidos judicialmente, cabendo, então, definir as condicionantes à sua sindicabilidade; (iv) a judicialização começa na composição orçamentária que não garante recursos suficientes às ações e serviços de saúde; e (v) a exigência judicial de direitos está ligada à informação sobre eles.

A subcategoria A.8, Fraudes na política pública de saúde e na judicialização, reconheceu em seu argumento forte a existência de fraudes no ajuizamento das ações - considerado dado incontestável. Ressalte-se que o STF, ao se manifestar pela inad-

missibilidade de produção genérica de pedidos, de contestações e, também, de decisões judiciais, reconheceu que os casos concretos não vêm sendo tratados conforme suas peculiaridades individuais.

A subcategoria A.9, Proteção patentária, explicitou teses consistentes, todavia, não reconhecidas pelo STF nas decisões analisadas, importa atentar para futuras decisões do STF, afetas às patentes, especialmente a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 4.234.

A subcategoria A.10, Registro e incorporação tecnológica, apresentou argumentos fortes derivados da associação entre a melhor prática científica - MBE - e a formulação de documentos capazes de indicar critérios para diagnóstico e tratamento - PCDT - como forma de viabilizar o princípio constitucional de acesso universal e igualitário às prestações de saúde. Por conferir creditação aos argumentos atinentes a MBE e os PCDT, o STF determinou que deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa, pleiteada judicialmente pelo paciente. Contudo, tornaram-se excepcionais os casos em que o paciente consiga comprovar, mediante satisfatório conjunto probatório, a ineficácia do que lhe é oferecido pelo SUS - a ser analisado em cada caso concreto. Admitiu-se, ainda, que fossem contestados os PCDT, seja por inadequação da prova científica adotada pelo SUS, seja por inadequação dos próprios PCDT.

O STF, ao se manifestar sobre os pleitos que referem pedidos não contemplados pelas políticas públicas, corroborou o exposto na subcategoria A.10: (i) quando se tratar de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), não há permissão legal para que a administração pública os adquira. A primeira das razões é a proibição legal à dispensação em território nacional. Realçou a competência de regulação econômica da Anvisa e que as exceções para dispensação de medicamentos sem registro em território nacional também estão previstas na lei e o subsistema jurídico deve ater-se a elas. Outro ponto é: (ii) quando se tratar de medicamentos sem evidência científica, os seguintes itens devem ser considerados: (ii.1) primeiro, se a política pública oferece tratamento para aquela patologia - se sim, a oferta pública deve ser privilegiada; (ii.2) nos casos em que a oferta pública não se prestar ao usuário - que haja provas nos autos da ineficácia

do tratamento. Quando os pleitos se referirem a: (ii.3) “tratamentos experimentais”, estes devem ser custeados pelos interessados em sua avaliação, não havendo condenação ao sistema público de saúde. E, por fim, (ii.4) nos casos em que o tratamento pretendido não tenha sido incorporado pelo SUS e que não seja experimental, é necessário que o pedido esteja legitimamente acompanhado das provas da eficácia do pretendido, podendo até haver contestação dos PCDT.

A subcategoria A.11, Financiamento do SUS, entre 42 argumentos, apenas 8 foram considerados “fortes”. Destes, a grande expectativa estava adstrita à regulamentação da Emenda Constitucional (EC) n. 29/2000, como forma de conferir estabilidade à captação financeira do SUS - ao ampliar o percentual de participação da União e, conseqüentemente, estabilizar gastos. Em 13/01/2012, a EC n. 29/2000 foi regulamentada, sem qualquer acréscimo financeiro direto para o SUS. Existe, a partir da ação da sociedade civil e gestores de saúde, o intento da apresentação de projeto de lei por iniciativa popular, com a finalidade de prescrever constitucionalmente que o equivalente a 10% das receitas correntes brutas da União sejam destinadas à saúde. Para problematizar as questões relativas ao financiamento da saúde, seria necessário abordar a concentração da arrecadação tributária nos cofres da União (a pretendida reforma tributária), que, mesmo mencionada na Audiência Pública da Saúde, foi considerada argumento “não forte”.

Os argumentos fortes reconheceram que a composição orçamentária é tripartite, que são finitos os recursos e as necessidades infinitas, indicam, portanto, que é necessário: (i) estabelecer parâmetros para as ações e serviços de saúde fornecidos pelo Estado; (ii) aplicar os recursos de forma adequada; e (iii) promover a participação democrática na elaboração dos orçamentos.

Em números absolutos, a subcategoria que apresentou a maior quantidade de argumentos foi a A.12, Aspectos conceituais da política pública de saúde, com 142 argumentos oriundos de 41 discursos, todavia, entre todos os itens apresentados, apenas 10 foram considerados “fortes”. Os argumentos “fortes” expressaram: (i) a ação tripartite para conformação de sistema único; (ii) as competências de cada ente

expressas na Lei n. 8.080/1990 e que cabe à administração pública garantir a efetividade do direito à saúde; (iii) os conceitos e regras de registro de medicamentos no Brasil, contidos na Lei n. 6.360/1976; (iv) a Lei n. 9782/1999, de criação da Anvisa; (v) a clareza de que a integralidade não pode ser um conceito aberto, carecendo de regras e parâmetros; (vi) as drogas experimentais só podem ser utilizadas em ambiente de pesquisa; (vii) não há justificativa legal para que o SUS arque com despesas relativas aos medicamentos sem registro no Brasil - portanto, sem segurança e eficácia asseguradas; e, por fim, (viii) a necessidade de conduzir os PCDT à centralidade do debate jurídico. Entre os argumentos “não fortes”, chamaram atenção as referências ao alargamento do prestígio dos governos e de seu poder legiferante.

A subcategoria A.14, Efetividade do direito à saúde, foi dividida em 3 microcategorias: Microcategoria A.14.1, manifestações que entendem que o direito à saúde deve dar-se independentemente de qualquer política pública; Microcategoria A.14.2, manifestações que entendem que o direito à saúde deve dar-se mediante políticas públicas; e Microcategoria A.14.3, manifestações que entendem que o direito à saúde deve dar-se mediante políticas públicas, admitidas exceções. Essas posições variam conforme as interpretações do artigo 196 da Constituição Federal (CF) que afirma o direito social à saúde.

A microcategoria A.14.1 entendeu que toda pretensão em saúde deve ser atendida e custeada pelo Estado, independentemente da existência de política pública. Essa não foi a posição adotada pelo STF, contudo, entre os 7 argumentos que constituíram essa microcategoria, 2 foram considerados fortes: (i) o que afirmou que a audiência pública vem discutir a garantia do direito à saúde e como o Poder Judiciário deve agir para efetivá-lo; e (ii) o que afirmou que o Estado não pode negar a garantia de vida, salvo quando o pleito referir-se a tratamentos não recomendados.

A microcategoria A.14.2 entendeu que o direito à saúde está restrito ao que esteja regulado pelas políticas públicas e, ainda, que o STF tenha mantido posição ordeira, também não foi esta sua opção. Entre os 4 argumentos que deram forma a essa microcategoria, 2 foram considerados “fortes”: (i) o artigo 196 da CF serviu de fundamento a decisões

cuja interpretação levava a crer que o direito à saúde é ilimitado e que o Estado é obrigado a fornecer “tudo para todos”; e (ii) a CF dispõe que saúde é obrigação do Estado e que haverá meios apropriados para efetivar tal obrigação: as políticas públicas.

A microcategoria A.14.3 foi acatada pelo STF: há que se respeitar a política pública, mas há que se admitir exceções. Nesse parâmetro foi baseada a decisão STA 178 (e outros processos), assim como foi exarada a Recomendação 31, do CNJ. Os argumentos fortes dessa microcategoria defenderam: (i) a possibilidade de análise de casos individuais não pode ser fechada, porque há razões para a excepcionalidade, como as reações alérgicas e iatrogenia médica.

Para esgotar as dúvidas sobre o mandamento constitucional, o STF procedeu à interpretação do artigo 196 da CF destacando seus elementos principais: “direito de todos”, “dever do Estado”, “políticas sociais e econômicas”, “redução do risco de doenças e outros agravos” e “ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”.

A categoria B, Propostas, apresentou demandas por ações programáticas e foi composta por 87 argumentos, dos quais 16 foram considerados “fortes”.

As propostas trazidas pelos 4 subsistemas à Audiência Pública da Saúde não se preocuparam com o alcance e com as competências de cada subsistema. Nos casos em que os argumentos extrapolaram as competências específicas do subsistema jurídico - como na proposta de fortalecimento e composição da câmara de incorporação de tecnologias em saúde no SUS, ou, ainda, de alteração legislativa com vistas à assistência farmacêutica no SUS, mesmo que posteriormente contemplados pela Lei n. 12.401/2011 -, eles foram considerados, no âmbito da pesquisa, “não fortes”.

Os argumentos “fortes” indicavam a necessidade de: (i) regulamentar a EC n. 29/2000, como forma de garantir o financiamento do SUS; (ii) admitir demandas judiciais que expressem casos individuais que, por razões específicas, careçam de tratamentos não encampados pelos PCDT; (iii) não fornecer medicamentos sem registro na Anvisa, porque assim está expresso em lei; (iv) admitir que tratamentos experimentais sejam feitos apenas no âmbito da pesquisa, porque assim estabelece a norma; (v) conferir credibilidade aos PCDT, trazendo-os ao debate jurídico, contudo, permitindo sua contestação, uma vez

que carecem de atualização e elaboração constantes; (vi) conceder prestações de saúde não previstas em política pública, desde que não sejam vedadas pelo Estado e que não haja tratamento previsto; (vii) ouvir os gestores antes da concessão de liminares; (viii) admitir a formação de câmaras conciliatórias, evitando o grande fluxo de processos nos subsistemas jurídico e político; (ix) formar magistrados e operadores do direito para que conheçam a política pública de saúde; (x) produzir provas suficientes dos requerimentos de prestação de saúde; e (xi) assessorar tecnicamente o subsistema jurídico.

Tanto juízes como tribunais são obrigados a decidir todas as questões que lhes são apresentadas e estão sempre expostos às possibilidades de superação dos limites operativos, o que aflora, especialmente, quando o objeto de análise é a efetivação de direito social, como a saúde.

Há o reconhecimento de que os dilemas existentes para o enfrentamento da questão da efetivação do direito social à saúde estão fundados em fio lógico consistente.

Na categoria C foi possível identificar 99 argumentos, dos quais 23 foram considerados “fortes”. Em sede da STA 178 (e outros processos), foi possível observar a narrativa de dilemas com suas razões/contrarrazões.

No elenco de 23 argumentos “fortes”, é possível atribuir destaque ao fato de que efetivar o direito social à saúde é, *per se*, um desafio que deve ser analisado caso a caso, segundo critérios de necessidade. O subsistema político-sanitário lida com recursos escassos e necessidades infinitas (reserva do possível × mínimo existencial), em uma sociedade na qual é reconhecida a proibição de retrocesso social. Os gestores sempre apresentam a tese da reserva do possível, todavia, segundo o subsistema jurídico, não comprovam o dano orçamentário que a decisão judicial lhes impõe. E mais, havendo limitações financeiras, estas devem impor escolhas éticas e não escolhas focadas no custo dos tratamentos.

A STA 178 (e outros processos) considerou a hipótese de que, não havendo oferta pública ao item judicialmente pretendido, o subsistema político-sanitário apresente suas justificativas, bem como colabore com o subsistema jurídico na decisão, municiando-o com dados técnicos e necessários.

Sobre os tratamentos novos, o STF argumentou que a inexistência de PCDT não pode ser empecilho ao acesso individual ou coletivo à prestação de saúde ainda não testada pelo SUS.

Para Santos (2010, p. 111), na questão da judicialização da saúde, “não há perseguidos e nem perseguidores”. Entretanto, a autora reconheceu a existência de “excessos e desvios”.

Verificou-se grande ênfase do STF aos itens a ser observados pela magistratura: (i) a exigência de suficiente produção de provas cientificamente fundamentadas - e a necessária produção de provas pode, em muitos casos, causar impedimento à concessão das medidas cautelares; (ii) se a prestação de saúde almejada em ação judicial é adequada às necessidades do paciente; (iii) a aferição do registro do medicamento e das possibilidades de aquisição pelo Estado; (iv) a existência da MBE e dos PCDT adotados pelo SUS para o caso analisado; (v) aferição da existência de política pública que contemple o almejado na ação judicial; (vi) aferição da existência de política de dispensação de medicamento sustentada pela MBE; (vii) admissão da corrente MBE de modo a permitir questionamento de ordem científica sobre a adequação da prestação de saúde almejada; (viii) a argumentação de que a reserva do possível (escassez de recursos), por si só, não elimine a obrigação do Estado (União, estados, Distrito Federal e municípios) quanto ao fornecimento de prestações de saúde. A apreciação dos argumentos de lesão à ordem, economia e separação de poderes não foi objeto da STA 178 (e outros processos).

## Conclusão

Com o conflito entre o mandamento legal e o fato, na busca por respostas, é necessário que o subsistema jurídico reconheça a existência dos códigos dos outros subsistemas em sua ação. É no interior do subsistema político-sanitário que são formalizadas e executadas as políticas públicas de saúde que, por sua vez, têm um processo de formalização, na medida em que têm norma instituída (leis, decretos e atos administrativos). Considera-se adequado que a formalização da política de saúde reflète a intenção coletiva de efetivar direitos sociais, por meio de atos infraconstitucionais ou infralegais. O subsistema

jurídico, ao desconhecer esse arcabouço, chega a impingir ao subsistema político-sanitário o cumprimento de decisões diversas daquelas constituídas com base em uma justiça distributiva.

Tais tensões propiciaram elevado número de processos judiciais referentes à efetivação do direito à saúde, em trâmite no Poder Judiciário, e ensejaram a convocação da Audiência Pública da Saúde, que, vista sob a ótica da Teoria dos Sistemas Sociais, foi compreendida como acoplamento estrutural e um campo aberto às irritações entre os subsistemas. Assim considerando, o objetivo foi provocar no núcleo do subsistema jurídico - o tribunal - a absorção de fundamentos sobre o sistema público de saúde.

Como já exposto, a macrocategoria A foi composta por 705 argumentos de discurso, dos quais o subsistema judiciário utilizou, nas decisões analisadas, 121. Dos 99 argumentos de discurso que compuseram a macrocategoria B, foram utilizados 23; e dos 87 argumentos de discurso que compuseram a macrocategoria C, 16 foram utilizados. A absorção dos argumentos expostos na audiência pública, pelo subsistema jurídico, foi de cerca de 20% dos argumentos totais.

As definições do STF podem vir a demonstrar regularidade e uniformização das decisões judiciais ao longo do tempo, especialmente pelo fato de que a magistratura vinculada foi orientada a seguir a Recomendação 31 do CNJ. Em termos práticos, nas ações que diuturnamente chegam aos tribunais e às procuradorias dos entes federados, a tentativa de uniformização de julgados pode demonstrar efetivos ganhos, quer seja para a sustentação e organização do SUS, quer seja para orientar os procedimentos do Poder Judiciário.

O subsistema jurídico, representado pelos magistrados, é colocado em posição de decidir sobre a “vida ou morte” do indivíduo, tendo de lutar com complexidades fora de seu código e que podem comprometer até programas de saúde determinados à coletividade (direito individual × direito coletivo).

Observados os pleitos baseados - segundo termo cunhado por representante do subsistema político-sanitário, na medicina baseada em esperança - que requerem medicamentos sem registro na Anvisa,



fora de sua indicação ou experimentais, além de colocar em risco a situação do paciente, e em se tratando de tecnologias de alto custo, podem comprometer políticas destinadas à coletividade.

A Audiência Pública da Saúde também trouxe ao subsistema político-sanitário questões que merecem observação e tomada de decisão. O primeiro ponto diz respeito aos pedidos das ações judiciais que já estejam contidos em políticas públicas. Entendeu o STF que, nos casos em que haja política pública definida e que abranja o pleito, é inquestionável a existência do direito.

O STF rendeu-se às expectativas normativas ordeiras; as que pleiteiam efetivação do direito à saúde e que estejam contempladas em políticas públicas devem ser concedidas, assim como os casos em que haja, por meio de conjunto probatório adequado, comprovação de que a oferta estatal não é capaz de satisfazer ao caso individual. Essa foi a tese essencialmente acatada pelo STF e nela estão contidos dois elementos: as análises de efetivação do direito à saúde serão realizadas caso a caso; e as pretensões não normatizadas pelo SUS devem ser apreciadas em todos os seus elementos constitutivos. Consequentemente, os magistrados estarão sujeitos às possibilidades de superação dos seus limites operativos - o que não significa assumir códigos de outros subsistemas. Sem dúvida, ocorreu um mútuo aprendizado entre os sistemas político e jurídico pelo acoplamento estrutural da audiência pública.

Nesse contexto de análise, é possível perceber

a existência de mais uma tensão, sem, contudo, ter resolvido nenhuma das outras. O modelo de sistema global já existente, burocratizado, limitado, atido a uma lógica pré-constituída, está em conflito com um tipo inovador: finalístico, ágil, prático, mais suscetível aos acoplamentos estruturais, disposto a aprender e comunicar - ainda que preservado o fechamento dos subsistemas.

Somente por meio da combinação entre o fechamento autopoietico dos subsistemas e as irritações advindas do ambiente é que o direito pode evoluir - e, ao evoluir, provocar a evolução do sistema social global e ser novamente provocado por ele.

## Referências

CORSI G.; ESPOSITO, E.; BARALDI, C. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Ciudad del México: Universidad Iberoamericana, 1996.

LEFÈVRE, F.; LEFÈVRE, A. M. C. *O discurso do sujeito coletivo: um novo enfoque em pesquisa qualitativa (desdobramentos)*. Caxias do Sul: EDUCS, 2003.

LUHMANN, N. *Law as a social system*. Oxford: Social-Legal Studies, 2004.

SANTOS, A. O. *A abordagem de temas jurídicos na audiência pública da saúde no Supremo Tribunal Federal*. 2010. Monografia (Especialização em Direito Sanitário) - Fundação Oswaldo Cruz, Brasília, DF, 2010.

---

### Contribuição dos autores

Santos concebeu o projeto, analisou e interpretou os dados. Todos os autores conceberam, estruturaram e revisaram o artigo.

Recebido: 05/06/2014

Reapresentado: 21/08/2014

Aprovado: 17/09/2014