

# A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE SOB UMA OBSERVAÇÃO TRANSDISCIPLINAR

## THE EFFECTUATION OF THE RIGHT TO HEALTH IN A TRANSDISCIPLINARY VIEW

*Leonel Severo Rocha<sup>1</sup>  
Suelen Webber<sup>2</sup>*

**Resumo:** Este artigo analisa como vem sendo efetivado o Direito à Saúde no cenário brasileiro. Nessa perspectiva, necessário se faz uma observação de como a Transdisciplinaridade pode auxiliar na busca de respostas para várias questões sanitárias, através da comunicação que proporciona entre os diversos sistemas que são envolvidos na efetivação do Direito à Saúde. Para o desenvolvimento dessa observação são utilizados como referenciais teóricos Niklas Luhmann, Basarab Nicolescu, entre outros.

**Palavras-chave:** direito à saúde, efetivação judicial, medicamentos, transdisciplinaridade.

**Abstract:** This paper analyzes how the effectuation of the right to health has been occurring in the Brazilian scenario. In this perspective, it is necessary an observation of how Transdisciplinarity can help in search for answers to several sanitary questions, through the communication that it provides between the different systems that are involved in search of effectuation of the sanitary law. For the development of this idea are used as theoretical references Niklas Luhmann, Basarab Nicolescu, among others.

**Keywords:** right to health; judicial effectuation; medicines; transdisciplinarity.

### CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O objetivo deste artigo é verificar como a transdisciplinaridade pode auxiliar na efetivação do acesso à saúde. Este estudo será efetuado a partir da análise de alguns aspectos da legislação atinente ao Direito à Saúde e de alguns julgados que envolvem a situação. Especificamente, observar-se-á as decisões sobre o acesso a medicamentos, apontando o papel relevante da transdisciplinaridade na solução dessas questões.

O tema assume relevância na medida em que os pedidos de medicamentos vêm chegando como uma enxurrada ao Poder Judiciário e necessariamente têm que ser decididos. Ao falar de Direito à Saúde, a discussão deve ficar centrada no que tange à efetivação desse direito, e não à sua normatização. Isso porque, a legislação sanitária brasileira é uma das mais completas do mundo, partindo desde a Constituição Federal até as legislações municipais. Contudo, apesar dessa garantia constitucional, a verdade é que para a efetivação do acesso à saúde é necessário mais do que leis, e também mais do que boa vontade por parte do gestor público e dos magistrados. É necessário um olhar transdisciplinar e o estabelecimento de comunicações entre os sistemas.

No Brasil, a realidade enfrentada é que o trabalho preventivo realizado na área da saúde ainda é insuficiente. A partir disso, a maioria das questões sanitárias

---

<sup>1</sup> Pós-Doutor em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce- Itália; Doutor pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor Titular e Coordenador Executivo do Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos; Professor do Programa de Pós-Graduação da URI. Instituição: URI e UNISINOS. Email: leonel.rocha@uol.com.br.

<sup>2</sup> Mestre e doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Capes 6, na linha de pesquisa Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. Bolsista do Cnpq. Instituição: UNISINOS. Email: suelenwebber@terra.com.br.

passam a ser questões de emergência e, como se sabe, a emergência custa caro, tanto para os cofres públicos como para a sociedade em seus mais diversos aspectos. A tomada de decisão que ocorre em momentos emergenciais é muito mais propensa a elevar os riscos já inerentes a uma decisão.

Nessa perspectiva de comunicação emergencial, temos que o acesso à saúde, assim como a outras políticas públicas, tem se efetivado por meio do Poder Judiciário, mormente no que tange aos pedidos de medicamentos, inclusive experimentais e de alto custo monetário. Assim, em muitas oportunidades, a população vem pedir ao Judiciário que lhe garanta um medicamento de custo mensal de mais de R\$ 100.000,00; ou vem pedir a concessão de um medicamento que sequer chegou a ser analisado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que é o órgão, no âmbito do Brasil, responsável pelo procedimento de aprovação e liberação de medicamentos.

Para observar essa situação, o artigo foi dividido em três pontos. O primeiro busca analisar de maneira pontual a legislação que trata da matéria. Nesse espaço, exploram-se alguns dispositivos da Constituição Federal de 1988, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e da Lei Orgânica do Município de Farroupilha, a título exemplificativo. Ainda, em notas, são trazidos alguns aspectos da legislação esparsa, com um enfoque especial na legislação que dispõe sobre a política orçamentária da saúde e dos dispositivos referentes ao acesso a medicamentos.

No segundo ponto, analisa-se como tem se dado a efetivação do Direito à Saúde no Brasil, verificando que esse direito tem sido garantido efetivamente pela organização Poder Judiciário, e não por meio do Sistema da Política. Assim, passa-se a analisar como o Judiciário vem enfrentando essas questões. Para isso, foram trazidas ao estudo duas decisões de reconhecida importância para a população brasileira, no que tange ao acesso a medicamentos.

Por fim, no terceiro ponto, após explorar a legislação referente ao Direito à Saúde e constatar que o acesso à saúde vem se dando por meio de decisões do Poder Judiciário, passa-se a realizar uma abordagem transdisciplinar da questão, analisando conceituações de transdisciplinaridade e diferenciações entre esta e a interdisciplinaridade e a multidisciplinaridade. O objetivo aqui é justificar porque é necessário um olhar transdisciplinar sobre as questões que envolvem o Direito à Saúde Pública. É dessa maneira que o trabalho será apresentado.

## 1 O DIREITO À SAÚDE ENQUANTO EXPECTATIVA NORMATIVA

A Constituição Federal de 1988, promulgada de forma democrática, transparece em seu texto uma série de expectativas<sup>3</sup> normativas da população brasileira, entre elas o Direito à saúde, que a partir daquele momento passou a ter *status* constitucional e a aspiração de efetivação.

Contudo, passados mais de 20 anos, o Direito à saúde, assim como outras expectativas garantidas pela Carta Magna, não vem conseguindo se efetivar de forma real na sociedade, o que ocorre por diversos motivos, entre eles a falha de

---

<sup>3</sup> Por expectativa entende-se a forma de antecipação da absorção de desapontamentos, sendo que as expectativas podem ser de dois tipos: cognitivas, quando no caso de desapontamentos conseguem ser adaptadas à realidade, e normativas quando mesmo que haja uma transgressão ou desapontamento, elas se mantêm estruturadas. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 56.

comunicação entre os sistemas envolvidos e pela falta de estrutura das organizações. Por exemplo, pode-se citar que a falta de comunicação entre os sistemas levou o movimento sanitário a fomentar comunicações no sentido da necessidade de constitucionalização desse direito. Também por precária comunicação, mesmo com a constitucionalização, o que se percebe é uma falha das estruturas do sistema. Isso porque, por exemplo, “a partir de 1989, a despesa orçamentária constitucional obrigatória cresce de forma abrupta sem ser acompanhada de uma reestruturação fiscal e gerencial do Estado compatíveis com o aumento permanente das receitas e racionalidade nos gastos públicos”<sup>4</sup>.

A garantia constitucional à saúde vem prevista em alguns artigos da Constituição Brasileira, a qual garante à saúde o reconhecimento como direito fundamental, embora esteja elencada no rol de artigos que tratam dos direitos sociais<sup>5</sup>. Assim, o art. 196 da Constituição Federal dispõe:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Ainda, de maneira explícita, o mesmo documento aborda a questão da saúde nos arts. 6º e 194, além de outros que fazem menção à necessidade de garantia normativa e proteção desse direito.

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Corroborando a afirmação anterior de que o Direito à saúde é um Direito fundamental, em que pese o art. 196 encontrar-se elencado no âmbito dos direitos sociais, observe-se o que autores<sup>6</sup> como Schwartz dizem sobre o tema. Segundo ele,

---

<sup>4</sup> BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de responsabilidade fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à Vida e à Saúde**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 17.

<sup>5</sup> Fernando Aith vai lembrar que: “O direito à saúde é reconhecido não só na Constituição Federal como também nos tratados e nas declarações de direito internacional.” AITH, Fernando. **Manual de Direito Sanitário**. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_direito\\_sanitario.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf) Acesso em: 03/01/2012, p. 34.

<sup>6</sup> No mesmo sentido da argumentação tecida por Germano Schwartz, Ingo Sarlet vai afirmar categoricamente a noção de que o Direito à Saúde Pública, contida na Carta Magna, é de direito fundamental. Observe-se que os referidos autores têm em sua base de trabalho referenciais teóricos bem distintos (e seus escritos sobre saúde são de grande relevância no cenário nacional), e mesmo assim trazem as mesmas conclusões a este tema. Isso porque, “não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais (assim, como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas”

os direitos fundamentais estão esculpidos em um capítulo que se situa e que está sob a égide dos direitos e garantias fundamentais, é óbvio que os direitos sociais (como a saúde) são direitos fundamentais do homem e que possuem os mesmos atributos e garantias destes direitos<sup>7</sup>.

Nessa senda, Fernando Aith vai apresentar outra conclusão decisiva para a discussão: sendo direito fundamental, a prestação sanitária deve se dar de forma imediata<sup>8</sup>, inclusive em relação ao acesso a medicamentos e tratamentos de saúde. Por isso,

os governos representativos devem, assim, executar as políticas que busquem a promoção e a proteção dos direitos humanos, e qualquer política que não tenha essa finalidade se torna imediatamente uma política inconstitucional (ou ilegal), por ser contrária aos interesses dos seres humanos que compõem o Estado<sup>9</sup>.

Na mesma linha do disposto na Carta Magna, há determinações legais compartimentalizadas que buscam disciplinar o tema a fim de reduzir a complexidade social, partindo da ideia de que uma observação mais próxima do problema possibilitará uma redução das contingências no momento da efetivação desse direito, buscando uma prestação mais efetiva. Por isso, não é só por meio da Constituição Federal ou dos tratados internacionais que a saúde é garantida a todos os brasileiros, mas por meio das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas dos Municípios. Ainda, além desse aparato constitucional, têm-se os acordos e pactos entre municípios e entre municípios e entidades privadas que buscam essa garantia<sup>10</sup>.

Nesse norte, imperioso transcrever o disposto na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul e, a título ilustrativo, as disposições da Lei Orgânica do Município de Farroupilha<sup>11</sup>:

– autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional. Poder-se-á argumentar, ainda que a expressa previsão de um extenso rol de direitos sociais no título dos direitos fundamentais seria, na verdade, destituída de sentido, caso o Constituinte, ao mesmo tempo, tivesse outorgado a esses direitos proteção jurídica diminuída. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1988. p. 362.

<sup>7</sup> SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde: Efetivação em uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.

<sup>8</sup> Em verdade, sobre a imediatividade desse direito, a doutrina brasileira em pouco destoa, sendo que grandes nomes na área do estudo do acesso à saúde pública defendem essa posição. Nesse prisma, importante também mencionar os escritos de Flávia Piovesan: O acesso a medicamentos, decorre do direito à saúde, encontra-se no art. 6º, portanto, direito fundamental, por conseguinte, deve ser aplicado imediatamente, conforme estabelece o parágrafo 1º do art. 5º. Vale dizer, aplica-se ao direito à saúde o regime jurídico dos direitos fundamentais [...] quando requerida, deve ser prestada imediatamente.” PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. In: **Novos Estudos Jurídicos** – Ano 1. n1. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 1995, p. 40.

<sup>9</sup> AITH, Fernando. **Manual de Direito Sanitário**, 28.

<sup>10</sup> Veja-se, por exemplo, que o Município de Farroupilha firmou acordo com uma organização privada, mas sem fins lucrativos, e desenvolve o projeto “Cuca Legal”, onde se trabalha com doentes mentais e com dependentes alcoólicos e de substâncias ilícitas. Quanto aos acordos entre municípios, temos o caso da solidariedade estatal no combate à Dengue no Rio de Janeiro nos últimos anos.

<sup>11</sup> A citação do Estado do Rio Grande do Sul e do Município de Farroupilha é feita apenas a título exemplificativo, uma vez que são realidades em que se pode exercer uma observação participativa. De fato, todos os Estados da Federação têm garantido por meio de suas Constituições Estaduais o Direito à

Art. 241 – A saúde é direito de todos e dever do Estado e do Município, através de sua promoção, proteção e recuperação<sup>12</sup>.

Art. 9º – Compete, ainda, ao Município, concomitantemente com a União e/ou o Estado:

§ 1º – zelar pela saúde, higiene, assistência social e segurança pública, assim como pela proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência<sup>13</sup>.

Pela legislação apontada, patente que a prestação sanitária<sup>14</sup> é dever de todos os entes federados. E não poderia ser diferente, pois, como vai alertar Sandra Vial, “as doenças não respeitam os limites territoriais. Elas se alastram *sem pedir licença* e se continuarmos adotando medidas regionais não conseguiremos eliminar determinadas doenças; por isso, o direito fraterno é fundamental para enfrentar os problemas da *muda vida*”<sup>15</sup>. Ou seja, em uma sociedade de complexidade como a ora vivenciada, há um rompimento da ideia de limites fronteiriços, exatamente porque os fenômenos como a saúde ou o meio ambiente não respeitam imposições geográficas. Os acontecimentos são transfronteiriços e as comunicações precisam ser transnacionais.

Para isso, além da garantia legal por meio da Constituição Federal e de uma vasta legislação esparsa tratando dos mais variados temas, desde a concessão de medicamentos até a forma de distribuição dos tributos destinados à área da saúde<sup>16</sup>, os sistemas precisam estruturar-se primeiro dentro dos Estados, para em

---

Saúde. Do mesmo modo, grande parte das Leis Orgânicas dos municípios brasileiros traz expressamente essa garantia.

<sup>12</sup> Constituição do Estado do Rio Grande do Sul.

<sup>13</sup> Lei Orgânica do Município de Farroupilha.

<sup>14</sup> Importante esclarecer que sempre que se utiliza a nomenclatura Direito Sanitário ou prestação sanitária está-se fazendo referência ao Direito à Saúde como um todo, e não evidentemente apenas à disciplina que estuda a normatização do Direito à Saúde, como defendem alguns autores, como Sandra Regina Martini Vial e Sueli Dallari.

<sup>15</sup> VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita. In: **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru. V. 40, n. 46, 2006, p. 119-134.

<sup>16</sup> Nesse sentido, observe-se o art. 77 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal incluído pela Emenda Constitucional 29, de 2000.

Art. 77. Até o exercício financeiro de 2004, os recursos mínimos aplicados nas ações e serviços públicos de saúde serão equivalentes:

I – no caso da União:

a) no ano de 2000, o montante empenhado em ações e serviços públicos de saúde no exercício financeiro de 1999 acrescido de, no mínimo, cinco por cento;

b) do ano de 2001 ao ano de 2004, o valor apurado no ano anterior, corrigido pela variação nominal do Produto Interno Bruto – PIB;

II – no caso dos Estados e do Distrito Federal, doze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III – no caso dos Municípios e do Distrito Federal, quinze por cento do produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 15 e 159, inciso I, alínea b e parágrafo 3.

PR1 Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que apliquem percentuais inferiores aos fixados nos incisos II e III deverão elevá-los gradualmente, até o exercício financeiro de 2004, reduzida a diferença à razão de, pelo menos, um quinto por ano, sendo que, a partir de 2000, a aplicação será pelo menos de sete por cento.

PR 2 Dos recursos da União apurados nos termos deste artigo, quinze por cento, no mínimo, serão aplicados nos Municípios, segundo o critério populacional, em ações e serviços básicos de saúde, na forma da lei.

um momento posterior poder dar conta das novas demandas sociais globais, como a saúde.

Dessa forma, pelo que se pode observar, o Brasil é um dos países que garante maior proteção legal ao Direito Sanitário. Aqui, o Direito à saúde tem todas as condições normativas para se realizar. Contudo, na atualidade, lamentavelmente, carece de efetivação.

## 2 A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

A constitucionalização do Direito à Saúde trouxe, sem dúvida, muitos benefícios à população brasileira, sendo uma conquista fruto do movimento sanitário. Contudo, observa-se que muitas são as dificuldades impostas no momento dessa efetivação. Esses obstáculos são facilmente percebidos com o crescente número de ações que chegam ao Poder Judiciário postulando a efetivação deste Direito<sup>17</sup>, muitas vezes envolvendo pedidos de medicamentos que ainda se encontram em fase de experimentação ou que possuem um valor extremamente elevado.

É fato que hoje não se necessita mais lutar pela normatização do Direito à saúde pública, mas sim por sua concretização. Assim, como o Estado em sua esfera administrativa não tem dado conta de satisfazer as pretensões dos enfermos, essas pretensões vêm sendo satisfeitas pelo Judiciário<sup>18</sup>. Têm-se a judicialização da saúde.

Não se pretende aqui discutir a legitimidade do Judiciário para tomar essas decisões, seja pelo viés processual ou orçamentário, até porque o orçamento é uno e os recursos que a ele se integram têm várias destinações, desde publicidade governamental até obras públicas. Assim, o 'ônus' da decisão só recairá sobre as políticas de saúde se esse for o desejo do gestor público. O Judiciário, num Estado democrático, é legítimo para decidir sobre o direito à saúde<sup>19</sup> e quanto a isso não há discussão. Ademais, o Poder Judiciário é a organização com a função de tomada de

PR3 Os recursos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios destinados às ações e serviços públicos de saúde e os transferidos pela União para a mesma finalidade serão aplicados por meio de Fundo de Saúde que será acompanhado e fiscalizado por Conselho de Saúde, sem prejuízo do disposto no art. 74 da Constituição Federal.

PR 4 Na ausência da lei complementar a que se refere o art. 198, PR 3, a partir do exercício financeiro de 2005, aplicar-se-á à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios o disposto neste artigo.

<sup>17</sup> Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, até o momento no Brasil existem mais de 240 mil ações judiciais relativas à saúde, sendo que o Estado do Rio Grande do Sul possui quase metade destas ações (113.953 ações). **Brasil tem mais de 240 mil processos na área de Saúde.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 02/02/2012.

<sup>18</sup> Essa é uma realidade que não é enfrentada só pelo Direito Sanitário. A fragilidade da administração pública vem crescendo consideravelmente nos últimos anos. Um dos setores (além do sanitário) que vem sofrendo com essa fragilidade é o penal. Diante da insuficiência da estrutura administrativa do Estado, muitas das situações que deveriam ser enfrentadas pelo Direito Administrativo acabam por ser criminalizadas, “aliviando” o setor administrativo e “satisfazendo” as necessidades da comunidade. Além disso, pode-se ver uma demanda por efetivação judicial no que tange ao acesso ao ensino público, outro direito fundamental. Neste último caso, por todos, cita-se a decisão proferida pela organização Poder Judiciário através do juiz Alexandre Moraes da Rosa, na Comarca de Joinville (SC), nos autos do processo n. 038.03.008229-0.

<sup>19</sup> CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. In: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à Saúde.** São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 27.

decisão na sociedade<sup>20</sup>; decisões estas que têm que ser tomadas frente à indeterminação e à incerteza<sup>21</sup>. Portanto, não se observam maiores problemas em essa organização decidir e com esta decisão proporcionar o acesso à Saúde Pública. Repete-se: essa é a sua função<sup>22</sup>. A questão primordial é observar como essas decisões vêm sendo tomadas e por que elas têm que ser proferidas pelo Poder Judiciário. Mais do que uma observação processual, necessita-se de uma observação estrutural sobre as comunicações sociais.

Com efeito, um dos pontos a ser observado é o caráter vago que a expressão Direito à Saúde apresenta (problema semântico há muito percebido no Direito, mas que ainda permanece e afeta as comunicações). Diante dele, não se é capaz de dizer, de maneira clara e sem espaços para objeções, no que consiste o *Direito à Saúde*. Ou melhor, quais os limites da expressão *a saúde é direito de todos*, diante de sua amplitude, indeterminação de significado e vagueza semântica<sup>23</sup>.

É essa indeterminação que possibilita que cheguem ao Judiciário os mais variados tipos de pedidos envolvendo o Direito à Saúde<sup>24</sup>, entre eles pedidos que envolvem medicamentos com elevado custo monetário e até mesmo pedidos envolvendo medicamentos que se encontram em fase de teste, seja no Brasil ou no exterior.

A preocupação que existe com relação a essa judicialização do acesso à saúde, é o risco de ela ameaçar realmente *a saúde de todos*. Diz-se isso porque, atualmente, corre-se o risco de que um julgador defira um pedido de medicamentos de um valor tão elevado que acabaria inviabilizando toda estrutura do Sistema Sanitário local. De tal sorte que, conforme dito, os pedidos que vêm chegando aos julgadores demandam, em sua maioria, um grande montante monetário para a sua satisfação, o que acaba, geralmente, levando a bloqueios de valores.

E isso de fato já ocorreu no Estado do Rio Grande do Sul, por inúmeras vezes. Para melhor ilustrar a situação, observe-se a presente decisão:

---

<sup>20</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 36.

<sup>21</sup> ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

<sup>22</sup> LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005, p. 47.

<sup>23</sup> Os problemas semânticos contidos na legislação não representam novidade neste século. Contudo, permanecem. Sobre o tema, importante trabalho foi feito por WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1995.

<sup>24</sup> Segundo pesquisa realizada em Florianópolis, “A classificação pelo código ATC(8) demonstrou que a classe mais solicitada de medicamentos é a dos que atuam no Sistema Nervoso (40,99%), em todas as instituições fornecedoras, seguida pelos que atuam no Trato Alimentar ou Metabolismo e Sistema Hematopoiético (Figura 1). Entre os medicamentos demandados por decisão judicial, aqueles que atuam no Sistema Nervoso também representam 40%, sendo a Carbamazepina o medicamento mais solicitado deste grupo; os medicamentos para uso Dermatológico representam 17% da demanda, com Pimecrolimo como medicamento mais solicitado entre todas as classes terapêuticas, em número de produtos e em valor monetário empregado; os medicamentos que atuam no Trato Alimentar ou Metabolismo correspondem a 14,39% das demandas judiciais, especialmente pelo fornecimento de Insulinas.” CORDEIRO, Benedito Carlos; LEITE, Silvana Nair; PEREIRA, Sônia Maria Polidório; SILVA, Patrícia da; NASCIMENTO JR. José Miguel; VEBER, Ana Paula. Ações Judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. In: **Revista de Direito Sanitário**. V. 10. N. 2. São Paulo. Outubro de 2009. Além disso, há casos de pedidos de comprimidos para problemas com disfunção erétil e tratamentos de fertilidade, diversos deles julgados pelo TJ/RS.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO INESPECÍFICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. CÂNCER DE MAMA. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. BLOQUEIO DE VALORES. POSSIBILIDADE. MEDIDA QUE MAIS SE ADEQUA ÀS NECESSIDADES DA PARTE. 1. Cumpre tanto ao Estado quanto ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II, da Constituição Federal de 1988, o custeio da saúde pública. 2. Em sendo dever não só do Estado, como também dos Municípios, garantir a saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requerente de fazer uso do medicamento requerido, imperiosa a concessão da liminar. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. 3. Possível a determinação de bloqueio de dinheiro das contas do ente estatal, pois não raras vezes descumpra decisão judicial, postergando ao máximo suas obrigações, muito embora tal decorra de comando judicial. Recurso provido monocraticamente, art. 557, § 1º-A, do CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70027909548, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 12/12/2008).

Essa decisão proferida pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul teve repercussão imediata nos meios de comunicação, simbolicamente generalizados<sup>25</sup> e nos órgãos da administração do Estado e do Judiciário, levando a diversas manifestações de seus membros. Um exemplo dessas declarações é encontrado no artigo intitulado “*Um negócio de bilhões*”<sup>26</sup>, o qual manifesta preocupação em relação à decisão prolatada, principalmente em razão do *lobby* que o laboratório farmacêutico<sup>27</sup> desse medicamento faz em relação aos médicos oncologistas.

Esta é uma das declarações contidas no artigo:

como juiz e cidadão brasileiro fiquei preocupado com o precedente aberto na Justiça gaúcha, até porque a fabricante (Roche) pratica um *marketing* bastante agressivo junto aos oncologistas do nosso país<sup>28</sup>.

Observe-se que, em uma das decisões de primeiro grau, o magistrado responsável pela tomada de decisão entendeu que

o fármaco não está aprovado pela ANVISA e o médico responsável pela prescrição não é o mesmo oncologista que vem acompanhando o tratamento da paciente. O custo da medicação é elevadíssimo (R\$ 132.000,00), sem que exista segurança à sua eficácia.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulos, 2005.

<sup>26</sup> APPIO, Eduardo. Disponível em: [http://espacovital.com.br/noticias\\_ler.php?id=14009](http://espacovital.com.br/noticias_ler.php?id=14009). Acesso em 16/02/2012.

<sup>27</sup> Para mais detalhes sobre o *lobby* dos laboratórios farmacêuticos, importante obra a ser observada é a de ANGELL, Macia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Tradução de Waldéa Barcellos. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

<sup>28</sup> APPIO, Eduardo. Disponível em: [http://espacovital.com.br/noticias\\_ler.php?id=14009](http://espacovital.com.br/noticias_ler.php?id=14009). Acesso em 16/02/2012.

<sup>29</sup> A íntegra da liminar, em 1º grau, foi assim proferida: “Vistos. Concedo à autora a gratuidade judiciária. Inicialmente, a requerente não comprova a negativa administrativa. O administrador não está

A decisão proferida pelo desembargador, que reformou a liminar transcrita acima, coloca em dúvida uma questão: será que o Direito ao acesso a medicamentos pode ser limitado? Roque Junges, ao observar a questão da limitação da assistência sanitária, questiona:

A questão crucial é se o direito à assistência sanitária é de extensão ilimitada ou se têm limites. Partindo de que os recursos são escassos, é eticamente aceitável uma racionalização e ponderação dos custos e uma restrição dos serviços. Os recursos devem cobrir, antes de mais nada, as exigências básicas da saúde ? [...] <sup>30</sup>

No caso trazido à análise, em que pese a diligência do desembargador ao consultar um especialista da medicina antes de decidir a questão <sup>31</sup>, não se verifica como uma simples conversa por telefone – uma comunicação entre particulares – pode trazer subsídios válidos e democráticos que fundamentem a decisão proferida, a qual parece ferir o direito de diversos outros cidadãos e colocar em risco a própria postulante <sup>32</sup>. Mesmo sendo o oncologista consultado uma referência na área, vale questionar quais os efeitos que uma comunicação entre indivíduos – entre particulares, e não entre organizações – pode de fato ressoar na evolução social.

Além disso, uma comunicação com os demais sistemas afetados nesta tomada de decisão permitirá observar, por exemplo, qual a ligação de determinado profissional da saúde com o laboratório do medicamento receitado – principalmente em casos que envolvem fármacos experimentais e de elevado custo, já que é de conhecimento notório o *lobby* que os laboratórios farmacêuticos praticam junto aos médicos para introduzir um novo produto no mercado. Aliado a isso, a comunicação permitirá observar qual a estrutura que o sistema de saúde pública do país disponibiliza para amenizar a enfermidade da qual o postulante é acometido.

Esse *lobby* da indústria farmacêutica é real, e não pode ser ignorado pelo julgador e nem pelos administradores públicos. Observe-se, ainda, sobre o mesmo

---

obrigado a fornecer medicamento de eficácia duvidosa ou que não esteja aprovado em protocolos clínicos. A requerente não comprova que o medicamento HERCEPTIM está aprovado pela Anvisa e que faz parte dos medicamentos especiais fornecidos pelo Estado. Segundo os documentos de fls. 42/43, a demandante está participando de tratamento experimental. O médico que prescreveu o medicamento acima referido não é o mesmo oncologista que vem lhe acompanhando. Além disso, no atestado de fl. 22 nem mesmo há indicação da especialidade do respectivo médico. Nessas circunstâncias, não é razoável obrigar o Estado a fornecer medicação de custo elevadíssimo (R\$ 132.000,00), principalmente inexistindo segurança da eficácia da medicação. Intime-se. Cite-se. Diligências legais. Processo número 10803320527 – Porto Alegre.

<sup>30</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética; perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995, p. 62.

<sup>31</sup> A notícia foi veiculada com a seguinte chamada: “Um belo exemplo de efetividade na prestação jurisdicional. Para decidir – com maior conhecimento de causa – um agravo de instrumento que discutia questões relacionadas com o grave estado de saúde de uma mulher, o desembargador gaúcho Carlos Roberto Lofego Caníbal, da 1ª Câmara Cível do TJRS, fez uma ligação DDI para ouvir uma autoridade brasileira na matéria: o oncologista Carlos Barrios, diretor do Instituto do Câncer do Hospital Menino Deus, de Porto Alegre. O médico estava fazendo um curso no Estado do Texas (EUA)”. [http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=13990](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=13990). Acesso em 25/11/2011.

<sup>32</sup> Diz-se risco porque, estando o fármaco ainda em fase de testes, não se sabe quais seus efeitos no organismo humano, nem se tem um controle mínimo sobre estes efeitos.

caso trabalhado, a informação trazida por Eduardo Appio, dias depois da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

o oncologista C.H. Barrios – ouvido pelo ilustre magistrado na sua preocupação de prestar a melhor e imediata jurisdição – é, certamente, uma das autoridades no assunto. Todavia, suas relações com a Roche<sup>33</sup> me parecem por demais próximas. Basta ver que além de publicar artigos na revista médica da referida indústria, o referido médico, em datas recentes (18 a 20 de setembro de 2008) foi um dos coordenadores de um encontro internacional sobre o tema em Gramado/RS (Hotel Serrano), patrocinado por fabricantes de medicamentos<sup>34</sup>.

Está aqui materializada a preocupação de que se falava anteriormente: a concessão de uma medicação experimental de um custo tão elevado, que certamente irá privar diversas outras pessoas de atendimento médico ou acesso a medicamentos muito mais simples do que este, com base em comunicações particulares viciadas. Essa preocupação não se refere apenas ao valor do medicamento, mas a uma possibilidade de *déficit* democrático, que decisões baseadas em “consultas” entre particulares como essa podem gerar, causando prejuízo aos demais cidadãos e as estruturas do Sistema. “Enfim, R\$ 132 mil (pagamento por um único medicamento sem uma eficácia comprovada e sem aprovação da ANVISA<sup>35</sup>, para atender uma única mulher, sem previsão orçamentária, pode significar a morte de muitas outras pessoas que ficarão sem o atendimento adequado)<sup>36</sup>”.

Entretanto, chama-se a atenção que o mais preocupante não é o problema orçamentário, mas sim o risco deste tipo de decisão desprovida de uma fundamentação sistêmica. Em que pese o risco ser inerente à tomada de decisão, não se deve deixar que expectativas e juízos de decisão sejam corrompidos, fugindo de suas funções e violando a estrutura do sistema. Os argumentos a serem utilizados na tomada de decisão devem observar o código funcional do Direito e as limitações de seus acoplamentos com os demais sistemas. Nada mais.

Retomando a questão econômica, tem-se que quando o custo desses medicamentos postulados é elevado, pode ser conveniente dizer que *a saúde não tem preço* e que o direito a lutar por uma cura, por conforto ou pela própria vida, não pode ser limitado por questões orçamentárias. Não se trata de “ponderar” entre saúde e orçamento, mas deve ser reconhecida a complexidade da temática, a qual, embora envolva questões éticas delicadas, envolve também questões econômicas e de finanças públicas que não devem simplesmente ser ignoradas, tendo em conta o impacto dessas decisões sobre o futuro do sistema de saúde brasileiro<sup>37</sup>. Entretanto, na prática, cabe questionar qual a extensão desse direito de defesa das próprias necessidades. Ao conceder um medicamento desse patamar econômico, na situação atual do nosso Estado, a verdade é que diversas outras pessoas terão ceifado seu

<sup>33</sup> A Roche é a empresa farmacêutica responsável pelo medicamento em questão.

<sup>34</sup> APPIO, Eduardo. Disponível em: [http://espacovital.com.br/noticias\\_ler.php?id=14009](http://espacovital.com.br/noticias_ler.php?id=14009). Acesso em 16/02/2012.

<sup>35</sup> Órgão do sistema sanitário responsável pela aprovação dos medicamentos no Brasil.

<sup>36</sup> APPIO, Eduardo. Disponível em: [http://espacovital.com.br/noticias\\_ler.php?id=14009](http://espacovital.com.br/noticias_ler.php?id=14009). Acesso em 16/02/2012.

<sup>37</sup> CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. **Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde**, p. 27.

direito ao acesso à saúde. Sobre o tema, observem-se as pertinentes considerações de Têmis Limberger:

Em um país como o Brasil, em que os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação destas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um importante mecanismo de pressão, na implementação destes direitos e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o Judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial [...] pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento, porém isto é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país, não sendo possível pretender fazer tudo a qualquer custo<sup>38</sup>.

A decisão proferida pela 1ª Câmara Cível do TJ/RS demonstra claramente o paradoxo que se vivencia. De um lado, tem-se um enfermo buscando efetivar seu direito à saúde por meio de acesso a um medicamento extremamente novo no mercado<sup>39</sup>. Por outro, tem-se que a concessão de referido medicamento pode acabar inviabilizando a concessão de medicamentos, a contratação de médicos, a construção de postos de saúde, entre outros, aos demais cidadãos da sociedade. Mas o postulante continua precisando da decisão, assim como os demais cidadãos dependem do conteúdo dessa decisão.

Ao encontro do que foi acima citado, tem-se que a decisão proferida por outro órgão da organização central do Sistema do Direito, o Supremo Tribunal Federal, sobre o assunto aqui abordado, foi paradigmática no ordenamento jurídico. Isso porque se constituiu em um parecer da lavra da então Ministra Ellen Gracie, acolhido pela corte ao indeferir um pedido de medicamentos experimentais feitos contra o Estado do Rio Grande do Norte, contrariando diversas decisões que vinham sendo proferidas naquele caso e em casos análogos que tramitavam naquela esfera judicial.

Verifico estar devidamente configurada a lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, porquanto a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a

---

<sup>38</sup> LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 57.

<sup>39</sup> O medicamento concedido é tão novo no mercado que quando da decisão o mesmo sequer havia sido aprovado pela ANVISA, ou seja, se tratava de um medicamento experimental para aquela patologia.

inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, a se deferir o custeio do medicamento em questão em prol do impetrante, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade. Ademais, o medicamento solicitado pelo impetrante, além de ser de custo elevado, não consta da lista do Programa de Dispensação de Medicamentos em Caráter Excepcional do Ministério da Saúde, certo, ainda, que o mesmo se encontra em fase de estudos e pesquisas. Constatado, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, o medicamento requerido é um *plus* ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo<sup>40</sup>.

Com a decisão acima transcrita, fica claro que o Sistema do Direito, em algumas oportunidades, já se permitiu observar a efetivação da saúde pública pelo prisma do risco, da restrição do Direito à Saúde, que não é absoluto. A decisão prolatada pelo STF foi escolhida exatamente por causar ressonância e irritação no sistema, apontando um outro enfoque de observação que se fazia necessário.

Evidentemente que a ação do Judiciário não é de todo negativa, veja-se que a inclusão de medicamentos antirretrovirais se deu após sucessivas decisões dessa organização contra o ente estatal determinando o fornecimento desses medicamentos, sendo que hoje o Programa Nacional DST/Aids é referência no mundo<sup>41</sup>. Entretanto, são as decisões que carecem de uma fundamentação democrática, de uma ausência de gerenciamento do risco que causam preocupação, na medida em que não prejudicam apenas uma única pessoa, mas toda a sociedade. Ainda, o mais preocupante é que um estudo demonstra que “a maioria dos beneficiários dessas demandas são minorias privilegiadas”<sup>42</sup>. Ou seja, segundo esse estudo, a maioria dos postulantes de medicamentos junto ao Poder Judiciário é atendida por advogados particulares e por médicos do setor privado.

Entre outras conclusões desses autores destacam-se a constatação da elevada proporção de ações judiciais contra a SES, em 2006 e 2007, ser proveniente de serviços privados de saúde (50%), de que muitas ações envolviam medicamentos sem evidências clínicas positivas para o tratamento da doença objeto da ação, o que representou um gasto de R\$ 7 milhões em medicamentos sem evidência científica para o uso solicitado<sup>43</sup>.

Mas o que se pode fazer para que o direito à saúde continue a ser garantido pelo Judiciário, e mais, o que se deve fazer para que esse direito passe a ser efetivado por meio de decisões que respeitem as estruturas e funções de cada sistema, gerenciando o risco e reduzindo a complexidade social?

### **3 A TRANSDISCIPLINARIDADE COMO FORMA DE AUXILIAR A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

Para que se evitem situações como a gerada pela decisão proferida no Rio Grande do Sul ou, ainda, para que se evitem conflitos no momento da efetivação do acesso à saúde, necessário que se observem as questões sanitárias de maneira

<sup>40</sup> STF. (DJU 14/02/2007), SS 3073/RN, Rel. Min. Ellen Gracie.

<sup>41</sup> Sobre a questão observar os dados contidos no site [www.sistemas.aids.gov.br](http://www.sistemas.aids.gov.br)

<sup>42</sup> CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. **Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde**, p. 34.

<sup>43</sup> *Idem, ibidem*.

transdisciplinar, ou seja, observando e comunicando todos os sistemas envolvidos na questão.

A palavra *transdisciplinaridade* foi usada pela primeira vez em 1970, em um colóquio sobre a interdisciplinaridade, por Piaget. Nesse evento foi dito que “a transdisciplinaridade engloba e transcende o que passa por todas as disciplinas, reconhecendo o desconhecido e o inesgotável que estão presentes em todas elas, buscando encontrar seus pontos de interseção e um vetor comum”<sup>44</sup>. Ainda,

a transdisciplinaridade, em uma rápida explanação, é um modo de conhecimento, é uma compreensão de processos, é uma ampliação da visão do mundo e uma aventura do espírito. Transdisciplinar é uma nova atitude, uma maneira de ser diante do saber. Etimologicamente, o sufixo *trans* significa aquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de toda disciplina, remetendo à ideia de transcendência. Transdisciplinaridade é a assimilação de uma cultura, é uma Arte no sentido da capacidade de articular<sup>45</sup>.

Basarab Nicolescu complementou essa afirmação sobre a transdisciplinaridade dizendo que “seu objetivo é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento”<sup>46</sup>. Aliado a essa afirmação, pode-se afirmar que a tomada de decisão é um momento em que se busca estabilizar o tempo. Nela, passado, presente e futuro convivem e se comunicam. Quando se decide, observa-se o passado, profere-se a decisão no presente para que se estabilize o futuro. A efetivação do Direito à Saúde está neste espaço temporal.

E a necessidade dessa comunicação entre as disciplinas, entre os subsistemas, é a condição para que a efetivação do acesso a meios de proteção da saúde não cause irritações e corrupções nos demais sistemas sociais. Isso porque o que se tem hoje é uma precária comunicação entre os setores envolvidos na questão, gerando justamente o motivo pelo qual o Direito à Saúde não consegue ser efetivado. A comunicação é fundamental. Isso porque a falta de comunicação entre as diversas disciplinas e sistemas que obrigatoriamente estão envolvidos na situação faz com que, por exemplo, não haja orçamento suficiente para garantir o acesso a determinado medicamento, ou dá acesso a um medicamento desnecessário, uma vez que outro poderia ter sido receitado.

Quando há a concessão de um medicamento extremamente caro, e por vezes desnecessário ou inadequado, já que não passou pelos testes necessários, trazendo em si muito mais riscos e perigos que qualquer outro medicamento, o que ocorre é que se inviabiliza a contratação de mais médicos nos postos de saúde, por exemplo, ou se deixa de fornecer medicamentos como contraceptivos, de forma gratuita, por falta de verba para aquisição dos mesmos. A falta de um olhar transdisciplinar impossibilita um efetivo acesso à saúde e corrompe os subsistemas. Com isso, gera-se complexidade social e risco, aumentando a necessidade de mais decisões sobre mais demandas sociais.

<sup>44</sup> Educação e transdisciplinaridade, II. Coordenação executiva do CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002. Anexo 5, p. 207.

<sup>45</sup> *Idem*, p. 208.

<sup>46</sup> NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da Transdisciplinaridade**. Trad: SOUZA, Lucia Pereira. São Paulo: TRION, 2005, p. 53.

Esse é um dilema que o julgador enfrenta quando a questão necessita ser decidida pelo Poder Judiciário. De fato, o juiz (enquanto julgador), em regra, não tem conhecimentos de medicina, de farmácia ou formação e conhecimento econômico para trabalhar de forma adequada à questão. O que acaba acontecendo? Acaba-se por ouvir de julgadores, algumas vezes, a frase: “dane-se o orçamento”<sup>47</sup>, quando se trata com questões que demandam sobre a vida e a morte de inúmeras pessoas. Com efeito, em uma visão analítica e desconectada da atual realidade de complexidade<sup>48</sup> que se vivencia, poder-se-ia pensar que efetivamente o papel do Judiciário é apenas decidir de acordo com um artigo de lei isolado, sem considerar as demais implicações da decisão ou os seus argumentos. Entretanto, no atual estado de complexidade, não há mais espaço para um posicionamento desse padrão. Faz-se necessária uma visão transdisciplinar de forma imperiosa, urgente e compromissária.

O caráter complementar das abordagens disciplinar, pluridisciplinar, interdisciplinar<sup>49</sup> e transdisciplinar é evidenciado de maneira fulgurante, por exemplo, *no acompanhamento dos agonizantes*. Esta atitude relativamente nova de nossa civilização é extremamente importante, pois, reconhecendo o papel de nossa morte em nossa vida, descobrimos dimensões insuspeitas da própria vida. O acompanhamento dos agonizantes não pode dispensar uma pesquisa transdisciplinar, na medida em que a compreensão do

---

<sup>47</sup> BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de responsabilidade fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios, p. 25.

<sup>48</sup> “Complejidad es el hecho de que existen siempre más posibilidades de cuantas pueden actualizar-se como comunicación en los sistemas sociales y como pensamiento en los sistemas psíquicos.” CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**, p. 56. Tradução Livre: “Complexidade é o fato de que existem sempre mais possibilidades quantas podem atualizar-se como comunicações nos sistemas sociais e como pensamento nos sistemas psíquicos.”

<sup>49</sup> Parece que nesse ponto é importante trazer algumas definições do que seja disciplinar, pluridisciplinar e interdisciplinar, para possibilitar uma melhor compreensão do que vem sendo exposto. Por disciplinar entende-se uma área, uma disciplina isolada. Já a pluridisciplinaridade “diz respeito ao estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo”. Por exemplo, podemos dizer que uma obra de arte pode ser estudada sobre a ótica de várias disciplinas, o que nos levará ao enriquecimento dessa observação. “A pesquisa pluridisciplinar traz um algo mais à disciplina em questão, porém este ‘algo mais’ está a serviço apenas desta mesma disciplina. Em outras palavras, a abordagem pluridisciplinar ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade continua inscrita na estrutura da pesquisa disciplinar”. Por fim, pode-se dizer que a interdisciplinaridade “tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra. Podemos distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) um grau de aplicação. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) um grau epistemológico. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) um grau de geração de novas disciplinas. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física-matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, a arte informática. Como pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar. Pelo seu terceiro grau, a interdisciplinaridade chega a contribuir para o big-bang disciplinar”. NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da Transdisciplinaridade**, p 52/53.

mundo presente passa pela compreensão do sentido de nossa vida e do sentido de nossa morte neste mundo que é o nosso<sup>50</sup>.” (sem grifo no original).

Quando se lida com uma situação como um pedido de medicamentos que deve ser analisado por um julgador, que não tem conhecimento de medicina, e, portanto, não conhece as reais condições do paciente ora postulante judicial; analisado por um julgador que não tem como ter pleno conhecimento do orçamento público, e que por isso não sabe o quanto a determinação para que o Estado forneça aquele medicamento ou o bloqueio de valores nas suas contas vai afetar a população em geral; analisado por um julgador que não tem conhecimentos de farmácia, e assim não sabe se outro medicamento pode ser dado em substituição ao prescrito por um médico particular; mas que é o juiz apto legalmente a decidir a questão, a resposta adequada à problemática e menos prejudicial para todos só vai poder ser obtida por meio da transdisciplinaridade, da comunicação entre todos os sistemas envolvidos.

Essa necessidade da adoção de um olhar transdisciplinar vai além de se ter em um processo dessa natureza mero laudo elaborado pelo Departamento Médico Judiciário ou por um perito nomeado. A complexidade envolvida na questão não permite que se encontre uma solução menos gravosa e quiçá ideal para a situação apenas com um laudo pericial sem a oportunidade de manifestação dos demais subsistemas envolvidos. Em casos como o presente, é necessário que se considerem as comunicações advindas dos diversos subsistemas sociais, como o subsistema da Economia, o subsistema do Direito, o subsistema da Saúde e o subsistema da Política. É preciso que se permita a cada um deles demonstrar o seu ponto de observação sobre a questão.

Para demonstrar essa necessidade, observe-se que a própria Constituição e as leis infraconstitucionais possuem contradições entre si, mesmo pertencendo ao mesmo sistema. Patente que essa contradição é gerada pela ausência de diálogo entre os setores envolvidos, mormente quando se fala em saúde e, em especial, em efetivação do acesso à saúde.

Agora, observe-se como essas contradições, essas mesmas falhas, vêm se apresentando nas decisões judiciais que visam garantir o Direito à Saúde. Na decisão trabalhada anteriormente, tem-se que, em que pese o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ter empreendido esforços para dialogar com a área da medicina, somente isso não é suficiente. A uma, porque estruturas como a orçamentária foram totalmente desconsideradas, gerando uma decisão que se pode considerar temerária para o setor financeiro do Estado; a duas, porque se tratou de uma comunicação particular entre dois indivíduos, que não fomenta interações sociais.

Nessa mesma decisão verifica-se outro problema além dos notoriamente políticos: o risco. O risco da concessão de medicamentos que ainda não foram aprovados pelo órgão responsável pela sua aprovação, que no Brasil é a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), é um risco que a organização Poder Judiciário assume com sua tomada de decisão de maneira muitas vezes corrupta sistemicamente.

A noção de risco aqui adotada é a de Niklas Luhmann, teórico da Teoria dos Sistemas Sociais, pois é a única com suporte para enfrentar a complexidade

---

<sup>50</sup> NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da Transdisciplinaridade**, p. 56

social da contemporaneidade. Assim, na teoria dos sistemas, o risco pode ser definido como a possibilidade de danos futuros que advêm de uma decisão. Ao contrário do perigo, o risco surge apenas em razão de uma tomada de decisão.<sup>51</sup> Em outras palavras, el riesgo está caracterizado por el hecho de que, no obstante la posibilidad de consecuencias negativas, conviene, de cualquier modo decidir mejor de una manera que de otra.<sup>52</sup>

É patente que não existe a possibilidade de risco zero, mas em situações que envolvam a vida e a saúde das pessoas, a procura deve ser sempre voltada a uma melhor maneira de gerenciar o risco. Assim, tendo o Poder Judiciário que decidir sobre uma questão que em verdade competia ao Sistema Político acoplado ao Sistema Econômico, uma decisão que não corrompa os subsistemas e tenha a incumbência da prestação jurisdicional só vai poder se dar por meio da transdisciplinaridade, que exige comunicação. Destaque-se que a saúde em si já é um evento complexo, pois lida com diversas possibilidades de cura que levam diretamente a um grau extremamente elevado de risco e perigos.

Mas por que de maneira transdisciplinar e não pluridisciplinar ou interdisciplinar? Porque é apenas na transdisciplinaridade que é possível olhar todas as disciplinas, observar o foco de interesse em determinada disciplina e comunicar para a sua disciplina ou questão de origem uma nova observação e um novo conhecimento. Dito de outra forma: o território do olhar<sup>53</sup> das diversas disciplinas visitadas sobre o seu caso em questão. Não se cria nada novo, mas sim diferenciado e mais completo, algo capaz de reduzir a complexidade. E é exatamente por isso que o acesso à saúde necessita desse olhar de vários subsistemas, mas sempre com uma volta qualificada para a questão de partida, a fim de possibilitar uma decisão adequada ao caso.

Os casos trazidos para análise são apenas uma pequena amostra do que se enfrenta na atualidade: a alta complexidade do acesso à saúde. O ponto de discussão a partir daqui deve ser um: como possibilitar que os diversos setores da Sociedade se comuniquem e passem a efetivar o Direito à Saúde de maneira não paradoxal? Talvez a resposta esteja na observação transdisciplinar das comunicações sanitárias.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar efetivação da saúde é pensar transdisciplinaridade. Pensar transdisciplinar é pensar em enfrentamento da complexidade na busca de uma sociedade que busque o gerenciamento de seus riscos. Foi exatamente esse o pensamento que se quis transmitir nesta pesquisa: a necessidade de uma visão transdisciplinar como modo de auxílio na busca da efetivação do Direito à Saúde.

Procurou-se neste artigo apontar como o Poder Judiciário e a Administração Pública vêm tratando a saúde e como se tem efetivado o acesso à

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Tradução de Silva Pappé, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

<sup>52</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Cláudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. Op. cit., p. 193. Tradução livre: “O risco está caracterizado pelo fato de que, não obstante o fato de consequências negativas, convém, de qualquer modo, decidir melhor de uma maneira do que de outra.”

<sup>53</sup> A expressão “Território do Olhar” é utilizada por Michel Random em texto intitulado da mesma forma. RANDOM, Michel. O território do Olhar. In: **Educação e Transdisciplinaridade II**. Coordenação executiva do CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002, p. 27/42.

saúde pública no Brasil. Por meio da análise, verificou-se que, na maneira como o sistema de saúde pública está estruturado hoje no Brasil, e com as comunicações estabelecidas entre o Sistema da Política e o Sistema da Economia, as questões referentes à saúde são quase sempre questões de emergência, porque o trabalho preventivo é insuficiente e precariamente estruturado.

Como consequência imediata desse quadro social relatado, emerge a constatação de que é grande o número de questões sanitárias que são levadas à organização Poder Judiciário em busca da efetivação de um direito constitucional. O grande problema é que esse direito deve ser efetivado por meio de políticas públicas, o que força a reformular a estrutura estatal, em busca de uma realidade que permita essa efetivação. Quando não for possível o acesso à saúde por meio das políticas públicas e a decisão couber ao Poder Judiciário, é preciso uma rede de comunicações e acoplamentos para que se produza uma decisão devidamente fundamentada e sem corrupções.

Os fatos indicam que os pedidos pleiteando medicamentos chegam como uma enxurrada ao Poder Judiciário. Este, por sua vez, é obrigado a decidir. Ocorre que, entre esses pedidos, muitos envolvem medicação experimental, obrigando os julgadores a decidirem sobre uma questão para a qual não possuem substrato.

Como foi possível apurar da elaboração do presente artigo, o problema não se dá em razão da falta de uma legislação que garanta o Direito à Saúde. Não obstante, a legislação envolvendo questões sanitárias é uma das mais amplas em se tratando de direitos fundamentais. O problema, entretanto, surge, além da falta de estrutura, no momento em que se verifica a indeterminação de significado que a expressão *Direito à Saúde* traz em si. Este é um dos elementos geradores de um aumento da complexidade, dificultando a tomada de decisão. Isso só pode ser sanado por meio de uma observação transdisciplinar, que possibilite observar o que a população efetivamente necessita.

O fato de um fármaco ser aprovado pela ANVISA não lhe retira totalmente o risco de consumo, e muito menos o risco envolvendo uma decisão que concedesse um medicamento com liberação estatal de comercialização. Entretanto, patente que o risco é muito menor quando o medicamento já passou por uma séria investigação. A aprovação, neste caso, significa gerenciamento do risco. As análises efetuadas pela ANVISA envolvem um processo minucioso de estudos e testes para liberação. Agora, certamente que quando a “análise” se restringe a um jogo de palavras de dois ou três médicos envolvidos no processo, a situação se torna altamente complexa, evidenciando um aumento do risco. Isso porque não se sabe quais os interesses e comprometimentos embutidos nos julgamentos desses indivíduos que estão atuando no procedimento de forma totalmente desvinculada de um processo de aprovação de medicamentos. As comunicações produzidas apenas entre particulares não ressoam como evolução nos sistemas.

Nos casos de efetivação pelo Poder Judiciário, além da questão médica e farmacêutica, é imperioso observar questões como o orçamento público. Afinal, de que adianta um magistrado conceder um tratamento e o ente estatal não ter como pagar por ele? Qual é a efetividade dessa decisão? Que comunicações ela produz além de mais frustração de expectativas do postulante?

Logo, parece que a transdisciplinaridade é um referencial capaz de possibilitar que se alcancem os objetivos que tangem ao Direito Sanitário nesse Estado Democrático de Direito. Aliada a ela, a prevenção deve ser um dos pontos cruciais a ser buscado na contemporaneidade no que se refere à consagração das

políticas públicas. Não parece plausível que se fique tentando consertar falhas de políticas através de decisões judiciais que colocam em jogo a vida de milhares de pessoas, simplesmente porque se está lidando com situações de emergência. A verdade é que, no momento em que não há dinheiro para garantir a saúde de todos, o argumento de que *a vida não tem preço* não passa de uma frase de efeito, pois, na realidade, paradoxalmente, para dar sentido e efetivação a essa frase, necessita-se de recursos, já que garantir o Direito à saúde custa muito caro ao Estado e para o enfermo, e talvez mais caro ainda para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. **Manual de Direito Sanitário**. Disponível em: [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual\\_direito\\_sanitario.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/manual_direito_sanitario.pdf) Acesso em: 03/01/2011.

ANGELL, Marcia. **A verdade sobre os laboratórios farmacêuticos**. Tradução de Waldéa Barcellos. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

APPIO, EDUARDO. **Um negócio de milhões**. Disponível em: [http://www.espacovital.com.br/noticia\\_ler.php?id=14009](http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?id=14009). Acesso em 16/02/2012.

BLIACHERIENE, Ana Carla; MENDES, Guilherme Adolfo dos Santos. Lei de responsabilidade fiscal e os limites da vinculação e da discricionariedade na execução da dotação orçamentária: o impacto das liminares judiciais relativas à saúde para o orçamento dos municípios. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à Saúde**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BRASIL tem mais de 240 mil processos na área de Saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14096:brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em 02/02/2012.

CAMPINO, Antonio Carlos C.; CYRILLO, Denise C. Gastos com a saúde e a questão da judicialização da saúde. *In*: BLIACHERIENE, Ana Carla; SANTOS, José Sebastião dos. **Direito à vida e à Saúde**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CETRANS. **Educação e transdisciplinaridade, II**. Coordenação executiva do CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002. Anexo 5.

CORDEIRO, Benedito Carlos; LEITE, Silvana Nair; PEREIRA, Sônia Maria Polidório; SILVA, Patrícia da; NASCIMENTO JR. José Miguel; VEBER, Ana Paula. Ações Judiciais e demandas administrativas na garantia do direito de acesso a medicamentos em Florianópolis-SC. *In*: **Revista de Direito Sanitário**. V. 10. N .2. São Paulo. Outubro de 2009.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio, **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidad Iberoamericana. p. 193.

JUNGES, José Roque. **Bioética; perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1995.

LEI Orgânica do Município de Farroupilha.

LIMBERGER, Têmis. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. *In*: **Constituição, sistemas sociais e**

**hermenêutica:** Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. Anuário 2008. n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

\_\_\_\_\_. **El derecho de la sociedad.** Tradução de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005.

\_\_\_\_\_. **Sociologia del riesgo.** Tradução de Silva Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura. México: Universidad Iberoamericana, 2006.

\_\_\_\_\_. **Sociologia do Direito I.** Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

NICOLESCU, Basarab. **O manifesto da Transdisciplinaridade.** Trad: SOUZA, Lucia Pereira. São Paulo: TRION, 2005.

PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Patrícia Luciane de. Políticas para a implementação do direito ao acesso a medicamentos no Brasil. *In: Novos Estudos Jurídicos* – Ano 1. n1. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí. 1995.

RANDOM, Michel. O território do Olhar. *In: Educação e Transdisciplinaridade II.* Coordenação executiva do CETRANS. São Paulo: TRIOM, 2002.

Relatório da Comissão Nacional de Determinantes Sociais em Saúde. CNDSS, 2008. Disponível em <http://www.determinantes.fiocruz.br> Acesso em 15/12/2011.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; KING, Michael. **A verdade sobre a autopoiese no Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_; CLAM, Jean. **Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1988.

SCHWARTZ, Germano. **Direito à Saúde:** efetivação em uma perspectiva Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

\_\_\_\_\_. **O tratamento jurídico do risco no Direito à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraternal na Sociedade Cosmopolita. *In: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos.* Bauru. V. 40, n. 46, 2006.

WARAT, Luis Alberto; ROCHA, Leonel Severo. **O Direito e sua linguagem.** 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1995.

**Recebido em:** 14 de abril de 2012

**Aceito em:** 9 de junho de 2012

