

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO

**A SAÚDE COMO DIREITO E A REPERCUSSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
SOBRE O DIREITO À SAÚDE**

**Brasília
2017**

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

GLAUCIO NEY SHIROMA OSHIRO

**A SAÚDE COMO DIREITO E A REPERCUSSÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS
SOBRE O DIREITO À SAÚDE**

Dissertação apresentada no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (UnB), como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição, sob a orientação do Professor Dr. Guilherme Scotti.

**Brasília
2017**

Defesa da dissertação apresentada à banca examinadora do Programa de Pós-Graduação – Mestrado – em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília de **Glaucio Ney Shiroma Oshiro** intitulada “**A saúde como direito e a repercussão das decisões judiciais sobre o direito à saúde**”, orientado pelo Professor Dr. **Guilherme Scotti**, em 25 de setembro de 2017.

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição, pela seguinte banca examinadora:

Professor Doutor Guilherme Scotti (Orientador)
Universidade de Brasília

Professor Doutor Menelick de Carvalho Netto
Universidade de Brasília

Professor Doutor Francisco Raimundo Alves Neto
Universidade Federal do Acre

Professor Doutor Valcir Gassen (suplente)
Universidade de Brasília

Para minha mãe, um anjo que me guarda.

Para meu pai, meu guardião.

Para Natália e Pedro.

AGRADECIMENTOS

A Deus.

A todos os amigos do Mestrado, mas em especial a Charles dos Santos Brasil, Guilherme Michelazzo Bueno e Josialdo Aparecido Batista Ferreira, com os quais, ao lado de Bono Luy da Costa Maia, Jair Araújo Facundes Júnior e Mauro di Lissandro Cardoso Modesto, compartilhei as leituras e sofisticadas lições de Dworkin durante muitas noites de sextas-feiras. Nesse aspecto, um particular agradecimento a Jair Araújo Facundes, que foi um insubstituível guia nessa viagem, e Cosmo Lima de Souza, que com inestimável cortesia proporcionou um ambiente aconchegante para a jornada.

Ao Ministério Público do Estado do Acre, que ao longo do tempo vem prestando forte apoio à capacitação de seus membros e servidores. Nessa linha, ao Conselho Superior do Ministério Público, sobretudo ao Procurador-Geral de Justiça, Oswaldo D’Albuquerque Lima Neto, concedendo-me a fundamental licença para a elaboração da presente dissertação.

A Guilherme Scotti, com orientação clara e segura, anulando dúvidas, apontando rumos a seguir e inspirando novas leituras. Minhas limitações, por certo, não refletem a preciosa orientação.

À Natália, o agradecimento vai além da revisão dos originais, pois, muito mais que isso, estimulou o início e me remendou o espírito diante de minha mais dilacerante consternação, permitindo-me continuar, e, agora, honra-me ao me situar novamente na antessala da paternidade.

A Pedro, mais que agradecimentos, sinceras desculpas pelo sequestro do tempo.

RESUMO

A saúde pública como direito tem sido profundamente debatida no Brasil, especialmente porque o Poder Judiciário vem se manifestando profusamente a respeito, inclusive a Suprema Corte. O debate sobre a interpretação e aplicação da saúde como direito é a preocupação central do presente trabalho e, para tanto, buscamos apoio na concepção do “direito como integridade”. Diante dessa concepção, vislumbra-se que os juízes, como toda autoridade política, possuem responsabilidades especiais e seus atos são limitados por uma restrição anterior, o que lhes constrange a liberdade de ler as leis e as políticas. Assim sendo, as decisões judiciais são atos de responsabilidade política e não de mera vontade. Dessa maneira, estudamos os elementos que constroem os juízes a não dizerem qualquer coisa sobre qualquer coisa. Por fim, analisamos alguns julgados da Suprema Corte a fim de perceber se a história do direito à saúde no Brasil vem sendo escrita como um “romance em cadeia” ou se esse propósito do direito como integridade é aviltado.

Palavras-chave: saúde pública; saúde como direito; direito à saúde; Poder Judiciário; políticas públicas; direito como integridade.

ABSTRACT

The public health as a right has been deeply debated in Brazil, especially because the Judiciary has manifested profusely about it, including the Supreme Court. The debate on the interpretation and application of the health as a right is the main concern of the present study and, therefore, we seek support in the conception of "law as integrity". In view of this conception, it is envisaged that judges, like every political authority, have special responsibilities and their actions are limited by a previous restriction, which constrains their freedom to read laws and policies. Thus, judicial decisions are acts of political responsibility and not mere will. In this way, we study the elements that constrain judges not to say anything about anything. Finally, we analyze some of the Supreme Court judgments to understand whether the history of the right to health in Brazil has been written as a "chain novel " or this purpose of the law as integrity is profaned.

Keywords: public health; health as a right; right to health; Judiciary; policies; law as integrity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO	11
2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS	11
2.2 A VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE	13
2.3 A INFLUÊNCIA DAS PROPOSIÇÕES DA CONFERÊNCIA SOBRE O TEXTO CONSTITUCIONAL	14
2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA	22
3 OS DIREITOS E A SAÚDE COMO DIREITO	24
3.1 RESPONSABILIDADE PÚBLICA E RESPONSABILIDADE PRIVADA	28
3.2 A RESPOSTA CERTA	32
3.3 A RESPOSTA CERTA: POLÍTICAS E PRINCÍPIOS	34
3.4 A SAÚDE COMO PRINCÍPIO OU COMO POLÍTICA. O CONTEÚDO E O ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE	40
3.5 AINDA SOBRE O CONTEÚDO E O ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE. AS POLÍTICAS E OS RECURSOS NECESSÁRIOS	43
3.6 O DIREITO, OS CUSTOS DOS DIREITOS E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA.....	50
3.7 SÍNTESE CONCLUSIVA	61
4 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO	70
4.1 BREVES NOTAS SOBRE A MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS (MBE)	78
4.2 RESUMO PROVISÓRIO DO CAPÍTULO	82
4.3 FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. EXEMPLO DE DESCONSIDERAÇÃO DA CADEIA DO DIREITO	85
4.4 ECULIZUMABE	91
4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO	103
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
REFERÊNCIAS	112

1 INTRODUÇÃO

Troia (2004) retrata o lendário conflito entre gregos e troianos iniciado pelo romance entre Páris e Helena, então esposa de Menelau, o rei de Esparta. No decorrer da guerra, Príamo, o sábio rei de Troia, foi instado a tomar decisões optando pelos presságios de um profeta ou pelas avaliações analíticas das estratégias a serem adotadas. Com os gregos atravessando o mar Egeu com a maior frota já vista, Heitor, príncipe de Troia e o mais fabuloso guerreiro troiano, elabora sóbrias análises críticas sobre as circunstâncias que envolvem o conflito, tais como o apoio do extraordinário Aquiles e de seus mirmidões aos gregos e o fato de o exército grego comandado por Agamenon nunca haver sido derrotado. A séria análise crítica de Heitor ainda ficou evidente durante a primeira batalha, quando os troianos, ao impingirem a primeira derrota a Agamenon e perseguindo os gregos que estavam recuando, se afastaram da proteção de seus muros, o que fez com que Heitor, deixando-se constranger por essa limitação, determinasse o retorno do seu exército.

Não obstante, Príamo preferiu os juízos independentes dos profetas baseados em presságios, que viam na profanação de um templo ou no voo de um pássaro sinais seguros de que lado os deuses estavam e que garantiriam a vitória gloriosa dos troianos. O rei, inclusive, deixou-se influenciar por essas forças ocultas diante do estratagema pensado por Ulisses: o Cavalo de Troia. Realmente, Príamo, aconselhado por profetas, acreditou tratar-se de um presente para os deuses e que deveria ser contemplado no templo de Poseidon. Assim, o Cavalo foi levado para dentro dos muros indevassáveis de Troia, o que gerou a sua queda e ruína.

Dworkin afirma que os “tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes ou profetas” (2014, p. 486). Nesse sentido, a legitimidade do império do direito deve ser observada a partir de príncipes como Heitor ou tendo como limiar os presságios de profetas ou videntes? Juízes devem se comportar como Heitor, que analisa criticamente as questões postas sob seu domínio, inclusive deixando-se constranger por limites que deve entender não poder superá-los? Ou o direito é instinto e as decisões intuitivas, de forma que os juízes veem o direito com mais clareza do que conseguem explicá-lo (DWORKIN, 2014, p. 14)? Avaliamos que respostas a tais questionamentos são importantes diante da chamada judicialização da saúde ou das políticas de saúde, pela qual o Poder Judiciário é provocado a se manifestar em demandas que envolvem as mais variadas ações e serviços públicos de saúde, a exemplo de pedidos de dispensação de medicamentos,

de tratamentos baseados em inovações tecnológicas, de disponibilização de leitos hospitalares, de realização de cirurgias e exames etc.

Esse trabalho se concentra sobre a decisão judicial, porém poderia concentrar-se em qualquer outra instância de decisão política. Apesar de não serem “os únicos protagonistas do drama jurídico, nem mesmo os mais importantes” (DWORKIN, 2014, p. 16), os juízes têm a última palavra e, por isso, devem estar sujeitos a restrições que outras autoridades não estão. O trabalho bem poderia recair, por exemplo, sobre as práticas do Ministério Público, o qual, no âmbito das políticas públicas, conforme Bucci (2006, p. 32), é a instituição que “tem a experiência mais consolidada neste campo”, especialmente porque dispõe de instrumentos extrajudiciais de tutela coletiva, como o inquérito civil, as recomendações e os compromissos de ajustamento de conduta, que são, em geral, mais convenientes ao interesse público, na medida em que “insta o administrador público a agir, sem lhe tolher certa margem de discricionariedade, que lhe permita manter íntegra a lógica do conjunto da ação do governo ou do órgão público”, dispensando a necessidade de devolução das questões ao Poder Judiciário que (ainda) se caracteriza por sua vocação individualista de resolução de conflitos. Contudo, com o que concordamos com a autora, o Ministério Público, de um modo geral, ainda não dispõe de repositórios sistematizados e de acesso público de sua prática, ao contrário do que ocorre com a jurisprudência, o que prejudica eventual pesquisa com esse viés. Além disso, “a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca” (DWORKIN, 2014, p. 19).

O crescente aumento dessas demandas justifica a análise do presente trabalho, especialmente porque a saúde não é apenas “direito de todos e dever do Estado”, mas também exige que seja garantida “mediante políticas sociais e econômicas” que visem “ao acesso universal e igualitário”, conforme determina a Constituição Federal no art. 196. Assim, a responsabilidade que repousa sobre os magistrados se revela em grandes dimensões, porque deve escrutinar o conteúdo e alcance da saúde como direito que tem sido cada vez mais reclamada em juízo, a ponto de levar a providências por parte do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público tendentes a aprimorar a apreciação e a deliberação judicial na matéria.

Nesse sentido, pretendemos contribuir para a discussão da saúde como direito fazendo, por consequência, a devida aproximação do conceito de direito à saúde, especialmente para identificar se as políticas públicas e os recursos financeiros são

importantes ou apenas elementos acessórios na delimitação do conceito. Para desenvolver essa pretensão, nossa estrela-guia será a concepção do direito formulada por Ronald Dworkin, o direito como integridade, e cujo esforço é reconhecidamente destacado para reposicionar o direito como elemento central da comunidade, buscando reerguer o império do direito e, de fato, levá-lo a sério.

Assim, o estudo aqui apresentado pretende discutir as práticas judiciais, sobretudo as análises e deliberações judiciais do Supremo Tribunal Federal, a fim de identificar a existência de parâmetros de decisão na matéria e, caso existentes, se eles são observados, assim como se a Suprema Corte se dedica à manutenção da integridade do direito em relação ao conjunto de decisões que ela própria articula.

2 O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

2.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O Sistema Único de Saúde (SUS) nasceu com a Constituição Federal de 1988, a qual determinou ser a saúde direito de todos e dever do Estado, pretendendo a universalidade de acesso, a integralidade na assistência, organizado em uma rede regionalizada e hierarquizada, fundado na gestão descentralizada, embora com direção única em cada esfera de governo, e com a participação da comunidade¹.

Todavia, antes desse momento, a saúde não era tratada com esse enfoque. Houve tempo – recente, dado que o SUS ainda não completou três décadas de existência – em que a saúde era assegurada apenas a quem podia pagar ou possuía um vínculo empregatício². A viragem ocorreu a partir do chamado Movimento da Reforma Sanitária, passando pela crucial VIII Conferência Nacional de Saúde (CNS) realizada em 1986.

Nessa perspectiva, interessante fazer um recorte temporal a partir da década de 1970 para sinteticamente abordar o contexto histórico que propiciou a fecundação do SUS, buscando jogar luzes sobre o ambiente que permeava o tratamento da saúde antes da Constituição de 1988 e como se determinou o espaço político do sobredito Movimento da Reforma Sanitária.

Em meados da década de 1970, o regime militar, para contornar um cenário de crise política, institucional e econômica, definiu algumas estratégias a fim de garantir a manutenção do poder governamental, dentre as quais a política de abertura do governo. Nessa quadra, o processo de abertura política “possibilitou a expansão e expressão gradativa dos movimentos sociais, até então, sob forte repressão e sem espaço para vocalizar as demandas” (BAPTISTA, 2007, p. 42).

Diante dessas condições circunstanciais, o Movimento da Reforma Sanitária se fortaleceu, criticando abertamente as opções políticas do Estado e buscando reverter a lógica até então existente sobre a assistência à saúde. Consoante Baptista (2007, p. 43), o

¹ Cf. arts. 196 e 198 da Constituição Federal.

² Nesse período, observou-se a mercantilização da saúde, a qual foi vista como *serviço* decorrente de um vínculo trabalhista ou em razão de contrato privado. Antes disso, a saúde foi tratada como *favor* do Estado à população, notadamente na época do Império e da República Velha. Portanto, a saúde como *direito* surgiu apenas com a Constituição de 1988, pelo modelo do Sistema Único de Saúde (ASENSI, 2013, p. 131-138). Para uma abordagem da história das políticas de saúde no Brasil, desde a chegada da Família Real até os dias atuais, veja BAPTISTA (2007).

Movimento já apresentava quatro proposições bem delineadas, as quais, inclusive, seriam levadas a efeito durante a VIII CNS e posteriormente positivadas no texto constitucional: (1) a saúde como direito de todo cidadão, independentemente de contribuição ou qualquer outro critério; (2) as ações e serviços de saúde integradas em um único sistema, garantindo o cuidado integral, mediante oferta de serviços de saúde preventivos e curativos; (3) descentralização da gestão administrativa e financeira para os estados e municípios; e (4) garantia da participação do controle social nas ações e serviços de saúde.

Fazendo um salto na história para se chegar a meados da década de 1980, deixando de lado as reivindicações e tensões sociais provocadas pelo Movimento no interregno, é realizada em Brasília/DF a VIII Conferência Nacional de Saúde entre os dias 17 e 21 de março de 1986, inaugurando uma nova era no país em termos de participação popular direcionadas às políticas de saúde (GARRIDO, 2016).

Realmente, a VIII CNS foi um evento notável e considerado paradigmático, pois não havia muito tempo que o país limitava a liberdade de expressão como política natural. O evento incorporou “a participação da sociedade civil organizada e dos trabalhadores do sistema, precedida de uma série de pré-conferências municipais e estaduais preparatórias” (MOYSÉS, 2010, p. 35-36). Não há como deixar de constatar que, diante da ampla participação de diversos segmentos da sociedade civil e do Estado, uma característica marcante deste momento histórico foi o pluralismo (ASENSI, 2012, p. 6).

Ao analisá-lo detidamente, podemos perceber que o Relatório Final da VIII CNS foi o documento seminal do tratamento jurídico-constitucional da saúde, de maneira que suas conclusões, em grande medida, retornaram ao texto constitucional e, posteriormente, se assentaram nas normas infraconstitucionais, como a Lei nº 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, a Lei nº 8.142/90, que dispôs, entre outros assuntos, sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, e, mais recentemente, a Lei Complementar nº 141/2012, que basicamente regulamenta o financiamento das ações e serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 adotou, em seu texto, consensos que são fruto de embates e conflitos entre os diversos atores sociais estatais e não estatais. No campo da saúde, recebeu destaque o projeto da reforma sanitária e a bandeira da universalização (ASENSI, 2012, p. 7).

Sob essa perspectiva nos propusemos, no momento inicial, a fazer a análise do Relatório Final acima mencionado, indicar a sua influência sobre o texto constitucional e auxiliar no delineamento de conceitos que envolvem o direito à saúde.

Convém, todavia, já nesse momento introdutório, deixar claro que não é o propósito das linhas que seguem identificar o “espírito” dos constituintes ou a influência que podem ter

sofrido dos movimentos sociais a fim de fixar interpretações³. A pretensão, como se disse, é aproximar-se do ambiente de debate político daquela época prévia à Constituição e colocar a história caminhando conjuntamente com o presente a fim de auxiliar na definição do direito à saúde e, sobretudo, o conteúdo e alcance de conceitos como a universalidade e a integralidade.

Afinal, como adverte Dworkin (2014, p. 380), a história legislativa é importante, de maneira que as discussões que levaram à aprovação das normas, constitucionais ou legais, devem ser consideradas como elementos da cadeia na interpretação. Contudo, essa história legislativa assume relevância como um evento político importante em si mesmo, como mais um elemento da cadeia, e jamais para captar um momento canônico do estado de espírito dos constituintes almejando fixar a interpretação.

2.2 A VIII CONFERÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE

A VIII Conferência Nacional de Saúde foi um grande marco na história, por meio da qual se inaugurou a possibilidade da participação democrática nas discussões e deliberações no campo da saúde, na medida em que as sete Conferências anteriores tiveram foco essencialmente governamental, as quais “constituíam um espaço privilegiado para a articulação entre o governo federal e os estados, viabilizando a sistematização de normas técnicas e administrativas da área da saúde” (HOCHMAN, 2005, p. 133). Em suma, não foi uma reunião apenas de técnicos de saúde, havendo também a participação de representantes de outros setores da sociedade brasileira (SOUZA, 2007, p. 123), “mesmo não contando com a presença de grupos ligados tanto ao empresariado da medicina como ao movimento sindical, que reagiram negativamente à sua abertura” (GARRIDO, 2016, p. 268).

Com a participação de mais de 4 mil pessoas, sendo mais de mil delegados, o Relatório Final da VIII CNS (BRASIL, 1986) contém 49 proposições aprovadas em três grandes Temas – (1) Saúde como Direito, (2) Reformulação do Sistema Nacional de Saúde e (3) Financiamento Setorial, de maneira que os artigos 196 a 200 da Constituição Federal foram inspirados, em grande medida, nestas proposições.

³ Para deixar claro, não adotamos nem pretendemos defender o historicismo, para o qual a intenção daqueles que promulgaram a Constituição constitui fator decisivo para fixar a interpretação. Dworkin (2014, p. 430-441) rejeita o historicismo com contundência, afirmando que tratar as intenções dos constituintes como se esgotassem totalmente a Constituição equivale a negá-la enquanto irradiadora de princípios, e finaliza: “A Constituição leva os direitos a sério; já o mesmo não se pode dizer do historicismo”.

Ainda, complementando essa mesma linha de ideia, Dallari e Nunes Júnior (2010, p. 76-77) mencionam que as proposições da VIII CNS originaram uma emenda popular apresentada à Assembleia Constituinte, destacando que o texto referente ao direito à saúde contido na Lei Maior “é – com pequenas modificações – aquele elaborado pelos sanitaristas e apresentado igualmente como emenda popular à Constituição”.

2.3 A INFLUÊNCIA DAS PROPOSIÇÕES DA CONFERÊNCIA SOBRE O TEXTO CONSTITUCIONAL

Na sequência, passaremos a indicar a correlação entre as proposições aprovadas pela Plenária da VIII CNS que enunciaram direitos e a redação da Constituição Federal, inspirada naquelas, fazendo breves comentários a respeito do novo tratamento jurídico-constitucional da saúde e, ao mesmo tempo, trazendo as primeiras aproximações conceituais.

Os enunciados 3 e 4 do Tema 1 (Saúde como Direito) têm a seguinte disposição:

3 – Direito à saúde significa a garantia, pelo Estado, de condições dignas de vida e de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação de saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional, levando ao desenvolvimento pleno do ser humano em sua individualidade.

4 – Esse direito não se materializa, simplesmente pela sua formalização no texto constitucional. Há, simultaneamente, necessidade do Estado assumir explicitamente uma política de saúde conseqüente e integrada às demais políticas econômicas e sociais, assegurando os meios que permitam efetivá-las. [...]

Inicialmente, ao prescrever que cabe ao Estado garantir o acesso às ações e serviços de saúde, pretendeu-se instituir o direito à saúde como dever do Estado, informação esta que tem todo um significado, qual seja, o de que as prestações de serviço de saúde não podem ser entregues livremente ao setor privado, o que não significa, por outro lado, a sua estatização. Nesse sentido, cominou-se ao Poder Público integral poder de dominação (SILVA, 2009, p. 769).

Ainda, trouxe a concepção do princípio da universalidade do acesso, pretendendo romper com o modelo vigente que restringia a assistência à saúde a quem estivesse no círculo de proteção previdenciária⁴. Em outras palavras, a proposição enunciou a saúde como direito de cidadania e não mais como direito previdenciário associado a uma vinculação empregatícia

⁴ Conforme lembra BAPTISTA (2007, p. 41), “as pessoas levavam suas carteiras de trabalho ou carnê de contribuição previdenciária quando procuravam os hospitais ou qualquer outro tipo de assistência, a fim de comprovar sua inclusão no sistema”.

(SOUZA, 2007, p. 123); basta ser pessoa para ter direito ao acesso às ações e serviços de saúde, não sendo exigível qualquer outro elemento que condicione o seu atendimento.

Prosseguindo, ao mencionar que o direito à saúde exprime “promoção, proteção e recuperação de saúde”, o enunciado trouxe a concepção da integralidade da assistência, até então inexistente. Com efeito, havia uma dicotomia e conseqüente desarticulação entre as ações de saúde, na medida em que a política de saúde previdenciária (coordenada pelo Ministério do Trabalho⁵) enfatizava a assistência curativa e o Ministério da Saúde⁶ promovia as ações preventivas (SERRA; RODRIGUES, 2007). Percebe-se, pois, que havia dois sistemas de saúde desintegrados entre si e o enunciado buscou um sistema único, com a etiqueta da integração, da integralidade.

Por sua vez, a proposição de que o Estado deveria se comprometer com políticas econômicas e sociais foi uma exortação para que se abandonasse a concepção de saúde pública voltada apenas para coibir ou evitar a propagação de doenças, entendendo que a saúde não é um fenômeno puramente biológico, mas também resultante das condições socioeconômicas e ambientais. Segundo essa linha de pensamento, os níveis de saúde dependem necessariamente dos níveis de organização das políticas econômicas e sociais hábeis a atuar sobre os fatores condicionantes e determinantes da saúde, a exemplo da alimentação, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho e educação (SANTOS, 2012, p. 58-59). Aliás, essa percepção está expressamente ilustrada pelo enunciado nº 6 do Tema 1:

6 – As limitações e obstáculos ao desenvolvimento e aplicação do direito à saúde são de natureza estrutural.

Alfim, o último enunciado do Tema 1 clama pela inscrição na Constituição Federal das proposições acima indicadas nos seguintes termos:

13 – É necessário que se intensifique o movimento de mobilização popular para garantir que a Constituinte inclua a saúde entre as questões que merecerão atenção prioritária. Com este objetivo a partir da 8ª Conferência Nacional de Saúde deverá ser deflagrada uma campanha nacional em defesa do direito universal à saúde, contra a mercantilização da medicina e pela melhoria dos serviços públicos, para que se inscrevam na futura Constituição:

- a caracterização da saúde de cada indivíduo como de interesse coletivo, como dever do Estado, a ser contemplado de forma prioritária por parte das políticas sociais;

- a garantia da extensão do direito à saúde e do acesso igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, em todos os níveis, a todos os habitantes do território nacional;

⁵ Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio (MTIC), depois Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS).

⁶ Ministério da Educação e Saúde Pública (Mesp).

- a caracterização dos serviços de saúde como públicos e essenciais.

Dessas proposições, portanto, surgiu a redação do art. 196 da Constituição:

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

Passando ao Tema 2 (Reformulação do Sistema Nacional de Saúde), observa-se que os seguintes enunciados influenciaram diretamente na redação do art. 198 e incisos da Constituição:

1 – A reestruturação do Sistema Nacional de Saúde deve resultar na criação de um Sistema Único de Saúde que efetivamente represente a construção de um novo arcabouço institucional separando totalmente saúde de previdência, através de uma ampla Reforma Sanitária.

2 – No nível federal, este novo sistema deve ser coordenado por um único Ministério, especialmente concebido para esse fim. [...] A unidade de comando deve ser reproduzida nos níveis estadual e municipal.

3 – O novo Sistema Nacional de Saúde deverá reger-se pelos seguintes princípios:

a) referente à organização dos serviços:

- descentralização na gestão dos serviços;
- integralização das ações, superando a dicotomia preventivo-curativo;
- unidade na condução das políticas setoriais;
- regionalização e hierarquização das unidades prestadoras de serviços;
- participação da população, através de suas entidades representativas, na formulação da política, no planejamento, na gestão, na execução e na avaliação das ações de saúde;
- fortalecimento do papel do Município;

[...]

Logo no item nº 1 já se percebe a adoção da nomenclatura “Sistema Único de Saúde”. Adotou-se tal nomenclatura, como já visto, como forma de romper a dicotomia então vigente e promover uma verdadeira reestruturação do sistema de saúde, totalmente independente do da previdência. Assim, o objetivo a ser perseguido era o de que a política de saúde fosse coordenada, no nível federal, por um único Ministério e que o modelo de direção única fosse reproduzido nos entes subnacionais.

Um sistema de saúde único, marcado pela integralidade na concepção acima afirmada, era o principal desígnio do Movimento da Reforma Sanitária, conforme fica manifesto no enunciado nº 4 do Tema 2:

4 – O principal objetivo a ser alcançado é o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal em níveis federal, estadual e municipal [...]

Por outro aspecto, a “excessiva centralização das decisões e dos recursos em nível federal” gerou, consoante entendimento do Movimento da Reforma Sanitária manifestado no Relatório Final da VIII CNS, um modelo anárquico de organização do setor público na área da saúde, pouco eficiente e eficaz, especialmente diante de um Estado autoritário que impediu o estabelecimento de canais eficazes para as demandas sociais e correção das distorções⁷.

A descentralização da gestão da saúde, portanto, significava a ruptura da postura autoritária do Estado com a abertura democrática, envolvendo a transferência do poder decisório, da gestão e dos recursos financeiros, antes concentrados na esfera federal, para Estados e Municípios (LIMA, 2012, p. 131). No mesmo sentido da justificativa democrática, Asensi (2012, p. 11) assevera que:

A descentralização ainda permite uma maior aproximação com a realidade social de cada localidade, de modo a tornar as políticas públicas mais efetivas por meio da incorporação da sociedade civil no processo de formulação, fiscalização e execução das políticas.

Assim, reforçando a busca pela ruptura do modelo então vigente, o Relatório Final enfatiza no enunciado nº 5 do mesmo Tema:

5 – As atribuições básicas de cada nível de Governo devem ter por fundamento o caráter federativo da nossa República, de tal modo a romper com a centralização que esvaziou, nas décadas recentes, o poder e as funções próprias das unidades federadas e de seus municípios. O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE⁸ deve reforçar, neste sentido, o poder político, administrativo e financeiro dos Estados e Municípios.

Prosseguindo na apresentação das propostas de reformulação, um dos grandes momentos do Relatório Final, talvez, tenha sido a aprovação da participação da população “no planejamento, na gestão, na execução e na avaliação das ações de saúde”, especialmente porque essa enunciação de direito retornou ao texto constitucional na forma de diretriz na organização do SUS.

Com todo efeito, um dos fatores que levou à ineficiência e ineficácia na área da saúde, de acordo com o Movimento de Reforma Sanitária, foi a “debilidade da organização da sociedade civil, com escassa participação popular no processo de formulação e controle das políticas e dos serviços de saúde”⁹. Diante desse quadro, além do enunciado nº 3 do Tema 2 já reproduzido mais acima, outras duas proposições ditaram a necessidade da participação popular como objetivo a ser perseguido pelo novo sistema de saúde que estava por vir; são as de nº 12 do Tema 1 e nº 25 do Tema 2:

⁷ Conforme se expressou nos enunciados nºs 8, 9 e 10 do Tema 2 do Relatório Final.

⁸ Caixa alta constante do original.

⁹ Conforme consta no enunciado nº 10 do Tema 1.

12 – Para assegurar o direito à saúde a toda a população brasileira é imprescindível:

[...]

- estimular a participação da população organizada nos núcleos decisórios, nos vários níveis, assegurando o controle social sobre as ações do Estado;

25 – Deverão também ser formados Conselhos de Saúde em níveis local, municipal, regional e estadual, compostos de representantes eleitos pela comunidade (usuários e prestadores de serviço), que permitam a participação plena da sociedade no planejamento, execução e fiscalização dos programas de saúde. Deverá ser garantida a eleição das direções das unidades do sistema de saúde pelos trabalhadores desses locais e pela comunidade atendida.

Por essas deliberações, o texto constitucional foi expresso ao privilegiar o controle social¹⁰ de modo a atuar na formulação, implantação, execução e fiscalização das políticas públicas de saúde. Convém delinear que, conforme SARLET (2013, p. 1940), fazendo clara alusão à Lei nº 8.142 de 1990, o controle social se faz:

[...] por meio de representantes da sociedade civil junto às Conferências de Saúde, que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada nível da federação; perante os Conselhos de Saúde, que atuam no planejamento e controle do SUS, inclusive quanto ao financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular com análise de propostas e denúncias.

Sendo assim, inequivocamente inspirado nas proposições acima, o art. 198 e seus incisos da Constituição Federal receberam a seguinte redação:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

I - descentralização, com direção única em cada esfera de governo;

II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

III - participação da comunidade.

Após a análise dos pontos do Relatório Final que não geraram controvérsias e que foram positivados no texto constitucional, passemos à avaliação crítica do ponto que “talvez mais tenha mobilizado os participantes e delegados” da VIII CNS (BRASIL, 1986, p. 02), que foi a discussão sobre a natureza do novo Sistema Nacional de Saúde e, por consequência, como seria a participação do setor privado na área.

Adiantando a solução constitucional nesse aspecto, as proposições contidas no Relatório Final não foram inteiramente incorporadas à Lei Fundamental. Com efeito, não obstante a proposta de estatização imediata haver sido manifestamente recusada, houve consenso no sentido de que a participação do setor privado somente poderia se dar “sob o

¹⁰ Importa fazer a observação de Souza (2007, p. 121), segundo o qual a noção de controle social no início do século XX apresentava significado totalmente oposto ao utilizado atualmente, isto é, representava o controle do Estado sobre a sociedade, e não da sociedade sobre o Estado.

caráter de serviço público ‘concedido’ e o contrato regido sob as normas do Direito Público” (BRASIL, 1986, p. 02).

Nesse contexto, foram redigidos os seguintes enunciados no Tema 2:

4 – O principal objetivo a ser alcançado é o Sistema Único de Saúde, com expansão e fortalecimento do setor estatal em níveis federal, estadual e municipal, tendo como meta uma progressiva estatização do setor. Os prestadores de serviços privados passarão a ter controlados seus procedimentos operacionais e direcionadas suas ações no campo da saúde, sendo ainda coibidos os lucros abusivos. O setor privado será subordinado ao papel diretivo da ação estatal nesse setor, garantindo o controle dos usuários através dos seus segmentos organizados. [...]

13 – O relacionamento do poder público com a rede privada prestadora de serviços deve fundamentar-se no controle efetivo sobre essa rede.

14 – A implantação imediata de um novo relacionamento entre o setor público e o setor privado deverá ser implementada nos seguintes moldes:

- para os estabelecimentos privados que já se relacionam com o INAMPS, estabelecer um novo contrato-padrão regido pelos princípios do DIREITO PÚBLICO¹¹, passando o serviço privado a ser concessionário do Serviço Público;

- esses contratos devem ser reavaliados sob critérios de adequação ao perfil epidemiológicos da população a ser coberta e de parâmetros de desempenho e qualidade;

[...]

- os incentivos concedidos à chamada medicina de grupo deverão ser revistos.

De início, pelo direcionamento de que “os incentivos concedidos à chamada medicina de grupo¹² deverão ser revistos” já é possível extrair que a VIII Conferência Nacional de Saúde não pretendeu que a assistência à saúde fosse exclusivamente pública, o que deu azo à redação do *caput* do art. 199 da Constituição Federal: “A assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

De fato, o ordenamento jurídico constitucional não conferiu ao Poder Público exclusividade no atendimento à saúde. Ao contrário, definiu que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada” (art. 199). Assim, ao lado do sistema público, convivem serviços privados (WEICHERT, 2010, p. 105).

Por outro lado, o Relatório Final prescreveu que, caso houvesse relacionamento entre o setor público e o privado, este deveria passar a ser concessionário do serviço público. Era a representação da ideia sobre a necessidade de fortalecimento e expansão do setor público no que toca à assistência à saúde, assim como sobre a progressiva estatização do Sistema Nacional.

¹¹ Caixa alta constante do original.

¹² Modalidade na qual é classificada uma operadora que se constitui em sociedade que comercializa ou opera planos de saúde, excetuando-se as classificadas nas modalidades: administradora, cooperativa médica, autogestão, filantropia e seguradora especializada em saúde (BRASIL, 2009, p. 50).

Sem embargo de a ideia não haver sido vertida no texto constitucional, evidentemente causou repercussão na redação do artigo 197 e dos parágrafos 1º a 3º do art. 199:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

Percebe-se, pois, que a gênese dos dispositivos acima está na VIII CNS. Com efeito, distinguem-se os regimes jurídicos a que estão submetidos a atuação privada na saúde: uma se houver relacionamento com o SUS e outra se não houver. O § 1º do art. 199 da Constituição dispõe que o relacionamento entre o SUS e as instituições privadas se dá apenas de forma complementar e mediante contrato de direito público ou convênio.

Ao falar em complementação, a Constituição deixa claro que sua ideia foi a de que o sistema fosse diretamente capitaneado pelo Poder Público, admitindo a concorrência da esfera privada, porém, de forma residual, preenchendo espaços necessários que o atendimento se viabilize (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 96).

Verificou-se a mudança do cenário no que se refere à prestação de ações e serviços de saúde, na medida em que o Estado passou a ser o grande protagonista. Até então, vigia a assistência médica terceirizada com grande fortalecimento do mercado privado de serviços de saúde no país, considerando a baixa oferta de serviços próprios, o que propiciou a contratação de serviços privados pelo Poder Público¹³ (SERRA; RODRIGUES, 2007).

Quanto à atuação da iniciativa privada sem qualquer relacionamento do SUS, constata-se que não houve maiores restrições, contrariando as pretensões externadas durante a Conferência, o que “revela a possibilidade dos entes privados prestarem assistência à saúde nos distintos níveis de complexidade” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 97), não havendo, porém, total liberdade de atuação, na medida em que “ficam sujeitos a

¹³ Para a constatação do progressivo fortalecimento do setor privado da saúde a partir da Primeira República até o início da década de 1980, v. SERRA; RODRIGUES (2007, p. 195-202).

regulamentação, fiscalização e controle do Estado, especialmente por serem de relevância pública todas e quaisquer ações e serviços de saúde (art. 197)” (WEICHERT, 2010, p. 105).

Após enunciar direitos e objetivos, bem como desenhar a forma de organização do novo Sistema Nacional de Saúde por vir, o Relatório Final, no Tema 3, cuidou da problemática do financiamento setorial, conforme os seguintes enunciados mais pertinentes:

1 – Deverá ser constituído um orçamento social¹⁴ que englobe os recursos destinados às políticas sociais dos diversos Ministérios e aos distintos fundos sociais. Este orçamento será repartido por setor, cabendo ao de saúde uma parcela de recursos que constituirão o Fundo Único Federal de Saúde. Em nível estadual e municipal serão formados Fundos Únicos de Saúde de maneira análoga.

3 – Os recursos destinados à saúde serão determinados através da pré-fixação de percentual mínimo sobre as receitas públicas.

9 – A descentralização, um dos princípios propostos para a reorganização do sistema de saúde, só se concretizará mediante uma reforma tributária que:

- elimine a regressividade das formas de financiamento da política de saúde;
- estabeleça fontes estáveis de receita para que os programas de atenção à saúde não fiquem comprometidos nas conjunturas recessivas;

[...]

Nota-se que no ponto do financiamento o Relatório Final foi “mais indicativo do que conclusivo” (BRASIL, 1986, p. 03), revelando que naquele momento a discussão exigia um maior aprofundamento. Justamente em razão dessa indefinição do modo de financiamento, a Constituição Federal foi muito vaga, consoante se constata pelo parágrafo único do art. 198 em sua redação originária:

Parágrafo único. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

Percebe-se que não se estabeleceu o “percentual mínimo sobre as receitas públicas” que deveriam ser reservadas ao sistema de saúde, nem as fontes estáveis de receita. Talvez pela timidez e pela falta de aprofundamento envolvendo a temática, houve a demora de doze anos na regulamentação do financiamento do Sistema Único de Saúde, o que sobreveio, novamente de forma tímida, por meio da Emenda Constitucional nº 29/2000 e, após mais doze anos, mediante a Lei Complementar nº 141/2012, tendo havido substancial modificação no sistema de financiamento com a recente Emenda Constitucional nº 86/2015.

¹⁴ O grifo consta do original.

De qualquer maneira, o Relatório foi assertivo no sentido de que havia a necessidade de reserva de meios necessários ao atingimento do objetivo proposto, ou seja, um sistema que se pretende universal e integral, porquanto direitos não nascem em árvores¹⁵.

2.4 SÍNTESE CONCLUSIVA

Percebe-se, assim, que o Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde foi a grande fonte que inspirou a redação constitucional e a modificação do sistema de saúde no contexto brasileiro. Foi possível observar, por meio de sobreposição de ideias e comparação de redação, que os enunciados contidos nesse Relatório inspiraram claramente a redação dos dispositivos constitucionais referentes ao SUS.

Em decorrência do resgate do processo histórico dos debates políticos pré-constituintes e que posicionaram a saúde como direito no texto constitucional, é pertinente delinear aproximações conceituais sobre o próprio direito à saúde, ao menos como foi concebido em sua gênese, sem prejuízo de novas abordagens.

Nesse sentido, é possível pressentir que universalidade e integralidade não ostentam um conceito intuitivo de tudo para todos em todas as ocasiões. Como visto, a universalidade de acesso expressa a contraposição e conseqüente substituição do modelo contributivo de assistência que vigorava antes do SUS. Por sua vez, a integralidade da assistência significou a superação da dicotomia desintegradora antes existente entre ações preventivas e curativas, afastando-se do modelo binário de cuidados para um sistema único de saúde. Pretendeu-se, portanto, que qualquer pessoa, independentemente de quaisquer contribuições ou outras condições, pudesse acessar um sistema de saúde (universalidade), sistema esse que enseja a unificação das ações e serviços preventivos e curativos.

Convém destacar que a integralidade foi objeto de definição normativa, representando, segundo o art. 7º, inc. II, da Lei nº 8.080/90, “um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Por conseguinte, a articulação e continuidade do cuidado somente se torna possível mediante um sistema de regionalização e hierarquização dos serviços, isto é, organizado

¹⁵ Faço, aqui, expressa alusão à obra de Flávio Galdino (2005), cujo título é provocativo: **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. A questão será desenvolvida mais a frente, mas é possível antecipar, sinteticamente, que Galdino, apoiado em Holmes e Sunstein (2011), defende que todos os direitos possuem um custo, inclusive aqueles que comumente são tratados como liberdades negativas, as quais reclamariam apenas abstenção do Estado.

conforme circunscrições territoriais e a necessidade de atendimento de acordo com o nível de complexidade. Desse modo, ao promover a regionalização e a hierarquização, cria-se um sistema de referências e contrarreferências, pretendendo, ademais da promoção da integralidade do atendimento, a racionalização do sistema e otimização de seus recursos (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 83). Daí porque a necessidade de o sistema de saúde ser único, não se podendo falar em integralidade, regionalização e hierarquização diante de uma dicotomia até então vigente no tratamento jurídico da saúde.

A partir desse desenvolvimento histórico, avaliamos como indevidas as críticas ao Sistema Único de Saúde tendentes a reduzi-lo a um sistema de assistência aos mais pobres, pois não é uma política de assistência social e, sim, uma legítima expressão da cidadania. As críticas ao SUS e a compreensão aproximada do conteúdo e alcance do direito à saúde não devem vir desacompanhadas do processo histórico, mesmo porque, consoante já reproduzimos o alerta de Dworkin, o passado não pode ser solenemente ignorado, porquanto põe em marcha e anima o presente não como elemento definitivo, mas como imprescindível meio auxiliar para a aproximação de conceitos.

Por toda a conformação constitucional delineada, “não há dúvida que o Sistema Único de Saúde configura uma política pública de saúde, que tem sua primeira formulação na própria Constituição” (DALLARI; NUNES JÚNIOR, 2010, p. 117). Essa caracterização é uma importante observação no contexto do presente trabalho, especialmente se levarmos a sério a definição de Bucci (2006, p. 39), para quem a política pública deve visar a realização de objetivos socialmente relevantes, mediante programas de ação governamental e com reserva de meios necessários à sua consecução.

3 OS DIREITOS E A SAÚDE COMO DIREITO

Em pesquisa realizada em 2006¹⁶ pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (2006, p. 24), revelou-se que 51,6% dos magistrados respondentes desconsideram^{17, 18} os impactos de sua decisão judicial em demandas de saúde sobre o volume total de recursos financeiros destinados ao restante da sociedade. A pesquisa revelou, de uma forma geral, que os magistrados não demonstram preocupação com a repercussão de sua decisão para além do caso concreto em juízo.

Ressalte-se que, consoante destaca a coordenadora da pesquisa, Maria Tereza Sadek (AMB, 2006, p. 7), os resultados “refletem uma decisão da magistratura de dar-se a conhecer, tanto para ela mesma como para os jurisdicionados”, sendo que é a última pesquisa com essas características disponível no site da entidade, ou seja, é o modo mais próximo no tempo de perceber como é o perfil da magistratura no cenário nacional segundo o ponto de vista dos próprios magistrados.

Não se pretende argumentar, com base nessa pesquisa, que os magistrados, ao decidirem um caso concreto, devam adotar uma postura judicial de meditação para que suas decisões aumentem a felicidade média da comunidade como um todo, nem que eles tenham um dever moral de levar em conta os interesses de todas as pessoas dessa mesma comunidade.

O que parece importar e gera preocupação é que, possivelmente, ante a desconsideração dos impactos sobre recursos financeiros, não há preocupação com outros elementos que formam o direito como um todo integrado, excluindo alguma parte importante a ser considerada em relevo para uma resposta correta, a exemplo das políticas públicas constituídas que somente se tornam possíveis, conforme a aproximação feita mais acima ao final do Capítulo 2, com a reserva de meios necessários à consecução do objetivo proposto.

De toda sorte, os juízes devem, de fato, considerar questões alheias ao caso concreto, como as repercussões que podem ocasionar suas decisões para além do caso posto sob sua

¹⁶ Disponível em: <http://www.amb.com.br/index_.asp?secao=pesquisas>. Acesso em: 31 mar. 2017.

¹⁷ A redação do questionamento é a seguinte: “É comum o sistema público de saúde negar o fornecimento de medicamentos dispendiosos sob a alegação de que tal despesa compromete o orçamento necessário ao atendimento do restante da população. Quando o(a) Sr.(a) determina que o Estado forneça o medicamento pleiteado, em que medida considera o impacto desta decisão no volume total de recursos reservados pelo poder público ao conjunto da sociedade?”

¹⁸ O valor de 51,6% foi o resultado da soma de duas respostas, quais sejam, 38,9% responderam que “não considera importante os impactos” e 13,5% se referem à resposta “não sabe/não respondeu”; as outras respostas foram as seguintes: 15,3% “considera os impactos como extremamente importantes” e 32,3% “considera os impactos como medianamente importantes”.

apreciação? Há limites para seu convencimento? Há respostas certas que devem constranger os magistrados no momento de decidir? O direito à saúde, como direito social e, por certo, fundamental, pode ser conformado às políticas públicas?

Esses questionamentos serão objeto de reflexão no transcorrer deste trabalho e pretendemos sinalizar algumas respostas como ponto de partida de toda a problemática que reveste a decantada judicialização do direito ou das políticas de saúde no Brasil, apesar de não ser a finalidade apresentar verdades universalizantes como ponto de chegada.

Certamente, em semelhança ao que advertiu Streck (2012, p. 195-196), não nos esqueçamos que o Poder Judiciário, em casos como os que envolve este trabalho, sempre será alvo de críticas por quaisquer comportamentos que externar, seja sendo etiquetado de ativista porque adotou postura desconsiderando ou intervindo em políticas públicas, seja sendo rotulado de conservador, porque adotou postura contrária.

Esse dilema também é percebido por Souza Neto e Sarmiento (2015, p. 105), para os quais o mesmo argumento de proteção dos direitos fundamentais utilizado pelo Poder Judiciário pode significar, na verdade, a sua desproteção. Assim, muito embora reafirmem que os direitos fundamentais são trunfos expressivos de exigências morais que devem se impor à política, fazendo prevalecer sobre a vontade das maiorias, chamam a atenção para a banalização desse discurso de modo a permitir um maior ativismo judicial, o que levaria ao indesejável movimento antidemocrático ao se conceder ao Judiciário “o poder de impor as suas visões e preferências sobre quase todos os temas relevantes na sociedade”. Por outro lado, advertem que o mesmo discurso dos direitos fundamentais pode, ao contrário, permitir empunhar um escudo conservador contra avanços em face dos interesses das elites e, nessa linha, sugerem as seguintes hipóteses:

Pode-se, por exemplo, invocar a liberdade contratual para impugnar normas de ordem pública que protejam os interesses dos mais fracos diante do poder dos mais fortes; lançar mão do direito de propriedade para combater medidas sociais voltadas à redistribuição de renda e riqueza; recorrer ao princípio da igualdade para combater políticas de ação afirmativa em favor de grupos excluídos (2015, p. 106).

Pode ser que isso ocorra porque o direito moderno “torna a sociedade mais e não menos complexa” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2009), especialmente se levarmos em consideração que vivemos em uma sociedade compósita e conflituosa, cujas demandas não são mais restritas às divergências interindividuais para as quais ainda está voltado essencialmente o Poder Judiciário, razões essas que levaram Streck (2013a, p. 29), nessa perspectiva, a elaborar uma observação que parece correta:

Torna-se necessário, pois, diante desse quadro, rediscutir as práticas discursivas dos juristas. Visivelmente há uma crise que, antes de mais nada, precisa ser descoberta “como” crise. Essa crise ocorre porque o velho modelo de direito (de feição liberal-individualista) não morreu, e o novo modelo (forjado a partir do Estado Democrático de Direito) não nasceu ainda.

Portanto, é nesse cenário de complexos conflitos sociais que marcam a modernidade que deve desabrochar nos juízes a responsabilidade política no momento de sua decisão, não dependente de sua vontade individual, de suas convicções e impressões pessoais.

Nesse sentido, atualmente, os conflitos envolvendo o direito à saúde têm sido evidenciados como um dos direitos sociais classificados como prestacionais (ou positivos) que mais são deduzidos em juízo, o que tem proporcionado diversos debates e repercussões na prática das instituições. Não por outro motivo, Sarlet (2015, p. 319) registra, discorrendo sobre a problemática da eficácia dos direitos fundamentais, mais especificamente da dos direitos sociais prestacionais, que é “no direito à saúde que talvez encontremos a maior gama de questionamentos, bem como a produção mais relevante na seara doutrinária e jurisprudencial”.

A título de exemplo de como a problemática envolvendo o direito à saúde vem causando repercussão na prática das instituições, podemos citar a existência da Comissão Permanente da Defesa da Saúde (COPEDS), instituída em 1998¹⁹ e que é órgão de assessoramento do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE) nos assuntos relativos à saúde pública, sendo composto por membros de todos os Ministérios Públicos conforme indicação do respectivo Procurador-Geral.

Ainda no âmbito do Ministério Público, em 2014 foi criado o Fórum Nacional de Saúde (FNS)²⁰ vinculado ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), tendo como objetivo, dentre outros, discutir o assunto e promover o aprimoramento do Ministério Público na defesa do direito à saúde. Por seu turno, o Poder Judiciário, por meio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu o Fórum Nacional do Judiciário²¹ em 2010 a fim de monitorar a resolução das demandas de assistência à saúde.

¹⁹ A COPEDS foi instituída por meio do documento que ficou conhecido como a Carta de Palmas/TO, na qual, além dessa criação, foi recomendado aos Ministérios Públicos a instituição de Promotorias da Defesa da Saúde ou órgãos com atribuições equivalentes. A Carta está disponível em: <<http://www.saude.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=8>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²⁰ Normativa interna disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Portarias/Portaria_CNMP-PRESI_200.2014_-_Altera_a_Portaria_070.2014.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

²¹ Normativa interna disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2831>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

Esses três exemplos de modificação institucional – no Ministério Público e no Poder Judiciário – podem servir de indicativo sobre quão séria é a potencialidade de repercussão dos comportamentos dos órgãos jurisdicionais sobre o assunto e, por isso mesmo, deve ser responsabilmente intensificada a seriedade de sua assimilação.

Se, por um lado, atualmente, parece não mais haver dúvidas sobre se o direito à saúde é ou não fundamental, porquanto é indiscutível que o seja, não sendo mais relevante discutir esse ponto (STRECK, 2012, p. 203), por outro há necessidade de desvelar o seu conteúdo e alcance, sobretudo para efeito de possibilidade de pronunciamento do Poder Judiciário.

Realmente, conforme as argumentações apresentadas por Sarmento (2008), com a qual concordamos nesse aspecto, houve uma reviravolta no que tange à proteção judicial dos direitos sociais, que deixaram de ser tratados como normas meramente programáticas com raríssimas intervenções judiciais, para se tornarem frequentes, em todo o país, “as decisões judiciais determinando a entrega de prestações materiais aos jurisdicionados relacionadas a direitos sociais constitucionalmente positivados”. Ocorre que, simultaneamente a essa “mudança altamente positiva, que deve ser celebrada”, surgiram problemas delicados, especialmente correlacionados aos recursos financeiros para a realização dos direitos sociais, situação essa que o “mero voluntarismo de bacharéis não tem como superar”. E continua:

Ora, a cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de todos os outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa.

Não obstante tais dificuldades, não permitir a sindicabilidade seria um retrocesso inominável e um duro abalo na proteção dos direitos sociais. Com todo efeito, se por um lado os direitos sociais devem ser concretizados em primazia por via legislativa e administrativa, posto que necessário um “emaranhado de ações estatais, que compreende a formulação de políticas públicas, a criação de procedimentos, o dispêndio de recursos” (SARMENTO, 2008), por outro a intervenção do Poder Judiciário diante de omissão, total ou parcial, do Poder Público também se mostra premente a fim de que não sejam mera retórica constitucional. Nesse sentido, pertinente a orientação de Peña Freire (2003, p. 63), para quem pode até não ser razoável que o Poder Judiciário “tenha a última palavra sobre o alcance e os

limites de nossos direitos, mas, desde já, o que sim parece conveniente é que tenha a palavra”²².

3.1 RESPONSABILIDADE PÚBLICA E RESPONSABILIDADE PRIVADA

Do apresentado até o momento, aflora como oportuna a distinção entre a responsabilidade pública e a responsabilidade privada conforme linha argumentativa proposta por Ronald Dworkin – e cuja aproximação se fará a seguir –, na medida em que “as decisões judiciais são decisões políticas, pelo menos no sentido amplo que interessa à doutrina da responsabilidade política”²³ (DWORKIN, 1999, p. 155). Nesse contexto, as decisões judiciais não podem ser dadas como se fossem produtos do exercício de uma irrestrita autonomia privada, como se as deliberações que os juízes tomassem quando do seu exercício judicante fossem da mesma natureza das tomadas em sua residência.

Não se pretende que os juízes não tenham convicções, nem que não sejam influenciados por elas no momento de ditar sua decisão – o que é inevitável²⁴ –, todavia, tais convicções não podem exprimir uma força independente como se lhes fosse autorizado fazê-las prevalecer em sua argumentação sobre as leis ou os precedentes pelo simples fato de serem suas convicções (DWORKIN, 1999, p. 192). Idêntico, nesse ponto, é o posicionamento de Streck (2015, p. 124):

Juiz não é neutro. Ninguém o é. Não é disso que se trata. O que venho sustentando em meus escritos sobre teoria da decisão é que a subjetividade do juiz deve ser estrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade. Se o juiz não consegue suspender seus pré-juízos, ele não pode (e não deve) ser juiz. Ele pode odiar ou amar algo. Mas na hora da decisão isto deve ficar suspenso (uma *epoché*). Isso se chama de responsabilidade política.

Partindo da premissa que os juízes são subordinados à doutrina da responsabilidade política como quaisquer outras autoridades políticas²⁵ (DWORKIN, 1999, p. 154), pensamos ser conveniente fazer uma distinção entre as responsabilidades privadas e públicas, de

²² Tradução livre. No original: “En suma, quizá no sea razonable que el órgano de control tenga la última palabra sobre el alcance y los límites de nuestros derechos, pero, desde luego, lo que sí que parece conveniente es que tenga la palabra”.

²³ Tradução livre. No original: “Las decisiones judiciales son decisiones políticas, por lo menos en el sentido amplio que interesa a la doctrina de la responsabilidad política”.

²⁴ Nesse sentido, cf. Dworkin (1999, p. 198-208).

²⁵ Tradução livre. No original: “Los jueces, como todos los funcionarios políticos, están sometidos a la doctrina de la responsabilidad política”.

maneira que “explique por que o dever imperativo numa esfera é muito menos exigente na outra”²⁶ (DWORKIN, 2014, p. 360).

Dworkin primeiro faz um questionamento se, no círculo privado, devemos sempre, e em tudo, tratar os interesses dos outros como se fossem tão importantes quanto os nossos próprios interesses (o que envolve também os das pessoas mais próximas, como familiares e amigos), ou somente às vezes temos de nos comportar dessa forma. De um modo geral, o autor argumenta que somos moral e juridicamente livres para decidirmos sobre nossas preferências, sendo legítimo darmos mais atenção à nossa vida que à dos outros. Portanto, apenas às vezes temos aquela pesada responsabilidade, figurando-se implausível que cada um de nós, em cada ato, sempre e em tudo que fazemos, inclusive na utilização de nossos próprios bens, tenha o compromisso geral de nos preocupar com os interesses dos outros da mesma forma que nos causa preocupação os nossos.

Assim, Dworkin rejeita a ideia geral e revela que apenas em alguns casos especiais temos o dever moral de dar aos interesses das outras pessoas a mesma importância que damos aos nossos interesses. Não obstante o autor haver apresentando argumentos em detalhes mais específicos para defender a superioridade de sua posição²⁷, podemos mencionar, de forma superficial, que o autor indica que esses casos especiais são aqueles que tornam “nossas responsabilidades morais dependentes das responsabilidades jurídicas”, amoldando-se a essa situação os casos de negligência, ilícitos civis e todas as circunstâncias em que os direitos abstratos entram em conflito (DWORKIN, 2014, p. 351-353).

Nesse ponto, é necessário alertar, a defesa de que somente às vezes devemos considerar os interesses dos outros tão importantes quanto os nossos não significa a exibição de um egoísmo indefensável, mas sim reflete um argumento em favor da preservação da autonomia pessoal que praticamente desapareceria caso não houvesse a liberdade moral de tomar a maior parte das decisões de nossas vidas (DWORKIN, 2014, p. 353-354). A propósito, Dworkin é inspirador em sua argumentação ao assentar que, muito embora defenda uma comunidade de princípios como questão de fraternidade, nada deve sugerir que membros de uma mesma comunidade devam sentir entre si um vínculo de amor:

²⁶ Sem embargo de a análise feita por Dworkin restringir-se ao *Common Law*, mais especificamente a respeito de uma teoria sobre os danos involuntários, o autor é expresso ao afirmar que essa distinção de responsabilidades “é uma importante conclusão para qualquer interpretação abrangente de nossas práticas políticas e morais” (DWORKIN, 2014, p. 361).

²⁷ Cf. Dworkin (2014, p. 357-375). O autor desenvolve de maneira mais detalhada seus argumentos que direcionam sua explicação à interpretação igualitária e às concepções de igualdade, admitindo que a teoria que chamou de igualdade de recursos se ajusta no teste da adequação das práticas jurídicas e morais e é a melhor em teoria moral abstrata.

É certo que não poderíamos interpretar a política de qualquer comunidade política como a expressão desse nível de interesse mútuo, e tampouco é atraente esse ideal. A rendição total da personalidade e da autonomia ali explícita deixaria às pessoas muito pouco espaço para levarem suas vidas em vez de serem levadas com elas; destruiria as próprias emoções que celebra. Nossas vidas são ricas porque são complexas conforme os níveis e a natureza das comunidades em que vivemos. Se sentíssemos por amantes, amigos ou colegas nada além do mais intenso interesse que pudéssemos sentir por todos os nossos concidadãos, isso significaria a extinção, e não a universalidade do amor (DWORKIN, 2014, p. 259).

Contudo, se por um lado Dworkin rejeita o princípio imperativo de que, no círculo privado, em tudo o que fazemos temos de ter igual preocupação com o interesse dos outros, por outro, no círculo público define que o Estado tem esse dever, surgindo a responsabilidade pública geral. A justificativa desse contraste reside no fato de o Estado ter a responsabilidade abstrata de tratar a todos com o mesmo respeito e consideração, pois é ele o responsável por criar um sistema de propriedade (DWORKIN, 2014, p. 356). Com efeito, toda e qualquer distribuição é consequência das leis e, sendo isso verdade, como as leis são produtos do monopólio estatal, surge a responsabilidade pública geral de tratar a todos com a mesma importância:

[...] a distribuição das riquezas é produto de uma ordem jurídica: a riqueza do cidadão depende muito das leis promulgadas em sua comunidade – não só as leis que governam a propriedade, o roubo, os contratos e os delitos, mas suas leis de previdência social, fiscais, de direitos políticos, de regulamentação ambiental e de praticamente tudo o mais. Quando o governo promulga ou mantém um conjunto de tais leis e não outro, não é apenas previsível que a vida de alguns piore devido a essa escolha, mas também, em grau considerável, quais serão esses cidadãos. Nas democracias prósperas, é previsível, sempre que o governo restringe os programas de previdência social, ou se recusa a ampliá-los, que tal decisão deteriore a vida dos pobres (DWORKIN, 2013a, p. IX-X).

Assim, é possível perceber tanto a distinção entre as responsabilidades pública e privada, bem como as justificativas, ainda que superficiais, dessa distinção. No contexto, a responsabilidade pública exige que o Estado trate as pessoas com a mesma importância diante do sistema de distribuição que cria e mantém, porém, a responsabilidade privada não exige que as pessoas, como regra, tratem os outros dessa mesma maneira. Portanto, vigora perante a primeira o princípio imperativo; no que toca à segunda, o princípio permissivo, como regra. Na pública, favoritismos são odiáveis; na privada, são permitidos. Enquanto que, no círculo privado, insiste-se na ideia de uma soberania moral individual, permitindo-se preferir os interesses da família e amigos, no círculo público tal exercício de preferência se chama corrupção (DWORKIN, 2014, p. 211).

Essa distinção nos auxilia a compreender, consoante foi mencionado mais acima, a subordinação à doutrina da responsabilidade política a que estão sujeitos os juízes, bem como quaisquer outras autoridades políticas, permitindo-nos retomar o argumento. Realmente, de

acordo com os contornos já desenhados, os princípios correntes da moralidade privada não podem explicar as responsabilidades especiais da função política, de forma que o Estado como um todo possui obrigações especiais de imparcialidade para com todas as pessoas. As autoridades políticas, que se comportam em nome do Estado, estão constrangidas por essas obrigações especiais, o que nos possibilita afirmar que os contornos da doutrina da responsabilidade política são logicamente anteriores às responsabilidades de cada uma de suas autoridades (DWORKIN, 2014, p. 212).

Em sua forma mais geral, enuncia essa doutrina da responsabilidade política que as autoridades políticas não devem tomar decisões políticas baseadas em uma teoria política que não poderia justificar outras decisões a serem tomadas dentro do mesmo marco teórico²⁸ (DWORKIN, 1999, p. 154). Em outras palavras, essa doutrina:

[...] condena a prática de tomar decisões que isoladamente parecem corretas, mas que não podem ser compreendidas em uma teoria que, abrangendo tanto princípios quanto políticas gerais, seja coerente com outras decisões que também são consideradas corretas²⁹ (DWORKIN, 1999, p. 154).

Por tudo isso, os juízes, como toda autoridade política, têm o dever de se sujeitarem a essa restrição anterior e, nesse sentido, as pessoas que buscam o Poder Judiciário têm o direito de que o juiz cumpra o seu dever judicante conforme a doutrina da responsabilidade política e conforme os deveres da responsabilidade pública; elas têm, portanto, direito a uma decisão responsabilmente correta, e não apenas a uma decisão qualquer.

Agora, após essa delimitação, podemos vislumbrar que as leis sobre saúde estão dentre aquelas que também determinam a distribuição de riqueza de uma nação, o que possibilita perceber quão sério e responsabilmente importante é compreender o conteúdo e alcance do direito à saúde, sobretudo levando em consideração o direito como integridade e, conseqüentemente, a oportuna distinção entre argumentos de política (*policy*) e de princípios, especialmente porque, consoante frisa Dworkin (2014, p. 372), essa diferenciação “acrescenta outra dimensão ao contraste entre responsabilidade pública e privada”.

²⁸ Tradução livre. No original: “[...] en su forma más general, [la doctrina de la responsabilidad política] enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que las puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar”.

²⁹ Tradução livre. No original: “[...] condena la práctica de tomar decisiones que aisladamente parecen correctas, pero que no pueden ser incluidas en una teoría que abarque tanto principios como directrices políticas generales, y que sea congruente con otras decisiones a las que también se considera correctas”.

3.2 A RESPOSTA CERTA

Compreender o conteúdo e alcance do direito à saúde é desafiador, sobretudo atualmente em que esse direito tem sido fortemente objeto de discussão perante o Poder Judiciário. Entendimentos equivocados sobre o que é a saúde como direito podem ocasionar a ruína do próprio direito à saúde. Com todo efeito, o texto constitucional evidencia que a saúde é direito de todos e dever do Estado, tendo como características, dentre outras, a universalidade de acesso (art. 196) e a integralidade do atendimento (art. 198, II). Se nos deixarmos guiar pela intuição que pode ser evocada pelo conteúdo semântico, essas características levarão ao entendimento de que o direito à saúde tem o alcance de tudo para todos.

Porém, em conformidade com Carvalho Netto e Scotti (2009), a crença em que a literalidade do texto constitucional seria capaz de “determinar o sucesso ou fracasso da vida institucional de um povo é por demais simplória”, afinal “uma Constituição constitui uma comunidade de princípios que se quer permanente”, o que direciona à leitura principiológica de qualquer texto constitucional. Assim, a busca pela resposta certa é mais que ambição utópica, antes é uma busca pela leitura principiológica da Constituição em sua melhor luz e que se faz valer para a concretização dos direitos.

Antes de ingressar propriamente no enfrentamento ou na busca da resposta certa defendida por Ronald Dworkin, contudo, é necessário fazer algumas observações. Como afirma Macedo Junior (2014, p. 46-47), o trabalho de Dworkin, especialmente no que diz respeito a sua famosa tese da resposta certa, “frequentemente vem acompanhado de uma leitura superficial e ingênua” e que, por isso, é rapidamente rejeitada, seja por “refutações rápidas”, seja por “mitigações apressadas”. Aquelas, as “refutações rápidas”, seriam derivadas da ideia contraintuitiva da existência de uma resposta certa, porquanto, ante ao senso comum, parecem inevitáveis as divergências sobre questões jurídicas; estas, as “mitigações apressadas”, sugerem a existência, na verdade, da melhor resposta possível ou, em uma variante, na fixação de um grupo de respostas que seriam igualmente corretas, com a exclusão das respostas erradas. Entretanto, complementa Macedo Junior (2014, p. 47):

Essa “redução ao razoável” que frequentemente se vê operar para salvar Dworkin de tão contraintuitiva ideia não leva em consideração o quanto tal esforço é contrário às intenções teóricas mais fortes desse autor. Essa conciliação “fácil” e “razoável” na verdade solapa o sentido mais profundo da tese da existência de uma resposta certa e seu ancoramento numa concepção distinta daquela de seus críticos quanto aos conceitos de objetividade e certeza.

Assim como Hércules³⁰, um juiz filósofo e imaginário inventado por Dworkin, dotado de habilidades oniscientes, sagacidade e paciência sobre-humanas, a resposta certa é uma metáfora. De fato, com suporte em Gargarella (2014, p. 4), podemos dizer que Hércules é a representação de um juiz que, dono de toda informação relevante, pode resolver qualquer caso difícil com base no direito como integridade, encontrando sempre a resposta correta. A metáfora é delineada para apresentar que, no direito, não existem respostas impossíveis – o que levaria à abertura à discricionariedade³¹ –, mas sim respostas difíceis alcançáveis por meio do raciocínio, mediante uma criteriosa interpretação construtiva³².

Aliás, Dworkin expressamente faz algumas advertências ao longo da obra “O Império do Direito” (2014), dentre as quais podemos citar duas: a primeira sobre a intangibilidade da onisciência de Hércules e a segunda sobre a resposta correta que não significa a definição do direito:

[...] Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação pleno de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto (DWORKIN, 2014, p. 294).

[...] Não devemos supor que suas respostas [de Hércules] às várias questões que se lhe apresentam *definem*³³ o direito como integridade como concepção geral do direito. São as respostas que, no momento, me parecem as melhores. Mas o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele às perguntas colocadas por essa concepção de direito. Você poderia achar que outras respostas seriam melhores. (Eu também, depois de alguma reflexão.) [...] Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações construtivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa (DWORKIN, 2014, p. 287).

A tese da resposta certa, assim, não significa nem pretendeu significar “um real consenso sobre sua correção, mas de uma postura hermenêutica diante de um caso, dos princípios jurídicos de todo o ordenamento e da história institucional” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 118). Nessa perspectiva, a resposta correta como postura hermenêutica significa que “adequar-se ao que os juízes fizeram é mais importante que adequar-se ao que eles disseram” (DWORKIN, 2014, p. 297).

³⁰ Cf. Dworkin (1999, p. 177-208; 2014, *passim*).

³¹ Importa observar que Dworkin “se propôs a construir uma teoria jurídica antidiscionária” (STRECK, 2013b, p. 346).

³² Conforme salienta Streck (2013a, p. 32), “o processo interpretativo deixa de ser reprodutivo e passa a ser produtivo”.

³³ Destaque do original.

De qualquer sorte, a fim de evitar interpretações inadequadas que davam lugar a críticas que ele próprio rechaçava, Dworkin, segundo anota Gargarella (2014, p. 29), durante o desenvolvimento de sua teoria, reajustou a forma da apresentação de suas ideias, deixando de fazer referências a Hércules ou à resposta correta. Dworkin pretendeu esclarecer o seu ponto de vista de que a função judicante não estava reservada a juízes com características sobre-humanas encastelados em torres de marfim; ao contrário, deixou clara a posição que sempre pretendeu defender, isto é, que “qualquer cidadão comprometido podia pensar bem o direito e reconhecer suas exigências para qualquer caso concreto: basta raciocinar apropriadamente, conforme parâmetros que não são alheios ao nosso modo habitual de pensar”³⁴ (GARGARELLA, 2014, p. 29).

Não obstante esse reajuste e sem embargo de, precisamente por esse fato da reformulação, Gargarella (2014, p. 8) advertir que não tem muito sentido continuar apresentando, dentre outras, a ideia a resposta correta³⁵, acreditamos que apresentá-la ainda manifesta a importância do império do direito, na medida em que expressa, na linha do que delineamos mais acima, uma especial responsabilidade por parte do Poder Judiciário ao mesmo tempo em que consiste em um direito dos indivíduos. Contudo, cabe destacar que resposta certa não implica na elaboração de resposta definitiva, já que isso significaria o “sequestro da temporalidade” e “provocaria o congelamento de sentidos” (STRECK, 2012, p. 620).

Retomando a pretensão de traçar o conteúdo e alcance do direito à saúde, será necessário engendrar nova distinção, desta vez para contrastar os argumentos de política (*policy*) e os de princípios, mesmo porque, repita-se, tal diferenciação “acrescenta outra dimensão ao contraste entre responsabilidade pública e privada” (DWORKIN, 2014, p. 372).

3.3 A RESPOSTA CERTA: POLÍTICAS E PRINCÍPIOS

Logo de início convém fazer uma primeira aproximação. De acordo com o que salienta Bucci (2006, p. 11), no que toca ao vocábulo “política”, deve-se cindir os significados

³⁴ Tradução livre. No original: “[...] le interesó decir que cualquier ciudadano comprometido podía pensar bien el derecho, y reconocer las exigencias de éste para cualquier caso concreto: se trataba de razonar apropiadamente, conforme a parámetros que no son ajenos a nuestro modo de pensar habitual”.

³⁵ Gargarella (2014, p. 8) faz a advertência nos seguintes termos: “[...] Dworkin va a comenzar a articular su teoría de otro modo, poniendo definitivamente de lado sus referencias a ‘Hércules’; la ‘respuesta correcta’; y los ‘casos difíciles’. De allí que no tenga mucho sentido, en la actualidad, seguir presentando o enseñando a Dworkin como si todavía estuviera atrapado por las ideas y los problemas que eran propios de las primeras interpretaciones que recibiera su trabajo en su primera etapa de intervención académica”.

dos sentidos dos termos em inglês *politics* e *policy*, pois “enquanto o primeiro se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais”. Nesse contexto, ao fazermos a distinção no presente texto entre políticas e princípios, com suporte em Ronald Dworkin³⁶, estaremos nos ocupando do último dos sentidos (*policy*).

Como discorreremos, as autoridades políticas, dentre as quais os juízes, são subordinados ao regime de responsabilidade política, o que significa dizer que seus comportamentos devem ser constrangidos por obrigações especiais anteriores. Essa ideia já traçada no item 3.1 pode ser mais desenvolvida nesse momento.

A teoria de Dworkin é envolvida pela virtude da integridade política, a qual é distinta e independente de outras três virtudes essenciais na vida de qualquer comunidade política: a equidade (*fairness*), a justiça e o devido processo legal adjetivo³⁷. A integridade, que às vezes é reconhecida pelo clichê de que os casos semelhantes devem ser tratados de forma parecida, é a virtude que exige que o Estado (ou a comunidade) seja considerado como agente moral, manifestando uma só voz, expressando em seu comportamento um conjunto único e coerente de princípios (DWORKIN, 2014, p. 201-203).

As obrigações resultantes da responsabilidade política são, portanto, consequências da integridade política, a qual pressupõe uma personificação profunda da comunidade. Essa personificação permite que a comunidade seja fiel a seus próprios princípios e, portanto, apresenta responsabilidades morais distintas das de seus cidadãos. Ao apresentar que a integridade política supõe uma comunidade seriamente personificada, Dworkin não pretende dizer que a moral popular ou as crenças e convicções da maioria dos cidadãos correspondem aos princípios da comunidade, mas que essa comunidade, personificada, adota e é fiel a seus próprios princípios e essa afirmação não pode ser considerada nenhum tipo de metafísica ruim (DWORKIN, 2014, p. 204).

Para se afastar da alegação de um resgate de uma metafísica ruim, o autor apresenta uma forma complexa de raciocínio em duas etapas, que supõe que as responsabilidades das autoridades e dos cidadãos são expressões naturais da personificação da comunidade e não que a personificação da comunidade seja consequência das exigências individuais das

³⁶ Cf. Dworkin (1999, p. 147-208).

³⁷ Para Dworkin (2014, p. 200), em política, a equidade (*fairness*) é a virtude da busca pelos procedimentos políticos que distribuem o poder de maneira adequada; a justiça se preocupa com as decisões que as instituições devem tomar de forma a garantir resultados moralmente justificados, tenham ou não sido escolhidos com equidade; e o devido processo legal adjetivo se refere a procedimentos corretos para promover julgamentos de pessoas que possam ter infringido leis. Importa atentar para a observação feita por Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 66; 69) de que a equidade (*fairness*) é empregada no sentido de respeito às regras preestabelecidas do jogo.

autoridades e cidadãos. Dworkin argumenta que, ao começar primeiro por refletir sobre a responsabilidade do ente coletivo como um todo, a personificação é mais útil e proveitosa, na medida em que as conclusões sobre a responsabilidade da comunidade são anteriores a quaisquer conclusões sobre as responsabilidades dos indivíduos (DWORKIN, 2014, p. 205-207). Assim, “poderíamos chegar a uma decisão sobre as responsabilidades do grupo ou da instituição enquanto ainda em dúvida (ou divergindo entre nós mesmos) sobre os consequentes compromissos ou responsabilidades dos indivíduos em questão” (DWORKIN, 2014, p. 208).

Realmente, se partíssemos da lógica contrária, considerando que seja razoável a existência da responsabilidade do ente coletivo³⁸, é bem possível que não encontrássemos ninguém, individualmente, a quem culpar, ou que não pudéssemos dizer que houve erro segundo os padrões pessoais de conduta condizentes com o princípio permissivo da ideia da responsabilidade privada. Essa estrutura da personificação seria, assim, inútil, pois “não desempenhou papel algum em nossa argumentação e serviu somente para ornamentar nossas conclusões” (DWORKIN, 2014, p. 207).

Contudo, ao seguir o método de abordagem proposto por Dworkin, qual seja, o de começar por considerar primeiro a responsabilidade do ente coletivo, não significa defender que a comunidade tenha existência metafísica independente, porquanto ainda assim será uma personificação, não havendo qualquer sentido em buscar a responsabilidade coletiva por si mesma. Bem por isso devemos nos preocupar de “como as pessoas reais devem agir no presente” (DWORKIN, 2014, p. 208).

Nesse contexto, se a comunidade personificada tem seus próprios princípios, devemos nos preocupar que suas autoridades se comportem de acordo com esses princípios, e não segundo as convicções pessoais. Portanto, podemos reafirmar que as obrigações decorrentes da comunidade personificada são anteriores às responsabilidades dos juízes e demais autoridades e, por isso, reforça e sustenta “o sentimento de que devemos sentir vergonha e ultraje quando eles agem de modo injusto” (DWORKIN, 2014, p. 212).

Na perspectiva aqui delineada, será útil identificar os dois princípios da integridade política: o princípio da integridade na legislação (princípio legislativo), que requer dos legisladores o compromisso de manter um conjunto de leis coerente quanto aos princípios; e o

³⁸ Como exemplo dado pelo próprio autor, bastaria pensar sobre o “direito de receber proteção do Estado contra agressões praticadas por outros cidadãos, ou que o Estado ofereça um nível decente de assistência médica”, casos em que a discussão se forma antes mesmo de se pensar sobre quais autoridades ou instituições recaem o dever de agir (DWORKIN, 2014, p. 210).

princípio da integridade na deliberação judicial (princípio jurisdicional), que requer, tanto quanto possível, que os juízes leiam o sistema jurídico como um conjunto coerente de princípios, concebendo o corpo do direito como um todo (DWORKIN, 2014, *passim*).

A integridade, contudo, não é apenas a coerência sob um título mais grandioso. Decisões políticas injustas são coerentes com outras decisões injustas e, certamente, a integridade não é essa representação. A integridade é fiel ao direito que deve ser entendido como expressão dos princípios subjacentes às decisões políticas como um todo. A integridade não tem compromisso com o que se acreditava ser o direito estabelecido nas decisões políticas do passado; seu compromisso é com a fidelidade aos princípios que são pressupostos dessas mesmas decisões (DWORKIN, 2014, p. 263-266). A integridade, portanto, não significa apenas a coerência estrita, pois, ao mesmo tempo em que adstrita aos termos da história institucional, também é um legítimo veículo para a transformação orgânica do direito, possibilitando sua expansão e contração (DWORKIN, 2014, p. 229). A integridade somente admite a busca pela comunidade de princípios e é o que a Constituição constitui (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2009).

Ainda, a integridade se mostra mais limitada que a coerência. “A integridade diz respeito a princípios, e não exige nenhuma forma simples de coerência em termos políticos” (DWORKIN, 2014, p. 266). Com efeito, a integridade se contém diante da política (*policy*) e não se vê de nenhuma forma violada ao aceitar essa contenção. Diante dessa constatação, é necessário ingressar na forma de distinguir os argumentos de política (*policy*) dos de princípio, o que permitirá proceder à correta identificação do âmbito de exercício das funções das diferentes autoridades políticas, mesmo porque, conforme defende Dworkin (1999, p. 150), as decisões judiciais, ainda que se tratem de casos difíceis, “são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípio, e não por políticas”³⁹.

As políticas (*policies*), em uma visão geral, visam a coordenar os meios à disposição do Estado para a realização de objetivos socialmente relevantes (BUCCI, 2006, p. 38-39), de maneira que argumentos de política se propõem a justificar o favorecimento ou a proteção desses objetivos da comunidade como um todo. Os princípios, por seu turno, são proposições que descrevem direitos, de modo que argumentos de princípio se propõem a justificar o respeito ou o asseguramento de direitos (DWORKIN, 1999, p. 148; 158). Essa distinção importa para a correta compreensão dos princípios legislativo e jurisdicional da integridade.

³⁹ Tradução livre. No original: “[...] las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en casos difíciles [...], son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas”.

As políticas (*policies*) buscam objetivos coletivos, o que representa a desnecessidade de uma simples coerência de tratar todas as pessoas da mesma maneira. Por sua vez, os princípios, porque definem direitos, exige a coerência mais profunda, porquanto não admitem a distribuição desigual de direitos. O autor deixa mais explícita a sua defesa nos seguintes termos:

De acordo com o princípio da responsabilidade política, um argumento de princípio somente pode servir de justificação para uma determinada decisão se puder demonstrar que o citado princípio é coerente com decisões anteriores que não tenham sido modificadas e com decisões que a instituição esteja disposta a tomar em futuras circunstâncias hipotéticas. Essa afirmação não chega a ser fascinante, mas o mesmo argumento não seria válido se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política, porquanto estariam livres para dizer que uma política estaria bem satisfeita ao ser empregada apenas no caso sob julgamento – concedendo, por exemplo, um subsídio apenas a uma indústria em dificuldades –, de modo que não necessitariam entender que as decisões anteriores e tampouco as hipotéticas decisões futuras estejam a serviço da mesma política⁴⁰ (DWORKIN, 1999, p. 155-156).

As políticas (*policies*), assim, não guardam necessariamente o pressuposto da coerência. O princípio da integridade na legislação restringe a atuação dos legisladores na criação do direito sob o compromisso de manter um conjunto coerente de leis, o que não significa, todavia, que o legislativo não deva tomar decisões políticas que ocasionem uma distribuição desigual de recursos, oportunidades ou liberdades. Por certo, o legislativo não precisa agir motivado por razões de princípio, sendo muitas vezes necessário estabelecer estratégias a fim de promover um benefício à comunidade como um todo. Em um exemplo talvez extremado para a nossa realidade do momento, a aprovação de um conjunto de leis que visam ao fortalecimento das indústrias bélicas em tempo de guerra estabelecidas com o objetivo de preservar a soberania nacional não significa que, terminada a guerra e atingida a paz em grau de segurança satisfatório, deva persistir nesse compromisso com as mesmas indústrias. As políticas buscam o avanço do objetivo geral e não a definição do direito de cada cidadão enquanto indivíduo, pois, caso contrário, a própria formulação das políticas ficaria imobilizada. A integridade não desaprova nem recomenda que a comunidade seja governada pelos mesmos objetivos e estratégias políticas, o que ela pressupõe é uma comunidade de princípios (DWORKIN, 2014, p. 267-268; p. 291-292).

⁴⁰ Tradução livre. No original: “Un argumento de principio puede servir de justificación para una decisión determinada, amparada en la doctrina de la responsabilidad, sólo si puede demostrar que el principio citado es coherente con decisiones anteriores que no han sido modificadas, y con decisiones que la institución está dispuesta a tomar en las circunstancias hipotéticas. No es muy sorprendente que así sea, pero el argumento no sería válido si los jueces basaran sus decisiones en argumentos políticos. Entonces estarían en libertad de decir que una política podría estar bien servida con sólo servirla en el caso que se juzga – concediendo, por ejemplo, sólo el subsidio necesario a una industria en dificultades –, de modo que no hubiera que entender necesariamente que las decisiones anteriores ni las hipotéticas decisiones futuras estén al servicio de la misma política.”

Os juízes, por seu turno, não têm a mesma liberdade. Com efeito, Dworkin critica a postura de juízes que deixam os livros de lado para resolverem as questões conforme lhes convêm. Afirma que deve haver uma influência recíproca entre a moralidade pessoal do juiz e a moralidade institucional. Em verdade, a moralidade institucional pode ser considerada uma metáfora consistente em dizer que existe uma moralidade implícita em uma massa de decisões do passado tomadas por outros juízes. Essa moralidade institucional, portanto, representa a própria história institucional que exerce uma força restritiva sobre as convicções pessoais do julgador em toda e cada decisão, sendo certo que esse fator restritivo não é um elemento externo, mas ingrediente penetrante na formulação de qualquer juízo plausível a respeito dos direitos de uma pessoa (DWORKIN, 1999, p. 153-154).

Nessa medida, volta à tona a ideia da doutrina da responsabilidade política conforme exposta no item 3.1, por meio da qual somente se pode tomar decisões políticas que possam justificar outras decisões no mesmo sentido, isto é, há uma exigência de uma aprofundada coerência, emergindo a ideia da integridade na jurisdição. Justamente por isso, a tese defendida por Dworkin de valer-se dos argumentos de princípio como fundamento das decisões judiciais propicia uma justificação mais satisfatória que “qualquer teoria que atribua um papel mais destacado à política” (DWORKIN, 1999, p. 154). Realmente, convém repetir, a integridade não exige coerência em termos políticos e, se não exige, como poderia o Poder Judiciário adotar argumentos de política em decisões sem que comprometa sua subordinação às obrigações anteriores oriundas da responsabilidade política? E mais, como tais decisões (baseadas em políticas) poderão influenciar eventuais deliberações judiciais futuras que devem ser com elas compatíveis?

Como já se disse, decisões judiciais são sempre justificadas por argumentos de princípio, ainda que as leis tenham sido geradas por política. Dessa forma, se é verdade que os argumentos de política não estão à disposição dos juízes para justificarem suas decisões, ainda assim tais argumentos devem ser levados em consideração para que se possa descobrir quais são os princípios subjacentes a essa política.

3.4 A SAÚDE COMO PRINCÍPIO OU COMO POLÍTICA. O CONTEÚDO E O ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE

Parece ser conveniente, após a delimitação de argumentos de princípio e de política, enfocarmos mais detidamente a respeito do direito à saúde, o que nos permitirá fazer uma abordagem sobre seu conteúdo e alcance.

De fato, novamente em repetição, o Poder Judiciário sempre deve se manifestar em suas deliberações por meio de argumentos de princípio e isso deve ocorrer ainda que as leis tragam razões de política (*policy*), mesmo porque os princípios estão sempre presentes entre ou sob as estratégias norteadas por objetivos gerais. Nesse sentido, seria razoável vislumbrar que uma lei que permitisse acesso a medicamentos destinados ao tratamento de pessoas que apresentam delimitados agravos à saúde pudesse levar à discussão sobre a adequação dessa política, levando a comunidade a emitir juízos de censura ou de reverência. O mesmo não se pode dizer, entretanto, se o acesso a medicamentos estivesse condicionado a pessoas de olhos azuis ou verdes, e nada mais. Realmente, na primeira suposição é intuitivamente plausível a apresentação de posições controversas sobre a adequação da política desenhada, ao passo que na segunda algum juízo em defesa da política seria instintivamente inacreditável. Usando a metáfora espacial formulada por Dworkin (2014, p. 222), percebemos que “a integridade é nosso Netuno”⁴¹, porquanto, mesmo sem muita reflexão, sabemos que na primeira situação hipotética há princípios subjacentes à política a serem descobertos, o que não ocorre na segunda.

Diante dessa necessária relação entre políticas e princípios, percebe-se que “o interesse da integridade pelos direitos e princípios às vezes desqualifica um certo tipo específico de incoerência” (DWORKIN, 2014, p. 268), como, por exemplo, na descrição da segunda hipótese acima. Essa qualificação – que pode provocar, por óbvio, uma desqualificação – se deve porque, ordinariamente⁴², os programas legislativos exigem as duas espécies de argumento em conjunto, de sorte que uma estratégia que propague uma questão política em particular não prescindirá de argumentos de princípio para justificar seus

⁴¹ Conforme Dworkin (2014, p. 222) mesmo argumenta, “os astrônomos postularam a existência de Netuno antes mesmo de descobri-lo. Sabiam que só um outro planeta, cuja órbita se encontrasse além daquelas já conhecidas, poderia explicar o comportamento dos planetas mais próximos”.

⁴² O autor não é alheio ao fato de que, em certas questões, “distinções arbitrárias” podem ser aceitas, como por exemplo a proibição de estacionar em um dos lados da rua em dias alternados, porque, nesse caso, claramente não estão em jogo questões de princípio (DWORKIN, 2014, p. 217).

desígnios⁴³, assim como será verdadeiro o reverso da medalha. Sustenta-se, desse modo, que direitos atribuídos por políticas podem ser qualificados por princípios, da mesma maneira que direitos originados de princípios podem ser qualificados por políticas⁴⁴ (DWORKIN, 1999, p. 148-149).

Em consequência, a integridade no direito será consagrada, na apreciação da lei, caso os juízes fundamentem suas deliberações em razões de princípio, mas levando necessariamente a sério tanto os argumentos de princípio quanto as justificativas políticas (DWORKIN, 2014, p. 405).

Seguindo essa sofisticada representação, a nosso juízo, no contexto da ordem jurídico-constitucional brasileira, parece evidente que Constituição sublimou a saúde como um direito cuja origem reside em razões de princípio, porém deve ser qualificada por políticas. À obviedade, os juízes devem tomar essas políticas em consideração para, escrutinando os princípios subjacentes, desvelar adequadamente os direitos. Nesse contexto, o artigo 196 da Constituição Federal é expresso ao mencionar que a saúde é um direito que deve ser garantido por políticas:

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

Percebe-se, desse modo, que, assim como o adjetivo qualifica o substantivo, as políticas qualificam o direito à saúde, acrescentando características ou limitando sua extensão. O direito à saúde será mal compreendido se as políticas forem escarnecidas, motivo pelo qual podemos afirmar que as políticas compõem o próprio conteúdo do direito.

De fato, como sustentam Carvalho Netto e Scotti (2012, p. 129), “independente de menção expressa na Constituição, todo direito deve cumprir uma *função social*, e isso integra *internamente* seu próprio sentido para que possa ser plausível”⁴⁵. Quer isso dizer que as restrições são imanentes aos direitos individuais, na medida em que requerem um

⁴³ Aprofundar o estudo de políticas qualificadas por princípios ultrapassa os propósitos do presente trabalho, porém parece oportuno polir o argumento por meio de exemplo cogitado por Dworkin (1999, p. 148): imaginou o autor uma política que concede subsídios para fabricantes de aviões sob o pretexto de proteger a defesa nacional. Mesmo nesse caso, a política necessitará ser qualificada por princípios, de forma que tais subsídios devem contemplar fabricantes com capacidades diferentes a fim de que, inclusive os menos poderosos, não vejam suas atividades excluídas da intervenção governamental, ainda que se saiba que sem eles a indústria aeronáutica seria mais eficiente.

⁴⁴ Como declara Dworkin (1999, p. 149), podemos dizer que tanto “los derechos conferidos se generan en virtud de la directriz y son restringidos por el principio”, como “los derechos son generados por el principio y están sujetos a la restricción de la directriz”.

⁴⁵ Os grifos são dos autores.

compromisso de respeito e consideração aos direitos morais das outras pessoas. Em consequência, tais restrições estariam edificadas não externamente ao direito, mas internamente, constituindo seu próprio conteúdo e, portanto, inerentes ao seu conceito (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 121).

Ainda nesse aspecto, Dworkin argumenta que princípios não se colidem, mas apresentam uma relação de complementaridade recíproca. Se a liberdade total do lobo é a morte para o cordeiro, então, questiona o autor, haverá “algum motivo para nos desculparmos junto ao lobo ao qual se negou seu pernil de cordeiro?” (DWORKIN, 2016, p. 164). A defesa trazida por Dworkin pode ser expressada nos seguintes termos:

Liberdade não é a liberdade de fazer aquilo que se quer; é liberdade de fazer o que se quer na medida em que se respeitem os direitos morais, devidamente compreendidos, das outras pessoas. É a liberdade de usar seus recursos legítimos ou negociar sua propriedade legítima da maneira que lhe aprouver. Assim entendida, porém, sua liberdade não inclui a liberdade de se apropriar dos recursos alheios nem prejudicar alguém com métodos que você não tem o direito de usar (DWORKIN, 2016, p. 159-160).

Assim, na medida em que os valores políticos são interdependentes em uma relação de complementaridade recíproca, a liberdade do lobo, no caso, não está colidindo com o direito do cordeiro; a liberdade do lobo não está sendo violada, porquanto, nestes termos, ela simplesmente não existe. Por conseguinte, não deve haver qualquer expressão de arrependimento diante da negativa do pernil ao lobo, inexistindo motivos para o pedido de desculpas.

Levando a sério a afirmação de que elementos restritivos de direito derivados de sua função social integram internamente o conceito do mesmo direito, podemos reforçar a ideia de que, pelo fato de os direitos originados de princípios poderem ser qualificados por políticas (*policies*), a política deve ser considerada ingrediente do próprio conceito de direito. Nesse sentido, as políticas devem ser entendidas e levadas a sério se quisermos entender e levar a sério os direitos, especialmente porque “o direito, entendido em sua integridade, não pode se voltar contra o próprio direito” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 132). A política, portanto, é ingrediente, ainda que restritivo, dos direitos.

Em face desse ponto de vista, mais uma vez interessa abordar os elementos conceituais das políticas públicas envolvidos por Bucci, especialmente para que possa conduzir o Poder Judiciário (e a comunidade como um todo) a um controle adequado. A autora propõe como um dos elementos, ademais da necessidade da adoção de estratégias que visam a objetivos socialmente relevantes de maneira bastante próxima ao que delinea Dworkin, a indeclinável reserva de meios necessários à consecução desses mesmos objetivos

gerais⁴⁶ (BUCCI, 2006, p. 38-39). Dessa decomposição conceitual, portanto, verifica-se que a reserva dos meios necessários é elemento das políticas e, conseqüentemente, integra internamente o próprio conceito do direito. Essa noção será melhor elaborada nos próximos itens.

3.5 AINDA SOBRE O CONTEÚDO E O ALCANCE DO DIREITO À SAÚDE. AS POLÍTICAS E OS RECURSOS NECESSÁRIOS

A reserva de meios necessários à consecução dos objetivos gerais como elemento conceitual acima exposto, especialmente quando se tratam de políticas que qualificam direitos sociais como a saúde, pode representar a reserva de recursos financeiros, sobretudo se levarmos em consideração o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 19 de dezembro de 1966^{47, 48}, que faz expressa referência nesse sentido:

Art. 2º-1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas (grifo nosso).

Desta forma, inevitável falar na delicada questão dos custos dos direitos. Aqui, fazemos referência ao termo “delicada” porque, geralmente, ao se discorrer sobre o direito à saúde – e conseqüentemente à vida –, qualquer referência que se faça aos custos que são decorrentes desse direito é tida como repugnante. Não obstante, se quisermos levar a sério o

⁴⁶ No contexto do trabalho, parece-nos suficiente indicar apenas esses elementos a fim de não fugir de nosso argumento. De toda maneira, a definição integral da autora contém a seguinte proposição: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados” (BUCCI, 2006, p. 39).

⁴⁷ O Pacto foi aprovado na ordem jurídica interna pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, e ratificado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

⁴⁸ O direito à saúde é expressamente reconhecido no Pacto em seu art. 12, *in verbis*: “1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental. 2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade”.

direito, devemos levar a sério as políticas e, conseqüentemente, os custos correspondentes que representam os meios necessários ao fim, consoante afirmado nas linhas acima.

Ainda, é igualmente inevitável apontar o crescimento dos custos médicos em razão das mais avançadas tecnologias de diagnóstico e de tratamento, assim como o fenômeno brasileiro atinente ao crescimento da judicialização das políticas de saúde⁴⁹. De fato, aqui interessa sublinhar a advertência feita por Amaral e Melo (2010, p. 91):

Ao contrário de outras indústrias, investimentos de capital e desenvolvimento tecnológico raramente resultam em substancial economia de custos de trabalho na indústria da saúde. A demanda por tecnologia de cuidados de saúde parece que não irá deixar de crescer.

Nesse ponto, é oportuna a abertura de parênteses para apontar alguns dados sobre o crescimento dos custos da medicina, restritamente no campo das chamadas OPME (órgãos, próteses e materiais especiais), de acordo com recente estudo realizado pelo Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre órgãos, próteses e materiais especiais (GTI-OPME), o qual foi criado pela Portaria Interministerial nº 38, de 8 de janeiro de 2015, assinada em conjunto pelos Ministros de Estado da Saúde, da Fazenda e da Justiça. Esse Grupo teve por finalidade propor medidas para a reestruturação e ampliação da transparência dos processos envolvendo as OPME, sobretudo no que toca a providências atinentes aos custos desses materiais, como por exemplo discussão sobre regulação de preços, tributação, processo de importação e aquisição (BRASIL, 2015a, p. 2).

Os números oriundos da pesquisa são exponenciais, propiciando reflexões aprofundadas sobre quão sérias devem ser levadas as políticas, sobretudo quanto à reserva dos meios necessários, a fim de assegurar os direitos. De acordo com o Relatório Final (BRASIL, 2015a) elaborado pelo Grupo, o mercado nacional de produtos médicos movimentou R\$ 19,7 bilhões em 2014⁵⁰, registrando uma extraordinária apresentação de novos produtos, com 14

⁴⁹ Reforçando o que já foi colocado no início do presente capítulo a respeito das ponderações de Sarmiento (2008), com a qual concordamos, no sentido de que a judicialização das políticas possui uma dupla face positiva e negativa, Bucci (2017, p. 34) adverte: “Se por um lado as demandas de massa realizam a derrubada, pelo menos parcial, de barreiras que impediam a reivindicação conseqüente do atendimento a direitos, por outro lado criaram um paradoxo, em que a judicialização gera mais judicialização. Banalizaram-se problemas e respostas”.

⁵⁰ Só para efeito de comparação, o gasto da União com ações e serviços públicos de saúde no mesmo ano (2014) foi de R\$ 92,243 bilhões, conforme consulta realizada por meio do Sistema de Informação sobre Orçamento Público em Saúde (SIOPS) (Disponível em: <http://siops.datasus.gov.br/msu_despAdmDireta.php?acao=a&ano=2014&periodo=6&desc=6%BA%20Bimestre>. Acesso em: 02 abr. 2017). O SIOPS, de registro e atualização obrigatórios (Lei Complementar nº 141/2012, art. 39), contém informações oficiais referentes aos orçamentos públicos, apresentando receitas totais e as despesas em ações e serviços públicos de saúde. Certamente, não queremos dizer que os gastos do SUS com OPME refletem o valor representado no texto; apenas indicamos o valor movimentado pelo mercado nacional para demonstrar todo o seu potencial econômico, especialmente quando comparado com os valores contidos nas leis orçamentárias.

mil itens lançados por ano no Brasil e, nos Estados Unidos, 8 mil, sem falar que esse setor deve crescer acima da média de outros segmentos da economia nos países emergentes, projetando-se taxas de 15% ao ano nos próximos cinco anos. Além disso, atualmente há cerca de 44 mil registros na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) de dispositivos médicos, sendo certo que a Organização Mundial de Saúde (OMS) estima uma circulação no mercado mundial de 1,5 milhão de produtos médicos agrupados em 12 mil categorias (BRASIL, 2015a, p. 3-7).

Ainda conforme o mesmo relatório, a indústria de dispositivos médicos, tanto no mercado nacional quanto no internacional, promove pequenas alterações em seus produtos “com a utilização de uma diversidade de tecnologias para produção, muitas vezes diversificando apenas detalhes”, levando à elevação injustificada de preços (BRASIL, 2015a, p. 64). Outrossim, justamente pela circunstância dessas aceleradas inovações, “mesmo produtos lançados recentemente podem se tornar obsoletos ou concorrencialmente inviáveis antes que sejam conhecidos seus potenciais benefícios ou malefícios” (BRASIL, 2015a, p. 63). Essa estratégia, aliás, pode ser percebida em outras áreas da saúde, como a dos medicamentos, em que pequenas alterações, com pouca ou nenhuma vantagem terapêutica, justificam a entrada do novo produto no mercado e a elevação dos preços promovida pelas empresas⁵¹.

Do exposto acima, não podemos deixar de frisar que colocamos entre parênteses os custos relativos apenas de um único setor (OPME), não considerando outros setores igualmente ou mais dispendiosos, como os de medicamentos e exames, e isso sem mencionar os de alta densidade tecnológica, como é o caso, por exemplo, da nanotecnologia, de robótica, biologia molecular e genética.

Assim, estando diante desses números, seria realmente hostil e repugnante falar sobre custos ao discutirmos sobre a saúde como direito, até mesmo como forma de assegurá-la? Estando disponíveis mais de 40 mil tipos de produtos médicos, restritamente no que toca às próteses, órteses e materiais especiais (OPME), com alto e célere poder de inovação, com natural consequência de elevação de seus preços de mercado, é realmente plausível ou

⁵¹ O Tribunal de Contas da União (TCU), fazendo referência a um estudo da OCDE (OCDE. **Pharmaceutical Pricing Policies in a Global Market**. OECD Health Policy Studies. e-book. 2008), em razão de auditoria realizada para avaliar a regulação do mercado de medicamentos, identificou esse comportamento da indústria farmacêutica: “Os fabricantes de novos produtos farmacêuticos podem adotar dois tipos de estratégias para fixar o preço do medicamento. [...] A segunda estratégia é chamada de “preço de penetração”, quando o fabricante oferece seu produto a um preço menor do que os produtos alternativos com o objetivo de conquistar mercado, para então aumentar os preços. É usada com medicamentos que apresentam poucas vantagens em relação às terapias existentes” (BRASIL, 2012a) (grifo nosso).

possível que o direito esteja manietado à modernidade tecnológica que, não raras vezes, como visto, pode representar estratégias econômicas de mercado?

Para responder a tais questionamentos, podemos formular nova indagação: há razões de princípio que afirmem que uma nação deve custear todos os tratamentos, exames e demais ações e serviços de saúde em todos os casos e a todas as pessoas que venham a necessitar ou a querer? A fim de articular argumentos tendentes a responder ao questionamento sobredito, podemos caminhar juntamente com Dworkin, que, muito embora tenha exposto proposições mirando a realidade norte-americana, fez manifesta referência à adequação dos seus argumentos ao sistema de saúde da Inglaterra (2013b, p. 447), o qual, assim como o sistema de saúde do Brasil, também é de acesso universal e de financiamento predominantemente público⁵².

Como argumento preparatório, podemos trazer a ideia do que Dworkin chamou de princípio do resgate (2013b, p. 434 e seguintes). Consoante o autor, esse princípio representa a apologia de uma justiça ideal na medicina há milênios, tendo um duplo conteúdo: em primeiro lugar, a definição de que a vida e a saúde são os bens mais importantes, de maneira que, em favor deles, todos os demais devem ser sacrificados; em segundo, a afirmação de que não se deve negar a ninguém assistência médica, especialmente se a razão da negativa for a ausência de recursos para custeá-la.

Diante do comando do princípio do resgate, a resposta ao questionamento acima descrito seria no sentido de que, sim, uma nação deveria gastar todos os recursos disponíveis a fim de perseguir a melhora de saúde das pessoas em todas as ocasiões. Entretanto, não obstante compreender ideais bastante nobres, ser intuitivamente atraente e com vasto apoio na retórica política, Dworkin (2013b, p. 435) afirma que essa proposição do princípio “deve ser descartada por ser inaceitável”, fazendo a seguinte observação e que corresponde aos parênteses que abrimos anteriormente sobre os custos atuais da medicina no estrito âmbito das OPME:

⁵² Em que pese Dworkin haver mirado seus argumentos no contexto norte-americano, cujo modelo de proteção social em saúde é residual, protegendo apenas alguns grupos mais pobres, com ênfase predominante no mercado, em que cada cidadão deve adquirir serviços de saúde conforme sua capacidade financeira, o Serviço Nacional de Saúde da Inglaterra (National Health Service - NHS) referido pelo autor se caracteriza pela garantia de acesso universal a todos os cidadãos independente da renda ou contribuição, com financiamento fiscal e apresentando um modelo de assistência regionalizado, tendo sido um importante modelo para o Sistema Único de Saúde positivado na Constituição Federal de 1988. Por isso e ademais dos argumentos a serem desenvolvidos, entendemos que há compatibilidade entre o que Ronald Dworkin argumentou e o arcabouço jurídico-constitucional brasileiro. Para uma análise comparativa entre os modelos de saúde existentes, inclusive dos Estados Unidos e do Reino Unido, cf. Conill (2006) e Lobato; Giovanella (2012).

Nos últimos séculos, contudo, não houve lacuna tão grande entre a retórica do princípio do resgate e o que era medicamente possível para a comunidade fazer. Agora, porém, que a ciência criou tantas formas caríssimas de assistência médica, é absurdo que a comunidade continue tratando a vida como um bem fornecido a qualquer custo – mesmo que tornasse praticamente inútil a vida mais longa das pessoas.

O autor é ainda incisivo ao criticar o princípio, afirmando que apartar o conceito de justiça dos custos da saúde (assim como dos da educação ou do controle do crime) é algo pior do que inútil, “pois incentiva a ideia de que a justiça não tem nada a dizer sobre quanto a sociedade deve gastar com a saúde” (2013b, p. 435), reconhecendo, dessa forma, que desafiar os argumentos sobre os custos dos direitos é falar sobre os próprios direitos.

Nessa linha, se quem toma as decisões sobre qual tipo de assistência médica é possível ou desejável (geralmente o paciente e/ou o médico) não é coincidente com o responsável pelo desembolso financeiro (que pode ser o Estado, um plano de saúde ou companhia de seguros), aquele que decide sobre qual tratamento o paciente será submetido não tem um incentivo direto para economizar (DWORKIN, 2013b, p. 436).

Esse fator de despreço quanto aos gastos com a saúde foi percebido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão 3016/2012 (BRASIL, 2012a), ao apreciar uma auditoria operacional realizada para avaliar a regulação do mercado de medicamentos, acórdão no qual se chamou a atenção para a natureza credencial dos medicamentos:

A natureza credencial dos medicamentos significa que o consumidor não possui condições de avaliar, por si só, a qualidade dos medicamentos, é necessário um profissional especializado para atestá-la. Dessa natureza credencial decorre que a decisão de escolha do medicamento a ser adquirido é tomada, muitas vezes, por um agente distinto de quem o consome. Isso resulta em problema de agência: enquanto o paciente busca conciliar na decisão de escolha aspectos ligados tanto aos ganhos terapêuticos quanto aos gastos necessários, o médico pode considerar apenas os efeitos terapêuticos.

No ponto, percebe-se que o médico teria em mente somente os efeitos terapêuticos, não considerando, no caso de uma relação privada, se o paciente preferiria escolher outro produto cujo preço viesse a ser mais conveniente às suas possibilidades; o paciente/consumidor paga, mas não decide. Em face dessa constatação é possível antever que o mesmo problema é potencializado no Sistema Único de Saúde (SUS) se não houver política constituída ou, havendo, ela for escarnejada, porquanto nesse campo o paciente não decide e não paga; o médico decide, porém não desembolsa; o Estado não decide, mas custeia. Diante disso, diversamente do que ocorre numa relação privada, o fato de o Estado ser o responsável pelo desembolso financeiro do tratamento médico torna inclusive os pacientes insensíveis ao custo no momento da decisão, e, como reflete Dworkin (2013b, p. 436), “talvez, as pessoas gastariam menos consigo mesmas ou com a família se tivessem de pagar do próprio bolso os

custos reais, à custa de outros bens e oportunidades que talvez quisessem ter ou quisessem que a família tivesse”. Tomando por base esse raciocínio, o autor conclui (2013b, p. 437):

Nossas despesas médicas são, portanto, irracionais: o sistema faz para as pessoas as escolhas que elas não fariam sozinhas, e o resultado é que há um exagero no cálculo de nossos gastos coletivos, como deveria haver, com relação à quantidade de assistência médica que realmente queremos, em conjunto, pelo preço que queremos pagar.

Nesse contexto, o TCU (BRASIL, 2012a), com base em estudo da OCDE⁵³, declinou especialmente dois fatores que, normalmente, são considerados para a fixação dos preços de medicamentos: (1) o quanto as terapias tratam a doença ou condição para o qual o produto foi desenvolvido e (2) o preço que os compradores estão dispostos a pagar. Extrai-se dessa perspectiva que, estando os pacientes e/ou médicos insensíveis no que diz respeito aos custos pelas circunstâncias acima apontadas, a disposição para pagar pode não refletir verdadeiramente a realidade, distorcendo em alguma medida a possível resposta ao questionamento proposto.

Como modo de superar essa distorção, Dworkin ventilou uma comunidade imaginária, a qual apresenta uma paisagem de justa distribuição de riquezas⁵⁴, cancela a natureza credencial geralmente ocorrente no campo técnico da saúde, de forma que o público em geral dispõe de conhecimentos avançadíssimos sobre as tecnologias médicas, valor, preço e efeitos colaterais dos tratamentos, e, ainda, expressa que companhias de seguro não dispõem de nenhuma informação sobre o histórico de saúde das pessoas ou de probabilidades de sofrerem qualquer tipo de acidente⁵⁵. Nesse cenário em que os fatores que podem influenciar a fixação dos preços estão praticamente isolados, Dworkin supõe que médicos, hospitais e a indústria farmacêutica pudessem, em um mercado livre, praticar os preços que lhe conviessem, imaginando ainda que o governo, além de não regulamentar em nada esse mercado, tampouco oferecesse qualquer ação ou serviço de saúde, nem permitisse que as despesas médicas fossem dedutíveis (DWORKIN, 2013b, p. 438-439).

Ante o cenário acima desenhado, pode-se entender que as despesas que essa comunidade se dispusesse a arcar com a saúde poderiam ser consideradas os custos mais

⁵³ OCDE. **Pharmaceutical Pricing Policies in a Global Market**. OECD Health Policy Studies. e-book. 2008 *apud* BRASIL (2012a).

⁵⁴ Dworkin imagina uma sociedade mais justa possível e, nesse sentido, supõe uma sociedade em que “os grandes extremos entre os ricos e pobres que marcam nossa vida econômica atual teriam quase desaparecido” (2013b, p. 438).

⁵⁵ Conforme adverte o autor, infelizmente os argumentos expostos no texto para avaliar a sua adequação somente são viáveis por meio de uma especulação fantasiosa, já que “é impossível que as pessoas possam, alguma vez, ser igualmente capazes de se protegerem num mercado real de seguros” (DWORKIN, 2012, p. 368).

justos, assim como a distribuição da assistência médica seria a mais justa, porquanto “a distribuição justa é aquela que as pessoas bem-informadas criam para si por meio de escolhas individuais” (DWORKIN, 2013b, p. 440).

Essa formulação atraente, que se torna de mais fácil visualização em uma comunidade utópica como a imaginada acima, também ajuda a entender a oferta em uma comunidade imperfeita e injusta. No contexto de uma comunidade corrente, Dworkin oferece à consideração o caso de uma pessoa jovem, naturalmente saudável e com conhecimento adequado sobre assistência à saúde, e que percebe que os custos de um amplíssimo plano (seguro) de saúde que lhe garantisse todos os tratamentos médicos em todas as circunstâncias que viesse a necessitar ou querer seriam proibitivos. Perceberia ainda que, se levasse a cabo essa escolha, sacrificaria sua juventude e comprometeria seu futuro, pois não teria dinheiro para mais nada (educação, bens, oportunidades etc.), concluindo ser prudente um plano bem menos abrangente, isto é, sem que abarcasse tudo em todas as ocasiões conforme seus desejos ou necessidades (DWORKIN, 2013b, p. 441).

Dworkin acredita que a maioria das pessoas⁵⁶ em um mercado livre agiria da mesma maneira que o jovem acima considerado, de modo que essas diretrizes sobre a assistência médica seriam as mais justas para todos, já que provenientes de escolhas individuais livres e bem informadas. Assim, se essa maioria, caso tivesse de custear com recursos próprios, optasse por um plano com moderada abrangência como o do hipotético jovem – com cobertura, por exemplo, de tratamentos comuns e de satisfatória eficácia, acesso a produtos médicos, exames e medicamentos conforme protocolos técnicos bem definidos e diretrizes terapêuticas –, essas seriam as condições mais justas e, portanto, a justiça requererá que todos tenham garantida a assistência médica com essa mesma abrangência ou, como destaca o autor, “o sistema universal de saúde deve garantir, com toda a justiça, que todos a tenham” (DWORKIN, 2013b, p. 443). Nesse sentido, a injustiça se apresentaria não se algumas pessoas não pudessem ter acesso às inovações da nanotecnologia ou da robótica, mas se essas pessoas não pudessem possuir uma cobertura médica com a abrangência acima discernida.

Nesse contexto, e por fim respondendo ao questionamento, o ideal de justiça não oferece razões de princípio para que um sistema nacional de saúde de índole universal ofereça

⁵⁶ O autor não negligencia que outras pessoas pudessem, ao contrário da dita maioria, pretender gozar de um nível mais alto de cobertura. Todavia, trata essas pessoas como exceções, indicando que seria um desserviço ao ideal de justiça pretender que todos os outros fossem afetados por essas preferências especiais. Textualmente, Dworkin disserta que “parece justo elaborar um plano de cobertura obrigatória com base nas hipóteses sobre o que todos menos um pequeno número de pessoas julgariam apropriadas, permitindo que essa minoria disposta a gastar mais em atendimento especial o faça, se puder pagar, por intermédio de um seguro complementar” (2013b, p. 444).

à maioria das pessoas algo que ela mesma, caso tivesse de custear, não teria feito para si própria. Portanto, por esse mesmo ideal de justiça, devemos aceitar que há limites à cobertura universal e integral, e esses limites, antes que meros obstáculos aos direitos, são *exigências* de justiça e não censuráveis *transigências* oblíquas. Em outras palavras, o ideal de justiça exige que um sistema universal não seja compelido a ofertar todos os tratamentos disponíveis (DWORKIN, 2013b, p. 444; 446).

De antemão, não obstante a limitação aduzida nos termos acima, não queremos afirmar, de modo algum, que as coberturas assistenciais não devem avançar conforme os aperfeiçoamentos tecnológicos e o progresso da ciência. Não é isso que pretendemos, nem é isso que o direito como integridade difunde. Contudo, o direito não cura doenças, nem promove descobertas ou inovações tecnológicas e, bem por isso, o Poder Judiciário não tem a capacidade institucional de pretender assumir essa postura. Assim, à medida que a ciência e as tecnologias evoluem, o direito as acompanha dentro da perspectiva do direito como integridade, ou seja, o direito não é representado pelo dilema de escolher entre a mão morta do passado e o fascínio provocado pelo encanto do progresso. Sobretudo, o direito “muda à medida que a história vai se transformando”; é a interpretação da “história em movimento” (DWORKIN, 2014, p. 416; 419).

3.6 O DIREITO, OS CUSTOS DOS DIREITOS E A QUESTÃO ORÇAMENTÁRIA

Em respeito ao que nos propusemos a refletir no item anterior, cabe agora especificar um pouco mais acerca da questão dos custos dos direitos, especialmente porque se tornaram comuns, infelizmente, acusações contra a Constituição no sentido de que não seria possível adequar o orçamento aos direitos consagrados no texto constitucional⁵⁷. Todavia, a discussão entre o real e o ideal deve ser superada se pretendermos, como de fato pretendemos, definir o que a Constituição constitui, porquanto os direitos nela enunciados não podem ser tomados como contraditórios em si mesmos, na medida em que “todo direito deve cumprir uma função social” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 129) e, por consequência, juntamente com Dworkin (2014, p. 315), “queremos que nossas autoridades nos tratem como reunidos e vinculados numa associação de princípios”.

⁵⁷ Exemplificativamente, o Ministro de Estado da Saúde, Ricardo Barros, ao ser questionado sobre a saúde como direito universal inscrito na Constituição ressaltou que “nós não vamos conseguir sustentar o nível de direitos que a Constituição determina”. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1771901-tamanho-do-sus-precisa-ser-revisto-diz-novo-ministro-da-saude.shtml>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

Dessa maneira, devemos compreender que todos os direitos têm um custo intrínseco, inclusive aqueles tradicionalmente classificados como liberdades negativas. Como se sabe, costuma-se distinguir os direitos fundamentais entre negativos e positivos. As liberdades clássicas seriam direitos de índole negativa, significando que bastaria a abstenção ou implicaria em uma desnecessidade de ação do Estado e de terceiros a fim de respeitá-las. Nesse contexto, bastaria que o Estado (ou terceiros) se abstinhasse de praticar atos tendentes a violá-las, redundando em sua garantia. Por outro lado, os direitos sociais externariam uma natureza positiva, porquanto exigem do Estado uma atuação positiva, reclamando direito a prestações.

Holmes e Sunstein (2011) defendem, ao contrário, a positividade de todos os direitos, os quais demandam sempre e sempre prestações públicas por parte do Estado, mesmo os que são tradicionalmente classificados como direitos negativos. Os autores utilizam muitos exemplos para indicar que todos os direitos geram custos ao Estado, concluindo, portanto, que todos os direitos são positivos. Apenas para ilustrar, levando em conta a limitação do presente trabalho, destacam os autores os custos com a segurança pública para a proteção do direito à propriedade privada em face dos indivíduos que não são titulares desse mesmo direito, o que envolve, no mínimo, os custos com magistrados e policiais.

Em idêntico sentido, Nabais (2011, p. 1035) afirma que “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado”, têm custos públicos. E, categórico, continua:

Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. [...] não tem a menor base real a separação tradicional entre, de um lado, os direitos negativos, que seriam alheios a custos comunitários e, de outro lado, os direitos positivos, que desencadeariam sobretudo custos comunitários. [...] podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e a sua protecção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros.

No Brasil, Galdino (2005) e Amaral (2001), influenciados por Holmes e Sunstein, vêm sustentando que todos os direitos são sempre positivos, porquanto todos eles – mesmo os categorizados como direitos negativos, como a liberdade – exigem uma atuação do Estado. Já Sarlet (2015, p. 293), não obstante manter a posição doutrinária que defende a divisão entre os “direitos a prestações” ou positivos, que teriam dimensão econômica relevante, e os “direitos

de defesa” ou negativos, destituídos desta dimensão, reconhece que “não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar um custo”.

De toda sorte, não se pode negar que, a fim de manter o direito de liberdade, o qual é sempre um ponto de partida para ressaltar o dever de abstenção do Estado para garanti-lo, são necessárias, no mínimo, as alocações orçamentárias a fim de manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e as demais funções essenciais à justiça, bem como os órgãos de segurança pública. O direito de liberdade, portanto, exige atos tipicamente prestacionais. Se levarmos em conta outro direito habitualmente tratado como de natureza negativa, o de propriedade, também perceberemos a presença de exigências prestacionais com o objetivo de assegurá-lo, conforme delinea Wang (2010, p. 351):

A título de exemplo, podemos pensar no direito de propriedade, que, para ser garantido, precisa necessariamente de um Poder Judiciário, de um Código Civil e de um Código Penal, de um serviço de polícia judiciária e administrativa, de um sistema de registros de propriedade.

Ainda nesse tom, Galdino traz à recordação um acontecimento que evidencia a natureza positiva do direito de propriedade nos seguintes termos:

Neste sentido, indaga-se: quanto terá custado aos cofres públicos enviar e manter em campanha por semanas a fio em Eldorado dos Carajás mais de quinhentos homens armados? O que estes homens protegiam? [...] A resposta atende pelo nome de propriedade privada (de um ou de uns poucos). O custo dessa operação maligna desencadeada a propósito da segurança pública não é senão o custo que o direito de propriedade (seguramente ‘privada’) em questão representou para o Estado (e representa todos os dias). Será possível ainda dizê-la meramente negativa? Naturalmente que não (GALDINO, 2005, p. 231).

Nessa esteira, é possível perceber um reconhecimento crítico de que todos os direitos demandam vultoso volume de recursos financeiros e consequentemente atuação do Estado para a sua concretização, o que nos permite afirmar que todos os direitos são positivos. Sem um Estado eficaz e consciente de suas responsabilidades políticas, bem como suas autoridades, sequer é possível aos cidadãos desfrutarem de suas propriedades privadas. A “esfera privada que com justiça tanto estimamos é sustentada, ou mesmo criada, pela atuação pública”⁵⁸ (HOLMES; SUNSTEIN, 2011 p. 33).

Para reforçar essa ideia e demonstrar que a abstenção estatal ante as liberdades clássicas tidas como negativas, ao invés de garanti-las, pode inclusive ameaçá-las, foi objeto de atenção de Amaral (2011, p. 72), que bem ponderou:

O direito de ir e vir e o direito de propriedade nos grandes centros urbanos são ameaçados não pela ação do Estado, mas por sua omissão, elemento decisivo na

⁵⁸ Tradução livre. No original: “La esfera privada que con justicia valoramos tanto es sostenida, o más bien creada, por la acción pública”.

violência urbana. Os direitos à privacidade e à honra, de igual sorte, são mais ameaçados pela imprensa e por bancos de dados privados do que por um ‘grande irmão’ estatal.

Sob tal ponto de vista, o esforço dessa construção passa pela noção de que os custos, assim como as políticas (*policies*) que qualificam alguns direitos, não são externos ao direito, devendo integrar a própria concepção do direito fundamental, ou seja, “os custos devem ser trazidos para dentro do respectivo conceito” (GALDINO, 2005, p. 235). Isso deve ser bem entendido, especialmente quando se trata da discussão sobre a densificação de direitos sociais.

Com efeito, além do fato de os custos comporem o próprio conceito dos direitos, também funcionam, no caso dos direitos sociais, como remédios. As garantias dos direitos sociais são, essencialmente, a alocação orçamentária adequada e, no texto constitucional brasileiro, o regime de vinculações de recursos obrigatórios, por exemplo, para as áreas da saúde e educação⁵⁹. Realmente, consoante ensinamento de Comparato *et al* (2016), deve-se reconhecer “a proporcionalidade entre receita e despesa como metodologia instituída no texto da Constituição de 1988, como proteção formal e material (garantia equiparável ao habeas corpus e ao mandado de segurança, por exemplo) dos direitos à saúde e à educação”. Em palavras mais diretas, “assim como o habeas corpus está para a liberdade de locomoção, o dever de custeio mínimo está para os direitos sociais à saúde e à educação” (COMPARATO; PINTO, 2015). Em sentido semelhante, Bucci (2006, p. 7) complementa:

[...] a introdução dos direitos sociais só faz sentido, do ponto de vista normativo, se estiver associada a um conjunto de garantias equivalente ao que permitiu que os direitos individuais se transformassem em pilar e referencial político e jurídico dos Estados democráticos modernos.

Na prática forense e em muitas outras instâncias de discussão, no entanto, o orçamento – e os custos dos direitos – não é levado a sério, pois é comumente visto como objeção à concretização dos direitos, o qual teria simplesmente uma função impeditiva sob a perspectiva da escassez de recursos. O que se propõe, entretanto, é utilizar como argumento a outra face da moeda, passando a compreender que o enquadramento orçamental adequado é instrumento fundamental a garantir a fruição desses mesmos direitos. Afinal, se “o único modo constitucionalmente adequado e legítimo de alocar recursos públicos no Brasil passa pela natureza normativa de leis de plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual” (PINTO, 2015, p. 22), então o orçamento é peça fundamental – e não retórica – e deve ser levado a sério a fim de promover os direitos sociais. De fato, esses instrumentos

⁵⁹ V. arts. 198 e 212 da Constituição Federal.

orçamentários – as leis orçamentárias – “podem ser considerados as expressões jurídicas de políticas públicas, por excelência” (BUCCI, 2006, p. 15).

As décadas de traumática inflação, que depreciaram o valor do dinheiro, e a longa tradição autoritária, que resultou na hipertrofia do Poder Executivo, talvez tenham sido fatores que amesquinham a importância do orçamento (AMARAL; MELO, 2010, p. 92). Contudo, esse imaginário há de ser superado:

A verdade é que os custos ostentam um caráter biface. Tanto podem ser vistos como óbices quanto como pressupostos. A experiência registra sem número de tentativas de visualizá-los como óbices [...]. Na linha antes referida de SUNSTEIN e HOLMES, aconselha-se a mudança de perspectiva, passando-se a trabalhar com os recursos econômicos como pressupostos, que tornam possível a realização dos direitos (GALDINO, 2005, p. 234).

Sob essa perspectiva, somente podemos deixar de nos importar com a realidade orçamentária e com os custos dos direitos se nos imaginarmos vivendo em uma sociedade pré-política, “escrevendo contratos sociais a partir de uma tábula rasa”, com pessoas “livres para criar o Estado ideal a partir de princípios básicos” (DWORKIN, 2014, p. 199). A partir do instante em que a integridade exige um trabalho em prol de um Estado justo, ela, a integridade, reconhece “que já pertencemos a um Estado diferente” em que as pessoas reais vivem a vida dentro e sobre uma estrutura política antes existente.

Realmente, não há sociedade alguma que se sustente sem recursos financeiros e argumentar que direitos devem ser assegurados sem conferir qualquer importância a esses recursos é como defender que vivemos em uma sociedade pré-política e, portanto, utópica. Por essa e outras razões, Galdino defende que as opiniões dos operadores do direito não são, hoje em dia, consideradas de modo sério, já que muitos se atêm aos conceitos jurídicos ideais, como se estivessem “em uma espécie de mundo paralelo: o mundo jurídico” (GALDINO, 2005, p. 332). Galdino critica a postura de alguns operadores de direito que, ao contrário de Dworkin, cuja obra se preocupa se a teoria que elabora se ajusta à prática, se comportam dentro do que chamou de “esquizofrenia jurídica”, que representa a viagem desses juristas defendendo posições desmedidamente divorciadas da realidade e que, frequentando aquele mundo jurídico, “não voltam ao mundo real”, o que certamente provoca o aviltamento da importância social do direito (GALDINO, 2005, p. 333-334).

O mesmo autor traz como exemplo da chamada “esquizofrenia jurídica” uma discussão que, sem embargo de sua esterilidade prática, perdurou por mais de dez anos. Trata-se da discussão sobre a redação original do art. 192, mais especificamente seu § 3º, da Constituição de 1988, que somente foi revogada quase quinze anos após a nova ordem

constitucional pela Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003. Esse dispositivo dispunha, *in verbis*:

§ 3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar (grifo nosso).

Galdino criticou a postura desses operadores que singelamente ignoraram a complexidade econômica sobre a fixação dos juros, recheada de múltiplas variáveis e que podem ser demonstradas por estudos técnicos concretos, mesmo sob contestações e alguma polêmica. Tudo isso pode trazer consequências à vida social, como impactos sobre determinado setor produtivo ou nas taxas de desemprego. Não obstante, com uma boa ideia na cabeça e uma pena de ouro nas mãos, vários juristas eminentes, “saboreando o mundo jurídico”, divagaram em “pareceres, estudos e livros sobre eficácia de normas jurídicas sobre juros, vários deles para sustentar, por exemplo, que as taxas de juros não poderiam ser superiores a 12% ao ano”. Em razão dessas posturas, segundo o autor, os juristas não são mais chamados a opinar sobre as grandes questões sociais candentes no Brasil, como a miséria e, acrescentaríamos, as políticas públicas em geral⁶⁰ e a distribuição de riquezas (GALDINO, 2005, p. 334-335).

Todavia, as semelhanças com os argumentos de Galdino param por aí, ou seja, tal como o autor, pensamos que, de fato, os direitos não nascem em árvores e os seus custos devem ser trazidos para dentro do seu conceito. Porém, esse autor defende que os custos são internos aos conceitos porque, antes de dizer que há o direito, deve-se verificar se há o dinheiro⁶¹. Nós, por outra maneira, entendemos que os custos fazem parte do seu conceito porque representam os meios necessários à concretização das políticas (*policies*), as quais, em uma ideia de integridade do direito, compõe o próprio conceito do direito à medida que o

⁶⁰ Em certo sentido semelhante ao do texto, Bucci (2006, p. 32) bem observa que, no Brasil, as políticas públicas são fragilmente estudadas no âmbito do direito, ganhando uma atenção mais significativa somente perante a doutrina processual, a qual, obviamente, centra sua preocupação sobre os efeitos processuais das políticas. A autora assim se manifesta: “Não por acaso, a elaboração mais desenvolvida no direito a respeito das políticas públicas não está no campo do direito público – como seria de se esperar, em virtude da interação obrigatória dos agentes públicos com os instrumentos jurídico-institucionais que balizam a atuação do Poder Público –, mas no campo processual”.

⁶¹ Para o autor, somente se pode proceder ao reconhecimento do direito subjetivo onde houver disponibilidade orçamentária: “Deste modo, só se reconhecerá um alegado direito subjetivo como sendo um direito subjetivo fundamental quando, dentre outras condições, houver possibilidade real de torná-lo efetivo, ou seja, quando a análise dos respectivos custos e benefícios autorizar o reconhecimento em questão”. (GALDINO, 2005, p. 343).

qualifica. Galdino defende uma posição relativa aos custos aliada ao pragmatismo⁶²; nós, em virtude da integridade do direito.

E aqui, após demonstrarmos preocupação em ajustar nossa discussão à prática, podemos retomar com um pouco mais de profundidade as ideias trazidas nos itens 3.1 e 3.5 acerca da concepção de igualdade sustentada por Dworkin. O autor defende a concepção que denominou de igualdade de recursos, segundo a qual os governos somente são legítimos se forem informados, conjuntamente, por dois princípios: o princípio da igual consideração, que requer que o governo demonstre a mesma preocupação com a vida de cada um e de todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, o princípio da responsabilidade individual, que atribui a cada pessoa a livre opção de levar a vida que lhe aprouver, devendo, por isso, ser responsável por suas próprias escolhas. Essas livres escolhas, todavia, não endossam qualquer opção de valor ético, de forma que o último princípio “não despreza a vida que seja tradicional e enfadonha, nem a que seja inovadora e excêntrica, contanto que essa vida não tenha sido imposta a alguém pelo juízo alheio de que é a vida certa para essa pessoa viver”. Pelo primeiro princípio, exige-se que o governo adote leis e políticas que imponham diretrizes ao destino dos seus cidadãos, independentemente de quem sejam (conforme o sexo, raça, riquezas, etc.). Pelo segundo, o governo deve se empenhar para que o destino dos seus cidadãos “seja sensível às opções que fizeram” (DWORKIN, 2013a, p. XVI-XVII). Importa reforçar que esses dois princípios, diante de uma correta concepção da igualdade, não devem entrar em conflito, mas exercer mútua influência entre si (DWORKIN, 2012, p. 360):

Os velhos igualitaristas afirmavam que a comunidade política tem a responsabilidade coletiva de demonstrar igual consideração por todos os cidadãos, pois definiram essa igual consideração de maneira que ignore as responsabilidades pessoais desses cidadãos. Os conservadores – novos e velhos – insistiam naquela responsabilidade pessoal, porém eles a definiriam de maneira que ignorasse a responsabilidade coletiva. A escolha entre esses dois equívocos é tanto desnecessária quanto desestimulante (DWORKIN, 2013a, p. XVII-XVIII).

Na perspectiva assinalada, ao mesmo tempo em que definimos que as escolhas individuais, que dão origem às responsabilidades pessoais, devem ser respeitadas, também devemos ter em mente que os direitos dependem da ação do Estado que deve conferir igual importância a todos os cidadãos. Realmente, conforme foi delimitado no item 3.1, o Poder Público não pode ser neutral quanto à distribuição de recursos porque esta, sempre, dependerá do Estado, de suas leis e de suas políticas. Tudo o que a comunidade política faz ou deixa de fazer afeta os recursos de cada um. Assim, o princípio da igual consideração exige que o

⁶² O próprio autor revela que pretende, ainda que de modo provisório, cunhar um “conceito pragmático de direito fundamental” (GALDINO, 2005, p. 339).

Estado intervenha sobre a distribuição de riquezas de modo adequado. Essa intervenção, entretanto, não pode ser alheia às escolhas pessoais feitas por cada cidadão, porquanto o sucesso depende também das variáveis pessoais, como as capacidades físicas e mentais, as escolhas e inclusive a sorte ou o azar. A observância do princípio da igual consideração não pode afirmar que os recursos de uma pessoa dependem somente de suas escolhas pessoais, nem que dependem somente das escolhas do Poder Público; a observância do princípio depende do comprometimento de ambas as escolhas. Com efeito, de modo claro, as leis fiscais são centrais na distribuição da riqueza; porém quaisquer alterações sobre leis de assistência à saúde, sobre regulação de medicamentos e de alimentos, direito ambiental, direito trabalhista, planejamento urbano e praticamente tudo o mais, modificam “a distribuição da riqueza pessoal e da oportunidade na comunidade, dadas as mesmas escolhas, sorte, capacidades e outras variáveis pessoais de cada indivíduo” (DWORKIN, 2012, p. 360-362).

No contexto, essa distribuição da riqueza tem sentido unicamente se nos atentarmos a uma mensuração econômica⁶³, especialmente porque a distribuição dos recursos apenas pode ser levada a efeito mediante transações econômicas e a riqueza somente pode ser redistribuída por intermédio da tributação ou de outros programas políticos (DWORKIN, 2012, p. 363). Define-se, assim, a grande importância que devem ter os custos financeiros para uma adequada concepção de justiça distributiva.

Dada essa deferência à questão econômica, ao contrário do que normalmente se pensa, um mercado livre é “indispensável para uma igualdade genuína” e não deve ser considerado inimigo da igualdade. “Uma economia igualitária é, basicamente, uma economia capitalista”. Aliás, conforme relembra Dworkin, a história demonstrou uma lição negativa da economia planificada ou socialista, que anulou a responsabilidade individual ao concentrar sobre um grupo de dirigentes as decisões sobre produção, preços e salários, o que, substituindo as ambições individuais, acabava por refletir as ambições e os recursos que melhor se adequassem ao conceito de vida boa segundo o ponto de vista desse mesmo grupo. Entretanto, é certo que aquela afirmação audaciosa sobre o mercado livre como instrumento da igualdade genuína necessita de qualificações, mostrando-se imperiosa a regulação desse mercado, a fim de garantir a liberdade e a eficiência e de proteger-se do monopólio ou de

⁶³ Como bem sublinha Dworkin (2014, p. 364), sua concepção de igualdade (a denominada igualdade de recursos) exclui algumas maneiras de avaliar as situações adequadas ao princípio da igualdade, deixando de lado as avaliações que levam em conta a felicidade, a satisfação ou qualquer outra dimensão de bem-estar. Para Dworkin, a melhor forma de avaliação se dá mediante termos financeiros, “não porque o dinheiro seja mais importante do que qualquer outra coisa, mas porque é o padrão mais abstrato – e, portanto, o melhor”.

outras distorções oriundas de externalidades, como a busca de lucros exagerados por meio de riscos exagerados. Outra qualificação exigida desse livre mercado é compreender que existem talentos que o próprio mercado não valoriza, ou pessoas que adoecem ou que fazem investimentos responsáveis que fracassam. Esses fatores levam à desigualdade de recursos, não como consequência das suas escolhas, mas apesar delas. Nessas condições, há também a necessidade de ação do Estado para que suas políticas sejam legítimas, baseadas no princípio da igual consideração (DWORKIN, 2012, p. 364-365).

Nesse ponto, é preciso deixar claro que a mera desigualdade de recursos não é um problema para a concepção de igualdade defendida por Dworkin, que admite que a riqueza das pessoas seja diversa, sendo legítimo que algumas sejam mais ricas e mais felizes que outras, diante da autonomia e responsabilidade individual como reflexo das opções que fizeram: “consumir em vez de poupar, descansar em vez de trabalhar, produzir poesia que os outros não apreciam em vez de milho, o que é popular” (DWORKIN, 2012, p. 365). Aliás, o autor recusa o argumento que atribua qualquer valor à igualdade absoluta e indiscriminada de que todos tenham a mesma riqueza, do berço à sepultura, o que equivaleria a tirar constantemente das formigas para dar aos gafanhotos:

A igualdade absoluta e indiscriminada não é apenas um valor político fraco, ou um valor que seja facilmente sobrepujado por outros valores. Não é de modo algum um valor: não há nada que se possa dizer em defesa de um mundo no qual aqueles que optam pelo ócio, embora pudessem trabalhar, são recompensados com o produto dos trabalhadores (DWORKIN, 2013a, p. X).

Não obstante, a má sorte e a falta de talento (uma espécie de má sorte genética), por exemplo, são caracterizados como aqueles fatores que levam à desigualdade não como consequência das escolhas, mas apesar delas, e assim podem ser considerados diferenças de recursos que reclamam compensações que o mercado não lhes permite, exortando o Estado a agir. Essa compensação, no entanto, deve ser compreendida de maneira que seja compatível com o princípio da responsabilidade individual e, para isso, será necessário definir o foco temporal para a justiça, isto é, se a justiça exige uma igualdade *ex ante* ou *ex post*. Em outras palavras, sabemos que no ponto de partida de uma corrida os competidores estão alinhados na mesma posição, mas certamente no ponto de chegada as posições serão variadas em razão do talento ou, por vezes, da sorte. Se a metáfora representasse a preocupação com a igual consideração, a compensação igualitária se daria até o ponto de partida ou após a linha de chegada⁶⁴?

⁶⁴ Dworkin assinala a crítica dos conservadores políticos no sentido de que, da mesma maneira que o fato de haver perdedores em uma corrida não significa que a organização do evento não se preocupou com todos os

Dworkin rechaça a abordagem *ex post*, pois ela se apresenta muito frágil e, por vezes, destruiria a responsabilidade individual. Com efeito, conduzir os cidadãos que, por qualquer sorte, estão desempregados, que vieram a adoecer ou mesmo se tornaram incapacitados, ao mesmo nível econômico daqueles que prosseguem no mercado de trabalho, que tiveram melhor sorte mantendo boas condições de saúde ou que apresentam mais capacidades, representaria uma compensação frágil e irracional. Recobrando o exemplo do princípio do resgate apresentado no item 3.5, podemos perceber que, caso uma comunidade deslocasse todos os seus recursos disponíveis para melhorar a situação das pessoas incapacitadas, a consequência seria a impossibilidade de gastos em qualquer outra área e, por conseguinte, ao invés de elevar o nível econômico de todos, experimentaria uma redução à miserabilidade universal.

Ainda, uma abordagem *ex post* da igualdade que tentasse eliminar as consequências da sorte ou do talento arruinaria a responsabilidade por nossas escolhas. Realmente, um investidor que, por má sorte, se visse recompensado apenas porque outro investidor teve melhor sorte em uma situação em que ambos tenham agido com prudência e seriedade retiraria o sentido das nossas escolhas de investimento e, portanto, ninguém mais investiria. Ou se uma pessoa, diante de uma má sorte genética, não apresentasse os talentos apreciados pelo mercado e fosse recompensado a uma condição econômica do mesmo nível da pessoa mais talentosa, independentemente das opções feitas pelo trabalho e pelo consumo, igualmente a responsabilidade individual seria destruída (DWORKIN, 2012, p. 366-367).

Assim, a melhor forma de compensação pelo desemprego, pela doença, pela incapacidade, pelo talento ou pela má sorte é mediante a abordagem *ex ante*, diante da qual, ao mesmo tempo em que o poder público demonstra igual consideração por todos, respeita e homenageia as escolhas individuais. A igualdade *ex ante* deve ser entendida, assim, como um esforço para que os cidadãos se fixem em uma posição igual para enfrentar essas contingências diante de um mercado econômico, permitindo a avaliação dos impactos das decisões das pessoas, que geram custos ou provocam ganhos, sobre as outras pessoas. A consequência disso é um passo em direção à igualdade, porquanto as decisões econômicas de uns limitam as decisões de outros. Mas a igualdade *ex ante* exige mais; ela necessita que as pessoas se fixem em uma posição anterior às decisões e que lhes proporcionem a possibilidade de se protegerem, por intermédio de uma segurança adequada, do baixo talento

produtivo ou da má sorte (DWORKIN, 2012, p. 366-368). Os parâmetros para a segurança adequada sobredita seriam semelhantes ao que descrevemos no item 3.5, tanto perante a comunidade utópica imaginada quanto no caso hipotético do jovem que busca, ao lado da maioria das pessoas, o melhor plano de saúde possível, que não se confunde, como já explicado, com o plano mais amplo e abrangente.

Portanto, para a igualdade *ex ante*, o fato de existirem perdedores em uma corrida apenas reforça a concepção da igualdade de recursos. Para a preservação da igualdade, os organizadores do evento têm de se empenhar em conferir a todos os competidores a mesma importância e tratá-los com igual consideração até o ponto de partida da corrida, garantindo-lhes, por exemplo, o mesmo espaço de tempo e o mesmo local antes da largada para se aquecerem, a pista deve ser feita integralmente do mesmo material que proporcione a mesma aderência e atrito, assim como todas as raias devem ter a largura idêntica. Após o tiro de largada, cada competidor certamente apresentará desempenho diferente dos demais, quer em razão das opções que fizeram (descansar ao invés de treinar, divertir-se em vez de repousar ou não seguir uma dieta equilibrada e apropriada), quer em razão da má sorte (lesionam-se ou tropeçam durante a corrida), quer por conta da própria diferença de talento⁶⁵, o que ocasionará o triunfo ou o insucesso. Verifica-se, nessa metáfora, que ambos os princípios foram observados, isto é, o princípio da igual consideração foi tão importante quanto o da responsabilidade individual.

Em face dessa descrição, podemos perceber que a comunidade imaginária abordada anteriormente, ao optar por um nível de cobertura de assistência à saúde com moderada abrangência ao invés daquela que compreenda tudo para todos em todas as ocasiões, realiza uma abordagem *ex ante* da igualdade. Assumimos, com os argumentos de Dworkin, que a maioria das pessoas, se pudesse se fixar em uma posição anterior a fim de proteger-se dos acontecimentos que lhe infligisse uma má sorte, recorreria a um plano ou seguro de saúde com essa mesma abrangência caso tivesse de custear com recursos próprios. Sendo assim, “ninguém pode sensatamente pensar ou dizer que não teria tomado a decisão que assumimos que a maioria das pessoas teria tomado”, razão por que, não havendo qualquer informação oposta, reafirmamos que parece justo tratar todos os cidadãos individuais “como se tivessem feito aquilo que pensamos que a maioria teria feito” (DWORKIN, 2012, p. 370). Por conseguinte, se essa posição é a que se configura como a distribuição mais justa, o governo

⁶⁵ Bem anota Dworkin que preferência e capacidade interagem entre si: “as nossas preferências moldam os talentos que possuímos para desenvolvermos e são moldadas pelos talentos que pensamos ter” (2012, p. 367).

que se pretenda legítimo deve se guiar, pelo menos, pelos níveis de cobertura delineados anteriormente. Logo, esses níveis de cobertura representam a justa distribuição como expressão legítima do princípio da igualdade.

3.7 SÍNTESE CONCLUSIVA

O direito como integridade constrange os juízes em suas atividades interpretativas, especialmente diante da responsabilidade política a que estão subordinados. Essa concepção pressupõe que o direito é criado por um único autor – a comunidade personificada, nos parâmetros delimitados no item 3.3 –, que expressa uma só voz em um todo coerente (DWORKIN, 2014, p. 271-272). A partir dessa ideia de que o Estado somente pode ter uma única voz, Dworkin formula a narrativa do “romance em cadeia”, que representa de modo consistente e singelo o ideário do autor sobre a concepção do direito que defende e que traz consigo vastas implicações, tendo sido adjetivada por Gargarella (2014, p. 9) como um exemplo extraordinário.

A cuidadosa formulação do romance em cadeia pretende representar exatamente o que seria o direito como integridade, como uma trama maciça⁶⁶ que não deve apresentar lacunas. Essa imagem da trama maciça representa o conjunto coerente de princípios subjacentes às diversas dimensões de decisões políticas (dentre as quais leis e precedentes), de maneira que o direito deve ser justificado não com base em princípios que se ajustam a uma específica decisão política anterior, mas a todas as decisões políticas em geral (DWORKIN, 1999, p. 189-190). A integridade não admite fissura em seu tecido e princípios que se ajustam apenas a decisões específicas, e não à generalidade delas, são como emendas de retalho sobre a trama.

Nesse contexto, o romance em cadeia é apresentado por Dworkin (2014, p. 275-286) como um trabalho literário escrito por um grupo de romancistas em que, cada um, tem a tarefa de escrever um capítulo da mesma história, mas não todos de uma só vez ao mesmo tempo. Cada qual, recebendo os capítulos anteriores, deve lê-los, compreendê-los, interpretá-los para, em seguida, contribuir acrescentando um novo capítulo, acréscimo este que haverá de ser satisfeito mediante o constrangimento de sua liberdade de criar, honrando o que já foi escrito por intermédio de uma avaliação geral e criteriosa, produzindo um capítulo sob a coloração da

⁶⁶ O que designamos de “trama maciça” é uma tradução livre do que Dworkin chamou de “un entramado complejo” (1999, p. 188).

melhor luz e propiciando aos autores seguintes caminhos para uma honrosa continuidade. Muito embora escrito a muitas mãos, o romance seria a representação de uma narrativa única, exprimindo uma só voz, como se fosse escrito por um só autor e, portanto, uma obra que retrata precisamente uma trama maciça, sem fissuras e sem quaisquer retalhos sobre ela.

O empreendimento acima descrito conduz à discussão sobre se os romancistas teriam plena liberdade para interpretar os caminhos já percorridos ou se deveriam renunciar a essa liberdade em nome de trilhar um caminho invariável que se pretende imutável. O itinerário a ser percorrido não se situa, porém, em uma posição maniqueísta, de forma que os percursos transitáveis desses romancistas não se mostram irreconciliáveis. Sendo simultaneamente autor e intérprete, cada romancista não terá plena liberdade para ler impondo sua visão sobre o que seria melhor, desconsiderando as páginas já escritas, mas também não poderá ser escravo dos sentidos, “pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva” (DWORKIN, 2014, p. 277). Tudo isso significa que os romancistas posteriores não estão adstritos a empregar uma atitude interpretativa austera, porquanto cada um deles poderá legitimamente refinar o romance, ampliando, modificando ou reduzindo os elementos da história, mas sempre constrangidos pelas folhas passadas. Ademais, cada escritor poderá, interpretando, vislumbrar falhas ou erros nas passagens antecedentes, e isso não deve desqualificar de maneira alguma o texto com relação ao projeto do romance em cadeia. Nessas ocasiões, para que a obra se demonstre próspera, o autor deverá buscar elementos no texto que lhe permitam dar continuidade ao romance e não inaugurar um novo começo, pois, exprimindo responsabilidade e compromisso, ele deve levar adiante a história e não criar uma que entenda ser a melhor. Assim, sempre que o romancista em cadeia perceber que uma interpretação pode proporcionar um novo começo, ele deve decidir por tomar uma das seguintes atitudes: ou abandona o projeto ou volta ao texto para interpretá-lo reconsiderando alguns pontos que lhe permitam continuar a história. Esse ponto diferencia o romancista em cadeia daquele autor que não está adstrito a esse projeto, cuja produção literária pode ser mais criativa e independente.

Diante dessa atraente formulação, Dworkin retira o véu daqueles juízes que acreditam que o limiar da interpretação são suas próprias convicções sobre justiça e, portanto, ostentam a pretensão de que o direito começa e termina neles e, bem por tudo isso, não estão limitados por restrições imanentes. Realmente, no caso do romance em cadeia, consoante a percepção de Gargarella (2014, p. 10), qualquer um diria que um autor do projeto não cumpriu bem seu papel ao pretender evidenciar a todos seu extraordinário talento pessoal

escrevendo as páginas que lhe cabiam de forma gloriosa, mas deixando de lado tudo o que fora escrito anteriormente. Diante desse romancista, Gargarella (2014, p. 10) diria:

Seu insuperável talento é bastante evidente, mas lamentavelmente você não cumpriu a função que lhe cabia e com a qual se comprometeu: o que esperávamos de você não era sua glória pessoal, mas que desse sua melhor contribuição para uma tarefa coletiva e que o transcende amplamente⁶⁷.

Assim, se o romance em cadeia for entendido como uma comparação bem-sucedida das práticas interpretativas, sobretudo as do Poder Judiciário, essa compreensão impedirá que qualquer juiz proceda de modo solipsista, “no sentido que a história começa nele, e por isso, poderia fazer o que quisesse” (STRECK, 2013, p. 361). Talvez, a consequência mais interessante do constructo é que, “apesar de simples e intuitivo como parece, é tremendamente revelador sobre o que é e o que deve ser a interpretação constitucional, se feita responsabilmente”⁶⁸, permitindo deixar claro que as interpretações exteriorizadas pelas metáforas do “juiz Hércules” e da “resposta correta” podem ser cumpridas habitualmente por quaisquer juízes terrenos, que não tenham capacidades e sabedoria sobre-humanas, desde que tenham comprometimento com sua tarefa institucional. Desse modo, percebe-se que o trabalho se inicia muito antes e continuará muito além da participação daquele que está no momento de dar a sua contribuição (GARGARELLA, 2014, p. 10-11). Nenhum juiz, portanto, está no ponto de partida e tampouco é o ponto de chegada de qualquer interpretação.

O direito como integridade, assim, busca reposicionar o direito como elemento central nas discussões da sociedade moderna e retomar a confiança que nele deve ser depositada. Afinal, “o direito é nossa instituição social mais estruturada e reveladora” e, se quisermos saber que tipo de pessoas somos, devemos compreender melhor a natureza de nossos argumentos jurídicos (DWORKIN, 2014, p. 15). Para cumprir essa tarefa de novamente despertar a atração do império do direito, todavia, não bastam os discursos sedutores ou conceituações sofisticadas servíveis unicamente em sociedades angelicais, na medida em que se demonstram inúteis por serem intangíveis ao mundo real e a seres humanos reais (DWORKIN, 2012, p. 360). O imaginário de que direitos podem ser declarados e, assim, garantidos sem qualquer preocupação com os recursos financeiros necessários representa uma forte aproximação de nossos argumentos jurídicos dessa sociedade angelical.

⁶⁷ Tradução livre. No original: “Su insuperable talento nos resulta muy claro, pero lamentablemente usted no ha cumplido con la función que le habíamos encomendado, y con la que se había comprometido: lo que esperábamos de Usted no era su lucimiento personal, sino que hiciera el mejor aporte a una tarea colectiva, que lo trasciende a usted ampliamente”.

⁶⁸ Tradução livre. No original: “[...] tan sencillo e intuitivo como parece, es sin embargo tremendamente revelador acerca de lo que es y lo que debe ser la interpretación constitucional, si es hecha responsablemente”.

A pobreza é ultrajante e a concepção de direito que temos nos diz quem somos. Observamos repetidamente no capítulo que as leis e políticas públicas sobre saúde necessariamente estão dentre aquelas que trazem impactos sobre a distribuição de riquezas e, bem por isso, precisamos sempre estar em estado de alerta e vigilantes sobre quaisquer modificações que, certamente, provocarão impactos muitas vezes perturbadores sobre a vida dos mais pobres⁶⁹. As ações e serviços públicos de saúde não são destinados restritamente a pessoas hipossuficientes⁷⁰, já que o Sistema Único de Saúde (SUS) se declara universal, muito embora seja comum a ideia contrária, desafortunadamente até mesmo na Suprema

⁶⁹ Nesse sentido, deixando de lado as modificações infraconstitucionais que vêm ocasionando impactos sobre o SUS, não podemos deixar de anotar as preocupantes reformas constitucionais levadas a efeito pelas Emendas Constitucionais (EC) n^{os} 86, de 17 de março de 2015, e 95, 15 de dezembro de 2016. Essas reformas afetam sobretudo o financiamento da área da saúde e, como alerta Scaff (2017), “o Direito Financeiro vem sendo usado para atacar o direito à saúde pública”. Como primeiro exemplo, a EC 86, não obstante estipular a obrigatoriedade de investimento de no mínimo 15% da receita corrente líquida (RCL) da União, ressalta que os recursos destinados a ações e serviços públicos de saúde decorrentes de emendas parlamentares individuais e dos *royalties* do petróleo, que antes eram recursos aplicados em acréscimo ao mínimo obrigatório (conforme, no caso dos *royalties*, art. 4º da Lei nº 12.858, de 9 de setembro de 2013), passam a integrar a base de cálculo para o custeio mínimo definido no art. 198, § 2º, I, da CF (conforme §§ 9º e 10 do art. 166 da CF, incluídos pela referida EC, e art. 3º da EC 86). Por sua vez, a EC 95, que acrescentou os arts. 106 a 114 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e que impõe o chamado “Novo Regime Fiscal”, fixa que os gastos públicos com saúde e outros setores serão reajustados somente pela correção monetária nos próximos vinte anos, desprezando o fato inevitável do crescimento populacional (SCAFF, 2017), sem falar no natural envelhecimento da população (o que incrementa, por exemplo, os gastos relacionados com a indústria das OPME já citadas no texto), fatores estes que certamente levarão ao inadequado financiamento no caso de plena vigência desse regime do teto fiscal. No ponto, como anota Pinto (2016), “no que diz respeito ao teto fiscal [estabelecido pela EC 95], a promessa de soluções fáceis para problemas antigos e complexos põe a perder estruturalmente o custeio constitucionalmente adequado dos direitos sociais, notadamente a seguridade social (em seu tripé previdência, assistência social e saúde) e a educação”. Não fosse o bastante, alguns estudos (cf. PINTO; FUNCIA, 2017) demonstram que, sem o embargo da obrigatoriedade de investimento mínimo de 15% da RCL, a União teria investido um montante inferior a esse percentual em 2016, mais precisamente R\$ 2,574 bilhões a menos, de modo que a regra do reajuste anual pela correção monetária partiria de um nível profundamente inferior e essa falha repercutiria, e repercutirá, de forma ainda mais gravosa nas próximas duas décadas: “ora, se em 2016 foram aplicados menos R\$ 2,5 bilhões, teme-se por 2017, pois, se neste ano não for aplicada a quantia certa, a correção monetária partirá de piso inferior, e bilhões sumirão no ralo das contas públicas” (SCAFF, 2017). Esse tema é muito mais complexo e, para um trabalho que pretendesse debater minimamente o tema, seria demasiado relevante esboçar, entre tantas outras questões sensíveis, algo sobre falta de previsão orçamentária para cobrir o estoque de restos a pagar que, só no exercício de 2017, está em torno de R\$ 26 bilhões, considerando as áreas da saúde e educação e restritamente do ponto de vista do governo federal (nesse sentido, cf. PINTO, 2017), ou sobre o quanto a Desvinculação de Receitas da União (DRU) também contingenciou ao longo de décadas recursos destinados a investimentos na seguridade social, o que inclui a área da saúde, cuja vigência foi prorrogada até o 31 de dezembro de 2023 pela EC 93, de 8 de setembro de 2016, e vem sendo prorrogada sucessivamente desde 1994, ainda que por nomenclaturas e regras parcialmente diferentes (PINTO, 2016). Todavia, essas questões, sem embargo de sua grande relevância, são muito complexas o suficiente para serem prestigiadas em dissertação ou tese específica. Por isso, com muita incompletude, fazemos essa referência bastante minimalista, não nos esquecendo, contudo, que as opções *políticas* que estão sendo levadas a efeito nessas reformas constitucionais são bastante duvidosas do ponto de vista da legitimidade política e, bem assim, estão sendo questionadas junto à Corte Suprema por meio das ADI 5.595, 5.633, 5.643 e 5.658, que desafiam, a primeira, a constitucionalidade da EC 86, e as últimas, a da EC 95.

⁷⁰ Com efeito, ao contrário da assistência social, que possui nítido caráter protetivo e que apenas deve ser “prestada a quem dela necessitar” (art. 203, CF), o texto constitucional é claro ao assentar que as ações e serviços de saúde são de acesso universal (art. 196, CF).

Corte⁷¹. Assim, aqueles que julgam que o SUS somente é destinado à assistência à saúde para pessoas pobres são também os que ostentam condições de contratar um plano ou seguro de saúde abrangente e, bem por isso, estão comodamente confortáveis com a situação atual da saúde pública no Brasil. Essa zona de conforto não pode permanecer indisputável e um governo que se pretenda legítimo deve buscar, como se disse, tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração. Por isso, Dworkin reflete:

[...] quando se admite que membros da comunidade que estão em situação confortável não precisam igualar-se aos concidadãos sem conforto, mas somente um padrão de vida mínimo e razoável, então concede-se demais para despertar a questão essencialmente subjetiva de quão mínimo é o padrão razoável, e a história contemporânea demonstra que aqueles que gozam de conforto talvez não ofereçam uma resposta generosa para essa pergunta (DWORKIN, 2013a, p. XII).

De fato, o Estado tem essa responsabilidade política e, certamente, “não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução das desigualdades” (STRECK, 2012, p. 199). Diante dessas observações, “importunar os acomodados” é especialmente importante quando “o seu egoísmo afeta a legitimidade da política que lhes proporciona o conforto”, porquanto, “no mínimo, não podem pensar que têm a justificação e o egoísmo ao seu lado” (DWORKIN, 2012, p. 359). Contudo, discursos que defendem um modelo de saúde como direito que se aproxima do princípio do resgate mencionado no item 3.5 são altamente artificiais e com remota possibilidade prática de atingimento desse padrão de cobertura assistencial. A questão no Brasil se tornou bem mais complexa quando, pretensiosamente, “juízes confundiram judicialização com ativismo, optando pelo segundo. Com isso, o Estado deixou de elaborar políticas públicas para atender – por vezes “comodamente” – às determinações judiciais, o que enfraquece a cidadania”

⁷¹ São vários os julgados no Supremo Tribunal Federal que fazem referência à hipossuficiência ao concederem o fornecimento de medicamentos ou tratamentos como representação do direito à saúde. Para expressar exemplificativamente o que retrata o nosso texto, podemos citar o ARE 894.085 AgR/SP, no qual a controvérsia sobre a configuração da hipossuficiência da parte não foi objeto de análise porque “demandaria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, o que não é viável em sede de recurso extraordinário” (BRASIL, 2016a). Com esse argumento, apesar de não indicar textualmente, a Suprema Corte, como em outras demandas nessa instância, abre a possibilidade de ações e serviços públicos de saúde serem negados a quem não demonstre essa hipossuficiência. É importante fazer esse destaque porque, de ordinário, o STF não aduz sobre a *desnecessidade* de comprovação da hipossuficiência para obter atendimento junto ao SUS, mas sustenta a impossibilidade do reexame acerca desta condição pessoal. O que parece uma exceção a essa posição do STF foi sustentada no RE 581.488/RS (BRASIL, 2016b), no qual se discutia a possibilidade da existência da denominada “diferença de classe” no SUS, em que o paciente pudesse pagar uma quantia a fim de obter um atendimento diferenciado, com médico a sua escolha, acomodação diferenciada e sem passar pela regulação sanitária (“triagem”). Em seu voto, o Min. Relator Dias Toffoli destacou o seguinte: “Não se pode conceber que um atendimento público de saúde que se pretenda igualitário compreenda, dentro de si, diversas possibilidades de atendimento de acordo com a capacidade econômico-financeira do paciente, sobretudo quando esse atendimento se encontra a cargo do Estado, pensamento esse amplamente colocado pelos expositores durante a audiência pública” (grifo nosso).

(STRECK, 2012, p. 195). Com efeito, políticas públicas sobre saúde, que deveriam ser objeto de discussões judiciais a fim de aperfeiçoá-las, refinando o romance, de modo constante são solenemente ignoradas e escarnecidas⁷² e, a cada liminar ou a cada sentença, são interrompidas as páginas já escritas e os romances novamente recomeçam, e esse recomeço parece ser incessante.

Como visto, as autoridades políticas, todas elas – o que inclui os juízes –, submetem-se a restrições anteriores derivadas da doutrina da responsabilidade política, porquanto os deveres decorrentes da esfera da responsabilidade pública são distintos e muito mais exigentes que os da esfera privada. Essa exigência mais profunda tem sua origem no fato de que o Estado, como comunidade personificada, é o responsável por criar e manter um determinado sistema de distribuição de riquezas e, justamente por isso, para ser legítimo, tem a especial responsabilidade de tratar todas as pessoas com igual consideração. Por essa razão, as autoridades políticas, como os juízes, não podem tomar decisões que, ao considerar tanto os princípios quanto as políticas gerais, não se conformam de maneira coerente com a generalidade de outras decisões que podem ser consideradas corretas, apesar de isoladamente poder parecer conveniente.

Nossos argumentos baseados no direito como integridade não desconsideram, de modo algum, a importante função contramajoritária do Poder Judiciário⁷³. Com todo o efeito, “às vezes, quando não frequentemente, a maioria tomará decisões injustas sobre os direitos individuais” que colocarão em divergência a equidade (*fairness*)⁷⁴ e a justiça (DWORKIN, 2014, p. 215). Sob esse prisma, a integridade, como virtude independente, não se conformará simplesmente com os “pontos de vista de uma maioria política local ou passageira apenas por haverem triunfado em uma ocasião política específica”, mas buscará a coerência de princípios e integrará a equidade à justiça, mesmo porque alguns direitos impedem exatamente que “as

⁷² Apenas para demonstrar dois exemplos rápidos, especialmente porque nos dedicaremos no Capítulo 4 a exemplos práticos, podemos lembrar os casos citados por Sarmiento (2008). O primeiro se refere a decisões judiciais determinando internações de pacientes no INCA (Instituto Nacional do Câncer) ignorando critérios médicos e que outros pacientes também aguardavam os mesmos procedimentos; o outro faz referência a decisão judicial condenando o poder público a fornecer “caríssima medicação” fabricada no exterior, cuja importação fora proibida pela ANVISA “à vista de pesquisas que haviam comprovado a sua ineficácia”.

⁷³ Pensamos pertinente fazer esse destaque a fim de, expressamente, rejeitarmos o chamado “passivismo”, que é apontado por Dworkin como uma corrente que presta “grande deferência para com as decisões de outros poderes do Estado” e assume uma atitude interpretativa austera, de maneira que o Judiciário deve adotar como sua a resposta dos outros poderes. Essa doutrina, porém, permitiria que o legislativo fizesse praticamente tudo o que a maioria quer, elegendo a equidade (*fairness*) como a virtude política mais importante, significando que indivíduos não têm direitos contra a maioria (DWORKIN, 2014, p. 441-453).

⁷⁴ No sentido proposto por Dworkin e mencionado no item 3.3.

maiorias sigam suas próprias convicções quanto ao que a justiça requer” (DWORKIN, 2014, p. 450-451).

Esse vasto poder dos juízes em exercitar a contenção do poder da maioria, no entanto, “não é uma ‘carta em branco’ para o exercício de voluntarismos interpretativos” (STRECK, 2012, p. 46), não se configurando o chamado ativismo como uma alternativa legítima. O ativista ignora o texto da Constituição, as leis, as políticas públicas e as decisões judiciais anteriores, “tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige” (DWORKIN, 2014, p. 451-452). O juiz ativista procura substituir o julgamento dos outros poderes pelo seu e, nesse instante, retira do povo o seu poder democrático, usurpando os poderes que conferiu aos seus representantes eleitos. Em suma, é um tirano (DWORKIN, 2014, p. 476).

Com a metáfora do romance em cadeia, pudemos perceber os constrangimentos a que os juízes estão subordinados no momento de exercitar sua atividade judicante, conforme desenvolvemos ao longo do capítulo. Ainda que o juiz tenha suas próprias opiniões sobre quaisquer assuntos controversos que lhes sejam submetidos à apreciação e ainda que seja um Hércules, como formulado por Dworkin, ele jamais deverá tentar “atingir aquilo que acredita ser o melhor resultado substantivo” conforme essas convicções, mas obrigatoriamente interpretar sob a melhor luz possível a Constituição, as leis e as políticas (DWORKIN, 2014, p. 404-405). Em outras palavras, o juiz não pode – nem mesmo Hércules –, de modo algum, interpretar o relato de uma produção democrática com a finalidade de extrair um significado que se amolde ao que ele acredita ser a melhor solução. Assim, regra geral, as autoridades judiciais não devem decidir sobre o que eles próprios acreditam de qual modo o SUS deve funcionar ou o que, segundo suas convicções, o sistema deve proporcionar. O juiz deve ser respeitoso e honesto com todo o contexto, combinando elementos do passado e do porvir e, portanto, entender que não é “livre para ler as leis a fim de promover sua visão de justiça” (DWORKIN, 2014, p. 482).

As restrições a que os juízes estão submetidos não são, necessariamente, subordinações que limitam a atuação institucional de outras autoridades. Como vimos, há dois princípios de integridade, o da jurisdição e o da legislação. Com Dworkin, distinguimos desse modo porque, com o perdão da tautologia, jurisdição é diferente da legislação. As autoridades legislativas podem utilizar, e frequentemente utilizam, argumentos de política (*policy*) ao realizarem seu julgamento institucional perante o Legislativo. As autoridades judiciárias devem utilizar, sempre, argumentos de princípio em seus julgamentos institucionais, ainda

que se baseiem em políticas (*policies*) constituídas por outros poderes. A integridade, conforme aceitamos, é uma virtude política distinta e independente que, às vezes, poderá conflitar com as outras virtudes. Não raro, a legislação e as políticas (*policies*) podem, com legitimidade política, produzir uma incoerência que são questões de equidade (*fairness*) e, por vezes, de processo legal adjetivo que, contudo, obrigam os juízes. A integridade, nos julgamentos institucionais do Judiciário e ao contrário dos outros poderes, tem força soberana sobre as outras virtudes e, por isso, não partem somente do ponto de vista da justiça, abrangendo também e necessariamente a equidade e o devido processo. A essa integridade abrangente Dworkin dá o nome de integridade *inclusiva*, pois “exige que o juiz considere todas as virtudes componentes”. Por seu turno, a integridade *pura* destaca apenas a virtude da justiça, abstraindo as restrições da equidade (*fairness*) e do devido processo que a integridade *inclusiva* exige.

A integridade *pura*, no entanto, é apenas um sonho de uma concepção do direito, pois exigiria mudanças radicais em uma comunidade corrente, notadamente quanto à redistribuição de riquezas e recursos, o que a colocaria mais próxima de uma sociedade angelical. De fato, as virtudes da equidade (*fairness*) e do processo justo estão ligadas a alguma instituição específica, de modo mais evidente aos poderes de Estado. A justiça, por seu turno, “refere-se àquilo a que a comunidade personificada, abstraindo-se de responsabilidades institucionais, deve por si só obter”, de maneira que, reinante a justiça nessa comunidade, desnecessárias seriam as instituições e supérflua seria a Constituição. Certamente, “esperamos que nossa legislatura reconheça o que a justiça exige, de forma que nenhum conflito prático permaneça entre a justiça e a supremacia legislativa” e esse progresso é o que se espera de um direito purificado, porém precisamos retornar ao mundo corrente e entender que essa integridade *pura*, que deve ser perseguida como a “estrela da comunidade”, está constringida por outras virtudes, restrições estas que não infirmam, mas, muito ao contrário, confirmam e preservam a integridade (DWORKIN, 2014, p. 484).

É nesse sentido que, voltando ao romance em cadeia, percebemos que a interpretação do direito como integridade dissemina um limiar, ainda que aproximado e mesmo que não seja peremptório. Esse limiar, representado pela integridade *inclusiva*, desde logo eliminará a pretensão de algumas autoridades de que a história se inicia com elas e, por conseguinte, restringirá os romancistas, ou mais especificamente os juízes, a assumirem suas convicções pessoais como se limiares fossem. Caso contrário, se um juiz acreditar – ou se assumir uma postura – que a história não tem folhas passadas e desconsiderar as virtudes da equidade

(*fairness*), da justiça e do processo justo, pode-se dizer, com o juízo crítico de Dworkin, que esse romancista é incompetente, está agindo de má-fé ou enganando a si próprio, pois está se enquadrando em uma simples política disfarçada (DWORKIN, 2014, p. 305-306).

Por tudo isso, como afirmamos de alguma maneira ao argumentarmos sobre o romance em cadeia, o direito não é definitivo, mas é permanente: “sabemos hoje que permanente é somente o que é capaz de ter o seu significado renovado conjuntamente com a constante transformação da sociedade moderna” (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 41). Realmente, muito embora possa se dizer que o conteúdo do direito se diferencie de uma época para outra, devemos reconhecer que uma determinada geração só é capaz de revisitar o passado influenciada por sua própria ótica contemporânea, renovando-a (CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2012, p. 36-37). Assim, não somos alheios aos refinamentos que o romance deve sofrer ao longo do tempo, de maneira que essa obra de enriquecimento do direito pode se desenrolar através de várias gerações: “os imperativos da integridade sempre desafiam o direito de hoje com as possibilidades de amanhã”. Portanto, o império do direito consiste no reconhecimento de que “nenhum programa coerente pode valer por tanto tempo e para tantas pessoas”, o que nos leva a afirmar que o direito não é partícipio; o direito é gerúndio. O direito não foi e não é, ele continua sendo.

4 O DIREITO À SAÚDE E O PODER JUDICIÁRIO

Antes de discutirmos propriamente aplicações práticas no cenário jurisprudencial brasileiro no presente capítulo, com ênfase nos posicionamentos do Supremo Tribunal Federal (STF), buscamos fazer, no capítulo 3, aproximações doutrinárias a respeito da saúde como direito, seu conteúdo e alcance, assim como delimitar parâmetros e constrangimentos a que os juízes estão submetidos. Pensamos que assim deve ser porque “a doutrina é a parte geral da jurisdição, o prólogo silencioso de qualquer veredito”, e a filosofia do direito, ainda que oculta, está em toda e em cada deliberação judicial (DWORKIN, 2014, p. 113).

Se por um lado os juízes, como autoridades políticas, subordinam-se a restrições anteriores como decorrência direta de sua sujeição à doutrina da responsabilidade política, fazendo emergir um dever especial no exercício da função política, por outro, também emerge um direito aos indivíduos correlato a esse mesmo dever. “Os indivíduos têm direito a que se façam respeitar de maneira coerente os princípios sobre os quais se assentam as decisões institucionais” e esse direito deve ser resguardado pelos juízes contra qualquer opinião que lhe seja conflitante, por mais popular que venha a ser⁷⁵ (DWORKIN, 1999, p. 203).

É nesse mesmo contexto que Streck (2013a, p. 330-348) afirma haver, em favor de cada cidadão, um direito fundamental à decisão adequada, ou a uma resposta constitucionalmente adequada⁷⁶ do Poder Judiciário, em uma relação de estrita dependência com o dever fundamental reservado aos juízes, pelo art. 93, IX, da Constituição Federal, de fundamentarem suas decisões no sentido de que não podem dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, estando limitados, com apoio de Dworkin, pela integridade e coerência. Com efeito, Dworkin bem explicita que o juiz deve resguardar a trama maciça do direito, não concebendo lugar à vagueza ou à indeterminabilidade e, dessa maneira, os direitos institucionais são aquilo que as partes têm direito a ter (DWORKIN, 1999, p. 207).

Uma vez mais fica assentado que os juízes não devem, ou melhor, estão proscritos a levar em consideração suas convicções pessoais como se exprimissem um argumento de força

⁷⁵ Tradução livre. O trecho integral do texto original possui a seguinte redação: “Los individuos tienen derecho a que se hagan respetar de manera coherente los principios en que se basan sus instituciones. Este derecho institucional, tal como lo define la moralidad constitucional de la comunidad, es lo que Hércules debe defender en contra cualquier opinión incongruente, por más popular que sea”.

⁷⁶ Streck (2013a, p. 322-324) assenta esse “direito fundamental” a fim de evidenciar que a decisão judicial não deve ser um mero “ato de vontade (uma manifestação solipsista)”, divorciada dos atos decorrentes da responsabilidade política, criticando assim a postura descrente dos juristas (“em especial dos juízes”) sobre a capacidade justificadora do sistema jurídico que os leva à defesa de que o “direito passa a ser aquilo que os juízes dizem que é”.

independente que prevaleça sobre decisões políticas. Em consequência, cintilam os direitos dos indivíduos, o que faz com que os juízes, ainda que considerem determinadas concepções desimportantes ou as desprezem, confirmem importância a elas e as prestigiem. Os juízes, não obstante suas convicções pessoais, devem se esforçar para compreender essa concepção em respeito aos direitos dos cidadãos como ingrediente inseparável das leis e decisões institucionais, e cada autoridade judicial “obterá tal compreensão se observar de que maneira essas concepções [por ela desvalorada] são utilizadas por aquelas pessoas que as consideram importantes”⁷⁷, isto é, deverá tentar introjetar, de um modo mais generalizado, as crenças e atitudes daqueles que valorizam a concepção a fim de enxergar com olhos alheios as colorações do problema (DWORKIN, 1999, p. 204-205).

Assim, não deve importar, como força independente, que determinada autoridade judicial acredite que o SUS não deva ser universal, mas restrito aos hipossuficientes; ou imagine que todas as inovações em medicamentos ou em OPME (órteses, próteses e materiais especiais) devem ser garantidos a quem quer que as postule; ou ache que os protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas formulados por especialistas são tecnocráticos, burocráticos e não acompanham, na mesma velocidade, as constantes e aceleradas (por vezes apressadas) evoluções da medicina e das pesquisas promovidas pelas diversas indústrias como as farmacêuticas; ou tenha a opinião que a autoridade sanitária nacional tem menos prestígio técnico que outras instituições semelhantes mundo afora. O juiz pode, intimamente, desprezar todos esses argumentos que outros acreditam serem essenciais, mas não pode respirar o mesmo ar soberbo de si próprio, tendo o dever de, humildemente, fundamentar suas decisões reverenciando o diálogo com aqueles que valorizam e conferem importância aos argumentos sobreditos. E esse diálogo, por vezes, deve ser um ato de reconhecimento sobre as capacidades institucionais do Poder Judiciário diante de algumas áreas do conhecimento, a exemplo da economia e da saúde, as quais demandam profundo e específico conhecimento técnico.

Se, por exemplo, magistrados, que não são peritos em Economia, começarem a invalidar políticas econômicas do governo, sob o argumento de que estas não são razoáveis, ou são ineficientes, é provável que as suas intervenções, ainda que muito bem intencionadas, se revelem ao final contraproducentes, mesmo na perspectiva dos princípios jurídicos que objetivavam defender (SOUZA NETO; SARMENTO, 2015, p. 109).

⁷⁷ Tradução livre. No original: “[...] obtendrá tal comprensión si observa de qué manera usan el concepto aquellas personas que lo consideran importante” (DWORKIN, 1999, p. 204).

Nesse exato sentido, percebendo que as demandas sobre saúde ganhavam profusas proporções com o aumento exponencial de pedidos de suspensões de segurança, de liminar e de tutela antecipada, e percebendo a limitada capacidade do Poder Judiciário de se pronunciar adequadamente a respeito de assuntos tão tecnicamente complexos⁷⁸, a Suprema Corte, em 2009, convocou uma audiência pública a fim de promover o diálogo interdisciplinar sobre toda a problemática, objetivando, consoante o despacho convocatório da audiência, “esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde”⁷⁹. A Audiência Pública nº 4, convocada pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro Gilmar Mendes, ouviu 50 especialistas⁸⁰, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde, gestores e usuários do Sistema Único de Saúde nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio de 2009, o que afirma o prestígio dialógico que a Suprema Corte conferiu ao fenômeno da judicialização da saúde, reconhecendo, por consequência, que as decisões judiciais não podem estar ensimesmadas no conhecimento estritamente jurídico.

Como resultado das discussões havidas durante a Audiência Pública nº 4, em decisão paradigma no âmbito da Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175, percebe-se claramente que o Plenário da Corte, por ocasião da apreciação do agravo regimental interposto contra a decisão da Presidência do STF (BRASIL, 2010), já fez notar a partir da ementa que as inclinações ali assentadas expõem uma pretensão de desenhar “parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde”⁸¹. Nada obstante essa

⁷⁸ Conforme adverte Bucci (2017, p. 37), a compreensão da dimensão coletiva de alguns direitos, como os que envolvem a saúde pública, exige práticas metodológicas já consolidadas em outras áreas do conhecimento, como na ciência política e economia, tais como “examinar a escala do problema, sua dimensão quantitativa, bem como comparações temporais e geográfica em face do público demandante [...]”. Voltando-se para o direito, a desconsideração desses métodos pode explicar, “em parte, a dificuldade própria da atuação do Poder Judiciário no controle das políticas públicas, relacionada ao caráter individualista dos mecanismos típicos do processo judicial”.

⁷⁹ O despacho, vídeos e outros documentos referentes à audiência pública estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>. Acesso em: 01 jun. 2017.

⁸⁰ Além dessas falas de especialistas, ainda foram encaminhadas ao STF 55 manifestações por escrito, tanto de autoridades quanto da sociedade civil.

⁸¹ EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento (grifo nosso).

pretensão, podemos inicialmente registrar que o relator expressamente reconhece em seu voto os grandes desafios do Poder Judiciário diante das questões envolvendo a saúde como direito:

O fato é que o denominado problema da “judicialização do direito à saúde” ganhou tamanha importância teórica e prática, que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Conforme discorreremos no capítulo 3, a saúde como direito não deve ser tratada como se houvesse embate entre direitos em dimensões individuais, de um lado, e em dimensões coletivas, de outro. Os cordeiros não precisam ser sacrificados para homenagear a liberdade do lobo. Todos os direitos são integrados por restrições que lhes são iminentes, porquanto todos devem cumprir uma função social. Assim, as políticas (*policies*) qualificam os direitos e, portanto, os desafios atinentes às políticas de saúde são desafios pertinentes ao próprio conceito do direito à saúde. Sendo assim, como ingrediente do conceito do direito, as políticas não devem ser escarnejadas por aqueles que aspiram a definir com seriedade os contornos da saúde como direito.

A ambição de desenhar parâmetros para a decisão judicial por meio da STA nº 175, longe de ser meramente pretensiosa, representou uma busca para fixar e frisar que nas questões de saúde o Judiciário não deve respirar o ar de si mesmo, mas necessariamente aspirar outros ares, oxigenando a si próprio e expandindo sua atmosfera. Por meio dessa paradigmática decisão, o Tribunal Pleno da Suprema Corte, com apoio da nota dialógica própria das audiências públicas, trouxe elementos valiosos a servirem de fundamentos ao Poder Judiciário como um todo para a apreciação e deliberação de demandas envolvendo a saúde. Aliás, na perspectiva do direito como integridade, essa decisão não é uma meramente uma exortação; antes, é um elemento de constrangimento a que estão sujeitos os juízes no encadeamento da trama maciça do direito.

Na análise do julgamento, nota-se que o STF se deixou claramente influenciar pelas observações obtemperadas durante a Audiência Pública nº 4, o que levou Bucci (2017, p. 64) a chamar a atenção para a circunstância de que, “se considerada, [a STA 175] pode indicar a procedência dos argumentos da Fazenda Pública-ré na ação, ao contrário do que ocorre hoje na esmagadora maioria dos casos”, deduzindo indicações de autolimitação da atividade judicante. A autora ainda coloca em evidência o solipsismo do julgador com a seguinte reflexão:

Entre decidir em favor do autor da ação, pessoa com nome e sobrenome, cujo sofrimento é narrado na petição inicial, ou em favor de uma saúde pública abstrata, que invoca programas de difícil compreensão, o juiz opta pelo primeiro (BUCCI, 2017, p. 42).

Do voto do relator, verifica-se que, diante de uma demanda de saúde, “o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Realmente, consoante destacou o STF, não há direito absoluto às ações e serviços públicos de saúde “independentemente da existência de uma política pública que o concretize”. No ponto, assentou a Suprema Corte que não há direito público subjetivo à saúde independentemente de políticas públicas, mas “há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”. Nesse sentido, constata-se que não há dúvidas sobre a responsabilidade, sobre o dever do Estado de formular políticas públicas de modo adequado, incorrendo em omissão inconstitucional caso assim não proceda. Daí não se segue, contudo, que uma pessoa tenha direito a uma específica política pública, pois “nenhum cidadão tem o direito de que se selecione um desses programas, e não outro, apenas porque o escolhido irá beneficiá-lo mais. A escolha é uma questão de política, não de princípio” (DWORKIN, 2014, p. 373).

Sem embargo, em reafirmação aos argumentos apresentados no capítulo anterior, ainda que seja uma característica das políticas desenvolver uma estratégia geral, com o fim de fazer avançar os objetivos gerais da sociedade, em vez de indicar a necessidade de que cada lei deva se preocupar em conceder a cada cidadão algo específico que tenha direito a ter, os direitos individuais também não podem ser escarneados, servindo de trunfos para influenciarem os desenhos das políticas. Em outras palavras, o governo tem ampla margem para constituir as políticas públicas buscando o interesse geral coletivo, “desde que as divisões não sejam arbitrárias e não mascarem discriminações ilegítimas que violariam os direitos individuais”, mesmo que essa violação pudesse contribuir para o avanço do bem-estar geral (DWORKIN, 2014, p. 373-374).

Assim, conforme sublinha Dworkin (2014, p. 374), a partir do momento em que a política (*policy*) tenha sido constituída pelas autoridades políticas, os indivíduos passam a ter inequivocamente os direitos que lhes foram atribuídos na extensão que o direito como integridade defende, ou seja, em todas as extensões fundadas nos princípios que subjazem à mesma política.

Do que ficou dito, podemos perceber que uma política de acesso a medicamentos delimitada a alguns agravos à saúde e restrita a pessoas de olhos azuis ou verdes sem qualquer correlação com essa característica fenotípica representa claramente uma divisão arbitrária.

Porém, de uma maneira geral, podemos vislumbrar a importância que o governo conferiu ao tratamento desses agravos de saúde na comunidade, razão pela qual será necessário, sob a ótica do direito como integridade, estender o direito de acesso aos medicamentos a todas as pessoas da comunidade que apresentem os mesmos agravos, e não apenas às de olhos azuis ou verdes. Constituída a política, em síntese, todas essas pessoas passarão a ter, inequivocamente, os direitos nela desenhados.

Por outro lado, se a demanda postulada perante o Poder Judiciário contiver um pedido de prestação de um serviço ou fornecimento de um bem que não esteja contemplado nas políticas constituídas, o Supremo definiu três proposições distintas para analisar a questão, entendendo ser “imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação”.

Por essas condições, considerando a hipótese (3), o STF entendeu que, diante da regulamentação normativa da Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos e correlatos, somente podem ser entregues ao consumo no país, inclusive os importados, se forem devidamente registrados no Ministério da Saúde (art. 12), afigurando-se esse registro “como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto”. Em consequência, a inexistência de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária⁸² (ANVISA) constitui vedação legal da entrega do medicamento para consumo no país, salvo em casos absolutamente excepcionais, como o estabelecido pelo § 5º do art. 8º da Lei nº 9.782/99, que permite que a Agência dispense o registro no caso de medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde⁸³.

⁸² Autarquia vinculada ao Ministério da Saúde, conforme art. 3º da Lei nº 9.782/99.

⁸³ No Recurso Extraordinário nº 657.718/MG, sob o regime de repercussão geral sobre a controvérsia relativa ao dever de o Estado fornecer medicamento não registrado pela ANVISA, o Min. Luís Roberto Barroso, em conformidade com a Resolução RDC nº 38/2013, anotou ainda a possibilidade de acesso a medicamento novo, promissor, não registrado na Agência, a pacientes portadores de doenças debilitantes graves e/ou que ameacem a vida, desde que não haja alternativa terapêutica satisfatória com produtos registrados no país. Além dessa hipótese baseada em regulamentação da Agência, o mesmo Ministro admite uma última possibilidade “absolutamente excepcional”: nos casos de “irrazoável mora da Anvisa em apreciar pedido de registro”, desde que presentes cumulativamente três requisitos, quais sejam, que o medicamento tenha sido submetido a registro no país sem que tenha a ANVISA manifestado sua negativa; que não haja substituto terapêutico registrado na Agência; e que o medicamento esteja registrado em renomadas agências reguladoras fora do Brasil (voto está disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-657718-Medicamentos-sem-registro-Anvisa-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2017). Contudo, importa observar que o julgamento do mérito, iniciado em 15 de setembro de 2016, foi interrompido pelo pedido de vista do Min. Teori Zavascki em 28 de setembro do mesmo ano, estando, portanto, inconcluso, restando a apreciação por parte de 8 Ministros (acompanhamento processual disponível em:

Já no que toca à situação (2), em que o Poder Público adota uma decisão em sentido contrário à incorporação do medicamento, produto ou procedimento ao SUS, verifica-se de maneira muito evidente que, em verdade, não há qualquer omissão inconstitucional do governo, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário ao apreciar a questão judicial que busque afastar esse posicionamento.

Finalmente quanto à hipótese (1), em situações de omissão administrativa e/ou legislativa em relação a específico medicamento, produto ou procedimento, é necessário apreciar se a omissão em avaliar determinada tecnologia decorre do fato de haver ou não alternativa disponível no SUS.

De uma maneira geral, ressaltou o STF que “deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento da opção diversa escolhida pelo paciente [ou pelo profissional de saúde]”, porquanto o sistema público de saúde se filiou à doutrina da “medicina baseada em evidências” (MBE)⁸⁴. Nessa linha assumida pelo SUS, os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (PCDT) representam um certo consenso científico a respeito dos recursos diagnósticos e terapêuticos, consistindo em um conjunto de critérios para determinar o diagnóstico da doença ou do agravo à saúde, estabelecendo de que maneira o tratamento deve ser levado a efeito, “com os medicamentos e demais produtos apropriados, quando couber; as posologias recomendadas; os mecanismos de controle clínico; e o acompanhamento e a verificação dos resultados terapêuticos, a serem seguidos pelos gestores do SUS”⁸⁵. Assim, como destaca a Suprema Corte, “um medicamento ou tratamento em desconformidade com o Protocolo deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar um consenso científico”. Portanto, tais protocolos, antes de serem vistos como meras representações burocráticas limitadoras de direitos, são construções delineadoras de políticas alinhadas a elevados níveis de evidência científica, o que deve ser suficiente para, sob a ótica do direito como integridade, limitar a liberdade de apreciação judicial, buscando, como primeiro passo e antes de qualquer deliberação, avaliar se há alternativa terapêutica prevista de modo a privilegiá-la.

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4143144>>. Acesso em: 15 jun. 2017).

⁸⁴ Os contornos mais simples sobre a MBE serão traçados mais a frente.

⁸⁵ A definição do PCDT está assentada no art. 2º, inciso VIII, do Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011.

Não obstante a previsão de diversos PCDT⁸⁶ e/ou linhas de cuidados construídas, pode ocorrer que, por razões específicas de cada organismo, a política de saúde existente não seja adequada a determinada pessoa, o que permitirá, segundo a Suprema Corte no julgamento paradigma, que a própria administração pública ou o Poder Judiciário decidam por uma “medida diferente da custeada pelo SUS” desde que seja “comprovada a ineficácia ou a impropriedade” dessa política.

Por sua vez, pode ocorrer também que a um determinado agravo não haja tratamento algum ofertado pelo SUS, cabendo, nessa hipótese, divisar as seguintes situações: no caso de os tratamentos pleiteados em juízo serem experimentais ou na hipótese de a tecnologia ainda não haver sido submetida à avaliação para fins de incorporação pelo SUS, não obstante estar devidamente registrada na ANVISA.

Diante da primeira hipótese, dos denominados “tratamentos experimentais”, desde logo a Corte afirmou, novamente com base nos dados da audiência pública, que “o Estado não pode ser condenado a fornecê-los”, na medida em que são ainda caracterizadas como “pesquisas clínicas”, “sem comprovação científica de sua eficácia” porque “nunca foram aprovadas ou avaliadas”. Nesse ponto, considerando que o tratamento experimental é “disponibilizado apenas no âmbito de estudos clínicos ou programas de acesso expandido”, não é possível ao Estado analisá-lo e avaliá-lo, razão por que não se pode sequer afirmar que há omissão por parte do governo, porquanto não estão, nem poderiam estar, disponíveis ao acesso fora do círculo da pesquisa. Nota-se que, nesse ponto específico, ao contrário do que expôs quanto aos medicamentos não registrados na ANVISA, a Corte não ressaltou nem mesmo a possibilidade de os tratamentos experimentais serem albergados em hipóteses excepcionais. Em verdade, como a pesquisa ainda está sendo desenvolvida, eventual obrigação decorrente de pronunciamento judicial de custear esses experimentos ocasionaria mais do que somente ofertar algo perigoso, porque nunca avaliados, mas transformaria, se a pesquisa estiver sendo promovida por um laboratório com futura previsão de lucro, o poder público em financiador dessa mesma pesquisa, o que é abominável.

Já quanto à segunda situação, em que sequer houve averiguação técnica da tecnologia a fim de avaliar as evidências científicas, o que inclusive pode não ter ocorrido em razão da velocidade das inovações médicas assinaladas anteriormente, afirmou a Corte que “é preciso que se tenha cuidado redobrado na apreciação da matéria”, sendo “imprescindível que

⁸⁶ Os PCDT existentes estão disponíveis para acesso público no seguinte endereço eletrônico: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/840-sctie-raiz/daf-raiz/cgceaf-raiz/cgceaf/l3-cgceaf/11653>>.

haja instrução processual, com ampla produção de provas” para a prudente deliberação judicial. De acordo com o relator, “esse é mais um dado incontestável” derivado da audiência pública e cujo argumento deve ser estendido indistintamente às situações em que se pleiteia judicialmente uma nova tecnologia, tanto no caso de haver quanto na hipótese de inexistir alternativa terapêutica ofertada pelo sistema público de saúde.

Porém, esses casos – em que se comprova a ineficácia ou a impropriedade da política diante de um determinado organismo de uma específica pessoa; ou em que se constata a inexistência de alternativa terapêutica – devem ser tratados como exceção, sendo injusto pretender que o mesmo tratamento, diante da análise do caso concreto, seja estendido a toda uma coletividade a partir da decisão judicial. Essa ressalva, ademais, foi suscetível de reflexão por parte do relator:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

Além disso, importante atentar para o fato de que o surgimento de uma nova tecnologia não pode e não deve significar, automática ou celeremente, a sua incorporação ao SUS, e isso também não deve significar qualquer problema para o direito como integridade. Interessa avaliarmos dessa forma porque, caso contrário, o direito estaria necessariamente manietado às evoluções particulares das indústrias, de maneira que a criação do direito estaria praticamente subordinada aos comportamentos das empresas privadas – seja porque inovadores, seja porque apenas como reflexo da estratégia de mercado – e os profissionais de saúde que prescrevessem tais tecnologias seriam, ao fim e ao cabo, os agentes criadores das políticas de assistência e suas prescrições seriam como que as notas de empenho. Sem falar que isso ocasionaria problemas práticos insolúveis, imaginando que, a cada nova tecnologia lançada, novas licitações deveriam ser abertas, o que tornaria os produtos antigos e obsoletos (muitas vezes, paradoxalmente, derivados de inovações recentes), apesar de ainda preencherem as prateleiras do Poder Público.

4.1 BREVES NOTAS SOBRE A MEDICINA BASEADA EM EVIDÊNCIAS (MBE)

Consoante foi sublinhado nos termos do precedente da STA nº 175, o SUS sabidamente filiou-se à corrente da medicina baseada em evidências (MBE), a qual pode ser

definida “como o elo entre a boa pesquisa científica e a prática clínica”, de sorte que “boas pesquisas científicas objetivam reduzir a incerteza na área da saúde para ajudar na tomada de melhores decisões clínicas” (EL DIB, 2007). Essa corrente é muito importante em qualquer decisão clínica e ganha contornos de essencialidade em sistemas de saúde que se pretendem universais. A sua adoção pelo SUS fica clara com a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, alterada pela Lei nº 12.401, de 28 de abril de 2011. Em seu art. 19-Q, § 2º, que dispõe sobre os critérios para a incorporação de tecnologias no SUS, assenta-se:

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível (grifo nosso)

Além disso, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) recentemente aprovou a Resolução nº 238, de 6 de setembro de 2016⁸⁷, instando os Tribunais a criarem órgãos de assessoramento técnico a fim de elaborarem “pareceres acerca da medicina baseada em evidências” para auxiliarem os magistrados na tomada de decisões diante das demandas judiciais envolvendo o direito à saúde. Essa recente norma administrativa é uma decorrência da Recomendação nº 31, de 30 de março de 2010⁸⁸, e da Resolução nº 107, de 6 de abril de 2010⁸⁹, ambas do CNJ, aquela recomendando aos tribunais a adoção de medidas para auxiliar os magistrados e demais atores do direito na solução de litígios envolvendo demandas de saúde e esta instituindo o Fórum Nacional do Judiciário para monitoramento e resolução de demandas da mesma problemática. Não é demais ressaltar que essas medidas tomadas pelo CNJ são consequências diretas da Audiência Pública nº 4 do STF.

Ainda, o mesmo CNJ promoveu, como ações do Fórum Nacional do Judiciário, duas jornadas nos anos de 2014 e 2015, com ampla e plural participação de magistrados, membros do Ministério Público, gestores e profissionais de saúde, além de interessados em geral, resultando na aprovação de enunciados cujo objetivo é auxiliar na interpretação sobre a saúde como direito acerca dos mais variados assuntos de saúde pública, saúde suplementar e

⁸⁷ Conteúdo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n238-06-09-2016-presidencia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁸ Conteúdo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n31-30-03-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁸⁹ Conteúdo disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n107-06-04-2010-presidencia.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

biodireito⁹⁰. Restritamente ao assunto que estamos tratando – a corrente da medicina baseada em evidências –, são cinco os enunciados aprovados:

16 - Nas demandas que visam acesso a ações e serviços da saúde diferenciada daquelas oferecidas pelo Sistema Único de Saúde, o autor deve apresentar prova da evidência científica, a inexistência, inefetividade ou impropriedade dos procedimentos ou medicamentos constantes dos protocolos clínicos do SUS.

18 - Sempre que possível, as decisões liminares sobre saúde devem ser precedidas de notas de evidência científica emitidas por Núcleos de Apoio Técnico em Saúde - NATS.

29 - Na análise de pedido para concessão de tratamento, medicamento, prótese, órtese e materiais especiais, os juízes deverão considerar se os médicos ou os odontólogos assistentes observaram a eficácia, a efetividade, a segurança e os melhores níveis de evidências científicas existentes. Havendo indício de ilícito civil, criminal ou ético, deverá o juiz oficiar ao Ministério Público e a respectiva entidade de classe do profissional.

50 - Salvo prova da evidência científica e necessidade premente, não devem ser deferidas medidas judiciais de acesso a medicamentos e materiais não registrados pela ANVISA ou para uso *off label*.

59 - As demandas por procedimentos, medicamentos, próteses, órteses e materiais especiais, fora das listas oficiais, devem estar fundadas na Medicina Baseada em Evidências.

Não obstante a preocupação e a linha adotada pelo SUS, é comum que o Poder Judiciário defira medidas liminares sem maiores preocupações com tais evidências científicas, consoante demonstra estudo de Pepe *et al* (2010). Em uma amostra de 185 processos em tramitação no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, os autores observaram que em 100% dos casos as liminares foram concedidas, sendo que em nenhum deles houve a determinação de providências relativas ao mérito antes dessa deliberação inicial⁹¹. Desses processos, foi possível identificar o medicamento apenas em 98 deles, porém “em 80,6% havia a solicitação de ao menos um medicamento não pertencente aos elencos oficiais”, o que sugere um determinado dissenso com as evidências científicas. Ademais, diante desses dados – alto índice de liminares e o baixo número de exigências complementares antes da análise da liminar, sobretudo tendentes apenas à comprovação da hipossuficiência –, concluem os autores que o principal respaldo documental são os “fornecidos pelo demandante, em geral, os receituários médicos”.

⁹⁰ Os enunciados estão disponíveis nos seguintes endereços eletrônicos: I Jornada, <http://www.cnj.jus.br/images/ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SAUDE_%20PLENRIA_15_5_14_r.pdf>; II Jornada, <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/05/96b5b10aec7e5954fcc1978473e4cd80.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

⁹¹ Registrou-se que em 9,6% das ações se exigiu providência anterior à concessão de liminar, limitada todavia à regularização de documentos civis (e não médicos) ou, mais frequentemente, a comprovação da hipossuficiência.

Outro estudo com viés semelhante indicou informações aproximadas. Marques e Dallari (2007), em pesquisa em livros de sentença abrangendo 71,4% das Varas da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, com uma amostra de 31 processos, extraíram os argumentos preponderantes nas peças processuais dos juízes, autores e réus. Em 100% das petições iniciais constava o argumento de que o medicamento prescrito pelo médico “representa um avanço científico e é o único capaz de controlar a moléstia que lhe acomete” e mais de 80% das decisões judiciais consideraram que “questões políticas não podem disciplinar ou condicionar o exercício” do direito à saúde, mais especificamente o de acesso a medicamentos. Como resultado, 93,5% das decisões concederam liminar em favor do autor, tendo 90,3% das ações sido julgadas procedentes, com a observação de que não houve nenhuma decisão improcedente no tocante ao exame do mérito.

Ambos os estudos sugerem, portanto, a tendência de conferir importante ou mesmo preponderante valor à opinião dos profissionais prescritores. Entretanto, para a MBE, as opiniões de especialistas apresentam o mais baixo nível de evidência científica na análise da prática clínica. Com efeito, os níveis de evidência científica apresentam uma ordem hierárquica, diante do que os estudos que apresentam níveis mais elevados devem ser dominantes sobre os mais baixos. El Dib (2007) apresenta oito níveis de evidências, a saber:

[...] as revisões sistemáticas com ou sem metanálises (consideradas nível I de evidências), seguidas dos grandes ensaios clínicos, denominados *mega trials* (com mais de 1.000 pacientes – nível II de evidências), ensaios clínicos com menos de 1.000 pacientes (nível III de evidências), estudos de coorte (não possuem o processo de randomização – nível IV de evidências), estudos caso-controle (nível V de evidências), séries de casos (nível VI de evidências), relatos de caso (nível VII de evidências), opiniões de especialistas, pesquisas com animais e pesquisas *in vitro*. As três últimas classificações permanecem no mesmo nível de evidência (nível VIII de evidências)⁹² [...].

Assim, as prescrições dos profissionais que embasam os pedidos judiciais, quando divorciados de outros elementos de convicção fundamentados na medicina baseada em evidências, são tratados como meras opiniões de especialistas, apresentando, por conseguinte, menor grau de evidência científica. Essa constatação demonstra que o simples afastamento das políticas de saúde, quando estas são qualificadas por bases científicas, não representa apenas o desprezo pela política constituída, mas o desprezo pelo conhecimento científico no qual está embasada.

⁹² Cabe repetir a ressalva da autora de que “a hierarquia dos níveis de evidências apresentada acima é válida para estudos sobre tratamento e prevenção. Portanto, se a questão formulada for relacionada a fatores de risco, prevalência de uma doença ou sensibilidade e especificidade de um teste diagnóstico, a ordem dos níveis de evidências apresentados será modificada em virtude da questão clínica” (EL DIB, 2007).

4.2 RESUMO PROVISÓRIO DO CAPÍTULO

A partir da deliberação do STF na STA nº 175, podemos perceber que muitas políticas de assistência à saúde são qualificadas por conhecimentos eminentemente científicos, de modo que essas políticas estão conectadas à ciência. Por essa razão, a Suprema Corte no acórdão paradigma nota e anota a importância das construções científicas como destacados elementos que devem necessariamente influenciar a deliberação judicial, o que fica especialmente claro ao afirmar, reconhecendo a transcendência da medicina baseada em evidências, que os “tratamentos experimentais” não devem ser concedidos e também ao exigir a produção de provas diante de pedidos que não correspondam às políticas já constituídas, pois tendem a contrariar um consenso científico.

Além disso, a Corte Suprema esquadrinhou as situações-problemas envolvendo a crescente judicialização da saúde, o que permitiu emoldurar o caminho a ser percorrido pelo Poder Judiciário diante de uma demanda no contexto do mesmo problema.

Segundo a Corte, o primeiro passo a ser dado no caminho de uma demanda abrangendo a saúde é questionar sobre a existência, ou não, de políticas públicas já constituídas a respeito do pedido em litígio. Havendo, sob a ótica do direito como integridade, essa política acomoda inequivocamente o direito do cidadão, o que indica claramente que o caminheiro chegou ao ponto de chegada de sua travessia, não havendo dúvidas que àquele cidadão deve ser garantido o direito qualificado pela política. Nesse ponto, houve uma indicação bastante firme de que deve ser intensa a preocupação com a construção de políticas qualificadoras de direitos em decorrência da responsabilidade política do Estado em promover, proteger e recuperar a saúde de seus cidadãos, sob pena de, na ausência dessas políticas, haver odiosa omissão inconstitucional.

Por outro lado, no caso de inexistência de política que abrigue o pedido, serão três os percursos possíveis a trilhar. Como primeira possibilidade, diante de uma vedação legal, haverá uma tendência muito forte de a travessia se encerrar imediatamente, na medida em que apenas em situações absolutamente excepcionais será permitida a continuidade da caminhada, conforme ficou destacado anteriormente no presente capítulo.

A segunda trajetória possível se configura diante de uma situação em que o pedido deduzido em juízo não é resultado da omissão do poder público, mas, pelo contrário, de sua atuação anterior negando expressamente a incorporação da tecnologia pleiteada. Aqui, tal

como na antecedente, a caminhada tende a terminar, devendo o Poder Judiciário agir com todo o cuidado ao pretender contrariar a posição manifestada pelo poder público.

Por fim, o terceiro percurso viável é o mais complexo e diz respeito a uma omissão do poder público no sentido de ainda não haver se manifestado sobre uma específica tecnologia que vem a ser requerida em juízo. Essa omissão por si só, no entanto, não significa a inércia letárgica do Estado, de maneira que a estrada deverá se bifurcar a fim proporcionar a pavimentação necessária ao bom desenvolvimento da jornada. Nesse sentido, é preciso avaliar se, apesar de não haver posição oficial sobre a tecnologia pretendida, o SUS oferece alternativa terapêutica para o mesmo agravo ou doença.

Caso haja alternativa terapêutica, esse deverá ser o rumo a tomar porque, ao mesmo tempo em que significa que já há uma política pública constituída para o tratamento do mesmo agravo ou doença, a despeito de não abranger a tecnologia pleiteada, também pode representar um consenso científico com elevados níveis de evidência a embasá-la. Porém, se a discussão orbita em torno de um pedido sem alternativa terapêutica, nova bipartição deve ser realizada para a continuidade da marcha. Assim, na hipótese de pedido de tratamento experimental, a excursão chegará ao seu final, porquanto, em verdade, o que se postula ainda é de valor cientificamente inexistente porque está em situação de pesquisa, nunca havendo sido aprovada em qualquer parte do mundo e, por consequência, não deve ser juridicamente tutelada. Por fim, na situação em que há um requerimento cuja tecnologia, devidamente registrada na ANVISA, nunca foi avaliada pelo poder público para incorporá-la ao SUS – sejam quais forem os motivos dessa falta de avaliação –, o STF brandiu advertências, como um dado incontestável decorrente da Audiência Pública nº 4, de que o caminho deve ser percorrido com a mais absoluta cautela, com ampla produção probatória, notadamente baseada em evidências científicas idôneas. Esse último percurso igualmente deverá ser adotado nos casos em que, sem embargo de haver alternativas terapêuticas disponíveis do SUS, houver a alegação de que esses equivalentes são impróprios ou ineficazes perante a situação concreta.

Do que foi descrito, é possível perceber na Figura 1 o caminho a ser percorrido, conforme o STF, diante de uma demanda judicial pleiteando um tratamento de saúde.

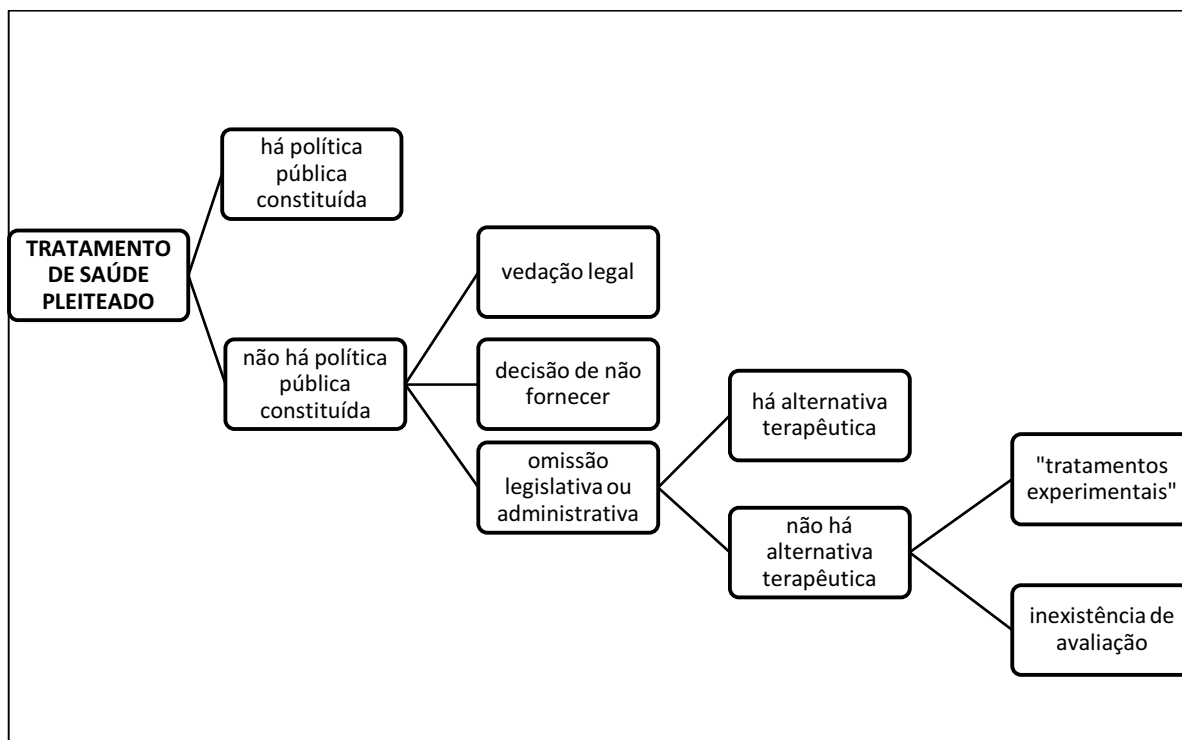


Figura 1 – elaboração própria

Não sendo o bastante o precedente acima mencionado, novas decisões políticas sobrevieram com a pretensão de aperfeiçoar e tornar mais claras as especificidades técnico-científicas da complexa relação entre direito e saúde. Nessa linha, a Lei 8.080/1990, conhecida como Lei Orgânica da Saúde, sofreu alterações promovidas pela Lei nº 12.401/2011, tendo sido incluído todo um capítulo a fim de disciplinar a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologias; o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu documentos normativos, no plano administrativo, instando os Tribunais de todo o país a se envolverem mais profundamente com a importante questão da saúde, especialmente para deixar claro que o Poder Judiciário deve se socorrer de outras áreas do conhecimento no momento da deliberação judicial; o mesmo CNJ, com uma participação multifacetada, esgrimiu diversos argumentos plurais, o que levou à produção de enunciados com o fim de auxiliar os magistrados – e os diversos atores jurídicos – a se desincumbirem com responsabilidade da tarefa de interpretar a saúde como direito.

Do exposto até o momento, percebemos que não se está diante de uma encruzilhada. Há uma resposta certa a ser dada e o caminho está pavimentado. O desfecho da STA nº 175⁹³

⁹³ Oportuno esclarecer que, por ocasião do julgamento, estavam presentes no Plenário do Supremo Tribunal Federal todos os 11 Ministros, havendo sido negado provimento ao agravo regimental na STA nº 175 por unanimidade, nos termos do voto do relator. Estavam presentes, além do Ministro relator, Gilmar Mendes, os eminentes Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, conforme extrato da ata de julgamento

pode ser um bom exemplo prático de um capítulo do romance em cadeia no direito, na medida em que, por sua manifestação, claramente se demonstrou a preocupação com os próximos capítulos que estão por vir a ser escritos por juízes do país inteiro, inclusive os do STF. Além disso, para dar sua honrosa contribuição e escrevê-lo, examinou de forma criteriosa os capítulos anteriormente escritos, analisando os precedentes, as leis e algumas políticas constituídas, valendo-se, para isso, do oxigênio exalado por outros contributos que espelharam uma visão própria durante a Audiência Pública nº 4, mormente porque, como já destacado, “o valor de um bom romance não pode ser apreendido a partir de uma única perspectiva” (DWORKIN, 2014, p. 277). Verdadeiramente, será mais importante verificar o que os juízes fizeram – isto é, se consideraram todas as escaladas ascendentes – do que disseram, o que confirma o precedente citado como um capítulo muito importante na história do direito à saúde.

4.3 FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA. EXEMPLO DE DESCONSIDERAÇÃO DA CADEIA DO DIREITO

Nas passagens anteriores, pudemos perceber a existência de vários capítulos escritos por decisões políticas anteriores a respeito da saúde como direito, os quais devem ser levados a sério se pretendemos viver sob o império do direito. As páginas já escritas por muitas mãos devem ser consideradas, analisadas, compreendidas e interpretadas e somente serão honradas se as páginas futuras continuarem a história como se as próximas penas fossem conduzidas pelas mesmas mãos. Novos capítulos gloriosos ou extraordinários que ignorem essa história, ainda que repletos de boas intenções, serão desrespeitosos e simplesmente significarão a imposição de um ponto de vista sobre os demais. As folhas em branco das páginas a serem escritas não querem dizer que há liberdade de criar; muito ao contrário, as folhas brancas estão constrangidas por pautas e margens e delas o escritor não poderá desbordar.

Muito recentemente, no entanto, um exemplo de desprezo pela continuidade da história e indiferença pelos capítulos já escritos gerou um grande impacto sobre a saúde e as expectativas da população brasileira, culminando na reafirmação da preponderância de uma visão ensimesmada do Poder Judiciário para decidir sobre qualquer coisa. Trata-se do episódio envolvendo a fosfoetanolamina sintética, que passou a ser conhecida como a “pílula

do câncer”, substância esta que foi apresentada ao Poder Judiciário no cenário nacional como tendo propriedades terapêuticas para a cura da doença. Essa substância, que não é medicamento⁹⁴, nem passou pelos critérios científicos necessários para o consumo humano⁹⁵, “foi desenvolvida em um simples laboratório universitário de Química, ambiente, portanto, absolutamente impróprio à fabricação de um fármaco” (SANTOS *et al.*, 2017, p. 142). Nada obstante, Bucci afirma criticamente que o episódio em questão representou “o dia em que a justiça curou o câncer”, considerando que “entre junho de 2015 e fevereiro de 2016, a Universidade de São Paulo (USP) recebeu mais de 13 mil medidas liminares determinando a entrega da substância fosfoetanolamina sintética a pacientes de câncer” (BUCCI, 2017, p. 31).

De fato, Santos *et al.* (2017, p. 139-173), realizando um estudo de caso, expuseram situações diversificadas sobre as deliberações judiciais relativas ao problema, como as decisões concessivas da substância sem qualquer prescrição médica, determinando, inclusive, que a quantidade a ser consumida fosse indicada pelo Instituto de Química da USP; ou a majoração da multa diária por descumprimento, que chegou ao patamar de R\$ 1 milhão, não se levando em conta a limitada capacidade de produção daquele laboratório; ou ainda a busca e apreensão da toda a substância existente, desconsiderando a quantidade de outras decisões judiciais desfavoráveis à universidade. Todavia, mais que a repercussão na prática jurídica do caso da fosfoetanolamina, o Poder Judiciário gravemente ignorou sua capacidade institucional sobre questões eminentemente técnicas, sem nenhum apreço pelas evidências científicas (ou a

⁹⁴ O Conselho Federal de Medicina (CFM), a Associação Médica Brasileira (AMB) e a Sociedade Brasileira de Oncologia Clínica (SBOC) emitiram nota (disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26051:2016-03-22-21-33-35&catid=3>. Acesso em 21 mai. 2017) ressaltando que “a despeito de posições contrárias da Anvisa, do Conselho Federal de Medicina e de diversas sociedades médicas, as decisões do Poder Judiciário vêm colocando nas mãos de pacientes uma substância não reconhecida como medicamento, sobre a qual pouco se sabe”, entendendo que poderia ocasionar “um risco à saúde pública e um agravo ao poder constituído das entidades médicas”.

⁹⁵ Diante do volume de demandas que ocasionou em todo o país, a ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) expediu a Nota Técnica nº 56/2015/SUMED/ANVISA (disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents/33836/349757/NOTA+T%C3%89CNICA+56+2015+-+SUMED+-+Esclarecimentos+sobre+a+fosfoetanolamina/4b34c204-8924-4b14-9396-62224e7d1d8e>>. Acesso em: 21 mai. 2017) visando dar esclarecimentos sobre a fosfoetanolamina, tendo sido assertiva no sentido de que “não há na Anvisa qualquer registro concedido ou pedido de registro para medicamentos com o princípio ativo fosfoetanolamina. Neste contexto, ressaltamos que também não há em curso qualquer avaliação de projetos contendo a fosfoetanolamina para fins de pesquisa clínicas envolvendo seres humanos”. Assim, a agência não poderia reconhecer, “por absoluta falta de dados científicos, a suposta eficácia da fosfoetanolamina para o tratamento do câncer, ou seja, os seus efeitos são totalmente desconhecidos”. Concluindo, a ANVISA emanou advertência de que “o uso dessa substância não tem eficácia e segurança sanitária, o uso desse produto pode ser prejudicial ao paciente e não deve substituir os medicamentos e procedimentos já estudados e com eficácia comprovada cientificamente”.

falta delas), imergindo em si mesmo e com possibilidade de ocasionar consequências inimagináveis.

Com efeito, não é à toa que há várias etapas a serem percorridas com o fim de garantir, ademais da eficácia, a segurança do tratamento, o que leva a trâmites próprios baseados inclusive em preceitos éticos internacionais ao passar por experiências com seres vivos, animais e/ou seres humanos. Consoante Ferreira *et al.* (2009, p. 14), a introdução de um fármaco é um processo longo, em média 12 anos, e, de cada 100 mil novos compostos descobertos, apenas 250 chegam à etapa de ensaios pré-clínicos e somente cinco entram no estágio de ensaios clínicos, isto é, com testes em seres humanos⁹⁶. É de ressaltar que mesmo os medicamentos submetidos a esses rigorosos controles são passíveis de efeitos adversos.

“Um dos mais dramáticos episódios da história da medicina” foi o caso da talidomida, mundialmente prescrita, no início da década de 60, para alívio dos sintomas relacionados a enjoos e náuseas comuns em gestantes. Ocorre que esse medicamento deixou um “trágico saldo” de 8 mil crianças com deformação congênita (focomelia) em 46 países, incluindo o Brasil, resultando em sua retirada do mercado em 1961 após três anos de comercialização⁹⁷ (FERREIRA *et al.*, 2009, p. 17). “A tragédia abalou os médicos, a indústria farmacêutica e os pacientes e levou a uma reestruturação mundial do processo de desenvolvimento e licenciamento de medicamentos” (EVANS *et al.*, 2016, p. 45).

Malgrado o caso da talidomida, cerca de 50 anos após e no corrente século, outro evento de grandes proporções evidenciou a necessidade de permanente vigilância sobre tratamentos disponibilizados, mesmo que tenham passado pelas amplas e rigorosas etapas éticas e científicas das pesquisas. Em 2004, a fabricante do composto rofecoxibe, de nome comercial Vioxx[®], anunciou a sua retirada do mercado, em razão de um estudo que demonstrou que, após 18 meses de início do tratamento, o medicamento ocasionava um risco relativamente maior de infarto de miocárdio e acidentes vasculares cerebrais em comparação com o grupo de pessoas que recebera placebo. No período aproximado de cinco anos em que

⁹⁶ Essa etapa de ensaios clínicos é dividida em três fases: a primeira em voluntários normalmente saudáveis (30-100 voluntários), com o objetivo de avaliar a tolerância e a posologia segura; a segunda visa a avaliar a eficácia em doentes (100-300 voluntários), assim como a segurança dos medicamentos; a terceira é marcada pela ampliação da amostragem e pela diversificação das pessoas nos testes, assim como a análise de tratamentos mais prolongados, visando também coletar dados sobre a eficácia e a segurança do composto. Essas três etapas devem ser cumpridas antes de o composto poder ser comercializado, após o que aflora a responsabilidade da chamada farmacovigilância a cargo do órgão regulamentador e que consiste no estudo do uso real do medicamento (FERREIRA *et al.*, 2009, p. 14).

⁹⁷ Os autores anotam que a talidomida foi aprovada pela FDA (*Food and Drug Administration*), agência reguladora dos Estados Unidos, em julho de 1998, para o tratamento da hanseníase.

permaneceu no mercado, entre 1999 e 2003, dois milhões de pessoas usaram o Vioxx[®] e “investigadores da FDA estimaram ter havido quase 28 mil infartos do miocárdio e mortes súbitas nos Estados Unidos”⁹⁸ (FERREIRA *et al.*, 2009, p. 20).

Esses números acima demonstram que, se mesmo tratamentos de saúde submetidos a rigorosos controles estão sujeitos a ocasionar reações adversas⁹⁹ ou, inclusive, tragédias, as aventuras em terrenos completamente desconhecidos, inobstante as boas intenções, podem claramente gerar efeitos inimagináveis ou mesmo nefastos. Ao lidar com questões de saúde, sobretudo quando podem alcançar um público amplamente difuso, o conhecimento puramente jurídico não tem a capacidade de superar ou substituir o conhecimento técnico. Os rastros históricos da talidomida e do Vioxx[®] seriam suficientes, se o diálogo houvesse sido reverenciado, para alertar o Poder Judiciário a não se substituir às vozes científicas e das entidades médicas contrárias à fosfoetanolamina.

Apesar dessas históricas e notórias consequências adversas sobreditas, que por si só poderiam ser suficientes a evitar que aquelas 13 mil liminares fossem deferidas, o caso da fosfoetanolamina ressalta uma possível conduta desintegradora do direito ante o aviltamento tanto do precedente já detalhado quanto da medicina baseada em evidências. Com efeito, segundo anotam Bucci (2017, p. 32) e Santos *et al* (2017, p. 142-143), a substância foi administrada, no âmbito de uma pesquisa de mestrado, apenas em camundongos, obtendo resultados positivos no tratamento de melanomas desses animais. Contudo, não se seguiram protocolos científicos para o desenvolvimento de um medicamento e, conseqüentemente, não

⁹⁸ Para efeito de contextualização e com o fim de indicar que os efeitos adversos provocados por esses fármacos foram exponenciais, parece conveniente apresentar o impacto que foi provocado, até o momento, por uma situação de saúde pública que alarmou o Brasil e o mundo: a correlação entre o Zika vírus e o aumento de nascimento de crianças com microcefalia e/ou com alterações do sistema nervoso central (SNC), que levou o país a declarar Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) por meio da Portaria GM/MS nº 1.813, de 11 de novembro de 2015, e a Organização Mundial de Saúde (OMS) a declarar emergência de saúde pública de importância internacional em 01 de fevereiro de 2016 no marco do Regulamento Sanitário Internacional. Consoante Boletim Epidemiológico nº 17/2017, da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde (disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/junho/01/BE-2017-015-Monitoramento-integrado-de-alteracoes-no-crescimento-e-desenvolvimento.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017), entre as Semanas Epidemiológicas (SE) 45/2015 e 18/2017, que corresponde ao período de aproximados 18 meses, entre 08/11/2015 e 06/05/2017, foram confirmados 2.722 casos de alterações relacionadas à infecção pelo vírus Zika e outras etiologias infecciosas, 127 foram classificados como prováveis, tendo sido descartados 5.817 e ainda remanescendo em investigação 3.245 casos, em um contingente total de 13.719 casos notificados. Quanto aos óbitos fetais e neonatais, que foram monitorados a partir dos casos notificados, foram confirmados 28 casos em decorrência da infecção congênita durante a gestação, 7 foram classificados como prováveis e 45 foram descartados, estando ainda 267 em investigação. Fazendo a comparação, portanto, temos até o momento que, enquanto houve 2.722 casos confirmados de nascimento de crianças com microcefalia e/ou com alterações do SNC com 28 óbitos decorrentes da infecção pelo vírus Zika, a talidomida causou um grave impacto sobre a saúde de cerca de 8 mil crianças e o Vioxx[®] sobre cerca de 28 mil pessoas.

⁹⁹ Destaque-se que, conforme Ferreira *et al.* (2009, p. 16/24), “aproximadamente 22 fármacos foram retirados do mercado dos Estados Unidos desde 1982, sendo que 77% na última década”.

se chegou à etapa de ensaios clínicos, momento em que são viáveis os testes em seres humanos. Nesse contexto, mesmo a despeito de a substância não poder se enquadrar como um tratamento experimental, é a situação que minimamente se aproxima dos caminhos emoldurados pelos Supremo Tribunal Federal em demandas judiciais envolvendo a saúde. Rememorando, nos casos de pedidos judiciais envolvendo tratamentos experimentais, a Corte foi peremptória no sentido da impossibilidade da tutela jurisdicional favorável.

Sem qualquer embargo dessa firme posição do STF, nunca é demais lembrar que o direito como integridade não pretende ser definitivo, estando sujeito permanentemente a refinamentos. Entretanto, qualquer aprimoramento que se pretenda não pode menosprezar a cadeia do direito, como se as deferências a essas decisões políticas anteriores representassem um retorno atávico e a nova decisão fosse o liminar da modernidade.

Realmente, sem mencionar as milhares de decisões havidas pelo país desconsiderando as decisões políticas anteriores, inclusive a do STF na STA nº 175, a primeira demanda a respeito da substância fosfoetanolamina a ser objeto de apreciação pela Suprema Corte igualmente ignorou esse precedente e a história da saúde como direito, promovendo novo reinício de um romance cujos muitos capítulos já haviam se desenvolvido. Deveras, na esfera da Petição 5.828 (BRASIL, 2015b), o Relator Ministro Edson Fachin suspendeu em sede cautelar uma decisão da presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que havia suspenso uma decisão de primeiro grau que determinara o fornecimento da substância. Em decisão monocrática, ao mesmo tempo em que determinou a emenda da inicial para comprovar a admissibilidade do recurso extraordinário, o relator argumentou que “apenas” o fato da ausência de registro na ANVISA não seria suficiente para fundamentar a suspensão da tutela antecipada deferida em primeiro grau, restabelecendo cautelarmente a obrigatoriedade de fornecimento da substância. Entretanto, o mesmo relator não se atentou para a circunstância de que a ausência de registro se devia ao fato de a substância não ser passível de registro na Agência pelas razões já expostas acima. Essa decisão monocrática¹⁰⁰, assim, desconsiderou por completo a história institucional do STF, especialmente na esfera da STA nº 175, porquanto se um tratamento experimental não pode receber uma tutela jurisdicional favorável, uma substância que assim não se enquadra também não deve ser albergada. Além disso, essa mesma decisão do STF pode ser representativa da

¹⁰⁰ Destaque-se que, na sequência, o Min. Edson Fachin extinguiu a ação sem julgamento de mérito diante da falta de interesse de agir superveniente, pois a presidência do TJSP reconsiderou sua decisão e restabeleceu as liminares anteriormente deferidas em primeiro grau (acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4862001>>. Acesso em: 15 jun. 2017).

atitude do Poder Judiciário ao deliberar sobre medidas cautelares conforme expusemos no item 4.1, pois, ademais de conceder medida cautelar mesmo havendo dúvida sobre a regularidade processual do recurso, o que restabeleceu a obrigatoriedade do fornecimento da substância, não demonstrou maiores preocupações com as evidências científicas.

Outra importante demanda perante o STF a respeito da fosfoetanolamina que merece destaque é a Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 828 (BRASIL, 2016c), Relator Ministro Ricardo Lewandowski, por meio da qual a Universidade de São Paulo (USP) pretendia a suspensão de todas as decisões que determinassem o fornecimento da substância, indicadas ou não nos autos, sobretudo em razão da multiplicidade de demandas que estavam ocorrendo em todo o país, além dos argumentos de índole científica indicando o risco à saúde pública decorrente da sua entrega por força de decisões judiciais. Em sua deliberação, o Ministro relator, em primeiro lugar, reconheceu que o caso não se assemelha àqueles pedidos de custeio de medicamentos não registrados na ANVISA que possibilitariam, em caráter excepcional, o fornecimento por determinação judicial, pois a substância, conforme repetimos, não pode ser considerada um medicamento. Em continuidade, assentou que o Poder Judiciário não poderia respaldar a prática de uma medicina que não estivesse baseada em evidências científicas, reconhecendo, expressamente, que as políticas constituídas pelo SUS trazem o necessário respaldo da corrente da medicina baseada em evidências (MBE). Ainda, considerando esses dois argumentos – de que não se trata de medicamento e que a substância não se baseia nas práticas da MBE –, o relator admitiu que o fornecimento da fosfoetanolamina poderia provocar dano à saúde dos próprios requerentes em virtude do desconhecimento dos seus efeitos no ser humano. Em consequência, o Ministro Lewandowski determinou a suspensão de “todas as decisões judiciais, indicadas ou não nos autos, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância ‘fosfoetanolamina sintéticas’ para tratamento do câncer”¹⁰¹.

Assim, até esse ponto, claramente se observa que o STF, na STA nº 828, honrou as páginas já escritas especialmente na STA nº 175, homenageando a linha da medicina baseada em evidências e fazendo as devidas divisões nas trilhas a serem percorridas. Entretanto, ao final e de um modo talvez insólito, o relator manteve a obrigatoriedade de fornecimento da fosfoetanolamina “enquanto remanescer o estoque do referido composto, observada a primazia aos pedidos mais antigos”. No caso, o Ministro Lewandowski, durante todo o

¹⁰¹ Decisão disponível em consulta ao acompanhamento processual da STA nº 828 (disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4937247>>. Acesso em: 20 jun. 2017).

percurso de sua fundamentação, destacou que a substância não podia ser classificada como medicamento e não estaria o seu desenvolvimento baseado minimamente em evidências científicas, o que justificaria a suspensão de todas as decisões judiciais. Contudo, o relator garantiu o fornecimento da fosfoetanolamina remanescente em estoque mesmo levando em conta essas características e reconhecendo que, diante da inexistência de estudos clínicos imprescindíveis, a substância coloca em risco a vida dos interessados. De certa maneira, mesmo na STA nº 828 o STF promoveu uma ruptura da trama maciça que deve acobertar o direito.

4.4 ECULIZUMABE

Discorremos no capítulo 3 que direitos originados por princípios, como o direito à saúde, podem ser qualificados por políticas (*policies*), o que conduz à consideração de que a política é ingrediente do próprio conceito de direito. Ainda, argumentamos que a reserva de meios necessários à consecução dos objetivos gerais é elemento da política e que, portanto, os recursos financeiros ostentam grande importância para a definição de direitos, de modo que, como adverte Dworkin (2013b, p. 435), a justiça não deve se calar quanto aos custos com a saúde. Nesse sentido, reconhecendo que os custos são elementos do direito, reconhece-se que a circunstância de a cobertura universal e integral não abranger tudo para todos em todas as ocasiões não são transigências, mas exigências da justiça.

Argumentamos também que o direito como integridade representa a ideia de uma trama maciça, sem lacunas, o que propugna que tanto não se admite fissuras em seu tecido, quanto não se tolera emendas sobre sua trama. Dito isso, o direito deve se justificar por princípios que se ajustam de maneira congruente à generalidade das decisões políticas, de modo que decisões que apenas isoladamente parecem corretas representam a desintegração do direito. A necessidade do ajuste sobredito é uma imposição de que o direito não pode ser contraditório em si mesmo e seu pronunciamento deve ser feito como a expressão de uma só voz.

Levando a sério essas observações, podemos questionar como o Supremo Tribunal Federal se comporta diante da questão de assegurar os direitos em conjugação com a preocupação acerca dos recursos necessários para essa finalidade, assim como analisar se a Suprema Corte vem a se dedicar à manutenção da integridade do direito com relação ao conjunto de decisões que ela própria profere sobre a mesma problemática.

Em uma pesquisa sobre qual maneira o STF enfrenta as demandas que envolvem a discussão sobre a limitação de recursos e os custos dos direitos¹⁰², Wang (2010, p. 349-371) se circunscreveu à análise de três temas centrais: direito à saúde, direito à educação (vagas em creches, pré-escolas e educação infantil) e pagamento de precatórios¹⁰³. Nesse trabalho, que examinou criticamente os votos disponíveis a fim de entender de que modo o Tribunal avalia os argumentos referentes aos recursos necessários à concretização dos direitos, o autor chegou à conclusão de que, nos temas da educação e, de um modo geral, da saúde, os custos dos direitos e a limitação dos recursos raramente são levados em consideração em situações concretas, sendo abordados apenas de forma teórica, o que confere um caráter meramente retórico na fundamentação de suas decisões. Entretanto, nas situações em que os mesmos temas – saúde e educação – foram objeto de controle abstrato de constitucionalidade¹⁰⁴, o matiz se modificava e era conferido especial relevo aos mesmos argumentos.

Uma hipótese para explicar esta diferença de tratamento pode ser o fato de que em controle abstrato de constitucionalidade há efeito *erga omnes*, o que faz com que os custos dos direitos, a reserva do possível e a escassez de recursos apareçam de forma mais patente do que em casos envolvendo apenas indivíduos ou pequenos grupos (WANG, 2010, p. 369).

Ainda, nos casos de pedido de intervenção federal em face do não pagamento de precatórios, os argumentos dos custos dos direitos e escassez dos recursos foram tratados de maneira muito diferente daqueles relacionados à saúde e à educação, revelando maior grau argumentativo e tendo sido decisivos na sustentação das deliberações judiciais. Assim, em decorrência da pesquisa acima apontada, percebe-se uma clara divergência de tratamento sobre como o STF decide acerca dos custos dos direitos e escassez dos recursos¹⁰⁵, indicando a incongruência do Tribunal no que diz respeito ao tema, o que conduz a uma jurisprudência vacilante.

No que tange especificamente ao aspecto da saúde como direito, percebemos que a STA nº 175, a despeito de traçar minuciosamente os parâmetros para a análise do assunto, não

¹⁰² Foram analisadas 72 demandas, além de outras decisões que foram citadas nestas como precedentes.

¹⁰³ O autor ressalva que, muito embora as demandas envolvendo pedidos de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios não debaterem propriamente o conteúdo dos direitos sociais, “há em todos os acórdãos referência à escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível” (WANG, 2010, p. 364).

¹⁰⁴ Em sede de controle abstrato de constitucionalidade foram analisadas as ADI nº 1950 e 3324 e a ADPF nº 45.

¹⁰⁵ Poder-se-ia argumentar que o grau de fundamentalidade dos direitos à saúde e educação, se comparado com o pedido de intervenção federal decorrente do não pagamento de precatórios, poderia justificar o tratamento diferenciado acerca dos recursos financeiros como valor a ser levado em consideração no momento da decisão. Ocorre que, consoante destaca o autor, relativamente aos pedidos de intervenção federal, em 36 dos 38 acórdãos analisados são tratadas as questões de precatórios alimentares, “necessários para a subsistência do credor e de sua família” (WANG, 2010, p. 368).

desceu ainda mais para enfrentar a questão dos recursos necessários. Porém, independentemente de haver feito ou não expressa menção aos custos do direito à saúde, a apreciação paradigmática conferiu especial primazia às políticas constituídas, o que conseqüentemente abrange, naquilo que já delineamos, a reserva dos meios necessários. Nesse exato contexto, a STA nº 175 proporcionou aos juízes caminhos para uma honrosa continuidade e, para não desbordar dessas trilhas, devem considerar a preponderância das políticas, os recursos necessários e, ainda, as evidências científicas.

Atualmente, encontra-se em curso na Suprema Corte o julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, relator Min. Marco Aurélio, sob o regime de repercussão geral sobre a controvérsia relativa ao dever de o Estado fornecer os chamados medicamentos de “alto custo” que não constam de políticas públicas, oportunidade na qual o romance escrito na STA nº 175 poderá vir a ser refinado. Importa observar que o julgamento do mérito ainda está inconcluso, havendo sido interrompido pelo pedido de vista do Ministro Teori Zavascki em 28 de setembro de 2016, após os votos dos Ministros Marco Aurélio, relator, Roberto Barroso e Edson Fachin. Por essa circunstância, não almejamos fazer uma análise crítica profunda dos votos até o momento proferidos, entretanto vislumbramos ser oportuno reproduzir sinteticamente os raciocínios propostos em rasa comparação com o paradigma.

Em seu voto¹⁰⁶, o relator, Ministro Marco Aurélio, argumentou que os custos dos direitos e problemas orçamentários não têm qualquer importância em face da identificação de uma situação em que o mínimo existencial pode ser abalado e, nesse sentido, pretendeu identificar esse mínimo por meio da conjugação cumulativa de dois elementos: a imprescindibilidade do medicamento e incapacidade financeira. A nosso sentir, o relator desbordou do paradigma ao argumentar que “a imprescindibilidade estará configurada quando provado, em processo e por meio de laudo, exame ou indicação médica lícita” que o medicamento pleiteado é necessário para o “aumento de sobrevivência ou à melhoria da qualidade de vida”. Nesse particular, há sinalização de inversão do que ficou deliberado na STA nº 175, porquanto as políticas de saúde, especialmente as de acesso a medicamentos, já exibem níveis elevados de evidências científica e, como visto, as opiniões de especialistas representam, no âmbito da MBE, os mais rasos níveis de evidência. Além disso, o relator introduz uma inovação – apesar de negá-la – ao pretender que a incapacidade financeira do paciente deve

¹⁰⁶ O voto e o aditamento ao voto estão disponíveis, respectivamente, em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>>; <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471aditamento.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

ser somada à ausência de solidariedade familiar para obrigar o Estado a custear esse medicamento, possibilitando ao poder público, caso comprove a existência de algum membro da família¹⁰⁷ com capacidade financeira, o exercício do direito de regresso contra este.

Por sua vez, o Ministro Roberto Barroso, em voto-vista¹⁰⁸, adere substancialmente à deliberação havida na STA nº 175, advertindo que “não há sistema de saúde que possa resistir a um modelo em que todos os remédios, independentemente de seu custo e impacto financeiro, possam ser disponibilizados pelo Estado a todas as pessoas” e decompõe o precedente a fim de sistematizá-lo, introduzindo pequenos aprimoramentos. Como ponto de partida, afirma que o poder público não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não incorporados ao SUS, porquanto, tal qual exsurge do precedente, há de se fazer prevalecer a política constituída. Em seguida, formula cinco requisitos que, preenchidos cumulativamente, podem excepcionar a regra sobredita: (a) incapacidade financeira do requerente¹⁰⁹; (b) a não incorporação não tenha sido decorrente de decisão política anterior, posto que, como indicado no precedente, a decisão de não fornecer determinada tecnologia indica não haver omissão estatal, mas opção política expressa; (c) inexistência de substituto terapêutico no SUS, na medida em que as políticas já constituídas devem ser homenageadas em primazia; (d) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidência; (e) o legitimado passivo deve ser necessariamente a União, pois é a entidade estatal exclusivamente competente para analisar a incorporação de novas tecnologias no SUS. Ademais, o Ministro Barroso indicou a conveniência de um parâmetro procedimental, que seria a abertura de diálogo com órgãos técnicos que fossem capazes de identificar a presença dos requisitos acima delineados, a fim de que o Poder Judiciário pudesse respirar outros ares que não o de si próprio.

¹⁰⁷ O relator traça um paralelo com as obrigações alimentares disciplinadas no Código Civil. O eminente Ministro afirma que não inova a ordem jurídica porque “nada [em seu voto] foi proposto que não encontre em dispositivo jurídico correspondência normativa”.

¹⁰⁸ Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/10/RE-566471-Medicamentos-de-alto-custo-vers%C3%A3o-final.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹⁰⁹ Essa primeira formulação está, em certo sentido, contrária ao que apregoamos no capítulo 3, oportunidade em que nos referimos que as ações e serviços públicos de saúde (ASPS) não são destinados somente aos pobres. O Ministro, todavia, qualifica sua afirmação, argumentando que as ASPS somente podem ser caracterizadas como universais se forem objeto de políticas públicas. Assim, como as decisões judiciais que obrigam ao fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS são sempre excepcionais e visando ao atendimento individual, não devem ser abrangidas pela universalidade, razão pela qual restringiu o alcance a apenas pessoas hipossuficientes.

Por fim, o Ministro Edson Fachin¹¹⁰ igualmente não desbordou do posicionamento firmado na STA nº 175, indicando alguns parâmetros para a apreciação judicial. Com todo efeito, fez ecoar o precedente ao assentar haver direito subjetivo às políticas públicas já constituídas cujas tecnologias se encontram incorporadas ao SUS e ao exigir, nos casos de tecnologias não incorporadas, critérios técnicos e sempre com ampla produção probatória, sobretudo em atenção à linha da MBE, que justifiquem em demandas individuais a possibilidade excepcional de fornecimento desses medicamentos. Ainda, pretendeu contribuir com o refinamento ao indicar parâmetros aditivos, apesar de se caracterizarem não por serem substanciais, mas tão-somente processuais ou procedimentais, como o que afirma que o instrumento a ser manejado nos casos de pedido de tecnologias não incorporadas é o das ações coletivas ou que a prescrição deve ser realizada por médico da rede pública de saúde.

Em linhas muito gerais, são esses os direcionamentos indicados no RE nº 566.471, restando a apreciação por parte de 7 Ministros¹¹¹. Certamente, a conclusão desse julgamento pode resultar em um maior refinamento quanto aos parâmetros a serem adotados pelo Poder Judiciário, nada obstante haver ficado claro, até o momento, que o precedente externado pela STA nº 175 representa uma grande diretriz a ser levada em consideração, em especial, nesse caso, pela influência exercida sobre os dois últimos votos acima elencados. De mais a mais, assim como Wang (2010) notou que em situações mais genéricas, como nos casos de controle abstrato de constitucionalidade ou de pedido de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, o STF tendeu a conferir uma ênfase especial aos recursos financeiros em sua relação com os direitos a serem garantidos, podemos perceber que o RE nº 566.471 também se caracteriza por sua possível repercussão coletiva, o que talvez venha a justificar uma análise mais cuidadosa como a demonstrada até o presente.

Sem embargo de tudo isso, ainda sob a influência da pesquisa de Wang (2010), é preciso analisar situações concretas e individuais a fim de observar se o STF, de maneira íntegra e coerente, preocupa-se em honrar os mesmos argumentos centrais por meio de uma avaliação criteriosa e geral, ou seja, com destaque à observância consistente das políticas de saúde constituídas, os recursos necessários a garanti-las e as decisões técnicas com suporte na medicina baseada em evidências. Esse parece ser o desafio.

¹¹⁰ O resumo do voto lido pelo Ministro Fachin na sessão de julgamento do dia 28 de setembro de 2016 está disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/resumo-voto-fachin-re-566471.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹¹¹ Impedido o Ministro Dias Toffoli (acompanhamento processual disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017).

Para esse propósito, selecionamos as demandas que aportaram na Suprema Corte cujo objeto litigioso era o medicamento “eculizumabe”, tendo sido escolhido esse fármaco levando em conta as seguintes razões: (1) até o ano de 2016 o medicamento em questão não possuía registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA)¹¹²; (2) no julgamento da STA nº 175, ficou claro que é vedado o fornecimento de fármacos que não possuem registro na ANVISA, que é uma condição necessária para atestar a segurança do produto, somente podendo a regra ser afastada em hipóteses absolutamente excepcionais¹¹³.

Além disso, foi o medicamento daqueles classificados como de “alto custo” que mais gerou gasto ao Ministério da Saúde em 2015 e 2016. Realmente, consoante a Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS), órgão integrante da Advocacia Geral da União (AGU), o gasto total do Ministério da Saúde (MS) com o fármaco em 2015 foi de quase R\$ 370 milhões¹¹⁴ para atender 281 pacientes, o que redundou em um gasto de R\$ 1,3 milhão para cada paciente (BRASIL, 2017), e em 2016 o gasto chegou a quase R\$ 625 milhões¹¹⁵, atendendo 364 pacientes, elevando o patamar de recursos para R\$ 1,7 milhão por paciente¹¹⁶.

Esses valores são exorbitantes, especialmente se fizermos um exercício de confrontação. Com efeito, mirando a realidade local do Estado do Acre e comparando os dois últimos exercícios financeiros, concluiremos que, quanto ao ano de 2015, os valores gastos pelo Ministério da Saúde com o eculizumabe representaram aproximadamente 80% do montante de R\$ 466 milhões previstos para despesas com ações e serviços públicos de saúde (ASPS) para toda a população acriana oriundas de recursos próprios, conforme consta da Lei Orçamentária Anual (LOA) – Lei Estadual nº 2.882, de 10 de dezembro de 2014¹¹⁷. Por sua

¹¹² Conforme notícia da própria ANVISA, o medicamento foi registrado em março de 2017. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/doencas-raras-ganham-dois-novos-tratamentos/219201/pop_up?inheritRedirect=false>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹¹³ Para reforçar o argumento, a Recomendação CNJ nº 31, de 30 de março de 2010, recomendou aos magistrados, expressamente no item b.3, que evitem autorizar fornecimento de medicamentos não registrados na ANVISA, “ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei”.

¹¹⁴ Precisamente R\$ 369.963.304,00.

¹¹⁵ Precisamente R\$ 624.621.563,43.

¹¹⁶ Conforme apresentação da CONJUR/MS disponibilizada na página eletrônica da AGU, disponível em: <<http://portal.arquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/17/JUDICIALIZACAO%20DA%20SAUDE%20NO%20AMBITO%20DA%20UNIO%20EM%20NUMEROS%20Recursos%20Extraordinarios%20566471%20e%20657718.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

¹¹⁷ Publicada no Diário Oficial do Estado nº 11.456, de 12-12-2014. Conforme consta dessa lei, para despesas com ASPS para o exercício financeiro de 2015 foram previstos os seguintes valores: R\$ 466.121.687,12 referente a recursos próprios e R\$ 339.523.055,22 referente a recursos proveniente de outras fontes, totalizando R\$ 805.644.742,34.

vez, no que toca ao exercício de 2016, as despesas oriundas de recursos próprios para ASPS foram previstas no montante de R\$ 476 milhões pela LOA estadual (Lei Estadual nº 3.098, de 29 de dezembro de 2015¹¹⁸), pelo que se observa que os gastos do Ministério da Saúde nesse ano com o mesmo medicamento ultrapassaram em 31% a previsão orçamentária de todo o Estado do Acre para as ASPS. É interessante notar que, mesmo se for levado em conta o ano de 2017, o Estado do Acre não conseguirá investir em ASPS os valores dispendidos pelo MS com o eculizumabe em 2016, tendo sido previsto uma despesa oriunda de recursos próprios no valor de R\$ 521 milhões conforme a LOA 2017¹¹⁹.

No contexto, a fim de analisar as demandas sobre o medicamento na Suprema Corte, fizemos uma pesquisa¹²⁰ no sítio oficial do Tribunal com as seguintes palavras-chave: “Eculizumabe”, “Eculizumab” e “Soliris¹²¹”. Com essa base de pesquisa, foram encontradas as seguintes decisões: STA 761, SS 4316 AgR, SS 4316 e SS 4304. Por sua vez, na decisão da STA 761, foi feita expressa referência a outras duas decisões monocráticas¹²² sobre o mesmo objeto litigioso: SL 558 e SL 633. No que diz respeito à STA 761, em consulta ao seu acompanhamento processual, verificou-se que houve agravo regimental em face da decisão monocrática do seu relator, Ministro Ricardo Lewandowski, o que levou a sua apreciação ao Pleno do STF. Quanto à SS 4316 AgR, o mérito não foi apreciado, porquanto houve, na instância de origem, desistência do pedido diante do falecimento da paciente impetrante. No tocante às demais decisões acima mencionadas, todas elas foram decididas de forma monocrática pelo Ministro relator. Ainda, importante declinar que somente foram analisadas as decisões dos Ministros, de maneira que as referências feitas nesse trabalho às alegações das partes, especificamente as do poder público, são aquelas constantes da própria fundamentação judicial. Por fim, cabe salientar também que todas deliberações da Suprema Corte pesquisadas envolvendo o medicamento eculizumabe indeferiram o pedido de suspensão dos efeitos da

¹¹⁸ Publicada no Diário Oficial do Estado nº 11.713, de 21-12-2015. De acordo com essa lei, para despesas com ASPS para o exercício financeiro de 2016 foram previstos os seguintes valores: R\$ 476.121.687,12 referente a recursos próprios e R\$ 304.129.432,00 referente a recursos proveniente de outras fontes, totalizando R\$ 780.251.119,12.

¹¹⁹ Lei Estadual nº 3.205, 21 de dezembro de 2016, publicada no Diário Oficial do Estado nº 11.964, de 29-12-2016. Conforme essa lei, para despesas com ASPS para o exercício financeiro de 2017 foram previstos os seguintes valores: R\$ 521.474.572,69 referente a recursos próprios e R\$ 291.222.092,76 referente a recursos proveniente de outras fontes, totalizando R\$ 812.696.665,45.

¹²⁰ A pesquisa foi feita a partir da seção “Pesquisa de Jurisprudência”, disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹²¹ Nome comercial do princípio farmacologicamente ativo “Eculizumabe” ou “Eculizumab”.

¹²² Essas decisões foram extraídas da seção “Acompanhamento Processual”, disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/pesquisarProcesso.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

tutela, o que garantiu aos pacientes a obtenção desse fármaco por intermédio do Poder Judiciário.

De um modo geral, as decisões acima fazem referência ao precedente da STA nº 175, ainda que de forma implícita, como as proferidas nas SL 558 e SL 633, já que nessas se faz menção ao excepcional fornecimento de tecnologias não registradas na ANVISA. Nesse sentido, todas frisam, quase de modo retórico, que a ausência de registro na ANVISA seria, na linha da STA nº 175, um grande obstáculo ao fornecimento de tecnologias por meio do Poder Judiciário, para logo em seguida, evocando a excepcionalidade destacada no precedente, garantir o fornecimento. Em verdade, bem parece que a excepcionalidade abre caminhos para a discricionariedade judicial que tanto é contestada por Dworkin e sua doutrina do direito como integridade, porquanto as decisões parecem se afeiçoar não ao que as decisões políticas anteriores estabeleceram como excepcionais, mas sim ao que apresentam mais afinidade com o que pensam em um juízo independente, em uma visão bastante aproximada do princípio do resgate exposto no capítulo 3.

Realmente, não há qualquer menção à comprovação da necessidade de fornecimento do medicamento ou, quando há, a referência é feita com alto grau de abstração. Em repetição, a excepcionalidade expressada no precedente não foi levada em consideração, de maneira que o subjetivo “risco de dano inverso”, argumento comum em todas as decisões apontadas, assumiu valor preponderante. Dessa maneira, a mesma excepcionalidade ladeou as políticas públicas, os consequentes recursos necessários à realização destas e, sobretudo, as evidências científicas.

Os entes públicos, no que interessa ao presente trabalho, com suporte nas evidências científicas da MBE, argumentaram que a segurança e a eficácia do eculizumabe não foram comprovadas¹²³ ou que não houve comprovação de que as tecnologias disponibilizadas pela rede pública eram ineficientes ou ineficazes¹²⁴. Além disso, na STA 761 AgR, o ente público, conforme consta do voto do relator, afirma haver alternativas terapêuticas ofertadas pelo SUS, bem assim que o medicamento não está cercado por evidências científicas elevadas. São estes os argumentos do recorrente reproduzidos nos seguintes trechos do voto do relator:

[...] na rede pública de saúde existem alternativas terapêuticas eficazes ao combate da doença apresentada pelo requerido que são de dois tipos: o considerado curativo que é o transplante de células tronco hematopoiéticas (TCTHa) e as opções consideradas paliativas ou não curativas que são os imunossuppressores, os

¹²³ Cf. STA 761, SL 558 e SL 633.

¹²⁴ Cf. SS 4316 e SS 4304.

androgênios, as transfusões sanguíneas, a reposição de ferro e ácido fólico e a anticoagulação.

[...] os efeitos do seu uso prolongado [do medicamento eculizumabe] ainda são incertos, não sendo possível afirmar a sua plena eficácia para o tratamento da doença. Além disso, em razão do seu alto custo e do seu custo-efetividade, é o meio mais gravoso a ser utilizado para a terapêutica da aludida enfermidade. Finalmente, os benefícios trazidos pelo fármaco não justificam o seu alto custo, já que não evita em 100% dos casos os desdobramentos mais sérios da doença.

Inobstante os argumentos dos entes públicos que, repita-se, extraíram seus fundamentos basilares da corrente da medicina baseada em evidências, tais considerações foram ignoradas ou, no mínimo, menoscabadas, o que pode ser percebido em fragmentos como os assim descritos: “no sopesar dos valores, portanto, a balança da justiça pende, a meu ver, para o lado da vida e saúde humanas, ainda que as lesões à ordem e economia públicas não sejam desprezíveis”¹²⁵; ou que a droga foi aprovada pelos “notoriamente exigentes critérios da FDA (*Food and Drug Administration*)”¹²⁶, responsável pelo controle de medicamentos nos Estados Unidos da América; ou, ainda, que estudos científicos apresentados pela parte interessada apresentam o fármaco como sendo o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da doença¹²⁷. Por esses trechos, o STF entendeu que o eculizumabe era imprescindível ao tratamento dos pacientes e o Poder Judiciário deveria garantir o seu fornecimento.

As decisões sobreditas, independentemente de não enfrentarem em nenhum ponto a questão dos recursos necessários como elemento das políticas públicas e, portanto, do próprio direito, especialmente porque se fundamentam no fato de o ente público não se desincumbir de comprovar a indisponibilidade financeira do Estado que o impedisse de importar e fornecer o medicamento, deixaram de analisar as próprias políticas já constituídas e, também, as orientações científicas.

Como visto, os entes públicos indicaram a existência de alternativas terapêuticas ofertadas pela rede pública de saúde, tanto curativas – transplante de células tronco hematopoiéticas (TCTHa) – quanto paliativas ou não curativas – imunossuppressores, os androgênios, as transfusões sanguíneas, a reposição de ferro e ácido fólico e anticoagulação –, contudo o STF afastou o precedente firmado na STA 175 sem apresentar razões de princípios que o levaria a aperfeiçoá-lo, desconsiderando as políticas constituídas, que deveriam ter assento privilegiado no momento da apreciação e deliberação judicial.

¹²⁵ Cf. SL 558 e SL 633.

¹²⁶ Cf. STA 761, SL 558 e SL 633.

¹²⁷ Cf. STA 761, SS 4304 e SS 4316.

Ainda, também claramente se afastou do precedente ao desconsiderar a medicina baseada em evidências, tanto ao fazer alusão à aprovação do eculizumabe pela FDA, como se essa aprovação tornasse prescindível a autoridade sanitária representada pela ANVISA e, por si só, pudesse atestar a superioridade das evidências científicas do fármaco, quanto pela preponderância que se deu aos estudos científicos levados aos autos pelos requerentes sem que tenha havido a necessária comparação com as tecnologias já disponíveis no SUS.

Aqui, não se trata de escolher entre linhas doutrinárias que são preferíveis umas às outras, muitas vezes tão comuns no mundo jurídico. A questão não deve se fixar sobre se as argumentações trazidas são mais convincentes ou mais próximas às convicções de cada magistrado, como são frequentes nas análises das alegações puramente jurídicas que permeiam a praxe processual. Os estudos científicos à luz da MBE, como discorremos, apresentam uma verdadeira ordem hierárquica para a constatação dos níveis de evidência que ostentam determinadas tecnologias em saúde, afigurando-se manifestação arbitrária o seu aviltamento. No caso, os estudos científicos mencionados nas decisões não são identificáveis nem estão disponíveis para consulta na fonte de pesquisa antes delimitada, diante do que não é possível identificar os níveis de evidência que revelam. Entretanto, para o direito como integridade, que se ocupa de buscar a resposta correta, é mais importante observar o que os juízes fizeram do que disseram (DWORKIN, 2014, p. 297) e, nesse exato contexto, o mais importante para o que estamos discorrendo é perceber quão reverente foi a Suprema Corte aos capítulos já escritos. Nessa perspectiva, podemos constatar que nenhuma das deliberações judiciais analisadas adotou uma postura hermenêutica reverente, desprezando qualquer comparação entre os níveis de evidência dos estudos apresentados pelos entes públicos e pelos requerentes.

Por oportuno, no Recurso Extraordinário nº 657.718 anteriormente mencionado¹²⁸, sob o regime de repercussão geral sobre a controvérsia relativa ao dever de o Estado fornecer medicamento não registrado pela ANVISA, o Min. Luís Roberto Barroso parece externar a mesma percepção ao trazer reflexões muito importantes sobre a problemática que gravita em torno do eculizumabe, o que inclui considerações sobre as evidências científicas:

[...] O que não se costuma mencionar é que a empresa fabricante do Soliris sequer solicitou o registro perante a Anvisa. E por que não o fez, embora se estime que mais de 5 mil pessoas sejam portadoras da doença no Brasil? A possibilidade de venda do medicamento não registrado no país via decisões judiciais pode inclusive ser mais vantajosa, pois permite que a empresa não se submeta à legislação brasileira, nem ao controle de preços que é realizado pela agência reguladora. Ao

¹²⁸ V. nota de rodapé nº 83.

deferir o medicamento, o Poder Judiciário também não leva em consideração que há alternativas terapêuticas, paliativas e curativas, custeadas pelo SUS. Por fim, há inclusive parecer do Departamento de Ciência e Tecnologia do Ministério da Saúde – DECIT-MS que questiona a própria segurança e eficácia do medicamento, à luz da medicina baseada em evidências, apontando que há “limitações de evidência de eficácia” e “escassez de dados de segurança”, uma vez que o Soliris (eculizumabe) favorece “o surgimento de doenças infecciosas/virais importantes”.

De todo modo, sobretudo em face do grandioso volume dos recursos financeiros que envolve esse medicamento em demandas judiciais, não nos parece compossível com o direito como integridade ignorar a discussão sobre o custo do direito e, nessa perspectiva, levar a sério o custo-efetividade de determinada tecnologia mediante o supedâneo proporcionado pela MBE. Deveras, mesmo que houvesse estudos com elevados níveis de evidência científica demonstrando a superioridade clínica do medicamento, ainda assim o direito como integridade não recomendaria que a dispensação dessa tecnologia fosse garantida sem a devida comparação com as alternativas terapêuticas disponibilizadas pela rede pública de saúde. Não é por outra razão que a decisão política representada pelo art. 19-Q e seu § 2º da Lei nº 8.808/1990, acrescentados pela Lei nº 12.401/2011, determina que a incorporação de tecnologias no SUS depende necessariamente das avaliações científica e econômica:

Art. 19-Q. A incorporação, a exclusão ou a alteração pelo SUS de novos medicamentos, produtos e procedimentos, bem como a constituição ou a alteração de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, são atribuições do Ministério da Saúde, assessorado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS.

[...]

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Consoante já se apregou, as tecnologias incorporadas tendem a externar um consenso científico e representam uma incontestável conveniência do poder público sobre o seu custo-efetividade, o que deve levar, na linha das produções legislativas e judiciais, à sua primazia. Aliás, essa preferência, que se configura em uma exigência, não é estranha ao mundo jurídico. Realmente, ninguém razoavelmente ousaria argumentar que o direito de acesso à jurisdição é violado ao não ser possível demandar qualquer pretensão diretamente perante a Suprema Corte, que seria a representação da melhor tutela jurisdicional. A pretensão deduzida em juízo, como exigência do sistema de justiça, deve ser necessariamente apreciada pelas instâncias ordinárias, reclamando-se que o acesso à jurisdição se efetive inicialmente

por meio do primeiro grau, passando pelas instâncias recursais ordinárias para possibilitar, se for o caso e presentes os requisitos, a apreciação pelos Tribunais de Superposição, e todas essas exigências, de maneira alguma, representam ofensa ao direito fundamental exposto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição.

Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, assim como o sistema de justiça exige que se cumpram os passos necessários a fim de que a mais alta corte do país conheça a demanda e que seja garantido o exercício do direito fundamental de acesso à tutela jurisdicional, o sistema de saúde exige que se satisfaçam os critérios das políticas públicas e as evidências científicas a fim de pretender obter o acesso a tecnologias mais sofisticadas e ver assegurado o exercício do direito fundamental à saúde. Por conseguinte, apenas e tão-somente no caso de impropriedade ou de ineficácia devidamente comprovada a discussão deve se abrir para outras tecnologias que, igualmente, devem apresentar elevados níveis de evidência científica sobre a “eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança” e isso não deve apresentar qualquer problema para o direito como integridade.

Do exposto, notamos que o STF apresenta certa vacilação em sua linha decisória no que tange aos recursos necessários à concretização de direitos, de forma que, em situações individuais ou de pequenos grupos, o Tribunal tende a desconsiderar ou dar atenção ao argumento apenas como retórica, ao passo que, quando aparentemente o caso posto sob julgamento revela uma possibilidade de causar um maior impacto, como nos casos de controle abstrato de constitucionalidade ou de pedido de intervenção federal pelo não pagamento de precatórios, a Suprema Corte confere grande relevo aos mesmos argumentos.

No caso do *eculizumabe*, de modo semelhante, a Corte apreciou as demandas desintegradas do contexto exposto pelas decisões políticas anteriores representadas pelas leis mencionadas e, em especial, pelo precedente firmado na STA 175. Desconsiderou as políticas públicas constituídas, os vultosos recursos necessários e, acima de tudo, as evidências científicas. Não se está dizendo que os argumentos de preservação da vida ou de manutenção de uma vida digna, comuns nas decisões do STF para manter a obrigatoriedade do fornecimento desse medicamento, não são importantes ou que não devem prevalecer. Porém, para aperfeiçoar os capítulos já existentes, não se pode simplesmente reiniciar o romance e esquecer o que já foi escrito, como se o limiar da história passasse a ser o presente. Esse aperfeiçoamento não pode ser levado a efeito se os capítulos anteriores não forem honrados e, portanto, para o refinamento, são necessárias que razões de princípio sejam apresentadas.

Em uma análise crítica, é possível perceber que o comportamento da Suprema Corte nas demandas envolvendo o eculizumabe se resumiu a reiniciar o romance, recusando-se a dar continuidade à história. Certamente, essa postura do STF repercute nas diversas decisões a respeito da saúde em todo o país e em qualquer grau de jurisdição, o que incrementa os problemas pertinentes à judicialização das políticas de saúde que, muito embora seja legítima e essencial ao aperfeiçoamento do sistema público de saúde, acaba por escarnecer o próprio direito e abre oportunidades para intermináveis recomeços do romance, afigurando-se não uma história sem fim, mas uma história sem começo.

4.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

No presente capítulo, indicamos um precedente do Supremo Tribunal Federal, a STA nº 175, no qual se indicam parâmetros para o Poder Judiciário considerar diante de demandas que envolvam a saúde como direito, estabelecendo, em linhas gerais, a preponderância das políticas constituídas especialmente pela necessária adoção, pelo SUS, da doutrina da medicina baseada em evidências (MBE). O mesmo precedente, por outro lado, franqueou a possibilidade de que em situações excepcionais as qualificações fixadas pelas políticas possam ser contornadas, não sem se aproximar, para isso, de elevados níveis de evidência científica, o que conseqüentemente exige uma responsável produção probatória.

Não obstante todas as observações expostas no precedente que pretenderam servir de parâmetros aos magistrados, na prática forense, a exemplo dos casos apontados no texto, a excepcionalidade franqueada é manifestada pelo Poder Judiciário quase como um argumento retórico e, por seu turno, as hipóteses excepcionais se tornam quase uma regra, como se os juízes fossem livres para ler as exceções mediante convicções independentes, tal como pode ser percebido pelas 13 mil liminares referentes à substância fosfoetanolamina sintética e pelos valores representados pelas obrigações impostas ao Ministério da Saúde para o fornecimento do medicamento eculizumabe.

Outrossim, com o apoio das pesquisas efetuadas por Pepe *et al* (2010) e Marques e Dallari (2007), nota-se uma tendência de as decisões judiciais conferirem uma valoração preponderante aos documentos fornecidos pelos demandantes e, em especial, às prescrições médicas. No entanto, essas prescrições, isoladas, devem ser retratadas apenas como opiniões emitidas por especialistas, as quais, para a doutrina da medicina baseada em evidências, apresentam o mais baixo nível de evidência científica na análise da prática clínica.

Não fosse essa constatação suficiente para, se não rechaçar de plano os pedidos por bens ou serviços com baixa evidência científica não ofertados pela rede pública de saúde, exigir ao menos um maior cuidado na apreciação dos mesmos pedidos, sobretudo com a produção de prova com ênfase na MBE, claramente é possível observar que muitas são as decisões judiciais que afrontam a decisão política sobre os trâmites a serem levados em consideração para novas incorporações e que estão assentados nos artigos 19-Q e 19-R da Lei nº 8.080/1990 e no Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011. Ademais, não se verifica na prática a mobilização da comunidade médica, cujas opiniões, como se viu, tão comumente embasam os pedidos judiciais por tecnologias não incorporadas ao SUS, para defender a necessidade de novas incorporações, ao menos no que tange às medidas formais que devem ser observadas.

De fato, interessa observar que qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada, pode pleitear a incorporação de tecnologias no âmbito do SUS, o que será apreciado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC). Em consulta efetivada no sítio oficial da CONITEC¹²⁹, buscou-se apurar a quantidade de pedidos por incorporações de novas tecnologias ou pela ampliação do uso de tecnologias já incorporadas¹³⁰, o que resultou em um total de 368 pedidos. Diante do apurado, foi possível divisar os demandantes consoante o seguinte gráfico:

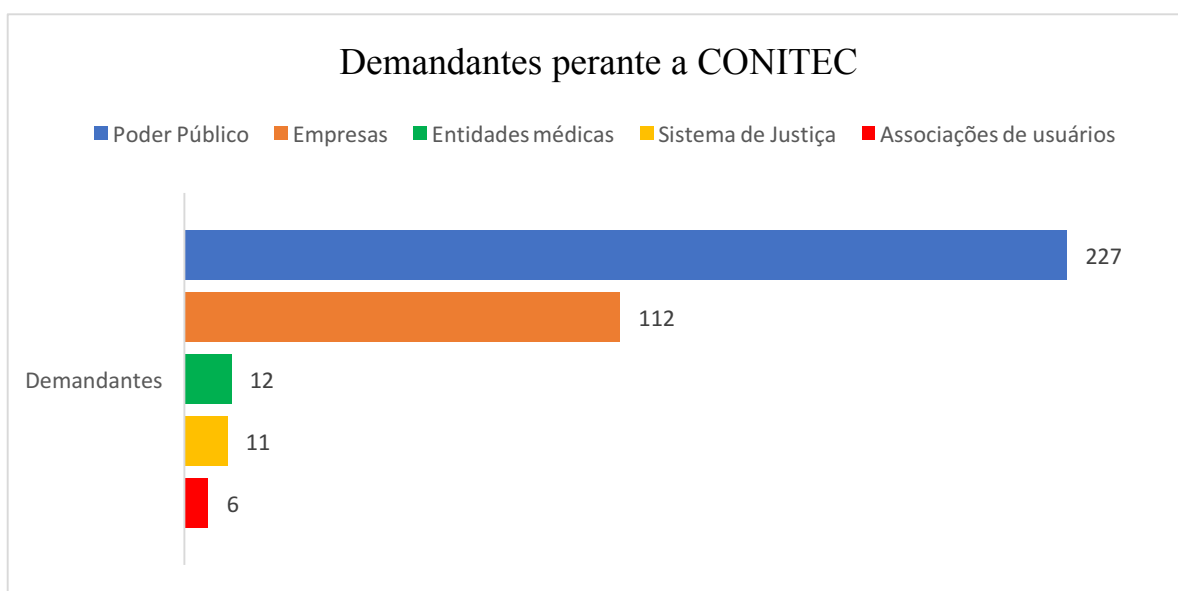


Gráfico 1

¹²⁹ Disponível em: <http://conitec.gov.br/index.php/tecnologias-em-avaliacao-demandas-por-status#Encerrado_Exclusao>. Acesso em: 22 jun. 2017. Os dados obtidos nessa consulta, conforme consta da página eletrônica, estão atualizados até 31 de maio de 2017.

¹³⁰ Não consideramos os pedidos de exclusão, de desinvestimento e de restrição de uso.

Do gráfico acima, alguns esclarecimentos são necessários quanto à divisão que propugnamos. Na esfera do poder público incluímos também o Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems), que, apesar de ser pessoa jurídica de direito privado, é reconhecido pela Lei nº 8.080/1990 (art. 14-B) como entidade representativa dos municípios para tratar de matérias referentes à saúde ou, em outras palavras, acaba por representar os próprios interesses dos municípios. A divisão de entidades médicas abrange hospitais, sociedades e associações médicas, além de um profissional médico que, em nome próprio, demandou uma incorporação de um medicamento. O sistema de justiça engloba as provocações oriundas do Poder Judiciário¹³¹, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia-Geral da União.

Afigura-nos curioso que, sem embargo de serem as prescrições médicas os principais documentos a embasarem os pedidos judiciais de tecnologias não incorporadas, consoante afirmado acima, as entidades médicas fizeram apenas um pedido a mais que o sistema de justiça para a incorporação de novas tecnologias segundo os trâmites formais estabelecidos. Esses trâmites são necessários a fim de decidir pela incorporação de tecnologias seguras e eficazes e com suporte nas mais elevadas evidências científicas. Há de ser dito, assim, que os trâmites não são mero cumprimento de burocracia sem sentido e que, no fim, prevalecerá puramente a conveniência e oportunidade do poder público.

Realmente, no contexto e para exemplificar, dos pedidos feitos pelo sistema de justiça, três processos administrativos foram encerrados com decisão pela incorporação da tecnologia e um pedido ainda está sob análise, redundando no indeferimento dos demais. Os pedidos acolhidos pela CONITEC são do Palivizumabe para prevenção da infecção pelo vírus sincicial respiratório, tendo como demandante a Justiça Federal da 4ª Região – seção judiciária do Rio Grande do Sul; o da Tobramicina 300mg inalatória para tratamento de infecção pulmonar por pseudomonas aeruginosa em pacientes com fibrose cística, pedido oriundo da 6ª Vara Federal da seção judiciária de Sergipe; e o do medicamento risperidona para o tratamento do autismo infantil feito pela Defensoria Pública da União do Rio Grande do Sul. Ainda para exemplificar, porém sem elencar os pedidos especificamente, todas as seis demandas provocadas por associações de usuários tiveram seus pedidos de incorporação aprovados pela CONITEC e, no que tange às entidades médicas, houve duas incorporações,

¹³¹ Convém destacar, por obviedade, que a incorporação a que se refere no texto é a derivada de pedidos administrativos junto à CONITEC, e não por determinação emanada de decisão judicial.

restando outras duas em análise, havendo sido as demais encerradas com decisões administrativas pela não incorporação.

Do exposto, nossa pretensão é reafirmar a confiança no império do direito, o que somente será possível se as decisões políticas anteriores, como as leis, as políticas (*policies*) e os precedentes forem seriamente considerados em conjunto como capítulos de um romance cuja continuidade deverá ser honrada. É bem verdade que a saúde como direito apresenta muitas contingências que reclamam uma série de providências dinâmicas pelo poder público, conforme avistamos durante o transcorrer do trabalho, como as céleres evoluções tecnológicas, o alto custo que acompanha tais evoluções, a grande variabilidade na utilização dessas tecnologias na prática, os conhecimentos eminentemente técnico-científicos que envolvem o tratamento e que são inacessíveis a grande parte das pessoas, as necessidades apresentadas por determinados grupos, e isso tudo sem falar nas estratégias de mercado das indústrias de produtos médicos, de planos e seguros de saúde. Por isso tudo, a ideia do direito à saúde como exteriorização do princípio do resgate é por demais injusta e infundada.

No entanto, se por um lado o direito à saúde não deve estar manietado aos aperfeiçoamentos tecnológicos e ao progresso da ciência, por outro não deve estagnar-se e imobilizar-se diante das evoluções. Não significa isso, contudo, que estamos em uma encruzilhada dilemática, especialmente porque o direito como integridade propugna uma atitude interpretativa e autorreflexiva e não um catálogo de regras ou princípios (DWORKIN, 2014, p. 492). Assim, reconhecendo as contingências acima apontadas e as crescentes necessidades da população, Dworkin formula algumas proposições práticas para que o direito como integridade, com a história em movimento, seja atendido no campo da saúde.

Assim, ao fazer suas considerações sobre a justiça e o custo da saúde, na linha do que expusemos no capítulo 3, mais incisivamente no item 3.5, Dworkin faz três destaques que devem ser observados com seriedade e responsabilidade para que o sistema de saúde seja universal e justo, garantindo uma abrangência adequada a todos, e não uma abrangência que garanta o acesso às inovações da nanotecnologia ou da robótica. Os destaques podem ser assim apresentados: (1) devem estar estabelecidos oficialmente, por um órgão público encarregado, ações e serviços de saúde “necessários e apropriados” a serem contemplados pelo sistema e garantido a todos, decisões essas que “devem basear-se, evidentemente, nas melhores e mais recentes documentações médicas, e passar por reformulações constantes, quando os estudos alterarem suas conclusões”; (2) esse órgão encarregado deve ser composto por grupos multifacetados, não somente por especialistas em saúde, mas também por leigos, permitindo

as mais variadas visões; e (3) as resoluções sobre as ações e serviços contemplados devem ser sempre provisórias, mantendo contato com a evolução médica e tecnológica e com as reclamações da opinião pública (DWORKIN, 2013b, p. 445-448).

Se nos ativermos aos interesses por medicamentos, veremos que em grande medida essas proposições práticas formuladas por Dworkin são adotadas em nosso ordenamento normativo, havendo necessidade de conferir maior densidade em nossa prática e, inclusive, aperfeiçoá-las. Com todo efeito, deixamos claro que o SUS adotou expressamente a doutrina da medicina baseada em evidências (MBE) para a oferta de ações e serviços de saúde e, conseqüentemente, as incorporações de novas tecnologias. Outrossim, está positivada no Decreto nº 7.508, de 28 de junho de 2011, que regulamentou a Lei nº 8.080/1990, a previsão da Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), a qual compreende a seleção e a padronização de medicamentos indicados para atendimento de doenças ou de agravos no âmbito do SUS e cujas atualizações devem ser consolidadas a cada dois anos^{132, 133}, cabendo ao Ministério da Saúde a competência de tomar as devidas providências (artigos 25 e 26)¹³⁴. Além disso, conforme discorreremos, a responsabilidade sobre a avaliação das tecnologias a serem incorporadas ao SUS é da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (CONITEC), a qual, não obstante ser composto em sua maioria por membros da estrutura governamental, também prevê a participação da comunidade, por meio do Conselho Nacional de Saúde (CNS), e de especialista, mediante a indicação do Conselho

¹³² As edições sucessivas da RENAME estão disponíveis em: < <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/471-sctie-raiz/daf-raiz/daf/l3-daf/18892-teste-versoes-RENAME>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

¹³³ A RENAME 2017, que atualiza a RENAME 2014, já foi aprovada, estando ainda pendente de publicação, conforme se extrai do resumo executivo contendo os encaminhamentos da 4ª Reunião Ordinária da Comissão Intergestores Tripartite (CIT), ocorrida no dia 27 de abril de 2017. A RENAME 2017 comparada com a antecessora possui 8 exclusões, 7 inclusões e 28 alterações que são a ampliação ou restrição de uso e realocação entre os componentes da assistência farmacêutica. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2017/maio/29/RESUMO-CIT-27.04.2017%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>>. Acesso em: 04 jul. 2017.

¹³⁴ Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a RENAME não é uma simples cesta básica de medicamentos, como se fossem estabelecidos apenas os mais básicos disponíveis, contemplando também os medicamentos com elevado impacto financeiro previstos no chamado Componente Especializado da Assistência Farmacêutica – CEAF. Além do CEAF, que se destina à garantia da integralidade do tratamento medicamentoso de acordo com a maior complexidade do tratamento ou em virtude da refratariedade ou intolerância com as linhas de cuidado de menor complexidade, a RENAME também contempla o Componente Básico da Assistência Farmacêutica – CBAF, que se constitui em uma relação voltada aos agravos mais comuns, prevalentes e prioritários, e o Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica – CESAF, destinado ao tratamento e controle de doenças e agravos específicos, tais como tuberculose, hanseníase, malária, leishmaniose, doença de chagas, cólera e outras doenças decorrentes e perpetuadoras da pobreza, assim como medicamentos para influenza, HIV/AIDS, doenças hematológicas, tabagismo e de ciências nutricionais, além de vacinas, soros e imunoglobulinas (BRASIL, 2015c).

Federal de Medicina (CFM), todos com direito a voto, nos termos do art. 7º do Decreto nº 7.646, de 21 de dezembro de 2011.

Do que expusemos, “parece evidente lembrar que o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é” (STRECK, 2013b, p. 344). Qualquer juiz, inclusive os da Suprema Corte, que opte por ignorar os precedentes, as leis e as políticas (*policies*) sob o pretexto de aperfeiçoar o direito estará, ele próprio, violando o direito, especialmente porque “qualquer interpretação geral bem-sucedida de nossa prática legal deve reconhecer essas limitações institucionais” (DWORKIN, 2014, p. 479). Essas limitações, portanto, determinam quão livres são os juízes para ler o conteúdo e o alcance da saúde como direito e, inclusive, restringem sua liberdade para apreciarem, por exemplo, a excepcionalidade franqueada pelo precedente representado pela STA nº 175.

O direito como integridade honra as decisões políticas anteriores, mas não as idolatra, porquanto almeja o direito além do direito, o que faz com que o direito de hoje seja sempre desafiado pelas possibilidades do amanhã. Nesse sentido, muito embora os precedentes e as decisões políticas em geral tenham de ser honradas, haverá falhas se seus argumentos nunca forem abandonados, tanto como falhará o juiz que as desconsiderar precocemente. O sucesso do direito como integridade somente será honrado se essas decisões forem levadas a sério e, no amanhã, em uma circunstância mais detalhada ou em uma discussão mais polêmica, houver o afastamento do ponto de chegada a que outrora se alcançou, sem nunca pretender, todavia, um novo ponto de partida (DWORKIN, 2014, p. 491). O desafio, portanto, é conferir o suporte necessário ao sistema de justiça oxigenar-se com outros ares que não somente o de si próprio para, ao ser provocado, buscar o aperfeiçoamento do sistema de saúde refinando o romance até então escrito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao nos concentrarmos sobre a discussão da saúde como direito, pretendemos demonstrar preocupação não somente com o direito à saúde, mas com o direito como um todo. “Se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos” (DWORKIN, 2014, p. 15). A importância da saúde como direito se mostra evidente ao percebermos o grande impacto que ocasionou na prática das instituições essencialmente jurídicas. Realmente, no que diz respeito ao Ministério Público, verificou-se o interesse institucional pela saúde pública, em âmbito nacional, com a criação há quase 20 anos da Comissão Permanente da Defesa da Saúde (COPEDS), órgão de assessoramento do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União (CNPGE), e com a instituição do Fórum Nacional de Saúde (FNS), vinculado ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Quanto ao Poder Judiciário, diante da crescente problemática da chamada judicialização da saúde, a repercussão prática pode ser percebida pela Audiência Pública nº 4 convocada pela presidência do STF no ano de 2009, com a consequente criação do Fórum Nacional do Judiciário por intermédio do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o que levou, por conseguinte, à elaboração de enunciados interpretativos em virtude de jornadas realizadas e, ainda, o empenho de muitos tribunais de criarem uma estrutura de apoio técnico aos juízes no momento da decisão, que foram decorrências da preocupação administrativa explícita do CNJ.

Em alguma medida, saberemos melhor quem somos e quem pretendemos ser se soubermos qual é a responsabilidade do Estado. Compreendemos, durante nosso percurso, a especial responsabilidade do poder público e que consiste, contrastante com a responsabilidade privada, em tratar todos os cidadãos com igual respeito e consideração. Esse dever imperativo decorre do seu sistema de distribuição de riquezas, que é consequência direta das suas leis, não somente as fiscais ou de proteção da propriedade, mas também as sobre meio ambiente, direitos políticos, planejamento urbano e praticamente tudo o mais, inclusive as referentes à saúde. Resultado desse dever imperativo é que essas responsabilidades especiais são anteriores às responsabilidades de cada uma dessas autoridades políticas, o que inclui os juízes, emergindo dessa maneira a subordinação à responsabilidade política a que estão sujeitos.

De uma maneira geral, a doutrina da responsabilidade política impõe que as autoridades tomem decisões políticas coerentes com outras decisões dentro de um sistema de

princípios, “e não por uma atração passageira, por proporcionar uma decisão atraente no caso presente”. Assim, os juízes estão subordinados a uma restrição anterior, o que “comporta bastante espaço para a decepção, inclusive a autodecepção” (DWORKIN, 2014, p. 308). Nesse contexto, irrompe o dever de os juízes caminharem aceitando a restrição imanente sobredita, fazendo emergir, correlativo a esse dever, um direito fundamental dos indivíduos a uma decisão constitucionalmente correta, e não a uma resposta qualquer. Assim, o Poder Judiciário deve assegurar às partes aquilo que elas têm direito a ter, sob pena de os juízes serem, eles próprios, violadores de direitos fundamentais.

Mencionamos durante o transcurso deste trabalho que o direito como integridade compreende que as políticas (*policies*) são ingredientes do conceito de direito, ainda que restritivas, motivo pelo qual a compreensão do direito à saúde será comprometida caso as políticas sejam escarnejadas. O alcance e conteúdo do direito à saúde não pode prescindir do entendimento do que sejam as políticas. Ainda, registramos que a reserva de recursos necessários à concretização dos objetivos gerais é componente da política, de qualquer política, razão por que tais recursos são igualmente ingredientes de um conceito responsável de direito. Pudemos perceber que falar em direitos desconsiderando os custos somente é possível em sociedades angelicais ou pré-políticas e, com a tautologia, reconhecemos que o direito não cura doenças, nem promove descobertas científicas ou tecnológicas, motivos que devem levar o Judiciário a considerar sua capacidade institucional para oxigenar-se com outros ares. Por conseguinte, admitimos que a virtude da justiça não deve se calar sobre os custos do direito à saúde e que as decisões políticas anteriores, tanto manifestadas por intermédio de políticas (*policies*) e de leis, quanto por meio de precedentes, restringem a atuação do Poder Judiciário que deve resguardar o direito que cada cidadão tem direito a ter. Em seguida, concluímos que o ideal de justiça exige, e não transige, que qualquer sistema universal de saúde não seja compelido a ofertar todos os tratamentos disponíveis.

O direito como integridade pode ser representado pela imagem de uma trama maciça, sem fissuras nem emendas de retalhos. Para que assim seja e para que assim permaneça, o direito deve ser visto como um romance em cadeia, uma obra necessariamente escrita a incontáveis mãos, mas que se pretende como se houvesse sido escrita por um só autor, guardando a coerência e exigindo a continuidade. Assim, o romance do direito somente será honrado se seus autores, sobretudo os juízes, não se investirem como limiares da história e honrarem as páginas já escritas.

Em face dessa constatação, identificamos um capítulo muito importante para a história da saúde como direito escrito pelo Supremo Tribunal Federal, um precedente representado pela STA nº 175, que emoldurou os caminhos a serem percorridos para a apreciação e deliberação judicial na matéria e proporcionou condições para que a história seja honrosamente continuada. O precedente indicou a primazia a ser conferida às políticas públicas constituídas, primazia essa que pode ser averiguada por percursos seguramente delineados, indicando, inclusive, trilhas alternativas. Vislumbrou ainda que todo e qualquer pedido por tecnologias não previstas nas políticas públicas deve ser cautelosamente precedido de produção probatória, especialmente com suporte da doutrina da medicina baseada em evidências. Assim, para aperfeiçoar o romance, esse precedente não deve ser ignorado, nem utilizado somente como retórica, exigindo razões de princípio ao seu refinamento. Entretanto, os casos da fosfoetanolamina sintética e do eculizumabe indicaram que nem mesmo a Suprema Corte vem considerando o direito à saúde a sério, deixando-se seduzir, por vezes, por atrações passageiras que se configuram em decisões apenas isoladamente atraentes. Essa atração transitória, porém, pode representar não a sua glória, mas a sua ruína. A ideia de justiça na qual cada um tem o direito que deseja ter, na verdade, ademais de infundada, viola o direito como integridade, que se preocupa não somente com o sonho de uma integridade pura, mas exige uma integridade inclusiva de todas as virtudes políticas.

Renovar o encantamento com o direito requer que o direito seja visto como um espetáculo que, tal qual o teatro ou a ópera, necessita de um silêncio reverencial a fim de apreciar os seus detalhes e deleitar-se com o que a obra pretende representar. É um silêncio produtivo, permitindo, após a reverência, a construção de uma crítica substancial, e não um silêncio estéril que pretende a simples passividade. O império do direito é construtivo e, para interpretá-lo, é indispensável “colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado”. Apesar de a saúde como direito haver nascido tardiamente somente em 1988, esse direito não nasceu póstumo. E a nossa melhor homenagem ao império do direito é reverenciar o que ele representa para nós: “para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (DWORKIN, 2014, p. 492).

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____.; MELO, Danielle. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito à saúde**: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação. Curitiba: Juruá, 2013.

ASENSI, Felipe Dutra. O direito à saúde no Brasil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 2-26.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. **Pesquisa AMB 2006**. Brasília: 2006.

BAPTISTA, Tatiana Vargas de Farias. História das políticas de saúde no Brasil: a trajetória do direito à saúde. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de saúde**: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 29-60.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Relatório Final da VIII Conferência Nacional de Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 1986.

_____. Ministério da Saúde; Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Glossário temático**: saúde suplementar. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175/CE. Relator: Min. Gilmar Mendes, data do julgamento: 17 de março de 2010, data de publicação: DJe 30 de abril de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 4304/CE. Relator: Min. Cezar Peluso, data do julgamento: 19 de abril de 2011, data de publicação: DJe 02 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança nº 4316/RO. Relator: Min. Cezar Peluso, data do julgamento: 07 de junho de 2011, data de publicação: DJe 13 de junho de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Relatório de auditoria operacional. Acórdão 3016/2012. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Tribunal de Contas da União, 2012a. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>>. Acesso em: 05 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 633/BA. Relator: Min. Ayres Britto Peluso, data do julgamento: 08 de outubro de 2012, data de publicação: DJe 11 de outubro de 2012b. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar nº 558/DF. Relator: Min. Ayres Britto Peluso, data do julgamento: 15 de outubro de 2012, data de publicação: DJe 23 de outubro de 2012c. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Grupo de Trabalho Interinstitucional sobre órteses, próteses e materiais especiais (GTI-OPME). **Relatório Final**. Brasília, 2015a. Disponível em: <<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/julho/07/Relatorio-Final-versao-final-6-7-2015.pdf>>. Acesso em: 02 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Petição 5.828/SP. Relator: Min. Edson Fachin, data do julgamento: 06 de outubro de 2015, data de publicação: DJe 09 de outubro de 2015b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

_____. Ministério da Saúde. Relação nacional dos medicamentos essenciais: RENAME 2014. 9. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 761/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, data do julgamento: 07 de maio de 2015, data de publicação: DJe 29 de maio de 2015d. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário com Agravo nº 894.085/SP. Relator: Min. Roberto Barroso, data do julgamento: 15 de dezembro de 2015, data de publicação: DJe 17 fev. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 581.488/RS. Relator: Min. Dias Toffoli, data do julgamento: 03 de dezembro de 2015, data de publicação: DJe 08 abr. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 23 abril 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada nº 828/SP. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, data do julgamento: 04 de abril de 2016, data de publicação: DJe 07 de abril de 2016c. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. Advocacia Geral da União (AGU), Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (CONJUR/MS). Parecer Referencial nº 00014/2017, de 26 de abril de 2017.

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

_____. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de direito e políticas públicas. In: _____; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31-88.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. 20 anos da Constituição: o desafio da assunção da perspectiva interna da cidadania na tarefa de concretização de direitos. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 95-110.

CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>>. Acesso em: 28 jul. 2016.

_____; PINTO, Élide Graziane. Custeio mínimo dos direitos fundamentais, sob máxima proteção constitucional. **Consultor Jurídico**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-17/custeio-minimo-direitos-fundamentais-maxima-protacao-cf>>. Acesso em: 26 jul. 2016.

CONILL, Eleonor Minho. Sistemas comparados de saúde. In: CAMPOS, G. V. S.; MINAYO, M. C. S.; AKERMAN, M.; DRUMOND JUNIOR, M.; CARVALHO, Y. M.. (Org.). **Tratado de saúde coletiva**. São Paulo; Rio de Janeiro: HUCITEC: FIOCRUZ, 2006. p. 563-614.

DALLARI, Sueli Gandolfi; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito sanitário**. São Paulo: Verbatim, 2010.

DWORKIN, Ronald. Los casos difíciles. In: _____. **Los derechos em serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Editorial Ariel, 1999. p. 146-208.

_____. Igualdade. In: _____. **Justiça para ouriços**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Edições Almedina, 2012. p. 359-371.

_____. Introdução: a igualdade é importante?. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013a. p. IX-XVIII.

_____. A justiça e o alto custo da saúde. In: _____. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013b. p. 431-449.

_____. **O império do direito**. Tradução de Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____. Pluralismo moral. In: _____. **A justiça de toga**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 149-165.

EL DIB, Regina Paolucci. Como praticar a medicina baseada em evidências. **J. vasc. bras.**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 1-4, mar. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1677-54492007000100001&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2017.

EVANS, Imogen *et al.* **Avaliações de tratamentos de saúde**: Identificando evidências científicas para oferecer sempre o melhor para a saúde. 2. ed. Barueri, SP: Manole. 2016.

FERREIRA, Filipe Galvão *et al.* Fármacos: do desenvolvimento à retirada do mercado. **Revista eletrônica de farmácia**. [S.l.], v. 6, n. 1, p. 14-24, 2009. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/REF/article/view/5857>>. Acesso em: 25 maio 2017.

GARRIDO, Neyde Glória. Dilemas da organização e gestão do Sistema Único de Saúde: fundamentos, prática e reflexões. In: PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* (org.). **Política e gestão da saúde pública para o Ministério Público**: nível de aperfeiçoamento. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Educação a Distância, 2016. p. 258-284.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GARGARELLA, Roberto. Interpretando a Dworkin. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/237698988/Gargarella-Interpretando-a-Dworkin-2014>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

HOCHMAN, Gilberto. Reformas, instituições e políticas de saúde no Brasil (1930-1945). **Educar**, nº 25, p. 127-141, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: Por qué la libertad depende de los impuestos. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa ; GIOVANELLA, Ligia. Sistemas de Saúde: origens, componentes e dinâmica. In: Giovanella L.; Escorel S.; Lobato L. V. C.; Noronha J. C.; Carvalho A.I. (Org.). **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2012, v. 1. p. 89-120.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O direito e a filosofia: uma nova agenda no debate teórico-jurídico. In: _____. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17-49.

MARQUES, Silvia Badim; DALLARI, Sueli Gandolfi. Garantia do direito social à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 41, n. 1, p. 101-107, Fev. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102007000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 jun. 2017.

LIMA, Luciana Dias de. Federalismo, descentralização e regionalização na política de saúde do Brasil. In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.). **Direito sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 131-161.

MOYSÉS, Neuza Maria Nogueira. Políticas de gestão do trabalho no SUS: o desafio sempre presente. **Divulgação em Saúde para Debate**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 33-41, mai. 2010.

NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do Estado Social. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **Direito constitucional: constituição financeira, econômica e social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Coletânea doutrinas essenciais; v. 6).

PEPE, Vera Lúcia Edais *et al.* Caracterização de demandas judiciais de fornecimento de medicamentos "essenciais" no Estado do Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 26, n. 3, p. 461-471, Mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2010000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 21 jun. 2017.

PINTO, Élidea Graziane. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação: uma perspectiva constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. ADCT é o "retrato de Dorian Gray" da Constituição de 1988. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/adct-retrato-dorian-gray-constituicao-1988#_ftnref1>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Mínimos minorados na iminência do seu congelamento por 20 anos. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-25/contas-vista-minimos-minorados-iminencia-congelamento-20-anos#_ftnref1>. Acesso em: 20 maio 2017.

_____; FUNCIA, Francisco Rozca. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/denuncia-mpf-governo-federal-nao1.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2017.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. O caso da fosfoetanolamina sintética. Judicialização com risco à saúde. In: BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coords.). **Judicialização da saúde: a visão do poder executivo**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 139-173.

SCAFF, Fernando Facury. STF deve estar alerta para o financiamento da saúde pública no Brasil. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mai-16/contas-vista-stf-estar-alerta-financiamento-saude-publica>>. Acesso em: 20 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013a.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013b.

_____. É possível que o juiz decida conforme sua consciência? _____. **Compreender direito, v. III: nas brechas da lei**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 81-143.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. 2008. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos/a-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-daniel>>. Acesso em: 01 abril 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 73-114.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, nº 22, p. 31-65, jul./dez. 2003.

SANTOS, Lenir. **SUS e a Lei Complementar 141 comentada**. 2. ed. Campinas, SP: Saberes, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 198. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SERRA, Carlos Gonçalves; RODRIGUES, Paulo Henrique. O financiamento da saúde no Brasil. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Waldir da Silva. Participação popular e controle social na saúde: democratizando os espaços sociais e agregando capital social. In: MATTA, Gustavo Corrêa; PONTES, Ana Lúcia de Moura (Org.). **Políticas de saúde: organização e operacionalização do Sistema Único de Saúde**. Rio de Janeiro: EPSJV/Fiocruz, 2007. p. 115-136.

TROIA. Direção e produção de Wolfgang Petersen. Estados Unidos: Warner Bros, 2004.

WEICHERT, Marlon Alberto. O direito à saúde e o princípio da integralidade. In: SANTOS, Lenir (Org.). **Direito à saúde no Brasil**. Campinas: Saberes, 2010. p. 101-142.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.