

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANA LUÍSA CAMPOS CASSEB

**A LEGITIMIDADE DA CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO NA TUTELA INDIVIDUAL:
Aspectos jurídicos, filosóficos e políticos**

Belém, Pa
2018

ANA LUÍSA CAMPOS CASSEB

**A LEGITIMIDADE DA CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO NA TUTELA INDIVIDUAL:**
Aspectos jurídicos, filosóficos e políticos

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direitos Humanos pela UFPA.

Linha de Pesquisa: Direitos Humanos e Inclusão Social.

Orientador: José Claudio Monteiro de Brito Filho.

Belém, Pa
2018

ANA LUÍSA CAMPOS CASSEB

A LEGITIMIDADE DA CONCESSÃO JUDICIAL DE MEDICAMENTOS DE ALTO
CUSTO NA TUTELA INDIVIDUAL:
Aspectos jurídicos, filosóficos e políticos

Belém, 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Claudio Monteiro de Brito Filho

Orientador

Prof. Dr. Raimundo Wilson Gama Raiol

Avaliador interno

Prof.^a Dra. Juliana Rodrigues Freitas

Avaliadora externa

Com todo o amor, carinho e gratidão à melhor avó-mãe
que eu poderia ter na vida: Domingas Corrêa Campos.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho foi escrito, muitas das vezes, após todas as luzes da casa terem sido apagadas; enquanto meus familiares dormiam, eu avançava pela quietude da madrugada digitando nas teclas do computador, lendo meus livros, concatenando minhas ideias, argumentando comigo mesma sobre elas, testando meus próprios argumentos.

Isso significa que não foi fácil conquistar esta estrela. O brocardo latino sabiamente já prenunciava: *per aspera ad astra*. Houve noites mal dormidas, ou até mesmo não dormidas. Por muitas vezes, inclusive, me privei do convívio das pessoas que mais amo, por estar enclausurada no quarto, para poder então dar vida ao que, hoje, está diante dos vossos olhos. Dos sacrifícios feitos, me orgulho de cada um deles. Houve muita alegria e prazer no ato de percorrer o caminho. Com toda a gratidão da minha alma, lhes afirmo que a felicidade não se alcança apenas no ponto de chegada. Ela esteve presente durante todo trajeto até aqui.

E por me sentir feliz e, sobretudo, abençoada, agradeço à Deus por ter me permitido vivenciar a experiência do curso de mestrado. Por ter me dado vida, saúde e entusiasmo para subir cada degrau, e chegar ao que poderia ser chamado de “topo” de uma escada. Eu e Ele sabemos que ainda há muitos degraus a serem vencidos. Este é apenas mais um. Obrigada, Senhor, por me conceder tantas graças. Agradeço, também, com o mesmo amor e gratidão, à minha Mãe, a Imaculada Conceição, por interceder por mim, cuidar de mim, ouvir minhas preces e ser meu amparo e meu refúgio nos momentos mais difíceis.

Agradeço à minha família, por ser fonte inesgotável de amor, carinho, apoio, confiança e estímulo. Obrigada por acreditarem não só em mim, mas, principalmente, nos meus sonhos. E por sonharem cada um deles junto comigo.

Aos meus avós João e Domingas Campos, simplesmente, por tudo. Vocês me disseram, sem titubear, o “sim” que desencadeou todo caminho que me trouxe a este momento. Meu amor e minha gratidão são infinitos. Vocês me ensinaram que a educação é o investimento mais certo, precioso e indelével da vida. Obrigada por me amarem como uma filha e por serem os melhores avós-pais que eu poderia ter.

À minha mãe, Patrícia Casseb, por ser minha melhor amiga, minha irmã gêmea, minha confidente, minha parceira incondicional de vida. Às vezes me pergunto o que eu fiz de tão bom para merecer ser filha de uma mãe tão maravilhosa como você. Deus é muito bom comigo mesmo. Obrigada por me encorajar a perseguir todos os meus objetivos, por me mostrar que a

vida é abundância infinita e que o céu é o limite se assim eu verdadeiramente acreditar que é. Obrigada por ser minha mãe. Eu bem sei a importância que isso tem na minha vida. Te amo.

Ao meu pai querido, Abdo Casseb Junior, por ser o primeiro gigante que tive o privilégio de subir nas costas – literalmente – e por isso, desde pequenina, pude ver mais longe. Você me ensinou que é preciso dar duro, acordar cedo, dormir tarde, se dedicar ao máximo se quisermos ver nossos sonhos se tornando realidade. Obrigada por me ensinar desde menina a importância e o valor do trabalho digno, honesto e bem feito. Obrigada por ser o pai que eu tenho o maior orgulho do mundo em me espelhar. Amo você.

Ao meu irmão, Kalil Casseb, por ter me salvado da solidão de ser filha única. A vida é infinitamente melhor com você ao meu lado. Contigo aprendi que é preciso partilhar se eu quiser ter mais; és a prova viva dessa matemática hermética do amor, da amizade, da compaixão, do perdão que a cada dia me faz ser uma pessoa mais humana. A tua vida é o presente mais precioso que já ganhei. Te amo demais. Nunca esqueça disso.

À nossa fiel escudeira, de tanto e tantos anos: Rosalina Costa dos Santos, ou simplesmente Rosa, como gosta se ser chamada. Muito obrigada por sempre cuidar de mim com tanto zelo e amor. Agradeço-te infinitamente pelos longos anos de amizade, carinho e risadas. Você mora no meu coração.

Aos meus tios João Luiz, Raquel e João Jr, simplesmente por fazerem parte da minha vida. MUITÍSSIMO obrigada por estarem sempre a postos para esclarecer minhas questões sobre a academia, pelos conselhos, risadas, incentivo, torcida, e por terem sido sempre tão solícitos em me ajudar quando precisei. Vocês são incríveis! Faço questão de registrar que o tio João Luiz foi um dos meus principais críticos intelectuais durante a elaboração da dissertação. Graças a ele pude refinar meus argumentos e detectar a inconsistência de algumas ideias.

Aos meus tios João Francisco e Jacilene, por serem tão generosos comigo. Vocês são anjos, instrumentos de Deus nesse mundo. Obrigada por apoiarem meus sonhos e por proporcionarem os meios para que a minha visão de mundo e meu horizonte se expandissem, permitindo que eu pudesse descobrir em mim uma potência, um entusiasmo, antes encobertos pelos véus do cotidiano. Mil vezes obrigada. aguardo ansiosamente por vocês no Porto.

Ao meu queridíssimo orientador e amigo José Claudio Monteiro de Brito Filho, dono da minha mais profunda gratidão. Obrigada por ser para mim o que Hume foi para Kant, ao me despertar do meu “sono dogmático”. Por me fazer enxergar a vida pelas lentes da Filosofia, me resgatando dos meus maniqueísmos inócuos. Agradeço pela paciência, cuidado, amizade, confiança, apoio e, principalmente, pela generosidade que sempre dispensou a mim. Tenha a

absoluta certeza de que procurarei honrar a dinastia que pertenço, e, mais ainda, o “grilo falante” que sempre esteve ao meu lado com seus sábios conselhos, me ensinando exatamente tudo o que eu precisava aprender. E acima de tudo: obrigada por me ensinar a ter raízes e asas.

Ao professor Saulo de Matos, por tão generosamente me acolher no estágio docência da disciplina Ética Jurídica e, assim, me proporcionar a experiência mais gratificante e extraordinária do curso de mestrado. Obrigada por me ensinar, a cada quarta-feira à noite, como aliar a técnica e o dom no ofício apaixonante que é ensinar, educar. Essa vivência só me fez ter mais certeza que estou no caminho certo, porque pude perceber que estou no *meu* caminho.

Ao professor Victor Pinheiro, por ser um grande conselheiro, tão paciente e generoso; por me apoiar e encorajar a seguir meus instintos acadêmicos. Por sempre fazer questão de me lembrar: “Ana, tu és filósofa. Não tens como fugir disso”. Com o senhor compreendi o sentido e a importância da busca pela excelência. Muito obrigada por tudo.

Aos queridos professores e amigos Sandro Alex Simões, Jean Carlos Dias, Juliana Freitas e Celso Vaz, por me ensinarem tanto e por serem, sempre, tão generosos comigo. Obrigada pelas dicas, conselhos, puxões de orelha e torcida. Admiro-os não apenas pela competência, amor e comprometimento com que desempenham a docência e a pesquisa, mas, principalmente, pelos seres humanos que são. Sou muito grata por tê-los na minha formação acadêmica.

Aos meus queridos amigos, fiéis companheiros, que tornaram a minha estadia na UFPA absolutamente fantástica: Lucas do Couto, Filipe Rodrigues, João Vitor Penna, Carlos Cruz, Edgar Lasso, Paulo Máximo e Paulo Isan Jr. Vocês são incríveis! Obrigada pela amizade, pelas risadas, parcerias de estudo, apoio mútuo, caronas, etc. Vou morrer de saudades de ter a companhia de vocês toda semana. Meu sonho é que todos vocês sejam meus colegas de trabalho. Não quero nem imaginar essa sala dos professores. Seria uma farra só.

Ao meu melhor amigo, Carlos André Acioli, por estar sempre ao meu lado, em absolutamente todos os momentos da minha vida. Mesmo a vários mil quilômetros de distância, você sempre segurou a minha mão, me apoiou, me deu força para levantar a cabeça e seguir em frente quando foi necessário. Nossa amizade é a prova viva de que a distância não separa nada, nem ninguém, quando o que se sente é verdadeiro. Amo você, baby.

Ao Davi José de Souza da Silva, o jacobino mais adorável que conheço. Obrigada por sempre me apoiar, me encorajar a seguir e aprimorar meus *insights* filosóficos; por ser fonte e reduto de alegria e amor. O poema *The Contract*, há muito escrito, curiosamente já nos prenunciava: “*I gave myself to him, and took himself for pay. The solemn contract of a life, was*

ratified this way” (DICKINSON, 1896). *Anything between liberals as we are could not be any other way*. Obrigada por estar ao meu lado, torcer por mim e ser um exemplo diário de integridade, *partnership* e *care*. Meu respeito e minha admiração por ti são infinitos; te amo.

Aos caríssimos amigos Mauro Simões e Iusara Martins, por toda a amizade e apoio a mim dispensados desde sempre. Que alegre bênção ter vocês na minha vida! O que o Porto une, distância alguma separa. Vocês moram no meu coração. Contem sempre, sempre, sempre comigo. Começando a contagem regressiva para nos reencontrarmos em janeiro!

Às minhas amigas de sempre e para sempre: Thaísa Souza, Yasmim Lobão e Bianca Pamplona, por sempre me apoiarem e torcerem por mim, mesmo quando imersas nas suas rotinas e tarefas árduas de estudo diário. Eu as admiro muito e quero poder compartilhar da nossa amizade por muitos e muitos anos. Vocês são muito mais que especiais, amo vocês.

Aos meus companheiros de fé: Magali Santa Rosa, Márcia Puga, Lizandra Farias, Ana Rosa Jucá, Raimundo Santa Rosa e todos os que passaram pelo nosso grupo de oração. Obrigada pela amizade cristã que construímos ao longo desses quase três anos. Agradeço imensamente pelas orações de todos vocês por mim, pela minha família e, sobretudo, por essa nova fase que se inicia na minha vida. Vocês estarão sempre nas minhas orações.

Aos meus queridos amigos da SEEB: Leonardo Pinheiro, Andrei Moreira, Magali Magalhães, Fábio Santos, Gabi Gaia, Manu Pereira, Amanda Laurinho, Giulliane Pinheiro, Matheus Mendes, Raif Ballout, Verena Tandaya e Carina Souza. Obrigada pela amizade que construímos no interior de uma minúscula sala da Procuradoria Regional do Trabalho da 8ª Região (Batista Campos). As distâncias geográficas que hoje existem entre nós, dado os diferentes rumos que cada um está seguindo, não diminuem em nada a sinceridade do afeto que nos une há mais de três anos. Agradeço imensamente por ter a honra de tê-los como meus amigos. Agora a SEEB possui uma sucursal europeia, na bela cidade do Porto.

In addition, I would like to give a special thanks to Florian Kley, a kind sociologist from Leipzig Universität. Your help on solidarity literature was crucial not just to develop but also to improve my philosophical, political and legal arguments throughout the dissertation. Your dedication and methodological accuracy inspires me so much. I owe you one.

Por último, mas não menos importante, agradeço a querida Rosângela Mourão, exímia revisora das normas técnicas deste trabalho. Obrigada pela parceria desde a graduação. Seguimos juntas nas minhas próximas peripécias acadêmicas.

“Si l'homme ne parvient pas à concilier la justice et la liberté, alors la faute du tout”.

Albert Camus

“Zwei Dinge sollen Kinder von ihren Eltern bekommen: Wurzeln und Flügel”.

Johann Wolfgang Von Goethe

“What justice demands of us, no one person can do alone”.

Martha Minow

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo geral analisar o fenômeno da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, e por objetivo particular refletir sobre a legitimidade das decisões judiciais que concedem medicamentos de alto custo para indivíduos. A problemática levantada em torno destes objetivos dirige-se à seguinte questão: de que maneira tais decisões podem ser consideradas como mecanismos legítimos de justiça distributiva, considerando os aspectos jurídicos, filosóficos e políticos da legitimidade de tal circunstância? A presente pesquisa sustenta a hipótese de que as três dimensões examinadas oferecem pressupostos que são capazes de demonstrar a justeza do ato redistributivo que ocorre por meio dessas decisões. Assim, trata-se de uma investigação eminentemente teórica, de traço argumentativo, pois que busca contrastar os posicionamentos existentes sobre o tema na dogmática jurídica constitucional, na filosofia política, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com especial atenção para os votos até então proferidos no julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 566.471/RN e 657.718/MG. Como resultado, após articular as categorias do *Rule of Law*, igualdade de oportunidades e solidariedade cooperativa na perspectiva do direito à saúde, a pesquisa se consolida no sentido de afirmar a justiça presente na prática redistributiva de acesso às políticas públicas de saúde pela via judicial.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização da política; direito à saúde; justiça como equidade; solidariedade cooperativa.

ABSTRACT

This work has as general objective to analyze the phenomenon of the judicialization of public health policies in Brazil, and for a particular purpose to reflect on the legitimacy of the judicial decisions that grant high cost drugs to individuals. The problem raised by these objectives is the following question: in what way can such decisions be considered as legitimate mechanisms of distributive justice, considering the legal, philosophical and political aspects of the legitimacy of such a circumstance? The present research supports the hypothesis that the three dimensions examined offer assumptions that are able to demonstrate the correctness of the redistributive act that occurs through these decisions. Thus, it is an eminently theoretical investigation, with an argumentative trait, since it seeks to contrast the existing positions on the subject in Brazilian constitutional law, in political philosophy, in the jurisprudence of the Federal Supreme Court, with special attention to the votes thus far in the judgment of Extraordinary Remedies no. 566.471/RN and 657.718/MG. As a result, after articulating the categories of the rule of law, equal opportunities and cooperative solidarity in the perspective of the right to health, this research is consolidated in order to affirm the justice in the redistributive practice of access to public health policies by judicial process.

KEYWORDS: judicialization of politics; right to health; justice as fairness; cooperative solidarity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1 A SAÚDE E O <i>RULE OF LAW</i>? UMA RESPOSTA JURÍDICA.....	9
1.1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS.....	9
1.2 O QUE É O DIREITO À SAÚDE PARA A DOUTRINA.....	13
1.2.2 A Escola de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro	18
1.3 O QUE É O DIREITO À SAÚDE PARA A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	21
1.4 PRIMEIRAS IMPRESSÕES.....	25
2 POR QUE A SAÚDE IMPORTA? UMA RESPOSTA FILOSÓFICA.....	29
2.1 POR QUE É NECESSÁRIO PENSAR NO INDIVÍDUO? UMA DEFESA DA INDIVIDUALIDADE.....	30
2.1.1 O indivíduo do ponto de vista da Moral.....	31
2.1.2 O indivíduo do ponto de vista da Política.....	35
2.2 A SAÚDE COMO OBJETO DA DISTRIBUIÇÃO.....	45
2.3 SEGUNDAS IMPRESSÕES E UM NOVO HORIZONTE: A SOLIDARIDADE COOPERATIVA.....	47
3 QUEM DEVE (RE)DISTRIBUIR? UMA RESPOSTA POLÍTICA.....	55
3.1 O MODELO DE TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS.....	55
3.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REDISTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	58
3.2.1 O julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 566.471/RN e 657.718/MG no Supremo Tribunal Federal.....	62
3.2.2 O projeto da plataforma de dados sobre medicamentos: parceria entre o Governo Federal, Conselho Nacional de Justiça e o Hospital Sírio-Libanês	67
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	69
REFERÊNCIAS.....	74

INTRODUÇÃO

É inegável que a temática dos “direitos”¹ ocupa grande parte da agenda pública na atualidade. No contexto das inúmeras reivindicações que são noticiadas diariamente, há uma constante discussão a respeito de direitos, isto é, o Direito a que se tem direito e que fundamenta qualquer pleito que verse sobre o seu não cumprimento, sua violação. Em tais circunstâncias, como é de se imaginar, estão em jogo as mais diversas formas de marginalização social, política, jurídica e econômica; o que coloca, portanto, em situação de vulnerabilidade a sociedade (enquanto ente coletivamente considerado), determinados grupos sociais e, principalmente, indivíduos.

Na escala dos direitos, a propósito de estabelecer uma abordagem cadenciada, a primeira categoria (e de certo modo, mais ampla) que se menciona são os chamados Direitos Humanos, tal como microsistema normativo consubstanciado a partir da *International Bill of Human Rights*, que é composta pela Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) e pelos Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

A respeito dos Pactos Internacionais, que de certa forma podem ser considerados como uma espécie de aprofundamento do texto da DUDH, estes configuram o eixo central de discussão sobre os “direitos”. Isto porque, os Direitos Cívicos e Políticos são comumente conhecidos como direitos de primeira dimensão e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como direitos de segunda dimensão. Isso tem gerado uma certa disputa, quando o assunto se volta para a concretização dos mesmos na vida das pessoas, dos cidadãos de cada Estado.

Primeiro porque os Direitos Cívicos e Políticos são considerados como os direitos que dão origem aos demais direitos, sugerindo uma espécie de prevalência em relação aos demais; segundo, porque esses seriam, via de regra, direitos negativos, isto é, direitos que requerem um não-fazer do Estado ou dos demais indivíduos. De modo que quando se fala a respeito do direito à liberdade de expressão, por exemplo, o que faz com que esse seja respeitado é que não haja condutas que censurem ou prejudiquem a manifestação da opinião de um determinado indivíduo, quer na esfera da vida pública, quer na vida privada. Por outro lado, os Direitos

¹ É importante destacar que o uso de aspas na palavra direitos não constitui um intento de atribuir qualquer sentido pejorativo à mesma. Recorreu-se à função estético-gramatical das aspas para destacar a projeção que as reivindicações feitas em nome de determinados direitos possuem no espaço público, de modo que o direito a x, y ou z tem sido o estandarte argumentativo comum de grande parte dos conflitos sociais, políticos e até econômicos da contemporaneidade.

Econômicos, Sociais e Culturais (DESC) via de regra possuem como característica determinante para a sua caracterização a necessidade de uma ação efetiva do Estado para que esse possa ser concretizado, de fato, na vida dos cidadãos. Isto significa, portanto, que tratar-se-iam de direitos eminentemente positivos ou prestacionais.

O fato é que os Direitos Humanos, apesar de possuírem classificações didáticas para a sua melhor compreensão, devem ser pensados de forma integrada e, por se tratar de um microsistema normativo, possuem uma unidade e devem ser interpretados a partir dessa característica primeira, para que haja uma coerência na sua aplicação. Como bem se afirmou, há uma certa atmosfera de superioridade que envolve os Direitos Cíveis e Políticos em relação aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. E é a partir desse *background* que a presente pesquisa se origina. Feito esse destaque e ressalva, podemos, então, delimitar o campo da discussão a ser travada neste trabalho.

Vem sendo discutido reiteradamente no Brasil um fenômeno institucional chamado de judicialização da política. Isso significa, em última instância, que questões atinentes às esferas do Poder Executivo e Legislativo vêm sendo decididas pelo Poder Judiciário. Trata-se de um tema essencialmente polêmico, dado o fato que aborda diversas formas de justificação, sejam políticas ou jurídicas, para a existência e legitimidade do fenômeno em si, bem como revisita conceitos importantes para a vida em sociedade sob a égide de um Estado, sobretudo em democracias constitucionais contemporâneas, tais como a separação dos poderes, o próprio conceito de democracia, o papel das instituições, entre outros.

A presente pesquisa se localiza na interseção entre a judicialização da política e os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (DESC), limitando-se a analisar como esse evento tem-se manifestado no Brasil. No entanto, é importante ressaltar que, por se tratar de uma análise interna, se passa a adotar apenas a terminologia Direitos Sociais, que é categoria utilizada pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, ao invés dos DESC, que se mostram mais apropriados quando se desenvolve um estudo que se dedica primordialmente a uma análise de Direito Internacional a respeito do tema. Aqui nos dedicamos a uma análise interna, portanto, constitucional.

De forma mais precisa, nos debruçaremos sobre a judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil e, de modo ainda mais específico, à judicialização de medicamentos de alto custo na tutela individual. Nesses casos, em virtude de não possuírem as condições financeiras necessárias para arcarem os custos dos medicamentos que necessitam para seus respectivos tratamentos de saúde, bem como o fato da não disponibilidade desses na rede do Sistema Único

de Saúde (SUS), indivíduos portadores de patologias complexas e/ou congênitas pleiteiam por meio da via judicial que o Estado lhes forneça tais medicamentos de forma gratuita.

A atuação dos magistrados, sobretudo quando se trata da concessão dos medicamentos aos indivíduos que os requerem, provoca uma série de reações críticas, tendo uma diversa gama de fundamentos. Além dos argumentos que já são comumente atrelados à judicialização da política e que foram mencionados anteriormente, no caso específico da saúde e, mais ainda, de medicamentos de alto custo, surgem alegações de natureza orçamentária, baseadas no princípio da reserva do possível, na violação da autonomia da administração em determinar como serão distribuídos, investidos, os recursos disponíveis no orçamento público. A partir desse cenário surge o problema de pesquisa desta dissertação: buscamos analisar de que maneira as decisões judiciais que concedem medicamentos de alto custo a indivíduos podem ser consideradas como mecanismos legítimos de justiça distributiva; legitimidade essa avaliada a partir de três nuances específicas: jurídica, filosófica e política.

A hipótese que preliminarmente se sustenta para responder o questionamento proposto é de que há, sim, guarida jurídica (tendo como referência o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo os ditames constitucionais), filosófica (a partir das reflexões acerca da justiça distributiva desenvolvidas pela Filosofia Política Contemporânea) e política (considerando o exercício da função política do Supremo Tribunal Federal) que são capazes de apontar a justeza das decisões judiciais que concedem medicamentos de alto custo, pois que se tratam de medidas redistributivas de justiça.

Dessa forma, os objetivos desta pesquisa, notadamente, são: a) examinar o que é o direito à saúde enquanto categoria jurídica e de que forma as instituições brasileiras o compreendem, em especial a Constituição, a academia e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; b) investigar sob quais aspectos a saúde pode ser considerada como um bem primário; e c) debater a participação do Poder Judiciário na distribuição do bem primário da saúde a partir do conceito clássico de separação dos poderes.

Para bem responder à problemática e aos objetivos, elegemos como marco teórico da pesquisa os seguintes autores: Norman Daniels (1983, 2002, 2008), John Rawls (1999, 2008), Immanuel Kant (2007) e Ronald Dworkin (1985, 2000, 2006, 2011, 2013). Para justificar porque a saúde possui uma importância especial do ponto de vista moral, e de que maneira essa importância se reflete no campo político da vida em comunidade, utilizaremos o pensamento do filósofo norte-americano Norman Daniels, pois se trata da teoria precursora nesta temática,

bem como apresenta uma lógica argumentativa factível e compatível com as principais concepções de justiça existentes na filosofia política contemporânea.

A despeito dessa compatibilidade múltipla, a teoria de Norman Daniels (1983, 2002, 2008) possui como pressuposto os princípios normativos estabelecidos por John Rawls (1999, 2008) na teoria Justiça como Equidade. Assim, além de escolhermos manter uma espécie de continuidade filosófica na construção dos argumentos, temos a convicção de que a teoria rawlsiana ainda é a melhor teoria que articula as pretensões e necessidades individuais com o espírito cooperativo que é característico das comunidades políticas e, especialmente, das democracias constitucionais contemporâneas. Por ser uma teoria deontológica, a Justiça como Equidade rechaça qualquer tipo de argumento consequencialista ou teleológico que vise justificar a violação de direitos e liberdades individuais em nome de um suposto interesse coletivo maior.

Em virtude de abordarmos a perspectiva individual do direito à saúde, também se faz necessário apontar a correlação entre a concepção de dignidade humana, tal como concebida por Kant (2007) na formulação do imperativo categórico, e a maneira com que essa categoria é incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Para, então, verificar o modo com que a dignidade humana é interpretada e aplicada no que diz respeito às políticas públicas de saúde, levando em consideração também como a dogmática jurídica a relaciona com o caráter universal do direito à saúde.

A fim de demonstrar a participação legítima do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde dos cidadãos da comunidade política brasileira, nos pautaremos na concepção de democracia de Ronald Dworkin (1985, 2000, 2006, 2011, 2013). Para o autor, no contexto das democracias constitucionais contemporâneas, a função do Judiciário não é – nem deve ser assim compreendida – exercer uma postura passiva nesse esquema democrático-constitucional. Pelo contrário, trata-se de um órgão estratégico, capaz de garantir e salvaguardar os princípios normativos inscritos nas Constituições. O campo de discussão proporcionado pelos tribunais, sobretudo pelos órgãos de cúpula da estrutura judiciária, nomeadamente o Supremo Tribunal Federal no contexto brasileiro, pode ser caracterizado como um espaço de proteção aos direitos indisponíveis dos cidadãos, individualmente considerados, ainda que seja necessário ir de encontro aos procedimentos majoritários de formação da vontade política.

Em termos de metodológicos, a pesquisa deu-se, primeiramente, pelo recolhimento da literatura relacionada a cada um dos argumentos-chave desenvolvidos na dissertação, passando pelos temas da Justiça Distributiva na Filosofia Política Contemporânea, Direitos Humanos e

Fundamentais e Teorias da Democracia, de modo a subsidiar a arquitetura argumentativa deste trabalho que consiste em articular as hipóteses filosóficas, teórico-dogmáticas e político-democráticas apresentadas para responder ao problema de pesquisa. Em seguida, procedeu-se ao recolhimento dos votos proferidos no julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 566.471/RN e 657.718/MG do Supremo Tribunal Federal. A razão da escolha dos processos apontados se dá em virtude dos objetos desses convergirem para a temática desta Dissertação. De maneira que se trata de uma incursão importante para enriquecer a análise do problema de pesquisa ora proposto. Em relação aos votos dos ministros, será feita a análise do substrato argumentativo que serviu de vetor para as decisões, de modo que se buscará verificar e comparar, ao final, se o conteúdo das decisões mais se aproximou ou se afastou da construção teórica que foi desenvolvida nesta pesquisa e das decisões anteriormente proferidas pelos mesmo tribunal.

Quanto à estrutura da dissertação, no primeiro capítulo trataremos sobre o status normativo da saúde por meio da análise dos documentos jurídicos que a contemplam como um direito, tendo como paradigma a CFRB de 1988, de modo que buscaremos esmiuçar o significado da saúde enquanto categoria jurídica, além de destacar quais tipos de deveres surgem a partir dessa caracterização. Também buscaremos afirmar a importância da proteção jurídica da saúde e sua relação com o *Rule of Law* e, conseqüentemente, os desdobramentos que essa relação impõe ao Estado e às instituições que lhe são inerentes.

Além disso, esse capítulo será dedicado a descrever a compreensão do direito à saúde pelas principais instituições brasileiras. Esse movimento se faz necessário pois possuirá uma dupla função: 1) a de fixar o *common ground* da discussão em termos teóricos e apontar como a compreensão acadêmica e dogmática do direito à saúde se reflete na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; bem como 2) caracteriza-se como o *start point* de toda a pesquisa; isto é, ao final desse capítulo passaremos a apresentar nossas primeiras ilações a respeito das verificações apresentadas, de modo a fixar as bases do raciocínio que será desenvolvido ao longo dos demais capítulos da dissertação.

O segundo capítulo se encarrega de refletir e justificar filosoficamente a tese de que a saúde é um bem essencial na vida das pessoas, justamente porque exerce um papel decisivo na elaboração e consecução dos planos de vida de cada indivíduo integrante da sociedade. Dessa maneira, articularemos o direito à saúde – de acordo com os moldes fáticos enunciados anteriormente na descrição do problema de pesquisa – como um dos bens primários a serem distribuídos na sociedade pelas instituições e, sobretudo, analisaremos os critérios que

normatizam tal distribuição. Será colocada em perspectiva, principalmente, a defesa da abordagem individual do direito à saúde e por que a sua concretização nesses casos é tão legítima quanto a abordagem coletiva, apoiando-se em um conceito chave das relações humanas: a solidariedade.

Por fim, no terceiro e último capítulo, revisitaremos as categorias Democracia e Separação dos Poderes bem como a conexão existente entre essas e a distribuição dos bens básicos na sociedade, a fim de verificar, de modo particular, o papel do Poder Judiciário nessa relação complexa e multifacetada. Analisaremos ainda os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento dos dois Recursos Extraordinários a respeito da concessão judicial de medicamentos de alto custo, que foram reconhecidos como casos de Repercussão Geral. A partir dessa análise, onde verificaremos os pressupostos teóricos e filosóficos que fundamentam o pronunciamento dos ministros, concluiremos apontando de que maneira esses pressupostos se aproximam ou se afastam da hipótese defendida nesta dissertação.

De modo geral, podemos afirmar que, entre teoria e práxis, este trabalho não pretende estabelecer uma ordem de prevalência entre uma categoria e outra, pelo contrário, buscamos demonstrar como essas duas podem ser harmonizadas e vivenciadas no cotidiano da vida humana, tal como pensamos que deve ser.

1 A SAÚDE E O *RULE OF LAW*? UMA RESPOSTA JURÍDICA

Este capítulo tem como objetivo principal localizar o papel da saúde no Estado de Direito, especificamente, de acordo com os ditames do ordenamento jurídico pátrio. Estabelecemos como ponto de partida e como eixo central da análise o texto constitucional, em virtude de esse ser o principal vetor normativo da República brasileira. Dessa maneira, examinaremos as nuances centrais da saúde enquanto direito consagrado constitucionalmente, sobretudo por se tratar de um direito que está sob o manto da essencialidade, característica essa que determina e categoriza um direito como integrante do rol dos Direitos Fundamentais.

Após a exegese constitucional, passaremos a analisar de que modo essa categoria jurídica é compreendida pelas principais instituições que discutem, interpretam e aplicam o direito à saúde no Brasil: a academia e a jurisprudência, respectivamente. No que diz respeito aos posicionamentos acadêmicos, apesar de apresentarmos as principais e diversas posições que são defendidas pelos juristas brasileiros sobre as formas de concretização do direito à saúde, daremos especial destaque à literatura produzida pela Escola de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro por se tratar de um pólo de pesquisa especializado em refutar a aplicabilidade adequada dos direitos sociais, em especial, do direito à saúde. Quanto à jurisprudência, elegemos para o estudo os julgados do Supremo Tribunal Federal por duas razões: 1) é por excelência o órgão responsável pela interpretação da Constituição e responsável pelo zelo de seus princípios e normas; e, por esse motivo 2) é o órgão do Poder Judiciário que decide, em última instância, sobre a aplicação da justiça no Brasil.

Ao final, teceremos nossas primeiras considerações a respeito do cenário apresentado neste primeiro capítulo, como um substrato da comparação entre a proteção que a Constituição determina em relação à saúde, ao constituí-la como objeto da ciência e das relações jurídicas, e as diversas formas com que as pesquisas acadêmicas abordam essa categoria constitucional.

1.1 O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, anuncia no seu Capítulo II os Direitos Sociais, passando a especificá-los no texto do artigo 6º, quando elenca: “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância a proteção aos desamparados, na forma

dessa Constituição”. De modo particular, a saúde integra a categoria da Seguridade Social, ao lado da previdência e da assistência social, sendo estatuída pelo artigo 196 que declara a saúde como um “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” (BRASIL, 1988).

A partir do enunciado jurídico em questão poderemos, assim, fixar as primeiras bases e, de igual maneira, as primeiras complexidades que envolvem a temática da saúde no país. Isso significa que, porque é consagrada como um direito, ao portar esse *status* específico, a saúde passa a ser considerada como uma categoria que pode ser exigida em conformidade com as leis ou com a justiça. Em outras palavras, por ser um direito, trata-se de um poder legítimo a ser exercido e reclamado quando se fizer necessário.

Do ponto de vista da titularidade, o texto constitucional é muito claro quando afirma que a saúde é um direito de todos. Contudo, são necessárias algumas ponderações: a utilização da palavra *todos* expressa que a saúde é um direito que pertence, indistintamente, a todos os indivíduos que compõem a comunidade política brasileira, isto é, os cidadãos² que dela fazem parte; mais precisamente, a utilização desse termo afirma que ninguém será privado desse direito. E ao abordar esse ponto, conseqüentemente, somos levados a tocar no argumento de que o conteúdo do artigo 196 consubstancia uma norma meramente programática, isto é, de que se trata de uma norma que não é passível de judicialização, pois deve ser concretizada a partir da implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, porque é um direito coletivo e não subjetivo. Razão pela qual não poderia ser realizado com base em uma decisão judicial, pois não é uma categoria jurídica que pode ser individualizada.

Porém, ao reduzir o artigo 196 a esse patamar programático, há um retrocesso ao tempo em que a Constituição era considerada apenas como uma carta de intenções políticas, onde o seu conteúdo representava meras diretrizes a serem observadas pelos governantes. E que, por esse motivo, era incapaz de produzir efeitos concretos na vida das pessoas que compunham a sociedade que estava sob a sua égide (LASSALLE, 1933). Notadamente, essa não é a postura hermenêutica mais acertada diante do texto constitucional. De fato, a titularidade do direito à

² Apesar de não integrar a pauta estabelecida nesta pesquisa por razões metodológicas, há uma discussão a respeito de que direito à saúde deve alcançar inclusive estrangeiros, tais como refugiados e imigrantes ilegais. Sobre o tema, ver o artigo “*Movimentos migratórios sob a perspectiva do direito à saúde: imigrantes bolivianas em São Paulo*” (WALDMAN, 2011). Ainda a esse respeito, cabe mencionar a Lei n.º 13.445, de maio de 2017 que institui a Lei de Migração, em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, que em seu art. 4º, caput e inciso I, garante aos migrantes em condição de igualdade com os nacionais, entre outros direitos, a proteção “à direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos” (BRASIL, 2017).

saúde possui uma faceta coletiva, mas, isso, por si só, não justifica a afirmação de que se trata da única forma de titularidade desse direito. Defender essa postura significa, em última instância, negar a força normativa da Constituição (HESSE, 1991).

Como partimos do pressuposto que a Constituição guarda uma normatividade intrínseca, e que deve ser, portanto, respeitada, entendemos que o direito à saúde, tal como o artigo 196 o preleciona, possui uma dupla dimensão: trata-se de um direito público de gozo coletivo e subjetivo, que coloca o Estado em uma posição obrigacional que necessita de medidas que satisfaçam ambas as formas de titularidade. No julgamento do Agravo Regimental do Recurso Extraordinário n.º 271.286-8, o Ministro Celso de Mello esclareceu a dimensão subjetiva³, portanto, individual do direito à saúde quando afirmou que “o caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política [...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente” (STF, 2000).

Percebemos, então, que o Estado possui um grau de compromisso muito mais substancial do que uma mera diretriz a ser seguida. Por essa razão, dependendo da eventual situação de violação ao direito à saúde, que se verifica a partir da análise circunstanciada de cada caso concreto, pode tratar-se tanto uma violação coletiva, quanto de uma violação individual. Igualmente, de acordo com o enunciado constitucional, devem haver políticas públicas que acompanhem essas duas formas de titularidade, de modo a resguardá-las.

Nitidamente, tal como dissemos anteriormente, estamos diante de uma relação obrigacional em que um dos sujeitos é fixo, não muda: o Estado. O artigo 196 deixa muito claro que o dever de promover e prestar as ações que visem a assegurar a saúde de todas as pessoas que vivem nesta comunidade política, pertence ao Estado brasileiro. Assim, inicialmente, podemos compreender esse ator público em todas as suas manifestações enquanto ente federativo: União, Estados e Municípios e Distrito Federal. Todos eles são responsáveis por conferir efetividade ao que dispõe o artigo constitucional em análise. Inclusive, a respeito desse ponto específico, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que a responsabilidade entre os entes federativos é solidária⁴; não sendo possível argumentar que o dever de concretizar o direito à saúde só recai sobre a União, por exemplo (STF, 2000).

As formas de garantia do direito à saúde se realizam, em um primeiro momento, por meio da elaboração e implementação de políticas sociais e econômicas. Isso significa que o

³ Sobre uma análise mais aprofundada a respeito do direito à saúde como um direito subjetivo ver a dissertação de mestrado “*O Direito Fundamental à Saúde Como Direito Subjetivo: a perspectiva do liberalismo de princípios*” (RIBEIRO FILHO, 2016).

⁴ Cabe mencionar o art. 24, XII da CF/88 que dispõe sobre a competência concorrente, entre a União, os Estados e ao Distrito Federal, para legislar sobre a previdência social, a proteção e defesa da saúde (BRASIL, 1988).

processo mediante o qual o texto constitucional se metamorfoseia em práticas concretas na vida dos cidadãos, depende da criação de leis reguladoras e políticas governamentais por parte do Poder Legislativo e do Poder Executivo, respectivamente. A título de exemplo, podemos mencionar a Lei n.º 8.080/90 que regulamenta a atividade do Sistema Único de Saúde e a Portaria n.º 3.916/98 do Ministério da Saúde, que aprova a Política Nacional de Medicamentos.

Desse modo, tais políticas públicas devem ter como objetivo duas dimensões distintas, mas igualmente importantes e necessárias: 1) a saúde preventiva; e 2) a saúde curativa. A dimensão preventiva do direito à saúde se verifica no trecho em que o artigo 196 se volta a necessidade de “reduzir o risco de doenças e de outros agravos”. Apesar desse espectro não ser o objeto de análise desta pesquisa, cabe destacar que as políticas de prevenção são, em sua grande parte, as mais conhecidas pelos brasileiros porque são objeto constante de publicidade e, conseqüentemente, passam a ser consideradas como o tipo de política pública que mais é colocada em prática (BRASIL, 1988).

Nesse caso, podemos citar as campanhas de vacinação contra gripe, febre amarela, etc., a intensificação nas ações de distribuição gratuita de preservativos durante o período de carnaval, com o objetivo de evitar o aumento de doenças sexualmente transmissíveis, bem como as campanhas contra a proliferação dos mosquitos *aedes aegypti* e *aedes albopictus* que são vetores de doenças graves como a dengue, febre amarela, febre zica e *chikungunya*.

Por outro lado, a passagem que afirma que o objetivo das políticas públicas de saúde também é o de “assegurar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”, além de reforçar o dever preventivo na tutela pública da saúde, também se refere ao tema da saúde curativa quando remete à necessidade das ações voltarem-se à recuperação da saúde das pessoas (BRASIL, 1988).

De modo geral, esses objetivos-ações podem ser caracterizados de modo que as ações de promoção visam “eliminar ou controlar as causas das doenças e agravos, envolvendo ações também em outras áreas, como habitação, meio ambiente, educação etc”; as de proteção buscam prevenir “riscos e exposições às doenças para manter o estado de saúde, incluindo ações de saneamento básico, imunizações, ações coletivas e preventivas, vigilância à saúde e sanitária” e, por último, as ações de recuperação são aquelas que “evitam a morte de pessoas doentes, bem como as sequelas, atuando sobre os danos (atendimento médico, tratamento e reabilitação para os doentes)” (MAUÉS, 2010, p. 267).

A nossa investigação se dedica às ações de recuperação da recuperação da saúde, e mais especificamente àquelas que requerem medicamentos de alto custo para auxiliar no tratamento

e recuperação dos cidadãos acometidos de doenças graves, quer sejam congênicas ou que foram se tornando mais complexas de acordo com o quadro clínico particular de cada paciente. Contudo, o mais importante em compreender a característica multifacetada da saúde é perceber o desafio que o Estado possui em garantir o acesso universal e igualitário de um bem básico (saúde) a um grupo de pessoas (cidadãos brasileiros) que não é homogêneo – nem pode ser homogeneizado – e que por essa razão não possuem, nem compartilham das mesmas necessidades.

Como se pôde perceber, a partir de 1988 verificamos uma transição no paradigma jurídico brasileiro: a Constituição alcança um outro patamar, quando passa a ser compreendida como um documento jurídico-político que contém normas dotadas de níveis profundamente axiológicos e que dispõem sobre uma série de questões que além de não terem sido objeto do constituinte originário nas Constituições anteriores, ainda são tratadas de forma analítica no texto constitucional vigente. Sem dúvida alguma, podemos afirmar que o direito à saúde é uma dessas questões normativas complexas.

1.2 O QUE É O DIREITO À SAÚDE PARA A DOUTRINA

Em virtude das vicissitudes que a interpretação das categorias que estão atreladas à realização do direito à saúde, é de se imaginar que a compreensão desse direito, e de tudo o mais que lhe é atinente, não se dará – como não se deu e nem se dá – de forma uniforme. Algumas das grandes questões discutidas na doutrina brasileira a respeito do direito à saúde tem início na análise da titularidade do mesmo. Isso porque estabelecer quem é ou, quem são os titulares desse direito, implica, conseqüentemente, no modo como esse deverá ser gozado, concretizado e reclamado. Assim, passaremos analisar a forma com que alguns pesquisadores se manifestam sobre a melhor forma de interpretar o direito à saúde e, quando for o caso, seus respectivos posicionamentos a respeito da concessão judicial de medicamentos de alto custo para indivíduos.

No artigo intitulado *Problemas da Judicialização do Direito à Saúde no Brasil*, Antônio Maués inicia o texto afirmando que pela primeira vez na história constitucional brasileira a saúde é designada como um direito fundamental, com o advento da CF/88 em 1988. Ao descrever a característica analítica do texto constitucional que dedica vários dispositivos para a normatização do direito à saúde, o autor aponta que esse trato pormenorizado do constituinte exigiu tanto da academia quanto dos tribunais uma reflexão mais profunda a respeito do

conteúdo, eficácia e aplicabilidade desse direito fundamental. No entanto, para o autor, a maior desafio está na dimensão positiva do direito à saúde, que carece do agir estatal para o seu devido exercício, quer por meio da criação e implementação de políticas públicas quer por meio de uma obrigação de dar ou fazer (MAUÉS, 2010, p. 258-59).

O autor chama atenção para o fato de que em função da assistência de saúde pública não conseguir suprir às demandas dos cidadãos de forma adequada, o Judiciário tem sido cada vez mais utilizado como um instrumento eficaz de acesso às prestações do Estado; principalmente por causa do êxito que essa via tem demonstrado até então. Porém, destaca que esse sucesso obtido nas ações judiciais, além de onerar demasiadamente o sistema público, não contribui para a universalização do direito à saúde. Isso ocorre porque, na visão do autor, a maneira como a judicialização⁵ da saúde se desenvolveu no país possibilita que algumas pessoas tenham acesso a serviços que não são oferecidos para os demais integrantes da sociedade, sendo que muitas das vezes os que fazem uso da via judicial pertencem às classes privilegiadas. O que acaba por prejudicar a equidade e eficiência da atuação estatal (MAUÉS, 2010, p. 261-65).

O autor referenciado também acredita que tem sido praticada uma certa distorção na compreensão dos princípios constitucionais que regem o direito à saúde, sendo esses o da universalidade, do atendimento integral, do caráter democrático e descentralização da administração e o da regionalização e hierarquização. Tais princípios têm a função de estabelecer uma gama de objetivos a serem alcançados pelo Estado, ao mesmo tempo que norteiam a elaboração e desenvolvimento das políticas públicas de saúde, de maneira a limitar o campo da discricionariedade, quer seja governamental, legislativa ou judicial. Por fim, apesar de não defender a ilegitimidade da judicialização das demandas que envolvem o direito à saúde, o autor acredita que a forma que esse evento vem sendo utilizado pelos cidadãos e praticado pelos tribunais, não obedece aos princípios que regem o direito fundamental em questão, pois que refletem uma polarização da relação entre o indivíduo e a sociedade, além de desrespeitar as leis orçamentárias, que são os lugares onde legitimamente devem ser discutidos os investimentos na saúde pública (MAUÉS, 2010, p. 266-69).

⁵ Cabe mencionar que esse tema será explorado com mais profundidade no capítulo terceiro, quando discutiremos os aspectos políticos da participação do Poder Judiciário na concretização do direito à saúde. No entanto, a fim de localizar o leitor sobre o que essa categoria representa na dogmática jurídica atual, apresentamos a seguinte definição: significa que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo” (BARROSO, 2012).

Como pode ser visto, por defender a titularidade coletiva – e por consequência, também a fruição – do direito à saúde, o autor assume um olhar comunitário a respeito desse direito, quando justifica que o acesso aos serviços oferecidos pelo Estado deve se dar exclusivamente por meio das políticas públicas estabelecidas pelo governo, obedecendo os limites impostos pelos orçamentos, pois essa é maneira mais equitativa de conceber a distribuição do direito fundamental pelo ente público. E dessa maneira, por estar disponível ao maior número de pessoas, essa estratégia consegue, de fato, universalizar o acesso dos cidadãos às políticas públicas de saúde de forma igualitária; cabendo ao judiciário, apenas, a proteção dos princípios constitucionais segundo a diretriz estabelecida pela própria titularidade do direito à saúde, de modo a excluir o deferimento de “pedidos de tratamentos não previstos oficialmente e que ofereçam poucas possibilidades de sobrevivência” (MAUÉS, 2010, p. 270-71).

De forma análoga se manifesta Fernando Scaff no artigo *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*, ao criticar um viés específico dessa categoria de decisão judicial. Porém, nesse caso, a argumentação desenvolvida é notadamente apoiada em preceitos estabelecidos pelo Direito Financeiro, principalmente no que tange à observação das diretrizes orçamentárias estabelecidas em lei. O problema fundamental levantado pelo autor é que esses tipos de sentenças provocam um “aumento de custos para o Erário, obrigando-o ao reconhecimento de um direito social não previsto originalmente no orçamento do poder público demandado”, por meio do que o autor denomina “justiça direta”, isto é, quando os magistrados implementam determinados direitos sociais através da aplicação imediata dos enunciados constitucionais, sem o auxílio das leis ou regulamentações elaboradas pelos Poderes Legislativo e Executivo. Para o autor, essa postura assumida pelo Poder Judiciário – destacando principalmente a atuação do Supremo Tribunal Federal – de “ordenadores de despesas públicas” faz com que as decisões atendam uma parcela limitada de pessoas, confundindo o “sentido do que é um *direito social*, tratando-o como um direito que possa ser fruído de forma *individual* ou *coletiva*, e não pelo conjunto de cidadãos que dele necessitem” (SCAFF, 2013, p. 133-137).

Ao se referir especificamente ao posicionamento adotado pelo STF no julgamento de demandas que versem sobre o direito à saúde, Fernando Scaff entende que a interpretação que tem sido adotada pela Corte, de que se trata de um direito subjetivo e que por isso, pode ser desfrutado diretamente por cada cidadão, retrata um cenário em que “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”. Por partir da premissa de que “os recursos são escassos, e as necessidades, infinitas”, bem como de que ao Poder Legislativo cabe estabelecer as prioridades a serem realizadas pelo governo por intermédio do sistema orçamentário

(discricionariedade do legislador) e que ao Poder Executivo compete efetuar esses gastos de acordo com o que foi fixado anteriormente (discricionariedade administrativa), o autor afirma de forma convicta que o ato de “proferir sentenças aditivas sobre o impacto de pressão dos fatos, mesmo que de fatos sociais mais tristes, como a possibilidade de perda de uma vida ou falta de recurso para compra de remédios, não é papel do Judiciário”. De modo que qualquer medida redistributiva que venha a ser implementada pelo Poder Judiciário deve necessariamente ser restringida pela reserva do possível, ou como nas palavras do autor: pelo “limite do orçamento” (SCAFF, 2013, p. 146 e 152).

Outro posicionamento semelhante, pertence ao constitucionalista português António José Avelãs Nunes, no texto *Os tribunais e o direito à saúde*. Além de também compreender o direito à saúde como sendo um direito de titularidade eminentemente coletiva e que, por isso, deve ser concretizado exclusivamente por meio de políticas econômicas e sociais, nos limites dos recursos financeiros estabelecidos pelo Estado, o autor, partindo da análise do cabimento da faculdade de o Poder Judiciário reprovando determinadas condutas dos outros Poderes do Estado, por meio do controle de constitucionalidade. Ele admite a existência e legitimidade da aplicação de inconstitucionalidade por omissão, contudo, considera perigoso “colocar o Poder Judiciário no papel de *reprovar* os outros Poderes do Estado. Seria empurrar os tribunais para o terreno do debate político”. O autor afirma que se deve evitar totalmente a presença do Judiciário nas discussões políticas, de maneira que também questiona a postura de diálogo dos tribunais com os outros Poderes, ao indagar que conteúdo e significado esse comportamento e se ainda possui fundamentação constitucional, “porque não é aceitável que as *opções políticas* do Legislativo possam ser substituídas pelas *opções políticas de cada juiz*” (NUNES, 2011, p. 52-54).

Uma postura um tanto quanto distinta das que foram apresentadas até aqui, pertence a Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo no artigo *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. Nesse texto, os autores assinalam de pronto os direitos sociais – o que evidentemente inclui o direito à saúde – como direitos fundamentais na ordem constitucional brasileira, de modo que o conteúdo do art. 196 da CFRB não se reduz a uma norma programática, pois que vincula tanto o Legislativo quanto o Executivo a elaborar e implementar medidas que observem os ditames ali insertos. Assim, ao apontar essa importante característica do direito à saúde e relacioná-lo com os institutos da reserva do possível e do mínimo existencial, os autores concluem que: 1) o direito fundamental à saúde possui a sua satisfação orientada pelo mínimo existencial, mas não estão a ele vinculados de forma estática

(como se o mínimo existencial fosse um parâmetro fixo), pois que esse instituto possui como métrica a dignidade da pessoa humana. E é em virtude dessa última que eles rechaçam a ideia de uma interpretação do mínimo existencial que se limite à um mínimo vital, à mera manutenção da existência ou da sobrevivência humana, sendo essa uma leitura empobrecida do direito à vida; 2) para os autores, a dignidade da pessoa humana pressupõe a concretização da dimensão positiva ou prestacional dos direitos sociais em geral, estabelecendo, dessa maneira, um mínimo sociocultural; outra característica importante em relação a esse ponto, diz respeito ao fato de que “a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação”, pois as exigências por ela admitidas irão variar de acordo com a particularidade de cada caso concreto, que devem ser analisadas pelo juiz, e nos casos que versem sobre a concessão de medicamentos de alto custo, as decisões devem ter como parâmetro o juízo de adequação e necessidade; 3) no que tange à reserva do possível, os autores afirmam que o fator orçamento, por si só, em nada impede ou deslegitima a atuação judicial nos casos que envolvam a concretização de demandas de saúde; por outro lado, reconhecem que essa sinaliza ao magistrado um senso de rigor e responsabilidade ao analisar demandas que requerem medicamentos de alto custo, de maneira que não aprovam a realização irrestrita do direito à saúde ou do direito à vida pelo Judiciário. Além disso, os autores apontam como urgente a “conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário, de que *não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais* sociais”. Por fim, apesar de reconhecerem a dimensão individual e subjetiva da titularidade do direito à saúde, os autores compreendem que no contexto da judicialização, a efetivação desse direito deve se dar preferencialmente pela forma de ações coletivas, embora isso não impeça nem deslegitime as ações individuais apresentadas aos tribunais (SARLET; FIGUEIREDO, 2013, p.13-47).

No texto *Direitos Fundamentais Sociais: realização e atuação do Poder Judiciário*, José Claudio Monteiro de Brito Filho assume uma posição rigorosa na defesa da concretização dos direitos sociais pelo Poder Judiciário, quando procura refutar alguns argumentos a respeito da impossibilidade de atuação dos tribunais na implementação desse universo de direitos. O primeiro ponto se refere à normatividade imperativa do art. 196 da CFRB, em função da aplicabilidade imediata dos direitos sociais, apoiando-se no que dispõe o art. 5º, parágrafo primeiro da CFRB. A partir desse pressuposto, o autor assevera que não há razão em atacar a postura do judiciário “quando esta atuação é somente o cumprimento de suas funções, muito menos quando o seu agir é só consequência da negação à coletividade de suas necessidades vitais, pela inação de outro Poder do Estado” (BRITO FILHO, 2008, p. 77-87).

Em um texto posterior, intitulado *Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário*, o referido autor trata especificamente da realização das demandas que envolvem o direito à saúde. Nesse sentido, ao voltar-se para a questão da titularidade, o autor deixa claro que encarar a saúde apenas pelo prisma coletivo é um raciocínio inadequado, pois que ignora o fato de que cada sujeito de direito possui suas próprias particularidades, e que utilizar o princípio da universalidade em vistas de praticar uma homogeneização entre o que é oferecido, ignorando as demandas do caso concreto, é racionalizar o direito à saúde como se “as necessidades de todos fossem sempre as mesmas” (BRITO FILHO, 2012, p. 136-145). Assim, o autor considera que as normalizações dos critérios de distribuição desse direito não podem concorrer para criar qualquer situação de marginalização jurídica, ao excluir qualquer pessoa da cobertura do atendimento oferecido pelo Estado, uma vez que todos os cidadãos são sujeitos desse direito. E considerar a realização da saúde pelo prisma individual possibilita uma concretização mais eficaz e mais justa, dado que opera tanto no sentido da satisfação dos ditames constitucionais, quanto dos critérios de igualdade material, considerando a conciliação entre as categorias da universalidade, da pluralidade e da desigualdade.

1.1.1 A Escola de Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Há um conjunto específico de autores brasileiros que se têm dedicado ao tema da realização dos direitos sociais, analisado diversos aspectos da judicialização de demandas que carecem da atuação positiva de por parte do Estado, em determinados segmentos da vida da comunidade brasileira. Esses pesquisadores pertencem à Escola de Direito Público da UERJ, sendo que alguns desenvolveram os trabalhos selecionados na qualidade de professores pesquisadores, e outros quando eram alunos do programa de pós-graduação da instituição. A razão de estarem em um espaço próprio no corpo deste trabalho é que eles representam uma tradição de pesquisa que foi consolidada e que se consolida cada vez mais no interior do departamento de direito público da UERJ, de modo que representam um polo de pesquisa que é referência nacional na discussão. Os tópicos abordados pelos autores escolhidos transitam entre as áreas da hermenêutica constitucional, do direito financeiro, concentrando suas atenções em conceitos já mencionados anteriormente por outros autores, tais como o mínimo existencial, a reserva do possível e a dignidade da pessoa humana.

Ricardo Lobo Torres analisa a questão da judicialização dos direitos sociais em geral no artigo *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. A opinião do autor a respeito do assunto fica clara a partir da seguinte afirmação: “as normas constitucionais sobre direitos econômicos e sociais são meramente programáticas: restringem-se a fornecer as diretrizes ou a orientação para o legislador e não têm eficácia vinculante”. Isso sumariamente significa que o autor não reconhece a força normativa da constituição no que tange à realização desse grupo de direitos; por esse motivo, “os direitos econômicos e sociais existem, portanto, sob a ‘reserva do possível’ ou da ‘soberania orçamentária do legislador’ (...). *A pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos*”. A partir disso podemos perceber que o autor considera que o financiamento de determinados serviços pautados nos direitos sociais, a partir das decisões judiciais constitui uma séria violação ao próprio texto constitucional, além de uma espécie de apropriação indevida dos recursos públicos (TORRES, 2013, p. 63-78).

Seguindo na mesma linha de raciocínio, Gustavo Amaral e Danielle Melo se dedicam a discutir especificamente o tema do fornecimento de medicamentos pela via judicial no artigo: *Há direitos acima de orçamentos?* Já nas primeiras linhas, os autores afirmam que se propõem a questionar a “verdade estabelecida”, de que a defesa da vida através do fornecimento de medicamentos é questão jurídica e eticamente superior, que não pode ser contrastada com ‘questões menores’ como o orçamento”. Os autores consideram que estão em posição de confronto (constituindo uma espécie de posicionamento minoritário) com o já – supostamente – pacificado e dominante pensamento de que o direito à saúde é algo absoluto e que, portanto, está irrestritamente acima dos orçamentos públicos. Especialmente preocupados com a questão da escassez dos recursos, os autores afirmam que essa “não é um *acidente* ou um *defeito*, mas uma *característica implacável*”; por esse motivo, no que diz respeito ao direito à saúde e, em última instância, ao direito à vida, “a escassez faz parte da definição, da delimitação *em concreto* do próprio direito, ou, como preferimos, da densificação e decisão quanto ao atendimento da pretensão, pelo que a chamada ‘reserva do possível’ é elemento integrante”. Dessa maneira, o orçamento público é o local legítimo onde devem ser discutidos que direitos serão satisfeitos pelo ente público, uma vez que os autores identificam que no interior da noção de escassez está contida a ideia de *trade-off*, dado que os recursos são limitados e as necessidades são ilimitadas. Logo, à Administração Pública cabe “a escolha *do que atender e do que não atender*”; e seguem afirmando que isso “não se trata de algo ‘mau’, mas sim de uma característica inexorável”. Por consequência, os autores conferem ao orçamento um status

magno, considerando-o como a expressão máxima da cidadania, pois que é onde as “as escolhas públicas são feitas e controladas”. O que deixa evidente a conclusão dos autores à questão proposta inicialmente no título do texto, de maneira que não há direitos que estejam acima de orçamentos, uma vez que esses são, ao mesmo tempo, a baliza normativa e prática da concretização dos direitos sociais e, no caso, do direito à saúde (AMARAL; MELO, 2013, p. 79-99).

À guisa de clarificar o fenômeno do controle judicial das políticas públicas, no texto *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*, Ana Paula de Barcellos aponta três postulados teóricos que podem ser considerados como consolidados no constitucionalismo contemporâneo, de maneira que esses tais são os seguintes: 1) a normatividade dos dispositivos constitucionais, o que conseqüentemente implica na capacidade intrínseca que esses possuem em “produzir efeitos no mundo dos fatos”, além de disporem da “imperatividade própria do Direito”; 2) a posição de destaque que os direitos fundamentais possuem no ordenamento jurídico brasileiro, em função da “centralidade do homem e da sua dignidade, de maneira que os direitos fundamentais constituem as balizas de ação Estatal, bem como a sua realização, proteção e promoção são os objetivos do Estado e do Direito; e 3) a submissão do poder público à Constituição, como consequência da ideia de *Rule of Law*, de modo que o Estado, por meio das suas funções públicas, tem o seu poder limitado pelas normas jurídicas, pois que “uma das funções de um texto constitucional (...) é estabelecer vinculações mínimas aos agentes políticos, sobretudo no que diz respeito à promoção dos direitos fundamentais”. A partir disso, a autora verifica que a relação entre essas premissas da teoria constitucional e a ideia de controle jurídico das políticas públicas é como que óbvia, pois, se não fosse possível efetuar uma fiscalização a respeito do cumprimento dos ditames constitucionais, sobretudo dos que se referem à direitos fundamentais, estaria se esvaziando a “normatividade de boa parte dos comandos constitucionais relacionados com os direitos fundamentais, cuja garantia e proteção dependem, em larga escala, das políticas públicas” (BARCELLOS, 2013, p. 104-107).

A autora prossegue afirmando que em uma circunstância onde o Poder Público não assegure o cumprimento de um conjunto mínimo de direitos fundamentais, implica no fato de que os cidadãos não terão as condições necessárias para exercer a sua liberdade de forma plena e autônoma, o que prejudica a participação lúcida e informada no processo político democrático, bem como a capacidade de debate no espaço público, o que em última instância significa que “o sistema de diálogo democrático não tem como funcionar adequadamente se os

indivíduos não dispõem de condições básicas de existência digna”; dignidade essa que é protegida e promovida por meio dos direitos fundamentais, quer eles sejam de direitos civis e políticos ou direitos econômicos, sociais e culturais. Há um ponto de cunho pragmático muito interessante na discussão, para o qual a autora chama atenção: “na ausência de controle social, a gestão das políticas públicas no ambiente das deliberações majoritárias tende a ser marcada pela corrupção, pela ineficiência e pelo clientelismo” (BARCELLOS, 2013, p. 108-109). Daí verifica-se a importância de que sejam garantidas as dimensões positivas dos direitos, para que os cidadãos tenham plena capacidade de exercer de forma autônoma e crítica o controle da atividade estatal, a fim de verificar e, quando for necessário, exigir que o Estado cumpra com os seus deveres, através da observância dos direitos fundamentais, agindo em função do único ente soberano que existe no espaço brasileiro: o povo.

1.3 O QUE É O DIREITO À SAÚDE PARA A JURISPRUDÊNCIA

No percurso decisório do Supremo Tribunal Federal, em matéria de direito à saúde, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45-9/DF⁶ cumpriu um papel muito importante: constituiu uma espécie de divisor de águas, na medida em que definiu as primeiras bases de um posicionamento que foi sendo construído e aprimorado ao longo do tempo, quando da definição da compreensão do STF a respeito do direito à saúde, por meio da análise de outras nuances jurídicas que iam surgindo a cada novo processo que chegava à Corte. No caso da ADPF n.º 45-9/DF, foi analisada a complexa relação estabelecida entre o direito à saúde e o instituto da reserva do possível, bem como a posição do Poder Judiciário na árdua tarefa de produzir uma decisão que, sobretudo, respeite e dê efetividade aos ditames constitucionais em matéria de direitos fundamentais. O relator, ministro Celso de Mello, no voto proferido no julgamento da ADPF, destaca determinados aspectos que são pontos sensíveis e aparentemente controversos no estudo da realização do direito à saúde a partir da instância judicial. Analisaremos cada um deles, começando pelo excerto a seguir:

⁶ A escolha em analisar especificamente a ADPF n.º 45-9/DF como referência jurisprudencial neste ponto do trabalho, não é arbitrária. Tal julgado representa no histórico de decisões do Supremo Tribunal Federal uma baliza normativa em relação à judicialização do direito à saúde, pois que define os contornos desse direito: reconhece a dimensão subjetiva desse direito público, ao afirmar o indivíduo como um ente que também é destinatário desse comando constitucional. Além disso, define-se a justiciabilidade dos direitos sociais em geral, do direito à saúde de forma específica, bem como a legitimidade da participação judicial na concretização desse direito, em função de eventuais omissões por parte do Poder Executivo, ao adotar uma interpretação específica da separação dos poderes – adotou-se uma interpretação contemporânea em face da interpretação clássica (discutiremos esse ponto específico com mais propriamente mais adiante, no capítulo terceiro).

A dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (STF, 2004).

Como se pode observar, o primeiro ponto abordado trata da faceta política que também integra as possibilidades de atuação do Supremo Tribunal Federal. Quando colocamos no horizonte de pensamento a atividade de um tribunal e uma afirmação como essa, é razoável que inicialmente se pense que uma dimensão política pode significar a transgressão dos limites que definem o âmbito de decisões de uma corte. Isto porque, via de regra, se compreende a atividade jurídica, principalmente a do operador do direito, do juiz, como necessariamente depurada das demais esferas do mundo da vida, tais como a política, a ética etc., no entanto, a fala do ministro Celso de Mello, demonstra de forma clara que há uma função política que foi legitimamente conferida ao STF pela Constituição; função essa que está imbricada na função jurídica, pois que dela não há como se separar, e, ainda que isso seja possível, trata-se de uma linha tênue e muitas das vezes imprecisa. É até mesmo difícil imaginar uma decisão em que não se esteja afirmando, concretizando um determinado direito, ainda que em face de um outro. Por esse motivo, uma vez investida da competência institucional de zelar pela ordem e interpretação da Constituição, o STF, ao aplicar as normas constitucionais, exerce de forma legítima a função ou dimensão política de sua atividade, pois, “se a norma traduz opção política, tem conteúdo político; e mesmo a sua aplicação literal, pretensamente neutra, nos exatos termos previstos pelo legislador, não deixa de ser uma atitude política” (PAIXÃO, 2007, p. 20). Mas, quanto a esse último ponto, ainda voltaremos a discuti-lo de forma minuciosa mais à frente.

Prosseguindo na análise do voto, vejamos:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental (...). Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (STF, 2004).

Nesse trecho, o ministro relator busca deixar claro que a possibilidade de violação – por parte do Estado – dos direitos dos cidadãos que integram a comunidade política, não se restringe à prática de atos, à tomada de determinadas atitudes. Isto é, a não ocorrência delas também pode vir a implicar em prejuízos na vida das pessoas que estão sob égide do Poder Público. De modo que, se considerarmos a própria circunstância do não fornecimento de determinados tipos de medicamentos por meio do SUS é um exemplo das várias formas possíveis de violação do direito à saúde por omissão, uma vez que o ente estatal se furta do dever de concretizar a dimensão prestacional de um direito que foi consagrado pela Constituição como fundamental, essencial para o florescimento harmônico dos cidadãos. Nesse contexto, o voto prossegue:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (...), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte – que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política ‘não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado’ (STF, 2004).

A referência feita nesse excerto é de profunda relevância, pois destaca, ao mesmo tempo, a complexa relação entre as seguintes características das funções públicas: independência, autonomia, harmonia e unidade. O ministro Celso de Mello inicialmente aponta que em virtude da separação das funções públicas, a cada uma das esferas do Estado é atribuída uma atividade própria, típica. No entanto, na ocorrência de circunstâncias – tais como o não cumprimento de compromissos constitucionais que impliquem na violação de direitos fundamentais dos cidadãos; nesse caso, a violação ao direito à saúde – que justifiquem que um outro ente público, que exerce primariamente um outro tipo de atividade típica, venha a intervir de forma atípica com a finalidade de resguardar o interesse, a segurança das pessoas que estão tendo seus direitos ameaçados, ou mesmo violados. Trata-se, então, de uma intervenção legítima, uma vez que manifesta a unidade do Estado e do Poder Público, por meio da cooperação entre as instituições que representam as funções públicas, de modo que em um eventual cenário de crise ou de

dificuldade na implementação de políticas públicas, de concretização de direitos, o Judiciário, no caso, possa dar o suporte que lhe for possível para colaborar na realização das premissas constitucionais, ainda que se tratem de normas programáticas, que via de regra são compreendidas como diretrizes a serem observadas, não dotadas de caráter vinculativo, como comentamos anteriormente.

A esse respeito, o relator é muito preciso em esclarecer que, ainda que esse conceito seja aplicável ao direito à saúde, por meio do art. 196 da CFRB, isso não significa que a Administração Pública pode disso se prevalecer para não colocar em prática o que essa suposta diretriz recomenda; pelo contrário, a sua não observação acarreta um ato de infidelidade para com o soberano, o povo brasileiro, que confia aos seus representantes a responsabilidade de não apenas administrar e gerir recursos, mas também de por meio dessa atividade, promover, garantir e efetivar os direitos que a Constituição elege como tais. Assim sendo, seguimos ao último excerto do voto:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. (...). A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais (STF, 2004).

O último ponto se refere ao reconhecimento dos direitos sociais como uma classe de direitos que é e deve ser objeto de implementação por parte do governo, de qualquer orientação política a que pertença, por meio de políticas públicas. Isso porque as disposições constitucionais, em especial às que se referem aos direitos sociais e, nesse caso, ao direito à saúde em particular, devem ser cumpridas por todo e qualquer governante, a qualquer tempo, independente de posicionamento político-partidário e/ou ideológico. Caso contrário, se fosse possível sujeitar a aplicabilidade prática de cláusulas tomadas como fundamentais pela Constituição ao humor político que estivesse em vigor, essas, certamente não deveriam pertencer à categoria de direitos. Direitos, enquanto normas dotadas de juridicidade e normatividade, necessariamente vinculam o exercício da atividade estatal. Pois que o Direito, como instituição que é, regula as relações sociais nas suas mais variadas nuances. Quer se trate das interações entre cidadãos, quer se trate das interações entre o(s) cidadão(s) e o Estado; de

maneira que um dos aspectos centrais no controle de legitimidade material dos atos praticados pelos representantes das funções públicas é a conformidade desses atos com as leis. Isto é, se por meio de suas práticas institucionais, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário observam as normas do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo as normas constitucionais. Por esse motivo, a concretização dos direitos sociais e, nesse sentido, do direito à saúde, por qualquer um desses entes públicos, quer no exercício típico ou atípico de funções, manifesta tanto 1) a afirmação dos direitos sociais em geral e do direito à saúde como direitos genuínos e, portanto, passíveis de justiciabilidade, quanto 2) o sentido e a vivacidade do *Rule of Law*, uma vez que a concretização do direito à saúde nos termos apresentados pelo ministro Celso de Mello na ADPF n.º 45-9/DF, demonstram a expressão desse instituto na vida cotidiana, nas práticas institucionais; assegura que o Estado está, sim, submetido ao Direito, através da vinculação à densidade normativa da Constituição, da Lei, e que inconstitucionalidades não devem passar incólumes, como algo normalizado, aos olhos de quem quer que seja.

Após a análise feita, podemos perceber porque a ADPF n.º 45-9/DF é tão importante no curso decisório do Supremo Tribunal Federal em matéria de direito à saúde. A riqueza do seu conteúdo e o nível das reflexões apresentadas foram fundamentais para o desenvolvimento de vários estudos mais aprofundados do tema tanto na academia quando dentro dos tribunais. No próprio STF, a ADPF se tornou uma referência para as decisões que surgiram desde então, sendo citada reiteradamente nos acórdãos sobre a temática. Sendo assim, entendimento tal como o de que a responsabilidade solidária entre os entes da federação em relação ao custeio de demandas que requeiram o fornecimento de medicamentos de alto custo, que foi definido nos autos da Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, representa a consolidação de uma trajetória jurisprudencial que teve a ADPF n.º 45/DF como um marco importante (STF, 2010). Cabe salientar, também, o fato de que mesmo antes do julgamento da ADPF n.º 45/DF, o próprio Supremo Tribunal Federal já havia delimitado seu entendimento a respeito da indissociabilidade do direito à saúde em relação ao direito à vida, bem como havia reconhecido a dimensão individual do direito à saúde, por meio do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 271.286, de relatoria do ministro Celso de Mello (STF, 2000).

1.4 PRIMEIRAS IMPRESSÕES

Diante das posições que foram expostas e comentadas sem, na medida do possível, adiantar o conteúdo da presente seção, passamos a apresentar nossas próprias considerações a

respeito das interpretações que têm sido feitas sobre a exigibilidade judicial do direito à saúde – com foco específico no fornecimento de medicamento de alto custo para indivíduos.

A primeira controvérsia a ser por nós enfrentada diz respeito à combinação das categorias apontadas no art. 196 da CF/88: universalidade e igualdade. O caráter universal de acesso ao direito à saúde implica, de fato, que esse se estende a todos os integrantes da comunidade política brasileira, os cidadãos, sem distinção de qualquer espécie que seja. Essa é uma característica muito clara e, pensamos, que não haja muito o que se questionar quanto a esse ponto. O fator complicador se deve à inserção da igualdade, pois à primeira vista tratar-se-ia de uma categoria que, em termos de distribuição do serviço, implicaria no fato de que todas as pessoas que têm direito ao gozo desse direito, o devem fazer da mesma forma, que a quantidade e qualidade dos serviços devem ser ofertadas na mesma medida para todos.

No entanto, bem se sabe que para se colocar em prática o conceito de igualdade é necessário ir bem mais além, não podendo permitir-se limitar à pura e simples divisão equânime de um determinado objeto, no caso, o direito à saúde. Ir além significa, em última instância, reconhecer a existência de desigualdades no plano fático, que acaba por tornar imperfeita e injusta a pretensão por uma oferta equitativa, que considera a igualdade apenas no sentido abstrato do termo. Dessa maneira, se há de convir que há muito não é possível pensar a igualdade apenas sob o aspecto formal. O verdadeiro desafio das instituições públicas e de todos aqueles que se dedicam a pensar o Direito na perspectiva da justiça é encontrar os caminhos que precisam ser percorridos para que a igualdade material possa ser verdadeira na vida das pessoas, dos cidadãos que dela tanto necessitam. A esse respeito, e para tentar clarificar o modo como compreendemos o princípio da igualdade no contexto constitucional brasileiro, acreditamos que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real” (BARBOSA, 1997, p. 26).

Em termos de fornecimento de medicamentos de alto custo, muitas das pessoas que os postulam perante o Judiciário, sofrem de patologias que são, via de regra, congênitas, isto é, tratam-se de doenças que nasceram com o indivíduo e, por alguma razão, às vezes se manifestam precocemente ou de maneira tardia, na fase adulta. Ao passo que existem pessoas que nascem, crescem e vivem sadias, que poucas vezes vão ao médico, quando muito para fazer exames de rotina, tomar vacinas, e que provavelmente nunca ouviram falar, ou no mínimo acham muito espantoso o fato de pessoas ajuizarem ações para obterem medicamentos para

suas enfermidades. É um pequeno exemplo que demonstra um dos tipos de diferenças que existem entre os cidadãos, e que, nesse caso, trata-se de uma diferença de caráter biológico. Além disso, reconhecemos que também existem características que também podem se somar à essa circunstância, agravando ainda mais a situação de vulnerabilidade desses sujeitos, tais como: questões de ordem econômica, étnica, racial, entre outras.

É importante perceber que a existência de tais diferenças não permite que todos os cidadãos sejam tratados exatamente da mesma forma pelo Estado em matéria de direito à saúde, sob pena de não conseguir proporcionar a igualdade material necessária para que as pessoas que recorrem ao sistema público de saúde possam gozar de uma vida minimamente digna. As diferenças que existem entre as pessoas não podem ser um fator que provoque a naturalização das desigualdades pelas instituições. O ponto nevrálgico dessa discussão é que há uma extensão – ou pelo menos o risco – das diferenças biológicas para o campo do político e do jurídico. Explicamos: em virtude do fato de demandarem um montante financeiro considerável para custear seus respectivos tratamentos de saúde, por meio de medicamentos, tais cidadãos que possuem doenças raras e congênitas, por vezes, com baixas expectativas de cura, dificilmente possuem suas patologias consideradas como objetos da Relação Nacional de Medicamentos (RENAME) disponibilizados pela rede pública de saúde. Pois, como bem apontado em uma pesquisa sobre os critérios de elaboração dessa lista, os agentes públicos da União que as formulam levam em conta as doenças que são comuns a um universo maior de pessoas; critério tal que exclui automaticamente da rede de cobertura aqueles que necessitam de medicamentos mais complexos e de custo elevado (BARROSO, 2007, p. 18). Como se a autenticidade biológica presente no organismo dos cidadãos que necessitam desses medicamentos, por si só, constituísse um pressuposto para a legitimação de uma desigualdade em cadeia, em domínios humanos que não se justificam, nem se podem justificar.

Outro aspecto importante é o fato de que em virtude suas características e condições particulares, as pessoas também possuem necessidades diferentes, necessidades essas que se refletem no nível de desigualdade ou de igualdade que cada cidadão possui em relação ao outro. Para que se possa alcançar a igualdade material de acesso à saúde, é necessário que sejam consideradas as necessidades dos usuários que recorrem ao sistema público de saúde. O mapeamento dessas informações é muito significativo, pois, possibilita que o próprio gestor público venha a operar a distribuição/alocação dos recursos de maneira a atendê-las da melhor maneira possível, ao invés de provocar mais uma situação de desigualdade – além da biológica, já existente – quando não as considera.

Um argumento interessante, especialmente apresentado por Antônio Maués e Ana Paula de Barcellos, diz respeito ao fato de que os indivíduos que se utilizam da via judicial para solicitar o fornecimento de um medicamento e que não possuem condições financeiras suficientes para custeá-los, nem sempre – segundo os autores, a maior parte – compõem as classes menos favorecidas da sociedade que fazem parte, no caso a brasileira (MAUÉS, 2010, p. 265; BARCELLOS, 2013, p. 115). Há aqui pelos menos duas questões a serem enfrentadas. Em primeiro lugar, nos causa uma certa estranheza, por assim dizer, a utilização das lentes do poder aquisitivo para apreender, a priori, que ordem de pessoas estariam legitimadas a postular uma prestação relativa à saúde perante o poder judiciário. Em todo caso, compreendemos que tais autores estavam preocupados com que as pessoas menos favorecidas financeiramente, fossem o principal público que viesse a se beneficiar dessa via de acesso aos medicamentos que lhe fossem necessários.

Há que ficar claro que a exigência de que seja demonstrado no curso do processo a impossibilidade arcar com os custos do medicamento a que se necessita, não se limita apenas a pessoas que possam ser caracterizadas como pobres, ao menos no sentido da lei, pois, se consideramos que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é preciso reconhecer o fato de que entre os cidadãos existem diferentes níveis de necessidades para alcançar um patamar de vida digna. Por essa razão, o viés do poder econômico considerado a partir de classes sociais, na maior parte das vezes não é suficientemente capaz de demonstrar o real nível de incapacidade financeira de cada uma das pessoas que postulam, quer pela via administrativa, que pela judicial que o Poder Público custeie e forneça os remédios que necessitam para a realização de seus tratamentos de saúde. Porque as patologias congênitas e/ou complexas demandam medicamentos igualmente mais complexos que, conseqüentemente, possuem um custo muito elevado, transformando, assim, aquele que anteriormente era considerado como “rico” em uma pessoa pobre, que não possui condições de arcar com os gastos do tratamento que necessita para garantir uma vida minimamente digna. Por esse motivo, a análise cuidadosa de cada caso concreto que se apresenta ao Judiciário acaba sendo a forma mais segura de atender as demandas de forma adequada, evitando tanto injustiças, quanto abusos.

Dessa maneira, resta claro que enquanto direito que é, a saúde compõe o conjunto principal de normas a que o Estado se submete e assume o compromisso de cumprir, concretizar. O direito à saúde naturalmente inclui, portanto, o rol de obrigações inerentes ao *Rule of Law*, de modo que o seu não cumprimento também importa em desrespeito a esse

instituto tão característico das democracias constitucionais contemporâneas. No entanto, o aspecto jurídico nos diz apenas o que deve ser feito: que o direito à saúde deve ser vivenciado pelos cidadãos que o reivindicarem por meio da utilização da assistência pública de saúde, quando isso se fizer necessário, e em se tratando de indivíduos que necessitem de medicamentos de alto custo, a máxima se mantém. Porém, como isso será feito, a partir das necessidades apresentadas por cada cidadão, isso, o Direito por si só não é capaz de responder. Para se apontar um critério de distribuição é necessário recorrer a outras áreas do conhecimento humano. Se referir a critérios distributivos é se referir à justiça, a parâmetros justos, ao melhor critério de justiça; e ao referir-se a esses estar-se-á desbravando, automaticamente, os aportes teóricos da Filosofia Política. É por essa senda que procuraremos demonstrar a importância de critérios de distribuição do direito à saúde que considerem as necessidades dos indivíduos, e como este produz impactos no esquema distributivo como um todo. É disto que nos ocuparemos a seguir.

2 POR QUE A SAÚDE IMPORTA? UMA RESPOSTA FILOSÓFICA

Após uma abordagem a respeito do que a saúde representa do ponto de vista do *Rule of Law*, nos dedicaremos a demonstrar quais as implicações que fazem com que este aspecto específico da vida humana seja digno de atenção especial, mas desta vez por meio de uma perspectiva filosófica. Tais implicações possuem origem tanto no campo da Filosofia Moral-ética, no sentido de explicar porque as prestações relativas à satisfação ou manutenção da saúde – o que é notadamente o caso das demandas que requerem medicamentos de alto custo – são um tema que muitas das vezes suscitam uma preocupação muito peculiar das pessoas em geral; quanto no campo da Filosofia Política, a partir de uma análise que considere as complexidades que existem no contexto de uma democracia, em especial a questão do binômio individual *vs.* coletivo, universal *vs.* particular, mas que também é pautada à luz da justiça distributiva, de maneira que tem como pressupostos principais os ideais da liberdade, da igualdade, das oportunidades e, por fim, do espírito cooperativo e solidário que existem entre os cidadãos que compõem uma comunidade política. Para tanto, utilizaremos como referenciais deste capítulo os autores: John Rawls (1999, 2008), Norman Daniels (1983, 2002, 2008), Immanuel Kant (2007) e Erhard Denninger (1999).

2.1 POR QUE É NECESSÁRIO PENSAR NO INDIVÍDUO? UMA DEFESA DA INDIVIDUALIDADE

A fim de sistematizar nossas reflexões a respeito das interações humanas, sobretudo como elas ocorrem nos dias atuais, iniciamos localizando como essa discussão se estabelece na Filosofia, especificamente nas seguintes áreas: 1) a Moral, em que o agente se questiona sobre como ele deve tratar as outras pessoas, isto é, há uma análise intersubjetiva que passa a gerar uma obrigação moral no trato com outro; e 2) a Política que, por outro lado, possui como questionamento central do agente, considerando que esse está inserido no interior de uma comunidade política, o que tal comunidade dele pode exigir e, da mesma forma, o que cada cidadão pode exigir mutuamente um do outro. Esses dois eixos serão nossos horizontes de análise a partir de agora. No entanto, é preciso fazer uma meta-contextualização, pois que precisamos entender como essas ideias se manifestaram no interior do Liberalismo ao longo da tradição dessa ideologia política.

2.1.1 O indivíduo do ponto de vista da Moral

Como o próprio nome já denuncia, o Liberalismo se traduz como uma corrente de pensamento que possui um compromisso com a liberdade ou, no mínimo, uma inclinação fortemente favorável a ela. Na qualidade de ideal político, o liberalismo manifesta uma profunda desconfiança em relação ao poder, ao mesmo tempo em que reconhece a sua força e o impacto que pode exercer na vida das pessoas. Então, a intuição básica do liberal é de que “o poder tende a ser abusado pelo seu detentor”, e desta premissa já surge a sua primeira certeza: a de que “só o poder trava o poder”. Na modernidade o liberalismo irá advogar a causa de não permitir que o Estado se intrometa na vida dos indivíduos e para isso, utilizará como ferramenta a Lei. E, de modo geral, defenderá a existência de um ambiente em que se cumpram regras legais e morais (SAMÕES, 2014, p. 127). A partir disso, veremos que a ideia de Lei, apesar de fato se referir à lei política – que se perfaz no Direito –, também irá ressoar na Filosofia Moral segundo uma perspectiva liberal.

Do ponto de vista da Filosofia Moral, existem duas correntes liberais importantes que marcam a possibilidade de pensar o agir individual em relação à terceiros: 1) o Utilitarismo, como uma ética teleológica e consequencialista; e 2) a teoria moral de Kant, como uma ética deontológica. O Utilitarismo, enquanto vertente do liberalismo clássico⁷ – aqui representado pelo pensamento de Jeremy Bentham e John Stuart Mill –, está inserido no contexto temporal das teorias éticas modernas, pois que possui um outro tipo de linguagem moral, diferente da ética clássica (ética das virtudes), e que agora é baseada na ideia de dever. Isso significa que o Utilitarismo irá buscar apresentar princípios que possam justificar as ações não apenas de um ponto de vista particular, mas também de um ponto de vista coletivo⁸. Nesse sentido, a moralidade em Bentham terá como métrica a ideia de prazer e dor. Isso revela o hedonismo e o psicologismo da teoria, pois que a) o prazer é considerado o sumo bem, devendo esse ser buscado, ao passo que a dor deve ser evitada, por ser o seu respectivo oposto; b) tal ética acaba

⁷ Nesse caso, tanto Bentham quanto Mill ainda estão sob o efeito da ideia de que a liberdade consiste essencialmente na liberdade negativa. Ser livre significa que a individualidade do agente não sofrerá nenhuma interferência externa. Isso fica ainda mais claro na formulação do princípio do dano de Mill: “a única razão pela qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é a de prevenir o mal contra os outros” (MILL, 1991, p. 30, tradução nossa).

⁸ A simplicidade que envolve a elaboração de seus argumentos e seus princípios fazem com o que o Utilitarismo tenha, ainda hoje, uma força muito grande e, assim, tenha muitos adeptos. A característica específica de utilizar princípios que sirvam tanto para guiar a ação individual quanto a ação coletiva, faz com que o Utilitarismo facilmente transite do âmbito da ética normativa individual para a ética normativa pública, de modo que há apenas uma extensão do que pode ser considerado como certo e/ou justo do ponto de vista moral para o ponto de vista político (Direito).

por basear-se na psique humana, considerando que o indivíduo subjetivamente identifica e prefere aquilo que lhe causa prazer, ao que lhe causa dor; e por consequência utiliza esse juízo para orientar seus atos. Esse psicologismo se traduz numa forma de empirismo, que revela uma tese muito forte do Utilitarismo: a possibilidade de mensurar a quantidade de prazer ou de dor; possibilidade essa que é fundamental para o indivíduo poder calcular as vantagens ou as desvantagens envolvidas na ação a ser praticada (BENTHAM, 2000, p. 14-18, tradução nossa). Como uma teoria teleológica, o Utilitarismo tem como fim último a felicidade, e a felicidade representa o bem-estar das pessoas. Isso significa que as ações consideradas como justas ou corretas, serão aquelas que maximizarem a utilidade (felicidade ou o bem-estar), isto é, que elevem ao máximo a felicidade, o bem-estar das pessoas que estão inseridas em um determinado organismo social. Dessa maneira, percebemos como o caráter teleológico da teoria está imbricado com o seu consequencialismo: para esses autores, o que é considerado como justo, depende inteiramente da realização de um bem específico. Logo, o *télos* (finalidade) de qualquer ação tem como prioridade o bem (felicidade e sua maximização) e, por conseguinte, sua concretização, face ao justo. As ações são pensadas e praticadas segundo as consequências que irão provocar: a maximização ou não da felicidade para o maior número de pessoas possíveis (MILL, 1991, p. 25- 32, tradução nossa). Dessa maneira, uma ação no âmbito da comunidade política, cuja decisão repercutisse em toda a coletividade, obedeceria ao mesmo raciocínio construído para justificar e fundamentar a ação individual.

Indo propositalmente de encontro com a lógica Utilitarista – uma vez que a busca da felicidade não é o parâmetro adequado para guiar as nossas ações, pois que se trata de algo subjetivo e que, portanto, o seu conteúdo (o que é a felicidade) varia de indivíduo para indivíduo –, mas ainda no contexto do liberalismo⁹ e inserida na linguagem moral baseada na ideia dever, há a teoria moral de Kant que, ao inverter a prioridade do bem sobre o justo, inaugura uma ética deontológica. O significado dessa afirmação repousa na ideia do imperativo categórico. Para Kant, apenas uma única coisa no mundo pode ser considerada como genuinamente boa: a boa vontade. Mas, como identificar o que identificar a boa vontade? Ou mais ainda, como distingui-la da má vontade? Afim de responder a esse questionamento, e solucionar esse dilema prático,

⁹ Kant, por ser um autor inserido no contexto no idealismo europeu (e passa a ser considerado um dos principais expoentes do idealismo alemão), está comprometido com a ideia de *Aufklärung* (esclarecimento), com objetivo de fazer com que as pessoas pudessem pensar por elas mesmas – e não se deixassem influenciar por terceiros, correndo o risco de assumir uma posição de objeto, por assim dizer (KANT, 2013, p. 64-71). Em Kant, a razão representa a própria fonte de emancipação e liberdade do sujeito, por isso a liberdade passa a ser reflexiva e não mais apenas negativa (não intervenção). Assim, Kant retoma a discussão moral sobre a intencionalidade das ações inaugurada por Rousseau, pois, a moralidade também se interessa pelas condições internas da ação: a intenção, o motivo, o móbil da ação.

procedimental, Kant nos fornece o procedimento do imperativo categórico, que nada mais é do que um teste moral para verificar a intenção do agente; e assim poder avaliar se a razão que motiva a sua ação é boa ou não, se a sua vontade em agir é boa ou não. Nesse sentido, como defensor da liberdade reflexiva, Kant afirma que a boa vontade é autônoma¹⁰; isso significa que para ser caracterizada como uma boa vontade, essa deve se autodeterminar, definir por si própria quais os seus princípios, as razões ou motivos por quais age. Por consequência, a má vontade é aquela que não se autodetermina, é aquela que permite que fatores externos determinem a sua ação. A essas duas situações, Kant denominará de a) imperativo categórico, a primeira; e b) imperativo hipotético, a segunda. Isso porque, para o autor, o oposto da autonomia será a heteronomia; e a heteronomia é o oposto da liberdade. Assim, percebemos que, para Kant, uma ação só pode ser livre se tiver origem na sua própria vontade, na lei moral que o indivíduo impõe para si mesmo. E o mecanismo-teste para verificar a validade da máxima¹¹ da ação é o de transformá-la em uma lei universal que é objetiva (a máxima subjetiva passa por um procedimento de objetivação). Esse procedimento está consubstanciado na célebre afirmação de Kant: “devo proceder sempre de maneira que *eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal*”. Logo, a máxima será racionalizada pelo teste universal chamado: imperativo categórico (KANT, 2007, p. 21-38). Vale ressaltar que o imperativo categórico é formal, ou seja, trata-se de um procedimento racional (não determina *a priori* conteúdo ou substância) pensado para solucionar um problema procedimental que nos foi imposto pela própria razão, por meio da seguinte questão: o que devo fazer? Como a própria pergunta revela um conjunto de possibilidades que podem ser escolhidas, caminhos a serem seguidos em uma determinada situação, daí a necessidade de elaborar um procedimento normativo igualmente racional para guiar seres racionais na decisão acerca do que deve ser feito (KORSGAARD, 1995, p. 1165-1173). Sobre esse ponto, é por serem dotados de racionalidade que os seres humanos se distinguem dos animais – que são seres irracionais – pois que são capazes de escolher como agir, e não simplesmente deixar que os seus instintos conduzam suas atitudes, como é o caso dos animais. Segundo Kant, autonomia é sinônimo de liberdade individual: o homem enquanto ser vivente e racional expressa a sua condição de verdadeiramente livre quando age com autonomia; quando suas atitudes são o produto das máximas que ele próprio se impôs. Logo, qualquer circunstância que não permita que o homem

¹⁰ Kant tem por objetivo fugir do determinismo defendido pelo Utilitarismo e pelas demais teorias que levantam a bandeira do consequencialismo. De maneira que só o indivíduo é quem pode dizer o que é bom para si, enquanto indivíduo que é. O que é bom não é, e nem pode ser pré-determinado.

¹¹ A máxima da ação é uma representação subjetiva do Bem que foi determinado pelo indivíduo.

aja com autonomia automaticamente viola a sua liberdade, ao trata-lo como uma coisa, um objeto. Por isso, para Kant a “*autonomia* é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 2007, p. 79). Assim, qualquer ação que utilize o homem como um instrumento para alcançar um bem específico é uma forma de reificação do indivíduo; é um atentado contra a sua liberdade, autonomia e dignidade. Nesse sentido o autor afirma:

Ora digo eu: - O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado *simultaneamente como fim*¹² (KANT, 2007, p. 68).

Especificamente sobre a dignidade do homem, que como dissemos é o fundamento da autonomia humana, Kant enuncia que:

No reino dos fins tudo tem um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade (KANT, 2007, p. 77).

Como podemos observar a partir dos pressupostos ilustrados, a figura do homem, enquanto ser individualmente considerado, possui uma centralidade no pensamento do autor em questão. Tanto é verdade que as suas características práticas são o fio condutor para a resolução da tarefa prática enfrentada pelo filósofo. Então, afirmamos que a filosofia moral de Kant tem por objetivo criar um método imparcial de decisão que assegure a liberdade enquanto autonomia, garanta a inviolabilidade do indivíduo e respeite a dignidade que lhe é inerente.

2.1.2 O indivíduo do ponto de vista da Política

Ao final do primeiro capítulo vimos que para bem refletirmos e, assim, tentarmos responder questões a respeito de qual é a forma mais justa de o Estado distribuir determinados

¹² De formulação semelhante temos o famoso imperativo prático kantiano, ou também conhecido como a fórmula da dignidade, qual seja: “*age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (KANT, 2007, p. 69).

bens para a sociedade, é necessário lançarmo-nos no horizonte da Filosofia Política, especificamente, das Teorias da Justiça. Aqui trataremos de duas teorias políticas liberais importantes: o Liberalismo Igualitário e o Libertarismo. Iniciamos essa discussão mencionando o teórico que representa o marco nessa área da Filosofia e, também, referencial deste trabalho: John Rawls é mundialmente reconhecido como o filósofo político mais importante e influente do século XX. Isso se deve à obra “Uma Teoria da Justiça”, lançada em 1971, que tem sido considerada como o divisor de águas na história da filosofia política. Diz-se isso porque de fato, na época em que foi lançada, Rawls reacendeu o debate sobre o ideal e os fundamentos de uma sociedade justa, ao propor uma concepção de justiça intitulada “Justiça como Equidade”. No entanto, antes de apresentar no que consiste tal teoria, primeiro, é necessário compreender o cenário filosófico político e moral no qual Rawls estava inserido, se inspirou e desenvolveu suas ideias; este cenário possui um *locus* e tempo bastante específicos: a obra referida foi escrita entre as décadas de cinquenta e sessenta, nos Estados Unidos, momento em que essa nação tinha grandes desafios internos sendo enfrentados, bem como implodia a mobilização dos movimentos sociais (movimento negro, movimento feminista) pela ampliação dos *civil rights* em favor das minorias, uma vez que essas não eram contempladas, de fato ou da forma que entendiam como adequada, pelas promessas do liberalismo. Diante da contradição performativa identificada em um cenário de relativização de direitos *vs.* reivindicação de direitos, Rawls buscou resgatar as promessas do liberalismo de modo substantivo, além de refletir sobre um tipo de epistemologia e engenharia social que não fosse pautada na utilidade e, sim, na justiça.

Como se pode imaginar, no plano acadêmico e teórico da época havia duas teorias em sendo intensamente discutidas: a primeira e dominante era o utilitarismo. Para o utilitarismo, o bem relevante é a felicidade. Então, tal teoria basicamente afirma que as ações praticadas, as leis promulgadas, as instituições existentes, e tudo o mais pode ser julgado como melhor ou pior, certo ou errado, justo ou injusto, de acordo com a tendência para maximizar a soma total de felicidade das pessoas individuais, levando em consideração a felicidade de cada pessoa igualmente. Dessa maneira, percebe-se o que há de mais relevante na teoria utilitarista: a abrangência e o determinismo. Não há uma indagação sequer, seja moral, social ou política, que o utilitarismo não seja capaz de responder (MULGAN, 2014, p. 6-13). Para a maioria dos intelectuais da época, nada parecia mais poderoso e sofisticado. Mas, ao mesmo tempo, muitas pessoas também admitiam que o utilitarismo tinha uma série de características preocupantes. Uma delas diz respeito à estrutura interna do utilitarismo, pois trata-se de uma teoria teleológica.

Uma teoria teleológica é qualquer teoria em que “define-se o bem independentemente do justo, e, então, define-se o justo como aquilo que eleva o bem ao máximo” (RAWLS, 2008, p. 29).

A segunda teoria era o intuicionismo. Contudo, o intuicionismo acaba por ser um nome dado a um amontoado assistemático de intuições morais que temos. Por essa razão, o intuicionismo não poderia ser considerado como um grande opositor, nem poderia esperar derrotar o utilitarismo, pois não oferecia uma resposta clara para o que devemos fazer em muitos dos casos em que nossas intuições são incompletas, vagas, ou pior, quando estão em conflito uma com a outra. Rawls acreditava que precisávamos de uma teoria melhor, uma teoria tão poderosa e sistemática como o utilitarismo, mas capaz de dar conta de nossas intuições morais, como, por exemplo, da intuição de que a escravidão é intrinsecamente errada, injusta.

Para descrever como Rawls buscou enfrentar esse desafio, é preciso, antes, introduzir duas ideias fundamentais: 1) a sociedade como um sistema de cooperação e 2) a estrutura básica da sociedade. À guisa de clarificar o que caracteriza a sociedade como sistema de cooperação, vamos considerar o exemplo a seguir. Três amigos decidem montar uma empresa: Carlos, Louise e Lucas. Louise é muito criativa e inventou uma caneta especial para pessoas canhotas. Carlos nasceu em uma família tradicionalmente abastada, e por ser muito rico resolveu financiar a produção da caneta criada por Louise. Já Lucas é um rapaz comunicativo, que sabe utilizar o talento da oratória a seu favor; e por isso, ficou responsável em sair vendendo a tal caneta para as grandes lojas da cidade. Como esperado, as vendas foram verdadeiro sucesso e ao final de um mês eles conseguiram reunir um grande montante de dinheiro. Após subtraírem todos os custos, chegou a hora de dividir entre eles o lucro obtido. E aí começou o problema. Cada um deles reclamava para si uma quantia maior que a dos dois outros, pelos seguintes motivos: ou porque sem a ideia da caneta especial não haveria o que ser vendido, ou porque sem o investimento a caneta não existiria de fato, ou porque sem um bom vendedor que pudesse persuadir e convencer os clientes a comprá-la, de nada adiantaria a genialidade da ideia e o investimento feito.

O que é importante notar aqui é que é necessário e melhor para todos que ambos concordem com alguma regra a respeito da divisão, pois de outra forma não haveria nenhuma parceria, e, por consequência, não haveriam lucros para serem divididos. Mas, ao mesmo tempo, cada um deles têm ideias conflitantes sobre qual regra deve ser adotada, de modo que diferentes regras favorecem uma parte diferente. Logo, ao passo que a parceria é uma fonte de potencial desacordo, ela também é mutuamente benéfica para os três amigos. Isso significa que apesar dos eventuais conflitos que possam surgir, a situação particular de cada amigo é muito

melhor quando eles atuam em cooperação mútua, do que se eles resolvessem agir por conta própria. Para Rawls, a sociedade poderia ser compreendida da mesma forma, de modo que os integrantes, cada um com seus respectivos talentos, deveriam interagir cooperativamente a fim de criar um ambiente social melhor para todos, por compreenderem que assim estariam em uma circunstância muito melhor do que a que se cada um estivesse por si. E por realmente compreenderem isto, todos estariam dispostos a seguir as regras que ordenariam a cooperação social. Por mais que cada um possuísse concepções de bem diferentes umas das outras, seria possível encontrar um ponto de consenso no qual todos pudessem razoavelmente concordar.

Então, uma vez que a sociedade é considerada como um sistema cooperativo, a primeira pergunta que surge é: mas quem será o responsável em distribuir os “lucros” oriundos da cooperação? Eis que surge a segunda ideia fundamental no pensamento rawlsiano: a estrutura básica da sociedade. A estrutura básica da sociedade pode ser definida como “o modo como as principais instituições sociais distribuem os direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão das vantagens decorrentes da cooperação social”. Alguns exemplos das instituições sociais são a “constituição política, e os arranjos sociais mais importantes. [...] a proteção jurídica da liberdade de pensamento e da liberdade de consciência, mercados competitivos, a propriedade privada dos meios de produção e a família monogâmica”. Note-se que a ideia de estrutura básica da sociedade é ampla e abstrata: trata-se do conjunto de instituições sociais e práticas – legais, econômicas e culturais – que, juntas, constituem as condições de fundo ou o ambiente social que influenciam sistematicamente no quão boa se pode esperar que a vida dos indivíduos membros de uma sociedade seja, sem levar em consideração o esforço individual de cada um. De modo que todos vivam suas vidas da melhor forma possível, de acordo com seus próprios contornos (RAWLS, 2008, p. 8).

Então, podemos afirmar que a estrutura básica seria responsável por efetuar a distribuição dos bens sociais básicos entre os integrantes da sociedade. Contudo, de que forma esses bens serão distribuídos? Qual critério a ser escolhido seria o mais justo? Se a sociedade for considerada como um sistema de cooperação mutuamente benéfico, bem como a estrutura básica como o arranjo que define os principais termos da cooperação social, então pode-se pensar também em uma teoria da justiça social como uma descrição de uma estrutura básica que exemplifique a justiça, isto é, que seja justa em si mesma. A partir desse ponto de vista, para a teoria utilitarista, a estrutura básica mais justa seria aquela que tenderia a maximizar a soma total de felicidade dos membros de uma determinada sociedade, levando em consideração a felicidade de cada um deles de forma igual. Sem se preocupar se o utilitarismo poderia servir

como uma descrição plausível da moralidade, pode-se questionar mais estritamente se essa é a melhor teoria sob o ponto de vista da justiça social. Na visão de Rawls, não era. Então, qual descrição ele acharia melhor?

Imagine a seguinte situação: Laíse é mãe de duas filhas, Maria e Isabel. Em um dia qualquer, antes de voltar para casa, passou na melhor confeitaria da cidade e comprou a última fatia de bolo de brigadeiro que estava à venda. Quando chegou em casa, foi a maior alegria, dado o fato de que tanto Maria quanto Isabel adoravam bolo de brigadeiro. E então começou a briga: elas eram duas, a fatia de bolo só uma e cada uma queria um pedaço maior para si. Resolvendo a questão, a mãe determinou que Maria, por ser a filha mais velha, poderia partir a fatia de bolo do jeito que quisesse, mas, sabendo que após a partilha, a primeira a escolher o pedaço seria Isabel. A teoria da “Justiça como Equidade” de Rawls se baseia essencialmente na mesma ideia da situação da fatia de bolo. Na opinião dele, a estrutura básica mais justa para uma sociedade é aquela que você escolheria se não soubesse o seu papel específico no sistema de cooperação social da sociedade a qual fosse pertencer. Isto é, qual o critério de divisão do bolo você escolheria se não soubesse se seria Maria ou Isabel? Qual seria o critério mais justo, na sua opinião, de acordo com essa situação?

A questão, então, passa a ser: em que tipo de sociedade você gostaria de viver, se não soubesse a sua posição social, condição econômica, gênero etc.? A resposta dada a essa pergunta descreve uma concepção de sociedade justa. É uma ideia extremamente atraente e provocativa, e o objetivo inteiro da obra “Uma Teoria da Justiça” é, simplesmente, elaborar e desenvolver detalhadamente este único e básico pensamento. Nesse sentido, Rawls pretende demonstrar uma relação intrínseca entre a estrutura básica e a justiça em uma democracia constitucional. Para o autor a justiça exerce um papel tão central e importante na engenharia institucional que essa é mais importante que a eficiência econômica. Isso fica claro quando ele considera que:

A justiça é a virtude primeira das instituições sociais, assim como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Por mais elegante e econômica que seja, deve-se rejeitar ou retificar a teoria que não seja verdadeira; da mesma maneira que as leis e as instituições, por mais eficientes que e bem organizadas que sejam, devem ser reformuladas ou abolidas se forem injustas (RAWLS, 2008, p. 8).

Rawls elenca como objeto primeiro da justiça a estrutura básica da sociedade por entender que o modo como é realizada a distribuição dos bens básicos possui profunda relevância e grande impacto na vida de todos os integrantes da sociedade:

A estrutura básica é o principal objeto de justiça porque suas consequências são profundas e estão presentes desde o início. Aqui a ideia intuitiva é que essa estrutura contém várias posições sociais e que as pessoas nascidas em condições diferentes têm expectativas diferentes de vida, determinadas, em parte, tanto pelo sistema político quanto pelas circunstâncias econômicas e sociais. Assim, as instituições da sociedade favorecem certos pontos de partida mais que outros. Essas são desigualdades muito profundas (RAWLS, 2008, p. 8).

Pois da mesma forma que as instituições podem influenciar positivamente uma determinada parcela da sociedade, também podem prejudicá-la, sem um motivo que se justifique, simplesmente por possuir leis injustas, por exemplo. Conferindo, dessa maneira, tratamento diferenciado a um grupo de pessoas que são moralmente iguais à todas as outras. A Justiça como Equidade tem por objetivo proporcionar uma justificação pública para a distribuição dos bens primários sociais por meio de princípios normativos hábeis a neutralizar as arbitrariedades morais (posições sociais relevantes), bem como oferecer um ponto de vista convergente entre os integrantes da sociedade, para que suas reivindicações conflitantes possam ser solucionadas de uma forma justa que seja reconhecida como tal por todos. Tal justificação pública seria uma espécie de padrão moral, a respeito do qual todos concordariam (ou que razoavelmente não discordariam) sobre o seu conteúdo, que seria diretamente voltado para a estrutura básica, orientando os atos a serem praticados e as regras a serem ditadas pelas instituições.

Por essa razão, Rawls definirá a Justiça como Equidade como uma teoria deontológica, isto é, uma teoria que “não especifica o bem independente do justo, ou não interpreta o justo como aqui que maximiza o bem”. Isso porque cada indivíduo possui a liberdade de determinar o que considera para si como bom, de estabelecer sua própria concepção de bem, de acordo com o projeto de vida que melhor lhe parecer. Por esse motivo, não é possível, na teoria rawlsiana, priorizar o bem sobre o justo. Não há como priorizar uma determinada concepção de bem quando em uma sociedade democrática existem diversas concepções de bem em jogo. Para Rawls, as diferenças entre as pessoas devem ser respeitadas. (RAWLS, 2008, p. 36). A essa diversidade de visões de mundo, por assim dizer, Rawls dará o nome de “fato do pluralismo”. Pluralismo porque, como foi dito, em uma sociedade democrática há uma pluralidade de concepções de bem, planos de vida, religiões, etnias, doutrinas políticas e assim por diante. O fato é que muitas vezes essas diferenças podem entrar em conflito, e muitas vezes podem divergir a respeito de uma mesma situação. Então, foram verificados dois problemas fundamentais, característicos da sociedade liberal, que devem ser resolvidos pela Justiça como Equidade: 1) a distribuição dos bens sociais básicos de forma equitativa; e 2) o exercício social

necessário de tolerância em virtude do fato do pluralismo. Para solucionar essas duas questões, Rawls estabeleceu a Justiça como Equidade como uma teoria deontológica, uma vez que a prioridade do justo sobre o bem “impõe certos critérios à modelagem da estrutura básica como um todo”, além de que fixa “certos limites iniciais ao que é bom e quais formas de caráter são moralmente dignas, e também quais os tipos de pessoas que os seres humanos devem ser”. Quanto ao segundo ponto, é importante que fique claro que o autor não pretende indicar um rol de características que as pessoas devem ter, definindo um estereótipo de indivíduo, pelo contrário, ele reconhece a diferença existente entre as pessoas. Contudo, também é necessário que todas as pessoas reconheçam a diversidade ínsita à vida humana, por meio do exercício da tolerância e do respeito mútuo (RAWLS, 2008, p. 38-39).

A prioridade do justo sobre o bem, por solucionar duas questões, também, pode ser compreendida de duas formas. A primeira é inviolabilidade do indivíduo:

Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem o bem-estar de toda a sociedade pode desconsiderar. Por isso, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior desfrutado por outros. Não permite que sacrifícios impostos a poucos sejam contrabalançados pelo número maior de vantagens de que desfrutam muitos. Por conseguinte, na sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas irrevogáveis; os direitos garantidos pela justiça não estão sujeitos a negociações políticas nem ao cálculo de interesses sociais [...]. Por serem as virtudes primeiras das atividades humanas, a verdade e a justiça não aceitam compromissos (RAWLS, 2008, p. 8).

Isso significa que finalidades coletivas não podem ser utilizadas como um argumento para violar a autonomia dos indivíduos. É por esse motivo que era importante criar, para Rawls, uma teoria da justiça que fosse capaz de respeitar o plano de vida de cada indivíduo, qualquer que fossem o conteúdo desses planos. De modo que os objetivos de vida de alguns não fossem sacrificados em prol da realização dos objetivos de outros; em função do fato de que todos os indivíduos são moralmente iguais entre si, e entre esses e as instituições também. O que é importante é que sejam garantidas às pessoas os meios jurídicos, sociais e políticos para que essas possam se autodeterminar, dado que são indivíduos autônomos, livres e iguais entre si. O segundo modo de conceber a prioridade do justo sobre o bem é a partir da neutralidade ética da justificação pública dada à distribuição dos bens primários sociais, por meio dos princípios de justiça que irão normatizar a vida em sociedade. Como foi mencionado anteriormente, Rawls lida com uma sociedade plural. Por esse motivo, é necessário que tais princípios de justiça sejam legitimados através de razões tais que todos os integrantes da sociedade possam aceitar, mesmo que tenham concepções de bem, planos de vida, ideologias políticas diferentes. Os princípios

de justiça seriam uma espécie de ponto de convergência dentro dessa diversidade. E por esse motivo, eles não podem estar apoiados em uma concepção de bem específica, por exemplo. Caso contrário, estariam violando a liberdade à diversidade das pessoas.

Para explicar como se chegariam aos princípios de justiça, Rawls irá se utilizar da ideia do contrato social, a partir das teorias de Locke, Rousseau e Kant. Tais princípios seriam o resultado de um acordo original que ocorreu no que ele intitulou de “Posição Original” sob um “véu de ignorância”. Porém, este contrato não se assemelha com o estilo da tradição contratualista, no sentido de que não se trata de um acordo que escolherá uma determinada forma de governo, ou que irá fundar a sociedade civil. Ao utilizar o artifício do contrato, Rawls pretende apenas formular e justificar o procedimento pelo qual os princípios de justiça seriam escolhidos. Ou seja, ele supõe que se determinados indivíduos representativos estivessem na situação original sob as restrições indicadas, eles convergiriam para a escolha dos princípios de justiça, após ponderar essa última com os demais critérios de justiça (tal como uma concepção utilitarista, por exemplo). A posição original é definida por Rawls da seguinte forma:

É entendida como situação puramente hipotética, assim caracterizada para levar a determinada concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está o fato de que ninguém conhece o seu lugar na sociedade, sua classe ou seu *status* social; e ninguém conhece sua sorte na distribuição dos recursos e das habilidades naturais, sua inteligência, força e coisas do gênero. Presumirei até mesmo que as partes não conhecem suas concepções do bem nem suas propensões psicológicas especiais. Os princípios de justiça são escolhidos por trás e um véu de ignorância. Isso garante que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais (RAWLS, 2008, p. 15).

Os contornos dados à posição original possuem como objetivo demonstrar que os princípios de justiça são produtos de uma situação equitativa de escolha e que expressam uma perspectiva moral imparcial publicamente plausível para todos. O ponto mais interessante da Posição Original é o véu de ignorância; trata-se de uma espécie de privação epistêmica provisória, em que toda a bagagem histórica dos cidadãos representativos é colocada em suspenso, de modo que eles não tenham acesso a elas durante o processo deliberativo dos princípios de justiça. Isso faz com que eles adotem uma postura imparcial diante da escolha dos princípios que irão orientar a estrutura básica da sociedade. Isto é, nenhum dos indivíduos terá como se prevalecer nem como se prejudicar em virtude da existência ou da ausência de talentos naturais, como a inteligência, beleza, astúcia ou ser feio, possuir alguma doença ou deficiência congênita; nem das contingências sociais, como ser rico ou pobre, ou ter nascido mulher em uma sociedade sexista, ou ter nascido negro em uma sociedade escravocrata, por exemplo.

Além disso, Rawls ressalta que as partes na situação original são iguais, ou seja, todos possuem os mesmos direitos no processo de escolha dos princípios, podem apresentar propostas, razões para sua aceitação. Junto com o véu de ignorância, essas condições definem os princípios da justiça, sendo eles os princípios que as pessoas racionais, interessadas na promoção dos seus interesses, aceitariam em condições de igualdade. É preciso, ainda, verificar se os princípios a serem escolhidos são compatíveis com nossas convicções ponderadas sobre justiça ou se as ampliam de maneira aceitável, examinando a interpretação da situação inicial através de avanços e recuos; alterando as circunstâncias contratuais, modificando nossos juízos para se adaptarem aos princípios, acabamos encontrando uma descrição da situação inicial que expresse condições razoáveis e gere princípios que combinem com nossos juízos ponderados devidamente apurados e ajustados. É esse estado de coisas ponderadas e ajustadas que Rawls entende como equilíbrio reflexivo: equilíbrio, pois nossos princípios e juízos coincidem; reflexivo, pois sabemos quais princípios nossos juízos se adaptam e conhecemos as premissas originais.

Rawls afirma que certos princípios da justiça se justificam porque foram aceitos em uma situação inicial de igualdade, puramente hipotética. A importância dessas premissas é que são essas as premissas que aceitamos ou, caso não aceitemos, possamos nos convencer a fazê-lo por meio de reflexão. É por meio da ideia intuitiva da posição original que nos capacitamos a avistar nosso objetivo a distância, sendo essa posição inicial o recurso expositivo que resume o significado das condições impostas a princípio e nos ajuda a deduzir suas consequências. A avaliação dos princípios deve proceder em termos das consequências gerais de seu reconhecimento público e aplicação universal, considerando que todos obedecerão a eles. Ao escolher a concepção de justiça na posição original admite-se que a deliberação racional que satisfaz certas condições e restrições alcançou um ponto de convergência cujo conteúdo é justo.

Rawls argumenta que os indivíduos após o véu de ignorância não teriam meios para obter maiores vantagens e conseqüentemente não estariam dispostos a aceitar princípios que lhes causassem desvantagens. Seguindo esse raciocínio seria irracional aceitar princípios que diminuíssem os bens primários das pessoas, por este motivo seria racional escolher princípios que preservassem as liberdades dos indivíduos e a igualdade plena, o que ocorreria caso a justiça como equidade fosse escolhida. A argumentação prossegue com a afirmação de que pessoas livres querem ter uma quantidade maior de liberdade a uma quantidade menor, e os princípios que protegem as liberdades de forma prioritária são os da justiça equitativa devida sua ordem

serial. Assim, na sua forma definitiva, os princípios de justiça formulados na posição original são:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais, compatível com um sistema similar de liberdade para todos.

Segundo: as desigualdades sociais e econômicas deverem ser coordenadas de maneira que ambas: (a) *operem para o maior benefício dos menos favorecidos*, em compatibilidade com o princípio da poupança justa e (b) sejam vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 1999, p. 266, tradução nossa, grifo nosso).

Como foi dito, os princípios de justiça se aplicam à estrutura básica da sociedade, regendo atribuição de direitos e deveres e regulando a distribuição das vantagens sociais e econômicas, sendo que o primeiro define e garante as liberdades iguais fundamentais enquanto o segundo trata das desigualdades sociais e econômicas. Sendo assim, o primeiro princípio estabelece que as liberdades devem ser iguais, por exemplo as liberdades políticas: de expressão, de reunião, de consciência, pensamento; e as liberdades individuais: proteção contra a opressão psicológica, agressão e mutilação, direito à propriedade privada e proteção contra prisão e detenção arbitrárias. O segundo princípio, por sua vez, estabelece que as desigualdades sociais e econômicas devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos os cidadãos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, bem como devem proporcionar o maior benefício possível aos membros menos favorecidos da sociedade. Esses princípios serão, portanto, aplicados numa ordem serial, o primeiro sendo prioritário ao segundo. Isso significa que a violação das iguais liberdades fundamentais protegidas pelo primeiro princípio não pode ser justificada ou compensada pela ocorrência de maiores vantagens sociais e econômicas.

A respeito do Libertarismo/Libertarianismo – ou Neoliberalismo (como pode ser chamado, na sua vertente mais contemporânea) – podemos afirmar que essa corrente da filosofia política contemporânea retoma uma forma mais sofisticada a ideia de liberdade negativa do Liberalismo Clássico, por assim dizer. Possui como características gerais as seguintes categorias: 1) a eficiência de mercado; 2) a propriedade privada; e 3) o individualismo metodológico – análise da ação humana segundo a perspectiva de agentes individuais, uma vez que entes coletivos tais como o Estado, ou a Nação, por exemplo, não passam de ficções (SELL, 2009, p.146-148). Assim, a fim de defender tais categorias, o Libertarismo recusa as ingerências governamentais em geral, mas principalmente nas seguintes áreas: 1) costumes; 2) economia; e 3) no estilo de vida dos indivíduos. Por esse motivo, são geralmente associados aos

movimentos que defendem a descriminalização dos delitos – via de regra – sem vítimas, tais como a prostituição, a pornografia, consumo de drogas, poligamia e homossexualidade (como é o caso da Rússia), pois se opõem veemente a qualquer forma de paternalismo estatal. Além disso, também defendem a privatização das atividades e serviços sociais promovidos e oferecidos pelo Estado, como a saúde, educação, habitação, previdência etc.; no entanto, essa oposição ao estado-providência pode dar-se de duas formas distintas: 1) a minarquista, sendo essa a posição do filósofo norte-americano Robert Nozick¹³, que defende a existência do Estado, porém, de um Estado mínimo com funções bem restritas e delimitadas; e 2) a anarcocapitalista¹⁴, posição radical defendida por Murray Rothbard¹⁵ e David Friedman¹⁶, que dispensam a existência do Estado mínimo, até mesmo para administrar e promover a segurança da sociedade; de modo que o poder de polícia passa a ser privatizado, ficando a cargo do indivíduo, por exemplo (FONSECA, 2008, p 67-89).

A respeito da reinterpretação da liberdade negativa, essa pode ter a sua natureza descrita de duas maneiras distintas: 1) instrumental, defendida por Friederich von Hayek, logo, de caráter teleológico, pois a liberdade individual não é vista como um fim em si, pelo contrário, a defesa da não intervenção se dá sempre em função de um fim último que é a maximização da eficiência da economia, do mercado; e 2) fundamental, defendida por Robert Nozick, que por um viés deontológico, significa que a não intervenção seria um fim em si. Nozick esmiúça essa ideia no seu livro “*Anarquia, Estado e Utopia*”, oferecendo uma resposta crítica à teoria de Rawls por meio da teoria da titularidade ou do justo título. Tal teoria toma a liberdade individual como uma espécie de imperativo moral de natureza deontológica, de maneira que, se para Rawls o justo seria anterior ao bem, nesse mesmo esquema, para Nozick, a liberdade individual ocuparia o lugar do justo, sendo anterior e fundamental a qualquer tipo de bem específico. Logo, qualquer tipo de interferência governamental, em geral, na vida do indivíduo, constitui um erro ou injustiça igualmente moral, alterando, dessa maneira, a natureza da objeção que é feita em direção do intervencionismo estatal. As intervenções no mercado passam a ser censuráveis porque significam erros morais, e não simplesmente prejuízos econômicos. Assim, o autor formula três princípios procedimentais a fim de assegurar o pleno exercício da liberdade individual nas sociedades contemporâneas: 1) o princípio da aquisição original, que descreve como uma pessoa pode vir a tornar-se proprietária de um recurso exterior que não sejam

¹³ Filósofo político norte-americano, foi professor da Universidade de Harvard e um dos principais expoentes do Libertarismo Analítico.

¹⁴ Vertente do anarquismo fundamentada na ideia de livre mercado.

¹⁵ Economista norte-americano da Escola Austríaca, fundador do Anarcocapitalismo.

¹⁶ Economista norte-americano.

possuídas por outrem, além dos frutos decorrentes desses bens primeiros; 2) o princípio da transferência, que estabelece os modos pelos quais – acordos e contratos em geral, bem como suas condições de validade – alguém pode vir a tornar-se proprietário de algo já possuía um dono anterior; e o 3) o princípio da retificação, que regula as violações aos dois princípios anteriores – modos ilícitos de aquisição e transferência de bem de acordo com P1 e P2, como por exemplo, as hipóteses de erro, dolo, coação, simulação, fraude, esbulho (NOZICK, 2011, p.191-206). No entanto, apesar da defesa ostensiva da liberdade individual, podemos afirmar que em termos fundacionais, Nozick justifica a liberdade com base em uma outra crença moral: a propriedade de si mesmo. Em um primeiro momento, isso poderia significar uma cisão ontológica, ao diferenciar o “eu proprietário” do “eu propriedade”, mas trata-se exatamente do contrário. Em Nozick, o conceito da propriedade de si tem uma natureza reflexiva, no sentido de que “quem possui e aquilo que é possuído são a mesma coisa, a saber, a pessoa toda inteira”. Nessa definição de pessoa incluem-se todas as características que podem ser empiricamente incorporadas ao “eu”, tal como motivações, talentos, corpo etc. Por esse motivo, afirma-se que a teoria da titularidade é uma teoria sensível à dotação (COHEN, 2001, p. 69, tradução nossa). É importante também esclarecer o significado de ser proprietário de alguma coisa para Nozick: “o núcleo básico da noção do direito de propriedade sobre X [...] é o direito de determinar o que será feito com X” (NOZICK, 2011, p. 220). Assim, a propriedade de si mesmo leva à uma ideia de “liberdade como autonomia” radical: “se os indivíduos são proprietários da sua pessoa, então isso significa que só eles têm direito de determinar o que pode ser feito com tudo aquilo que faz parte da sua pessoa”. Por esse motivo afirmamos anteriormente que os ideais libertários, apoiados no fundamento de Nozick, são utilizados para ir de encontro com qualquer mandamento que impeça alguém de consumir drogas, de casar com mais de uma pessoa, de doar ou vender órgãos, por exemplo. A limitação desses mandamentos normativos é unicamente de não invadir a esfera de propriedade do outro, seja em uma relação entre indivíduos ou entre o indivíduo e o Estado.

2.3 A SAÚDE COMO OBJETO DA DISTRIBUIÇÃO

Como pudemos perceber, a igualdade equitativa de oportunidades é uma das preocupações centrais da teoria de Rawls; e essa é categoria que revela como a saúde é um objeto importante na distribuição social e que impacta de forma profunda na própria efetividade desse princípio. Mas, antes, é necessário caracterizar o que é de fato a saúde. Para o filósofo

político norte-americano Norman Daniels¹⁷ há um sério equívoco na ideia de que “a saúde é a ausência de doenças, tanto físicas quanto mentais”; isso porque o termo doença é muito limitado para ser usado como o completo oposto de saúde uma vez que esse termo não comporta nem o uso comum, nem a noção teórica mais ampla de patologia. Para esclarecer esse ponto, o autor dá o seguinte exemplo: nós não consideramos as pessoas saudáveis quando elas possuem lesões advindas de um trauma ou de danos ou intoxicações ambientais, pois nenhum desses casos são doenças. Igualmente, nós não afirmamos que as pessoas são saudáveis quando elas sofrem de uma ampla gama de deficiências de nascença, sejam eles genéticas ou de desenvolvimento; deficiências funcionais como a cegueira, surdez ou paraplegia, bem como deficiências cognitivas são mais complexas. Pode-se dizer que alguém é paraplégico, no entanto, saudável de uma “outra forma”, sinalizando que a perda da função advinda dessa condição não tenha debilitado outros aspectos da saúde desse alguém. Para algumas pessoas isso pode ser redundante, até mesmo um absurdo; para elas, o déficit funcional não compromete a saúde por completo, mesmo quando isso claramente envolve o que a medicina considera como patologia.

Da mesma forma, os pais de uma criança que possui uma disfunção cognitiva específica como a dislexia, podem insistir no fato de que o seu filho é “perfeitamente” saudável. E a criança, tal como o paraplégico, claramente não estão doentes. Por isso, para o autor, o uso do termo patologia é mais adequado pois que é mais abrangente, de modo que devemos compreender patologia “como referência a qualquer desvio da organização funcional natural de um típico membro de uma espécie”. Dessa maneira, ao compreendermos a patologia “como uma função parcialmente interrompida”, passamos a perceber que ela pode ocorrer em vários níveis, quer “genético, a nível de organelas, celular, em tecidos, órgãos, em um sistema específico (imunológico, nervoso etc.) com diferentes tipos de consequências, variando de inofensivas à fatais”. Então, encarar a saúde dessa forma nos leva a perceber que tanto as necessidades de saúde em geral, quanto as de assistência médica são coisas que nós precisamos para manter o funcionamento normal durante o curso das nossas vidas (DANIELS, 2008, p. 36-37, tradução nossa).

Como adiantamos no capítulo anterior, nossa discussão se dedica particularmente à saúde curativa e, em especial, ao uso de medicamentos de alto custo como a via principal de tratamento de saúde de um indivíduo. Por isso, uma vez esclarecido conceito de saúde no qual

¹⁷ Além de filósofo político, Norman Daniels desenvolveu sua carreira abordando temas como: filosofia da ciência, teoria política, ética, bioética e ética médica. Ocupou a cadeira Mary B. Saltonstall da disciplina “Population Ethics”, bem como também lecionava “Ethics and Population Health” na Escola de Saúde Pública da Universidade de Harvard, até a sua aposentadoria em junho de 2017.

nós nos apoiamos, podemos avançar para explicar porque a distribuição desse objeto específico é tão significativa e impactante na vida dos cidadãos. Norman Daniels, ao investigar a forma mais correta para efetuar a distribuição dos serviços públicos de saúde, afirma que a proteção da saúde é importante porque ela tem uma profunda relação com o leque de oportunidades que nos é disponibilizado, de acordo com a condição da nossa saúde, isto é, se o nosso organismo opera com algum tipo de patologia ou não. Assim, percebeu-se que a relação que há entre essas duas categorias é inversamente proporcional do ponto de vista do real: quanto maior a incidência de patologias, menor será o leque de oportunidades disponíveis, ao passo que quanto menor ou inexistente a incidência de patologias, maior será o leque de oportunidades disponível para que uma determinada pessoa realize o seu plano de vida/concepção de vida boa. Assim como Rawls, Daniels compreende que é injusto que uma contingência imerecida seja suficiente para determinar a um nível tão profundo e definitivo o curso da vida de uma pessoa, a partir das oportunidades que lhe serão acessíveis ao longo da vida, e por esse motivo, o princípio da igualdade equitativa de oportunidades é que deve ser o vetor normativo quando quisermos justificar o acesso às políticas de saúde.

A tese de Norman Daniels (2008, p. 11-63) pode ser descrita da seguinte maneira: 1) a saúde é constituída pelo funcionamento normal de uma pessoa, que significa a inexistência de patologias quer sejam físicas ou mentais; 2) a proteção da saúde de um indivíduo implica, ao mesmo tempo, na proteção da gama de oportunidades de planos de vida que esse possa razoavelmente levar à cabo; 3) existem vários elementos socialmente passíveis de controle que auxiliam na manutenção da saúde de uma população, tal como o acesso à saúde pública e aos tratamentos médicos, além da distribuição dos determinantes sociais da saúde, tal como a renda, riqueza, educação e o domínio que as pessoas exercem sobre suas próprias vidas; 4) se há um dever social de protegermos o conjunto de oportunidades acessíveis às pessoas, e se este for um dever social considerado como relevante, por suposto, temos o dever de proteger, garantir e fomentar a saúde (a ausência de patologias) em todas os cidadãos da comunidade política; 5) a proteção, garantia e fomento do acesso à saúde pública em um grau razoável corresponde à uma parcela do nosso dever social de preservar o conjunto de oportunidades disponíveis aos indivíduos, muito embora, posteriormente, as pessoas possam discordar a respeito de que tipos de serviços podem ser disponibilizados por meio do acesso universal à saúde pública, considerando a escassez dos recursos para financiá-los.

A nosso ver, a teoria de Norman Daniels consegue refletir da melhor forma os desafios enfrentados pela distribuição da saúde na comunidade política, bem como também sugere uma

interpretação muito boa do princípio de justiça de Rawls sobre igualdade equitativa de oportunidades, para solucionar os desafios que aponta. No entanto, é necessário destacar que – a nosso ver – essa interpretação sugerida ainda é insuficiente. Dizemos isso porque estabelecer a garantia de um leque de oportunidades amplo para a realização do plano de vida do cidadão como uma baliza normativa na distribuição, corre o sério risco de excluir da rede de atendimento os indivíduos que já estejam no fim da vida – o cidadão idoso, aquele que eventualmente já pode ter concluído o seu projeto de vida –, por exemplo. Por não possibilitar uma via de justificação para proteção dessas pessoas é que pensamos que uma leitura que se baseie apenas no acesso à um esquema de igualdade equitativa de oportunidades é incipiente, pois não incluem um núcleo de cidadãos que mais precisam de cuidados de saúde na fase da vida que se encontram. Por esse motivo afirmamos que a melhor compreensão dos princípios de justiça de Rawls aplicados à distribuição e acesso às políticas de saúde, é aquela que aplica conjuntamente o princípio da diferença e o princípio da igualdade equitativa de oportunidades, garantindo, assim, a inclusão de todos os cidadãos que se encontrem em uma situação de vulnerabilidade.

2.4 SEGUNDAS IMPRESSÕES E UM NOVO HORIZONTE: A SOLIDARIDADE COOPERATIVA

Considerando os tempos tão bicudos como os que vivemos no nosso país, em que estamos sob a ameaça constante de sofremos uma redução drástica no usufruto de nossos direitos – sobretudo em se tratando de direitos sociais – ainda mais de direito à saúde, tendo em vista a questão do Orçamento Impositivo¹⁸ – percebemos uma mudança no ato de resistir: se antes tínhamos que combater políticas especificamente consequencialistas, de trato utilitário, que tem como primado a ideia de atender ou satisfazer o maior número de pessoas às custas de uma minoria, de modo que íamos de encontro com um tipo de critério de justiça; hoje, temos de pleitear o direito de termos um critério de justiça, de justa distribuição, pois cada vez mais a ideia de minimizar o ônus do Estado com questões supérfluas, têm ido na direção de extinguir

¹⁸ Trata-se da Emenda Constitucional n.º 86 de 2015, que foi denominada de “Emenda do Orçamento Impositivo”, e que está tendo como questionados seus artigos 2º e 3º pela ADI n.º 5.595/DF, proposta pelo então Procurador da República Rodrigo Janot. Segundo a ADI, estes dispositivos implicariam em uma drástica redução do orçamento da saúde pública brasileira, e especialmente prejudiciais ao financiamento do SUS, o que acarreta a violação de preceitos constitucionais importantes, como os direitos à vida e à saúde; e aos princípios da vedação de retrocesso social bem como o da proporcionalidade; além do descumprimento ao dever de concretização progressiva dos direitos sociais, dever esse que assumido pelo Brasil em tratados internacionais como o PIDSEC (STF, 2016).

a responsabilidade que a efetiva prestação que os direitos sociais exigem. Por esse motivo, é importante refletirmos quais tipos de interpretações morais e políticas acerca do indivíduo, acomodam melhor a ideia da proteção da saúde segundo as categorias – igualdade e universalidade – contidas no mandamento normativo constitucional que exploramos no primeiro capítulo. A dimensão individual, subjetiva do direito a saúde é muito clara, no entanto, ainda é preciso clarificar, por que a saúde – e a sua tradução na linguagem de direitos – é um aspecto tão relevante em uma comunidade política e como ela pode ser concretizada pelo Poder Público, segundo a demanda de medicamentos de alto custo por indivíduos, de uma maneira que seja razoável tanto do ponto de vista moral, quanto do ponto de vista da justiça distributiva.

O primeiro ponto a ser explorado trata sobre como as políticas de fornecimento de medicamentos aos cidadãos, segundo a ideia de acesso universal e igualitário, afeta a inviolabilidade do indivíduo em uma sociedade liberal. Como vimos, de acordo com a perspectiva moral, essa questão pode ser interpretada de duas formas: segundo o modelo teleológico-consequencialista do Utilitarismo, ou segundo o modelo deontológico da moral kantiana. É nítido que tanto Bentham e Mill, quanto Kant prezam pela autonomia individual; porém, eles o fazem de formas distintas. A premissa utilitarista define que a decisão correta a ser tomada é aquela em que mais se maximiza a felicidade geral. De modo geral, as preferências, gostos e necessidades são levadas igualmente em consideração; no entanto, irá escolher-se aquela opção em que se alcançará a maior satisfação possível, do maior número possível de pessoas. Isso significa, em última instância, que haverá um grupo que sempre ficará de fora, que não terão os seus gostos, preferências ou necessidades satisfeitas. Traduzindo isso para o universo do fornecimento de medicamentos por parte do Estado, percebemos que tal circunstância já é prática recorrente do gestor público: os critérios de escolha dos medicamentos que irão integrar o RENAME priorizam as patologias mais comuns entre os cidadãos¹⁹, de modo que atingem o maior número de cidadãos. Em termos utilitários, os gestores públicos buscam elevar ao máximo a utilidade do maior número. E por consequência, estarão fora da área de cobertura do RENAME aqueles cidadãos que, como minoria que são, possuem patologias que demandam medicamentos mais complexos – normalmente e de custo elevado – para o tratamento dessas mesmas patologias. De forma nítida, trata-se de um sacrifício que é imposto a esses cidadãos desafortunados, pois que, embora sejam moralmente livres e iguais aos demais, foram acometidos por patologias, e em virtude delas, são tratados de forma desigual pelas instituições, apesar de serem o grupo vulnerável nesse contexto social.

¹⁹ Vide capítulo, item 1.4.

O segundo ponto é que essa situação claramente viola o mandamento da dignidade pensado por Kant, e que novamente citamos: “*age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio*” (KANT, 2007, p. 69). De acordo com essa premissa, a situação acima descrita jamais poderia ocorrer, pois um grupo de pessoas é tomado como meio, pelo sujeito público, para que esse obtenha um determinado fim; ou seja, o sacrifício dos cidadãos portadores de patologias complexas e/ou congênitas – dado o não fornecimento de medicamentos de forma gratuita a eles – é o meio pelo qual o Estado se utiliza para fornecer de forma gratuita medicamentos para o máximo das patologias comuns ao maior número de cidadãos possíveis. Sem dúvida, trata-se de uma situação muitíssimo incoerente: se um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito Brasileiro é a dignidade humana²⁰, por que que os atores que em nome dele agem, violam tal fundamento quando elegem os critérios utilitaristas de escolhas dos medicamentos a constar no RENAME? Será que a dignidade só é digna de alguns, e não de todos? Parece que estamos claramente diante de um erro moral.

Do ponto de vista da política, como apontamos em momento anterior, o modo de decidir do Utilitarismo se repete igualmente, pois que essa é uma das mais fortes – senão a mais forte – características da teoria: sua premissa transita entre as esferas moral, política e econômica com muita facilidade, naturalidade e com o mesmo consequencialismo e *télos* de sempre. De acordo com o pensamento de John Rawls, traduzido nos seus princípios de justiça, a questão deveria obedecer – e aqui, conjugando-a com as ideias de Norman Daniels, pois que o autor opera uma extensão da teoria de Rawls para resolução de distribuição de saúde –, na nossa opinião, a seguinte resolução: considerando o argumento de que a comunidade política liberal é marcada pelo fato do pluralismo – em que as pessoas que a integram possuem planos de vidas distintos, que são incomensuráveis e por vezes inconciliáveis entre si, bem como detêm particularidades que as definem e as distinguem umas das outras – e que o direito à saúde deve obedecer os mandamentos normativos de universalidade e igualdade, acreditamos que o primeiro passo é considerar as necessidades das pessoas como uma baliza preliminar: quem são aqueles mais necessitam do fornecimento gratuito de medicamentos? São os mais que possuem as patologias mais graves? São os que estão correndo risco de vida? São os que não possuem recursos suficientes para custear os fármacos que a patologia que possuem requer? Pensamos que um critério de distribuição que leve em conta a necessidade em si, deve observar esses três indicativos. Nesse caso, a necessidade se manifesta de duas formas: a necessidade de cura, ou

²⁰ CFRB, art. 1º, III (BRASIL, 1988).

reestabelecimento da saúde – que também significa o mais próximo possível do funcionamento normal do organismo, segundo o conceito de saúde de Norman Daniels – e a necessidade financeira. De acordo com o princípio da diferença de Rawls, as desigualdades econômicas e sociais que existem na comunidade política devem ser sistematizadas “de maneira que ambas: (a) *operem para o maior benefício dos menos favorecidos*”, sem deixar de mencionar que essas operações “(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertas a todos em condições de *igualdade equitativa de oportunidades*” (RAWLS, 1999, p. 266, tradução nossa, grifo nosso). Assim, os critérios de distribuição de medicamentos na rede pública de saúde deveriam direcionar o atendimento aos cidadãos menos favorecidos, segundos os dois aspectos de necessidade/não favorecimento que apontamos acima, e por consequência, iriam assegurar a essas pessoas pudessem dar continuidade à seus planos de vida e também que não teriam seus respectivos leques de oportunidade diminuídos em virtude de uma patologia que imerecidamente possuem, e que infelizmente não possuem recursos para custear o tratamento delas sozinhos. Dessa maneira, cidadãos que necessitassem de medicamentos de alto custo estariam incluídos nas políticas públicas de fornecimentos de fármacos à população, deixando de integrar o grupo marginalizado pelas políticas utilitaristas que ainda são recorrentes, bem como deixar-se-ia de naturalizar as desigualdades nas instituições, garantindo-se, de fato, a igualdade material, a concretização do direito à saúde e a dignidade da pessoa humana, condição essa que à todos se deve assegurar, e da qual ninguém deve, nem pode ser privado. Outro aspecto importante nessa discussão é que, em se tratando das patologias que serão objeto de atenção do Poder Público no momento de elaborar a lista de fármacos que serão disponibilizados gratuitamente na rede pública de saúde, não é admissível que qualquer uma delas possa ser excluída da possibilidade de ser contemplada por meio dos remédios que lhe são correspondentes para tratamento. Pois uma conduta dessa natureza significa, em última instância, não tratar com igual consideração as pretensões e necessidades dos cidadãos, considerando que se está lidando com um cenário democrático. Definir quais patologias serão objeto da assistência pública de saúde consiste, automaticamente, na exclusão social de caráter público, de uma parcela de cidadãos, ao colocá-los em situação de desigualdade àqueles que possuem as patologias que são consideradas pelo Estado, tratando-se de uma clara e nítida circunstância de vulnerabilidade social. Nesse caso, estamos diante de uma desigualdade que foi provocada pelo ente público. Nada mais razoável que esse último trate de solucionar essa situação, pois, se esse não for capaz e legítimo para tanto, certamente, ninguém mais o será. Isso fica ainda mais claro quando consideramos o seguinte ponto: as instituições devem calibrar as desigualdades externas, contingentes; se essa

é uma premissa verdadeira na teoria da justiça como equidade, é razoável admitir as instituições também possuem um dever de calibrar as desigualdades internas, que eventualmente elas próprias possam vir a provocar na vida dos indivíduos, dos cidadãos. O uso dos termos externos/internos, se refere à origem das desigualdades, isto é, do seu fato gerador. De maneira que externo é tudo aquilo que ocorre para além da estrutura básica da sociedade, que dela não depende para se manifestar no mundo da vida: os talentos naturais, fatores biológicos como doenças e deficiências, entre outros. Por outro lado, é interno tudo aquilo que ocorre no seio das instituições e/ou a partir delas, provocado por elas – logo, de causalidade é institucional.

Por fim, passando a interpretar a nossa questão-problema segundo as lentes do Libertarismo, a conclusão seria que ela própria não deveria existir, pelo simples fato de que a possibilidade de discussão desse tema já é uma injustiça em si; pois que não deveria competir ao Estado garantir ou fornecer medicamentos ou sequer a hipótese saúde a quem quer que seja, uma vez que esse é um papel que não lhe compete. Trata-se de mais uma das várias manifestações do paternalismo estatal. A saúde deveria ser um objeto de preocupação e responsabilidade do indivíduo na sua esfera privada. Sobretudo porque o financiamento de medicamentos por parte do governo dependeria de tributação – o que de fato ocorre, dado que a de tributação constitui a principal fonte de arrecadação dos cofres públicos do país – e a essa é uma injustiça tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista político, pois consiste na apropriação indevida da propriedade privada, uma violação da autonomia individual do cidadão. É realmente um desafio discutir a própria existência de direitos sociais, e por consequência do direito à saúde com uma teoria que defende a privatização de todos os componentes desse núcleo: a educação, saúde, moradia, trabalho, alimentação, dentre outros. Nesse aspecto é interessante refletir a respeito do papel do Estado, não simplesmente justificar a sua existência, pois que pelo menos para Nozick, essa ainda se fundamenta na necessidade de garantir os princípios do justo título, a execução dos contratos firmados, por meio dos Tribunais e da segurança entre os cidadãos, por meio do poder de polícia (NOZICK, 2014, p. 191-206). No entanto, apesar de essa ser uma ameaça a que estamos expostos²¹, nosso ordenamento jurídico não traduz esse modelo de Estado; pelo contrário, estamos sob a égide normativa de um arquétipo que valoriza igualmente a livre iniciativa – que é tão cara aos libertários – e a dignidade da pessoa humana – ponto que defendemos aqui. Parece-nos indiscutível que o dever social de proteger a saúde das pessoas que vivem em uma comunidade, bem como as responsabilidades que lhe são decorrentes, pertencem ao Estado. Mas, como é possível que os

²¹ Vide nota de rodapé número 18, que trata brevemente do Orçamento Impositivo.

cidadãos de uma comunidade política liberal endossem uma proposta de distribuição do direito à saúde como essa, que leva em consideração as pessoas que necessitam de medicamentos de alto custo?

Como podemos perceber, uma das principais dificuldades que existem na Filosofia é, sem dúvida, definir categoricamente o que significa ou no que consiste de fato o liberalismo. Por ser uma corrente de pensamento multifacetada, em cada uma dessas nuances se marca uma concepção que não se confunde com outras. Encerrá-lo em um conceito estanque corre o sério risco de não fazer jus ao trabalho intelectual dos grandes nomes que compõem essa senda alguns dos quais já citamos, como Jeremy Bentham, John Stuart Mill, Friderich Von Hayek, John Rawls, Robert Nozick, Ronald Dworkin e Amartya Sen. Contudo, certamente podemos estabelecer algumas características comuns que estabelecem pontos de contato entre uma teoria e outra, um autor e outro, criando, assim, algumas premissas que nos ajudam a construir uma identidade liberal. Dessa maneira, podemos apontar uma atenção especial com os direitos, garantias e liberdades individuais, o individualismo metodológico como critério de formulação teórica, o pluralismo de valores ou concepções de bem. Podemos perceber nesse cenário uma certa valorização do sujeito individualmente considerado em face da coletividade, o que se trata de uma premissa lógica e uma consequência necessária em virtude do método adotado. Por esse motivo em particular, o liberalismo como um todo é atacado como uma filosofia naturalmente individualista e egoísta, em que o indivíduo é centrado unicamente em seus interesses próprios, o que muito dificulta, quando não elimina a possibilidade de colaboração mútua entre os cidadãos, uma vez que dada a pluralidade de planos vida (que podem ser diametralmente opostos) e a preocupação em realizar esses planos, o outro acaba sendo visto como um obstáculo à realização do desse bem; de modo que seria impossível pensar em uma vida harmoniosa em comunidade (KYMLICKA, 2006, p. 253-301).

Definitivamente se trata de uma crítica falaciosa; é verdade que características como o egoísmo e o hedonismo caracterizam algumas correntes liberais, mas não todas. De acordo com o liberalismo de John Rawls, parte-se da premissa que a sociedade é um empreendimento cooperativo de vantagens mútuas, em que os seus integrantes reconhecem que o fato de viverem numa coletividade é, por si só, mais vantajoso do que se vivessem sozinhos; de maneira que os esforços realizados em conjunto obterão resultados muito melhores do que se cada um atuasse apenas por conta própria, de forma isolada. Esse pressuposto é característico e, em última instância, anuncia por que Rawls se distingue muito, apesar de não romper com a tradição liberal desenvolvida até então (RAWLS, 1999, p. 4). A partir disso, podemos então desenvolver

a compreensão de que a Justiça como Equidade faz uma releitura dos ideais franco-revolucionários do século XVIII de liberdade, igualdade e fraternidade, se assim também considerarmos o princípio da diferença assinalado no interior do princípio da diferença no qual “as desigualdades sociais e econômicas deverem ser coordenadas de maneira que ambas: (a) *operem para o maior benefício dos menos favorecidos*” (RAWLS, 1999, p. 266, tradução nossa, grifo nosso). Uma pretensão dessa magnitude só pode fazer sentido e, conseqüentemente, ser colocada em prática da maneira como foi proposta, quando a fraternidade dá lugar à solidariedade. Isto porque a fraternidade significa a união, o afeto, a harmonia entre aqueles que se aproximam por compartilharem de algo, uma ideia, uma concepção de vida boa, ou seja, qualquer coisa que seja comum a eles (OLIVEIRA, 2009, p. 26-28). Porém, este não é mérito e nem a proposta do princípio da diferença, pois que esse é assentado em uma comunidade política marcada pelo fato do pluralismo: pautando-se então na solidariedade, que fundamentalmente representa a capacidade humana de um cidadão individualmente considerado “abraçar uma causa estranha” à sua e, por consequência, pode buscar compreender de alguma maneira uma realidade que não lhe pertence, um plano de vida, uma concepção de bem que em nada é compatível com a sua (DENNINGER, 2002, p. 23).

O pressuposto da sociedade como um ente cooperativo interpretado em conjunto com o princípio da diferença é certamente uma das maiores contribuições da concepção rawlsiana de justiça; de modo que uma leitura como essa nos permite cunhar o termo *Solidariedade Cooperativa* o qual auxilia no esclarecimento da ponte teórica que justifica e compatibiliza o pluralismo incomensurável de uma sociedade liberal com o funcionamento justo e harmoniosamente cooperativo dessa mesma sociedade, que opera quando se articula a igualdade material fundamentada na solidariedade. Isto porque admitir que vivemos em uma sociedade em que é real a contingência de que podemos vir a depender de outras pessoas em circunstâncias adversas é absolutamente valoroso, pois reconhece-se na mesma medida o impulso de confiança e segurança que é gerado uns nos outros, o que por suposto implica não simplesmente em intenções boas, mas, principalmente em intenções cooperativas (RAWLS, 2008, p. 422-435). Essa compreensão abre uma via para clarificar de que maneira o princípio da diferença sustenta e expressa a reconciliação entre as necessidades da liberdade e as reivindicações da justiça, quando inseridas numa concepção de sociedade pautada na cooperação. Em última instância, além de dar suporte à importância exercida pela diversidade, e que essa última é a expressão da liberdade – ideal que é tão caro a essa corrente complexa que é o liberalismo, a *Solidariedade Cooperativa* elucida a necessidade da consciência de que

qualquer que seja a condição ou crença que alguém tenha, que se encontre em posição de desvantagem ou seja objeto de discriminação no esquema social, são questões que legitimamente merecem ser objetos da justiça social, por meio das instituições, pois a melhora da situação daqueles que são considerados como menos favorecidos da sociedade, a defesa dos direitos e liberdades dos chamados grupos em situação de vulnerabilidade também constitui uma forma de vantagem mútua para todos os cidadãos, pois representa igualmente a proteção dos direitos dos demais indivíduos que compõem o empreendimento cooperativo – a sociedade.

Agora, parece-nos que a questão toma outra direção: se as instituições são calibradoras das desigualdades, por óbvio, todas as suas instâncias são responsáveis por operar esse ajuste de acordo com o que preconiza os princípios de justiça. Se esta afirmação é verdadeira, seria razoável pensar que apenas um eixo do aparelho institucional é legítimo para equilibrar as situações de desigualdade? A respeito da questão-problema que nos debruçamos, será que apenas o Poder Legislativo ou o Poder Executivo é legitimado para aplicar os princípios de justiça? Se estes não o aplicarem corretamente, será que esse erro não é passível de correção posterior por meio de outro ente institucional? É a respeito dessa dinâmica que ocorre no seio de uma comunidade política liberal que vive sob a égide de uma democracia constitucional que nos ocuparemos a seguir.

3 A QUEM COMPETE A (RE)DISTRIBUIÇÃO? UMA RESPOSTA POLÍTICA

Este capítulo sem dúvida constitui o cume de toda a construção argumentativa desenvolvida até aqui. Por esse motivo particular, a localização da saúde dentro do esquema distributivo – considerando que se trata de um bem fundamental da vida humana que se reflete como um direito fundamental sob a perspectiva do *Rule of Law* – e, sobretudo, a quem pertence legitimamente o papel de ator distributivo no interior da democracia constitucional brasileira, é fundamentalmente o cerne do tópico final deste trabalho.

Para responder a esse questionamento base, nós nos voltaremos especificamente para a interpretação de duas categorias que constituem o eixo principal das discussões políticas de uma sociedade liberal na contemporaneidade: o conceito de democracia e de separação dos poderes, dando destaque ao papel que o Poder Judiciário desempenha na dinâmica das funções estatais, sobretudo em relação às atividades de justiça redistributiva, considerando os desafios que uma democracia liberal impõe, a saber: a proteção e promoção dos direitos e garantias individuais, o pluralismo razoável, a tirania da maioria e a salvaguarda das minorias sociais. Nesse sentido, para essa discussão, utilizaremos como referencial o pensamento do filósofo norte-americano Ronald Dworkin (1985, 1986, 2000, 2013).

Ao final será abordado como tem se dado a atuação do Supremo Tribunal Federal – representante máximo do judiciário brasileiro – no que diz respeito a resolução das demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos de alto custo, sobretudo nos autos dos Recursos Extraordinários n.º 566.471 e 657.718, tendo em vista as complexidades que integram o panorama sob o qual as decisões são proferidas, de modo que demonstraremos em que medida as teses propostas pelos Ministros se coadunam ou se distanciam da hipótese que assumimos nesta dissertação, sem deixar de mencionar os novos caminhos que têm sido traçados no horizonte da judicialização do direito à saúde, em relação à solicitação de medicamentos em geral.

3.1 O MODELO DE TRIPARTIÇÃO DAS FUNÇÕES PÚBLICAS

A noção de repartição de funções públicas é uma ideia que permeia o pensamento político desde a antiguidade. No entanto, não faz parte do escopo deste trabalho elaborar uma análise histórico-evolutiva dos tipos de desenhos institucionais que foram pensados ao longo do tempo. Por esse motivo, a respeito desse tema específico, estabelecemos como ponto de

partida na nossa investigação o pensamento do filósofo e político Montesquieu, pois que o modelo por ele elaborado concebido é o que mais se assemelha com o tipo de organização estrutural do Estado que se observa hoje no Brasil. Ao explorarmos o pensamento do autor, é vital destacar a ideia base que sustenta toda a arquitetura teórica por ele desenvolvida: o seu objetivo é a liberdade. Segundo Montesquieu não existiria liberdade, de fato, na vida dos cidadãos de uma sociedade se o exercício das funções públicas estivesse concentrado nas mãos de um mesmo indivíduo (o monarca, por exemplo) ou de um mesmo órgão. Isto é, se uma única instituição fosse a mesma responsável por elaborar as leis que iriam orientar as relações sociais, as executar e também as julgar, tal circunstância implicaria em um comprometimento da liberdade dos cidadãos e, igualmente, do compromisso de um governo verdadeiramente livre (MONTESQUIEU, 2004, p. 159-190).

Pautado nesta premissa, Montesquieu propõe um desenho institucional em que as funções públicas estejam separadas em três partes específicas, cada uma com um papel bem delimitado, de modo que todas são dotadas de independência e autonomia em relação a outra; contudo, isso não significa uma separação total e definitiva entre elas, de maneira a causar uma espécie de solipsismo institucional. Não, o autor confere a cada esfera de atividade estatal um viés ativo, de maneira que todas sejam capazes de fiscalizar a atuação das demais, surgindo, assim, a noção de sistema de freios e contrapesos, onde o próprio Estado constitui um limite a si mesmo, por meio das ferramentas de *self-restraint*, afim de evitar possíveis tentativas de abuso de poder e arbitrariedades em geral. Para Montesquieu isso é fundamental para que possa haver o exercício da liberdade individual e política no espaço social, pois, na sua visão, até mesmo formas de governo de tipo moderado, como a república, não estão imunes de um poder arbitrário e autocrático. Por esse motivo, os instrumentos de *self-restraint*²² são tão importantes no controle das ações do agente público que atua em nome do Estado (MONTESQUIEU, 2004, p. 159-190).

Assim, Montesquieu estabeleceu o modelo tripartite como desenho institucional ideal para uma comunidade política; isso significa dizer que a estrutura do Estado será composta por três instituições específicas: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. A incorporação da função judicante para o seio do organograma estatal, e a caracterização dessa última como independente e autônoma em relação às demais funções do Estado, são as características que conferem autenticidade à teoria do autor. Por outro lado, apesar dessa inovação, Montesquieu

²² A possibilidade de veto, o impeachment e o *judicial review* são exemplos importantes de ferramentas de *self-restraint* de um Estado que adota o modelo tripartite das funções públicas.

não estendeu ao juiz a mesma liberdade que inspirou sua teoria, pelo contrário: o juiz possui um papel limitado e passivo na atividade judicial, de maneira que lhe cabe apenas e tão somente ser “a boca da lei”, aplicando com a maior objetividade possível a legislação, pois que não lhe cabe o papel criativo da interpretação da mesma. Em um exercício de submissão e obediência aos mandamentos políticos traduzidos por meio das leis, segundo o pensamento de Montesquieu, aos juízes cabem apenas aplicá-las ao caso concreto e dirimir o conflito, zelando pela previsibilidade e estabilidade das interações sociais (MONTESQUIEU, 2004, p. 159-190). Em suma, para Montesquieu, para que se obtivesse um sistema livre, seria necessário um emaranhado complexo de arranjos institucionais que impedissem que um poder pudesse abusar do outro, ou abusar da sua própria posição sem que o outro pudesse evitar. Dessa maneira, o resultado seria um regime moderado que possibilita a liberdade: essa é a circunstância em que “um cidadão não teme o outro. A ausência do receio é a liberdade. O medo é o princípio que define o despotismo”. (SAMÕES, 2014, p. 138). É nesse mesmo espírito que os Federalistas, que também preocupados com o exercício da liberdade na sociedade quando da discussão sobre a Constituição americana, apresentam e sofisticam o desenho institucional pensado por Montesquieu ao introduzirem, principalmente, as ideias de 1) *checks and balances* no interior da separação dos poderes, tendo como objetivo restringir a perpetuação de abusos que podem levar à uma circunstância de despotismo; 2) a centralidade da Constituição na comunidade política, como mais uma barreira que assegura a liberdade das pessoas; e 3) a ideia de um Tribunal Constitucional, responsável por controlar as decisões proferidas em outras instâncias estatais, em especial o Legislativo, a fim de assegurar a observância das normas constitucionais e, em última instância, a supremacia da Constituição (HAMILTON *et al*, 2003, p. 85-120, tradução nossa). Assim percebemos que os Federalistas conferem ao Judiciário um papel muito mais estratégico e importante no desenho institucional norte-americano, do que o que foi idealizado por Montesquieu. Por fim, é de extrema importância ressaltar que no que tange à expressão “separação dos poderes”, esta “pode ser infeliz por ocultar a natural interdependência entre estes, mas tem a felicidade de lembrar que, na raiz, o poder executivo, judicial e legislativo são faces de um poder político fundamentalmente uno, embora múltiplo nos meios através dos quais atua” (DA CUNHA, 2012, p. 17); de modo que a unidade do Estado, enquanto elemento ontológico desse ente, deve ser o vetor que orienta as funções estatais, devendo estar presente no horizonte das ações e decisões das pessoas que estão investidas nos cargos que compõem os órgãos estatais.

3.2 O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA REDISTRIBUIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na contemporaneidade há um autor que discutiu significativamente a atribuição do Poder Judiciário no desenho institucional tripartite de uma democracia constitucional liberal: Ronald Dworkin. Apesar de ter dedicado os primeiros anos de sua carreira à Filosofia/Teoria do Direito, onde dedicou-se a criticar firmemente o positivismo jurídico, mesmo nesses tipos de escritos, já podemos perceber sua afiliação ao modelo institucional da revisão judicial. Na verdade, é com base na discussão a respeito da densidade normativa dos princípios e das regras, que se percebe a contribuição mais significativa de Dworkin na nossa opinião: o papel desempenhado pelos juízes quando da aplicação das leis, dos princípios, dos direitos no caso concreto. Uma vez que se reconhece os princípios como participantes do Direito, por consequência é também identificada a faculdade que os magistrados possuem em dizer o que significam determinados enunciados da Constituição, ainda que isso consista em se contrapor à vontade legislativa, que representa o processo majoritário de formação da vontade política. Na realidade, a própria Constituição, quando incorpora princípios jurídicos como parte do direito já manifesta uma restrição às políticas definidas por uma maioria (DWORKIN, 2010, p. 10).

Por esse motivo, Dworkin desenvolve a ideia de “direitos como trunfos”, pois que os direitos que constam nas Constituições, sobretudo os direitos fundamentais, representam ao mesmo tempo uma vantagem e uma barreira de proteção que os indivíduos possuem em face de uma eventual vontade majoritária que vise prejudicar ou restringir os seus direitos, quer essa maioria se manifeste através de atos de violação praticados por outros cidadãos, ou mesmo já em uma roupagem institucional, por meio de atos normativos em geral provenientes dos processos majoritários de formação da vontade política. Para isso, é necessário que haja uma instituição que analise de forma específica o conteúdo dos diversos dispositivos normativos existentes no ordenamento jurídicos da comunidade política, para então, através de um ato interpretativo, chegar à conclusão se esses violam os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição, bem como os princípios que lhe são respectivamente intrínsecos ou subjacentes. (DWORKIN, 1985, p. 181-233). Todo esse procedimento de preservação, de afirmação da indisponibilidade dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos – individualmente considerados – da comunidade política consubstanciam, juntamente com a conceito de direito

como integridade²³, o *judicial review*. E esse instituto se faz necessário porque a Constituição estabelece, muitas vezes, os direitos e liberdades fundamentais de forma genérica, abstrata; deixando um espaço interpretativo²⁴ que deve ser justamente preenchido pelo Poder Judiciário, por meio de suas decisões. Por esse motivo, para o autor, no contexto de uma democracia constitucional, o Judiciário jamais poderá assumir uma posição passiva, como antes imaginado por Montesquieu, por exemplo. Na verdade, esse braço da institucionalidade estatal é considerado como um poder estratégico, que representa um importante espaço de proteção dos direitos fundamentais ao efetuar o controle de constitucionalidade das normas que violem as premissas constitucionais fundamentais (DWORKIN, 1985, p. 181-233). Isso significa que ele opera em favor da democracia, mesmo quando suas decisões vão de encontro com a vontade da maioria, pois, para Dworkin, é da natureza do Direito ser contramajoritário; é próprio da sua linguagem os direitos serem contramajoritários (DWORKIN, 1986).

Nesse sentido, é importante ressaltar que, para Dworkin, no contexto de uma democracia é evidente que o poder emana do povo, pois que ele é o soberano. Contudo, também é necessário reconhecer que existem falhas que procedem do caráter igualitário das democracias que são por vezes de difícil reparação. Um exemplo disso são exatamente os grupos minoritários que se formam, justamente por não serem levados com igual respeito e consideração pelos atos normativos instituídos pelos procedimentos majoritários de formação da política e/ou seus representantes – um exemplo claro desse fato é o grupo de indivíduos que protagonizam a nossa questão-problema elucidada no capítulo anterior, isto é, os indivíduos que possuem patologias complexas e/ou congênitas que requerem fármacos igualmente complexos e que, por esse motivo, têm um custo financeiro elevado; e por isso, não são contemplados pelos critérios de

²³ O conceito de Direito para Dworkin é o de um direito que funciona; que floresce na sociedade. Nesse sentido, possui como elementos característicos a justificação pública do uso governamental da coerção, através do apelo à princípios estabelecidos por decisões políticas passadas da comunidade, expressos em termos de proteção e promoção de direitos individuais (DWORKIN, 1986).

²⁴ Dworkin afirma que o estágio interpretativo deve obedecer dois critérios: 1) de adequação, que se liga diretamente com o caráter institucional do Direito, no sentido de que o magistrado deve observar os precedentes até ali existentes – de modo que é essa exigência que traz um ônus, um limite ao intérprete, pois que ele precisa verificar se a interpretação dele se adequa à prática social da comunidade política a que ele pertence, equalizando os elementos: a) discricionariedade e b) decisões políticas do passado; e 2) de justificação, que deve ser compreendida em sentido estrito, pois que envolve equidade e justiça na elaboração da decisão. Esse é momento em que o juiz verifica qual dos elementos que estão em jogo na prática social que está sendo questionada, realizam melhor ou conciliam melhor esses dois ideais, trata-se de um momento de justificação substancial. Por esse motivo, eis aqui, nesse ponto específico, o elemento moral na interpretação. Passado esse estágio, Dworkin aponta que há uma fase pós-interpretativa, que é um momento crítico. Pois é um momento em que é possível modificar algo para que aquela prática social em análise sirva melhor para a sociedade, para a comunidade política. Por esse motivo é que as decisões podem representar uma transformação positiva a respeito de um determinado assunto, sem causar, no entanto, uma ruptura na moralidade política da comunidade liberal – por exemplo: o reconhecimento das uniões homoafetivas pelo STF e por outras Cortes Constitucionais ao redor do mundo (DWORKIN, 1986).

seleção dos medicamentos a serem disponibilizados na rede pública de saúde do nosso país (DWORKIN, 1985, p. 181-233).

É por esse motivo que: 1) há a necessidade de corrigir essas falhas; 2) por óbvio, o ente responsável por reparar essas falhas acaba por ser o Poder Judiciário, uma vez que não há uma perspectiva segura de que os próprios violadores do princípio da igualdade o corrijam. Essa transferência de funções institucionais do Poder Executivo ou Legislativo para o Poder Judiciário – a judicialização da política –, que promove, além da reparação das desigualdades provocadas pelo próprio Estado, o empoderamento dessas minorias que se encontravam vulnerabilizadas em virtude de terem sido anteriormente excluídos de um processo político específico, como por exemplo: de uma política pública de saúde. Por excelência, o controle judicial das políticas públicas em geral, e de forma específicas as das políticas públicas de saúde, representa em si mesmo uma prática redistributiva que é legitimada pela democracia constitucional, pois que o fim último da democracia é tratar todos os indivíduos da comunidade política com igual respeito e consideração, garantindo-lhes, dessa maneira, dignidade (DWORKIN, 2013, p. 253-257).

Por esse motivo, um dos aspectos mais importantes sobre legitimidade do STF para exercer funções políticas reside no fato de “ser vocacionado à defesa das minorias, que é tão importante para a democracia quanto o respeito ao princípio majoritário. (...) o Supremo é o órgão de soberania que mais valoriza a igualdade no tratamento das partes interessadas em suas decisões”. (PAIXÃO, 2007, p. 229). Além disso, é fundamental perceber que:

A verdadeira questão é saber qual é o alcance ideal das atribuições da Corte neste campo. Porque um tribunal que pretendesse assumir o protagonismo da vida política seria tão nocivo quanto um que obstinadamente se omitisse. Mas estabelecer a justa proporção é ora eternamente inacabada. A abrangência da atuação política do Supremo Tribunal Federal não é um dado pré-estabelecido, não pode ser delimitada por palavras da Constituição, não pode ser extraída de exemplos colhidos em outras épocas, ou na experiência política de outros povos.

[...]

O exame da função política exercida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo da história republicana demonstra que sua atuação não constitui exceção ou aberração. Faz parte das atribuições da Corte a tarefa de contribuir, ao lado dos demais órgãos de soberania, para definição do interesse público e a escolha dos meios de implementá-lo (PAIXÃO, 2007, p. 232, 237).

Em virtude de o Judiciário pertencer e ser, de igual maneira, a expressão de um poder político que conserva em si uma unidade que lhe é intrínseca, é evidente que também lhe

compete a responsabilidade política de promover a liberdade, a igualdade, assegurar os direitos através do calibre das desigualdades, que por vezes é operado por meio da solidariedade cooperativa. Sobretudo porque atos de solidariedade em si, consistem em atos redistributivos, representam o cumprimento de uma promessa com a justiça social. E por suposto, responsabilidades políticas derivam de funções políticas. Por mais críticas que possa vir a receber, o fato é que o Poder Judiciário, sobretudo por meio do seu órgão de cúpula, exerce, sim, uma função política dentro da democracia constitucional instaurada em 1988 e que ainda hoje vivemos, por mais ameaças que essa mesma sofra.

3.2.1 O julgamento dos Recursos Extraordinários n.º 566.471/RN e 657.718/MG no Supremo Tribunal Federal

Após um considerável conjunto de decisões que tratavam sobre demandas de medicamentos, o Supremo Tribunal Federal reconheceu como matéria de Repercussão Geral, os Recursos Extraordinários n.º 566.471/RN e 657.718/MG, que tratam da exigência de fornecimento de medicamentos de alto custo face ao Estado brasileiro, nos casos em que o fármaco requisitado não se encontra disponibilizado na lista do Sistema Único de Saúde (SUS), e não consta como fármaco registrado na lista de aprovação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), respectivamente. É importante destacar que o julgamento dos processos referenciados ainda se encontra em fase de julgamento, de modo que nem todos os ministros do STF manifestaram seus votos. No entanto a nossa decisão em analisar os votos até então proferidos se justifica pela pertinência em relação ao objeto desta pesquisa, bem como também nos permite averiguar que tipo de possibilidades os votos proferidos abrem para uma compreensão que leve em conta as necessidades dos indivíduos no ato distributivo do direito à saúde.

O julgamento foi iniciado no dia 15 de setembro de 2016, com o pronunciamento do relator dos processos, o ministro Marco Aurélio, que, no que tange ao RE n.º 566.471/RN (fármacos que não constam na lista do SUS), se posicionou no sentido de que o Estado brasileiro tem a obrigação de fornecer medicamento de alto custo não incluído na lista de oferta do SUS, uma vez que seja fortemente demonstrada a imprescindibilidade do fármaco solicitado e a insuficiência financeira do requerente e de sua família para arcar com o custeio do mesmo. Os argumentos elencados pelo ministro para a formulação da tese de repercussão geral se baseiam nas ideias do 1) mínimo existencial, segundo o qual uma vez identificada a ameaça a esse piso

social, conjugado “com violação da dignidade humana e ausência de condições iniciais de liberdade, os direitos sociais apresentam-se como plenamente judicializáveis, mercedores de amplas garantias institucionais, independentemente de reservas orçamentárias”; 2) a atuação do Judiciário em casos de omissão ou falha na execução das políticas públicas por parte do Executivo, que impossibilitem que o cidadão hipossuficiente obtenha o fármaco que necessita. Afirmando que “não se discute o controle jurisdicional do mérito amplo dessas políticas, e sim a tutela judicial de situações especiais, quando não alcançadas por essas políticas. Não cabe ao Poder Judiciário formular políticas públicas, mas pode e deve corrigir injustiças concretas”; 3) verificação no caso concreto do binômio a) imprescindibilidade do medicamento, como elemento objetivo do mínimo existencial e a b) incapacidade financeira do cidadão em custeá-lo, como elemento subjetivo do dever estatal de tutela do mínimo existencial. (STF, 2016a). De modo que a tese de repercussão geral apresentada pelo ministro Marco Aurélio foi concluída por ser a seguinte:

“o reconhecimento do direito individual ao fornecimento pelo Estado de medicamento de alto custo não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso.” (STF, 2016b).

Por outro lado, no que se refere ao RE n.º 657.718/MG, o ministro relator entendeu que o Estado não pode ser obrigado a fornecer remédios que não estejam registrados na agência reguladora – ANVISA, por entender que “o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento”; sendo essa a sua tese de repercussão geral sobre a problemática em questão (STF, 2016b). Sem dúvida, o ponto mais interessante do voto do ministro Marco Aurélio no RE n.º 566.471/RN (fármacos que não constam na lista do SUS), é ele fazer menção ao princípio da solidariedade na formulação da tese de repercussão geral. Porém, acreditamos que o ministro não aproveitou o suficiente o argumento suscitado, pois que o ministro restringiu a explicar a sua aplicação no contexto privado, no interior das relações financeiro-familiares do cidadão que requer o fármaco, ao invés de estender a reflexão sobre sua aplicação ao âmbito público, entre os cidadãos, entre os Poderes do Estado. Como princípio jurídico e princípio fundante da democracia brasileira, é razoável considerar a possibilidade de o Estado fomentar a prática da

solidariedade no espaço público, no caso, entre os cidadãos, por meio da atividade estatal; em especial, por meio daquela que, por excelência, administra a justiça. Também, há que se atentar ao problema delicado que foi levantado pela ideia de solidariedade familiar, de acordo como foi exposto na primeira versão do voto, antes do aditamento²⁵. A valorização dessa dimensão solidária não pode ser utilizada como escusa ao cumprimento do dever estatal, bem como observou o ministro relator, motivo esse que ensejou o aditamento, em vistas à necessidade de esclarecer como essa solidariedade deve ser interpretada, sob pena de se estar corroborando a inaplicabilidade e ineficácia do direito à saúde nos casos de fornecimento de medicamentos de alto custo.

O aditamento ao voto foi apresentado na segunda sessão do julgamento, que se deu em virtude do pedido de vista feito pelo Ministro Luís Roberto Barroso. Assim sendo, a tese de Repercussão Geral apresentada pelo referido Ministro no voto vista do RE 566.471/RN foi a seguinte:

O Estado não pode ser obrigado por decisão judicial a fornecer medicamento não incorporado pelo SUS, independentemente de custo, salvo hipóteses excepcionais, em que preenchidos cinco requisitos: 1) incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; 2) demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; 3) inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; 4) comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; 5) propositura da demanda necessária em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos é exclusiva desse ente federativo (STF, 2016b).

Já a tese de Repercussão Geral do Ministro Luís Roberto Barroso no voto vista do RE n.º 657.718/MG foi:

O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: 1) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; 2) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e 3) a inexistência de

²⁵ A primeira versão da tese de repercussão geral do RE 566.471/RN era: “o reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em Política Nacional de Medicamentos ou em Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, depende da comprovação da imprescindibilidade – adequação e necessidade –, da impossibilidade de substituição do fármaco e da incapacidade financeira do enfermo e dos membros da família solidária, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.694 a 1.710 do Código Civil” (STF, 2016a).

substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União” (STF, 2016b).

Sobre as teses presentes nos votos vista do Ministro Barroso, cabe destacar o último item elencado em cada uma delas, em que o referido propõe que as ações sejam propostas exclusivamente em face da União, o que por consequência fará com que a responsabilidade do financiamento recaia apenas sobre esse ente federado, com base no fato de que a ele pertence a última palavra a respeito da incorporação ou não de medicamentos nas listas de fármacos a serem ofertados pela rede pública de saúde. Quanto a esse ponto, o vemos com um certo estranhamento por uma simples questão de simetria constitucional, pois, como afirmamos no primeiro capítulo, a Constituição Federal estabelece de forma expressa que compete concorrentemente à União, Estados, Municípios e Distrito Federal legislar sobre matéria de saúde. Por outro lado, no que tange exclusivamente ao fator financiamento, pode parecer uma sugestão economicamente sensata, uma vez que a União é o ente da Federação que mais arrecada e concentra verba pública. Ainda assim, não nos parece claro se será apenas essa a dissimetria da questão. A participação dos demais entes federados na formulação das listas de fármacos é muito importante pois possibilita uma preocupação em atender mais propriamente as realidades regionais do país e, em última instância, dos cidadãos de compõem cada uma dessas regiões que, como sabemos, são tão distintas umas das outras, mas igualmente importante e dignas de igual respeito e consideração por parte do poder governamental.

Quando da apresentação da sua tese de Repercussão Geral no RE n.º 566.471/RN, o Ministro Edson Fachin definiu que:

Os parâmetros jurídicos são: 1) necessária a demonstração de prévio requerimento administrativo junto à rede pública; 2) preferencial prescrição por médico ligado à rede pública; 3) preferencial designação do medicamento pela Denominação Comum Brasileira (DCB) e, em não havendo a DCB, a DCI (Denominação Comum Internacional); 4) justificativa da inadequação ou da inexistência de medicamento/ tratamento dispensado na rede pública; 5) e, em caso de negativa de dispensa na rede pública, é necessária a realização de laudo médico indicando a necessidade do tratamento, seus efeitos, estudos da medicina baseada em evidências e vantagens para o paciente, além de comparar com eventuais fármacos fornecidos pelo SUS” (STF, 2016b).

Por fim, em relação ao RE n.º 657.718/MG, o Ministro Edson Fachin consignou que “no âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e

produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária” (STF, 2016b).

De maneira geral, é interessante perceber a unanimidade dos ministros em se posicionar contra a concessão de medicamentos de alto custo quando se trata de remédios que não possuem a sua eficácia comprovada. Há uma discrepância, inclusive, em relação ao esforço argumentativo na formulação das teses de repercussão geral. No que se refere aos votos do ministro Marco Aurélio, verifica-se uma motivação muito mais rebuscada na elaboração da tese do processo em relação ao SUS, do que o que trata da ANVISA. Evidentemente não se trata de uma questão de desídia, não é este o ponto. O que se vê é que parece muito claro, óbvio até, que o Estado não pode ser obrigado a fornecer para um cidadão, um medicamento que não possui a chancela da farmacologia e da medicina (áreas do saber que propriamente se encarregam de proporcionar o suporte teórico-científico no processo decisório) no que tange à eficácia do mesmo. Daí a importância do diálogo entre esses dois campos do saber para a construção de uma melhor decisão no caso concreto. Fica nítida, então, a necessidade de o Direito ter o aporte de outras áreas da ciência para o seu melhor desempenho prático. Afinal de contas, o magistrado não possui formação específica a respeito da composição, indicação e eficácia de fármacos complexos, tal como os que são requeridos na questão-problema que norteia a nossa análise.

Ainda sobre esse ponto, observa-se a questão do paternalismo estatal somado ao fator de obrigatoriedade em zelar pela segurança dos cidadãos, no sentido de que o Estado não pode ser obrigado a violar o seu próprio dever de responsabilidade; caso contrário, estaria agindo de forma contraditória ao permitir conscientemente um dano que ele mesmo correria o risco de reparar no futuro. Para elucidar esse ponto, podemos fazer um paralelo com as políticas de proibição do fumo no interior de bares, restaurantes, hotéis e até mesmo em estabelecimentos especificamente criados para a venda e consumo local de cigarros e afins. As políticas de prevenção e tratamento das patologias pulmonares desencadeadas não só pelo consumo direto de cigarros, mas, principalmente em função da inalação da fumaça do mesmo, tal como o câncer de pulmão e o enfisema pulmonar, recaem sobre os ombros do Estado. Por tratar-se nitidamente de uma questão de saúde pública e de um dever constitucional de proteção e eventual recuperação da saúde dos cidadãos acometidos por essas patologias, é coerente que uma das formas de combate seja a elaboração de proibições normativas que visem inibir essa prática na sociedade, funcionando então como um dos tipos de políticas preventivas e de combate à essas patologias.

3.2.2 O projeto da plataforma de dados sobre medicamentos: parceria entre o Governo Federal, Conselho Nacional de Justiça e Hospital Sírio-Libanês

Considerando que a via judicial constitui um mecanismo legítimo de concretização do direito à saúde, especificamente no que diz respeito ao fornecimento de medicamentos de alto custo, recentemente passou a ser desenvolvida e colocada em prática uma iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, do Ministério da Saúde e do Hospital Sírio-Libanês que consiste em uma plataforma digital de dados intitulada de “e-NatJus”, desenvolvida para dar aos magistrados suportes científicos para fundamentar suas decisões a respeito da concessão ou não de medicamentos de alto custo. Esse projeto foi viabilizado a partir do Termo de Cooperação Técnica entre o Governo Federal, Conselho Nacional de Justiça e o Hospital Sírio-Libanês, firmado no dia 23 de agosto de 2016. A partir disso, o projeto teve como fonte normativa a Resolução n.º 238 de 6 de setembro de 2016 do Conselho Nacional de Justiça, ainda sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. A resolução como um todo trata da criação e manutenção de Comitês Estaduais da Saúde, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais, além da especialização de varas em matéria de saúde pública, nas comarcas em que houverem mais de uma vara da Fazenda Pública. O art. 2º da Resolução dispõe que:

Os tribunais criarão sítio eletrônico que permita o acesso ao banco de dados com pareceres, notas técnicas e julgados na área da saúde, para consulta pelos Magistrados e demais operadores do Direito, que será criado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2016).

A plataforma de dados foi desenvolvida por meio de uma parceria entre os departamentos de tecnologia do CNJ e do Tribunal Federal da 4ª Região (Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná); e contém notas técnicas, análises de evidências científicas e pareceres técnico científicos consolidados emitidos pelos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-Jus), pelos Núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATs), pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologia no SUS (Conitec), além de informações da biblioteca do Centro Cochrane do Brasil (instituição sem fins lucrativos) e outras fontes científicas. O lançamento ocorreu no dia 21 de novembro de 2017, por ocasião do XI Encontro Nacional do Poder Judiciário em Brasília. De acordo com a Presidente do Conselho Nacional de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia, a plataforma digital criada consiste em “uma funcionalidade que estará a serviço do juiz para que a sua decisão não seja tomada apenas diante da narrativa que apresenta o cidadão entre a vida e a morte. Com a plataforma digital,

essas decisões poderão ser tomadas com bases objetivas e seguras” (CNJ, 2017). Além disso, esse mecanismo permite que o magistrado possa detectar possíveis casos de fraude ao sistema público de saúde por meio da via judicial, com base em um conhecimento mais aprofundado a respeito das propriedades do fármaco em questão, bem como das patologias a que atende. De modo geral, essa tecnologia tende a auxiliar de forma muito efetiva a fundamentação das decisões judiciais que concedem ou que negam o fornecimento de medicamentos de alto custo por parte do Estado. A nosso ver, trata-se uma iniciativa muito importante, pois que promove a segurança da decisão em dois aspectos distintos: 1) para o Estado, em dois níveis: a) de forma específica, em relação ao magistrado, pois esse passa a ter a ter subsídios informativos mais completos e precisos sobre as características do fármaco que é objeto da demanda, bem como a pertinência dela para a patologia do cidadão que o pleiteia e a sua eficácia em relação à patologia com a qual corresponde; e b) de forma geral, pois permite que esse não seja responsabilizado futuramente por permitir o uso de medicamentos que não se adequem ou não gerem efeito algum na melhoria da condição do cidadão que o pleiteia, e em relação à esse último, previne uma eventual conivência com a prática da distanásia – também conhecida como obstinação terapêutica²⁶, por meio do fornecimento de medicamentos que desconhece a composição e adequada funcionalidade; e 2) para o cidadão, uma vez que lhe é proporcionada uma melhor justificação a respeito do recebimento, ou não, do medicamento, com base em uma sentença que contém de forma mais substancial os argumentos que motivam a decisão do juiz.

²⁶ Vide o art. 42 do Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina: “Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal. Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (CFM, 2010, p. 39).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade dos elementos que compõem a tomada de decisões no âmbito da esfera das instituições políticas de uma sociedade é significativa. Porém, tão significativos quanto as complexidades são os anseios dos cidadãos que vivem nessa sociedade, compõem essa comunidade política e, apesar de tudo, de alguma forma, ainda acreditam nessas instituições. Como falar em confiança, esperança em um cenário de crise institucional, onde um profundo sentimento de decepção, desencantamento habita na fala dos cidadãos – quer por meio das redes sociais, jornais etc.? Afinal, há alguma luz no fim do túnel? Ou nos encontraremos com o único mal irremediável? Fiéis ao fio condutor que defendemos até aqui, pensamos que a principal forma de transformação dessa realidade instável que nos desaponta é justamente não virar as costas para essa questão. Se nossas instituições estão frágeis, saibam que o remédio da fragilidade é o fortalecimento por meio do cuidado. Tal como as sementes de uma árvore que precisam de boa terra para germinar, criar raízes, desenvolver-se plenamente até dar frutos, assim são as nossas instituições. Mas porque sabemos que cada uma delas possuem uma parte ficcional, sabemos que a sua boa terra genuína somos nós, cidadãos individualmente considerados que compõem a comunidade política de forma geral, e integram, participam das instituições políticas que formam essa mesma comunidade. Isso significa que, de alguma forma, somos nós que estamos fragilizados. Sim, nós mesmos. As instituições de que tantos ouvimos falar nas manchetes dos jornais, nos rádios são apenas o nosso reflexo. Elas não estão tão, tão distantes de nós como – ingenuamente – pensamos. Aliás, é por algum dia termos pensado assim e, de alguma forma termos permitido que esse pensamento se perpetuasse por meio de fala, de atitudes que se conservou no tempo, durante o tempo suficiente para que chegássemos a esse ponto. Quer aceitemos, quer não, a verdade irremediável é que a Política nos pertence do ponto de vista ontológico, que é o nível mais profundo que podemos admitir. Somos a política porque só nós somos capazes de fazer, de praticar a política – seja ela boa ou ruim. E para o nosso espanto (?), também somos os únicos capazes de promover ou combater a boa ou a má, a nova ou a velha política. Ora vejam só: o que nos adocece é o mesmo que nos cura.

Essas reflexões são importantes principalmente porque de alguma forma devem deixar de ser apenas habitantes do mundo das ideias. Filosofar é bom, mas o bom filósofo sabe que a boa filosofia é aquela que possui não apenas o refinamento teórico, mas também a capacidade de transformar a realidade de alguma forma positiva que seja – e não simplesmente conectar-se com ela apenas para ter um referencial fático que no fim das contas torna-se estéril. É

precisamente porque nós reconhecemos e abraçamos nossa natureza política, e também aspiramos à boa filosofia que estamos aqui. Por fazermos um permanente esforço em estarmos atentos aos desafios que a nossa sociedade enfrenta, é que nossos pensamentos pairaram sobre os temas da judicialização da política, da saúde pública, das desigualdades, da justiça social. Não porque se trate de algo que acontece com pessoas distantes, os famigerados “outros”, com os quais tanto nos preocupamos. Não. Tudo isso faz parte da Política, logo, nos pertence. São nossos problemas. Só nós podemos tentar resolvê-los. O dilema que nos trouxe até aqui é a difícil situação que envolve os indivíduos que requerem judicialmente o fornecimento de medicamentos de alto custo. Considerando a questão-problema que elucidamos e que buscamos demonstrar suas diferentes nuances ao longo do trabalho, nos perguntamos se as decisões que fazem com que o Estado forneça esses medicamentos podem ser consideradas como mecanismos legítimos – segundo perspectivas específicas: jurídica, filosófica e política – de justiça distributiva. Percorremos cada um desses aspectos que questionam a legitimidade da prática em análise e chegamos à conclusão que de a hipótese inicialmente levantada nesta investigação se confirma: há em cada um desses aspectos argumentos que são capazes de oferecer uma justificação pública a esse reduto de redistribuição social do direito à saúde pública. Isso porque ficou muito claro que a Constituição Federal do nosso país aponta a saúde como um direito do cidadão e um dever do Estado, direito esse que não consiste em uma mera diretriz a ser alcançada, pois que não é uma promessa constitucional ilusória; pelo contrário, trata-se de um mandamento normativo que deve se materializar no mundo da vida, na realidade dos cidadãos da nossa comunidade política, ao reafirmarmos o significado do *rule of law* no esquema social, sobretudo em face do Estado – pois que representa a vinculação do Poder Público às leis (principalmente constitucionais) como mecanismo que orienta e baliza as ações estatais. No entanto, percebemos que a forma com que os responsáveis por gerir essa materialização em relação aos fármacos a serem disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde, vem excluindo da cobertura de atendimento os cidadãos que possuem patologias que demandam medicamentos de alto custo, e que geralmente são doenças raras, ou seja, não atingem a maioria da comunidade. Acontece que não há patologia que possa ser simplesmente desconsiderada, excluída da atividade do SUS. Afinal de contas, trata-se de uma decisão arbitrária que reforça mais ainda a desigualdade que coloca os cidadãos portadores dessas patologias em posição de inicial desvantagem e viola o fundamento constitucional da dignidade humana, pois não trata esses cidadãos com igual respeito e consideração; pior, os maneja como instrumento de realização do direito à saúde – fornecimento de medicamentos na rede pública – de uma

maioria. Ou seja, significa que o agente estatal responsável por estabelecer os critérios de escolha dos fármacos que serão disponibilizados pela rede pública se vale de uma premissa utilitarista, que ao passar por cima do princípio da dignidade humana dessa maneira, faz com que o requisito da igualdade no acesso às políticas públicas de saúde seja uma ficção na vida desses cidadãos – isto é, a própria instituição causa, ou no mínimo reforça, a desigualdades que existem no acesso e concretização do direito à saúde. Pautados nesse cenário, a maneira que pensamos ser capaz de estabelecer a igualdade material a que essas pessoas têm direito, é a eleição de um critério de justiça que leve em conta: 1) as desigualdades imerecidas (aqui considera-se tanto às que provêm da loteria natural – patologias congênicas complexas –, quanto às que são institucionalmente provocadas) a que os cidadãos da comunidade política estão submetidos; 2) as necessidades dos cidadãos e 3) uma forma factível de cooperação social em situações difíceis que possa garantir e proteger a dignidade dos cidadãos, bem como o acesso às posições, a manutenção e realização do plano de vida individual de cada um em igualdade de oportunidades. Assim, sugerimos que é necessário fazer uma interpretação conjunta dos princípios da diferença e da igualdade equitativa de oportunidades, bem como uma leitura política da situação baseada na ideia da sociedade como um empreendimento cooperativo, e que por entender a fundamentalidade da cooperação para a sobrevivência, melhor desempenho e estabilidade social, pratica a solidariedade – quando é capaz de abraçar causas estranhas ao seu *status quo* em favor de concidadãos que vivem situações difíceis – porque, em última instância compreende que a violação do direito do outro, pode vir a representar futuramente (quando não ao mesmo tempo) a violação do seu próprio direito. Por fim, verificamos que a função política por vezes exercida pelo Supremo Tribunal Federal, por meio do *judicial review* faz parte da cultura das democracias constitucionais contemporâneas que conferem uma roupagem mais dinâmica – ressaltando uma característica cooperativa que opera no âmbito das instituições – à separação dos poderes, apontar o Poder Judiciário como um elemento estratégico no esquema político-social, responsável por corrigir as violações praticadas pelas demais funções do Estado, calibrando as desigualdades provocadas ou reafirmadas por meio da defesa e proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. Ou seja, o conjunto de instituições organizadas segundo um modelo tripartite também deve agir segundo a premissa cooperativa-solidária, pois que as ações estatais em geral devem sempre ter no seu horizonte decisório: 1) a garantia e proteção dos direitos e liberdades dos cidadãos que integram a comunidade política; e 2) a necessidade de ajustar a sua performance quando qualquer uma das funções políticas se mostrar fragilizada ou ineficiente, em função do cumprimento da premissa

número 1. Apontamos também as medidas que vem sendo tomadas para subsidiar futuras decisões a respeito da questão-problema, o que sinceramente comemoramos pois que demonstra uma preocupação conjunta e a cooperação de um conjunto de instituições em proporcionar informações a respeito de composição, indicação e eficácia dos fármacos aos magistrados, para que esse possam elaborar decisões mais sólidas, mais prudentes e mais justas a respeito da concessão de medicamentos de alto custo à indivíduos. Por outro lado, não vemos com o mesmo entusiasmo o caminho que está a percorrer o julgamento em sede de Repercussão Geral do Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN e n.º 657.718/MG, que tratam respectivamente da obrigação do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a indivíduos nos casos de 1) o fármaco ser disponibilizado pelo Sistema Único de Saúde, e 2) o fármaco não consta na lista de medicamentos aprovados e registrados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Primeiro porque após a suspensão do julgamento por causa do pedido de vista do Ministro Teori Zavascki, esse último veio a falecer, e não apenas em virtude disso e de tantos outros processos emblemáticos, não há previsão de que esses processos voltem à pauta de julgamento tão cedo. Em segundo lugar, a posição do Ministro Luís Roberto Barroso em favor da “desjudicialização” das demandas de saúde, é por si só um retrocesso sem tamanho por fragilizar tanto a proteção em si do direito à saúde, bem como aniquilar uma via legítima de acesso à justiça – e por esse mesmo motivo, não sabemos que dimensões esse posicionamento irá tomar dentro da Corte, principalmente porque até o presente momento, apenas três ministros manifestaram suas posições no plenário. Então, os contornos definitivos a respeito dessa questão, que será decidida em última instância pelo Supremo Tribunal Federal, ainda são muito incertos. Mas, apesar das incertezas e, graças a elas também, é que buscamos proporcionar um espaço de debate e reflexão honesto não apenas sobre os problemas que enfrentamos, mas também a respeito das possíveis soluções que surgem no horizonte do nosso pensar. Sabemos que as conclusões que oferecemos não significam a última palavra sobre como resolver o problema que elegemos aqui. Mas, a partir de toda a argumentação que construímos ao longo deste trabalho, acreditamos que as nossas premissas são, hoje, a melhor via de resolução das injustiças institucionais que ocorreram no passado, se perpetuaram no tempo e continuam se repetindo no presente. As instituições são políticas. E por pertencerem ao domínio da Política, por suposto nos pertencem porque nelas estamos contidos, e elas nos refletem. Se o reflexo é distorcido, é sinal que algo se perdeu no caminho entre nós, os cidadãos, e, elas, as instituições. Deixar-nos levar pela descrença nas instituições é deixar de acreditar em nós mesmos, na nossa própria capacidade de transformar o mundo à nossa volta. Precisamos cuidar das nossas instituições. É preciso que

nós sejamos capazes de identificar com honestidade o que elas são hoje, mas sem deixar de manter o olhar adiante, no horizonte do que acreditamos verdadeiramente que elas devem ser, que níveis de transformação precisam alcançar, tal como se mira uma flecha para acertar o alvo. Que tipo de práticas o Direito, enquanto instituição social que administra tanto as normas quanto a justiça, é capaz de introduzir na sociedade? Na nossa opinião, a *Solidariedade Cooperativa* é uma delas. Na verdade, é a via que melhor harmoniza a concretização do Direito sem sacrificar os ideais que são tão caros à Justiça. Mas, ainda há muito o que ser feito a esse respeito. Aliás, há muito o que ser feito, sempre.

REFERÊNCIAS

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

_____; MELO, Danielle. Há direitos acima de orçamentos?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

ARAKAWA, Hiroito Diego Athaide. **Democracia, poder majoritário e contramajoritário**: o debate teórico sobre a revisão judicial. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Pará, 2014.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula De. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Tradução de Humberto Laport de Mello. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 2ª reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**. Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>>. Acesso em: 11 fev. 2015.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para ação judicial. 2007b. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

BAURMANN, Michael. Solidarity as a social norm and as a constitutional norm. In: BAYERTZ, Kurt (org.). **Solidarity**. London: Kluwer Academic Publishers, 1999.

BAYERTZ, Kurt. Four uses of “solidarity”. In: _____. (org.). **Solidarity**. London: Kluwer Academic Publishers, 1999.

BENTHAM, Jeremy; BURNS, J. H (ed.); HART, H. L. A (ed.). **An introduction to the principles of morals and legislation**. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n.º 238 de 6 de setembro de 2016. **Dispõe sobre a criação e manutenção, pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais de Comitês Estaduais da Saúde, bem como a especialização de vara em comarcas com mais de uma vara de fazenda Pública**. Brasília, DF, set 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n238-06-09-2016-presidencia.pdf>. Acesso em: abr. 2017.

_____. Lei n.º 13.445, de 24 de Maio de 2017. **Institui a lei de migração**, Brasília, DF, mai 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Acórdãos, 12 de setembro de 2000. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45-9/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Pesquisa de Jurisprudência**, Julgamento: 29/04/2004. Publicação: DJ 04/05/2004. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf>. Acesso em set. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175/CE – Ceará. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Pesquisa de Jurisprudência**. Julgamento: 17/03/2010. Publicação: DJ 30/04/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>>. Acesso em set. 2016.

BRAGA, Antônio Frederico Saturnino. **Kant, Rawls e o utilitarismo**: justiça e bem na filosofia política contemporânea. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2015.

_____. **Ações afirmativas**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2014.

_____. A justiça como equidade, de John Rawls, como uma teoria suficiente para justificar a concessão adequada de direitos fundamentais sociais. In: Dias, Jean Carlos e GOMES, Marcus Alan de Melo (org.). **Direito e desenvolvimento**. Rio de Janeiro / São Paulo: Forense / Método, 2014.

_____. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. **Revista A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará**, v. 5, n. 9, p. 136-145, 2012.

_____. Direitos fundamentais sociais: realização e atuação do poder judiciário. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8. Região** – Suplemento Especial comemorativo, v. 41, n. 81, p. 77-87, jul./dez./2008.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

COHEN, G. A. **Self-Ownership, freedom and equality**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

COITINHO, Denis. **Justiça e coerência**: ensaios sobre John Rawls. São Paulo: Edições Loyola, 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Ministra lança plataforma para subsidiar decisões com evidência médica**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85802-ministra-lanca-plataforma-para-subsidiar-decisoes-com-evidencia-medica>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. Tradução de Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: Artmed, 2009.

DA CUNHA, Ary Ferreira. **Políticas de combate à corrupção**: corrupção no setor público sobre a perspectiva da teoria da agência. Dissertação de Mestrado – Universidade do Porto, 2012.

DA CUNHA, Paulo Ferreira. **Direito constitucional geral**. 2. ed. rev. e atual. Lisboa: Quid Juris, 2013.

_____. **Geografia constitucional**: sistemas juspolíticos e globalização. Lisboa: Quid Juris, 2009.

DANIELS, Norman. **Just Health Care**: meeting health needs fairly. New York: Cambridge University Press, 2008.

_____; SABIN, James E. **Setting limits fairly**: can we learn to share medical resources?. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. Health care needs and distributive justice. In: _____. BAYER, Ronald; CAPLAN, Arthur C. **In search of equity**: health needs and the health care system. New York: Plenum Press, 1983.

DAVIS, D. M. Socio-economic rights. In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, Andras (ed.). **The Oxford handbook of comparative constitutional law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

_____. Socioeconomic rights: do they deliver the goods?. **ICON**, v. 6, n. 3 e 4, p. 687–711, 2008. Disponível em: <<http://icon.oxfordjournals.org/content/6/3-4/687.full.pdf+html>>. Acesso em: 20 set. 2016.

DE LA TORRE, Mariano C. Melero. **Dworkin y sus críticos**: el debate sobre el imperio de la ley. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.

DENNINGER, Erhard. Constitutional law and solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (org.). **Solidarity**. London: Kluwer Academic Publishers, 1999.

DICKINSON, Emily. “Love, Poem 4: The Contract”. In: *The Poems of Emily Dickinson: Series Two*. Lit2Go Edition, 1896. Disponível em: <<http://etc.usf.edu/lit2go/115/the-poems-of-emily-dickinson-series-two/4406/love-poem-4-the-contract/>>. Acesso em: 3 nov. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Definição e características dos direitos fundamentais. In: LEITE, George Salomão et al (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudo em homenagem a J.J Gomes Canotilho. São Paulo: Editora revista dos tribunais; Coimba editora, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 2013.

_____. **A virtude soberana**: teoria e prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Is democracy possible here?**. New Jersey: Princeton University Press, 2006.

_____. **Sovereign virtue**: the theory and practice of equality. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. **Law’s empire**. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

FONSECA, Rui. Libertarismo. In: ROSAS, João Cardoso. (org.). **Manual de filosofia política**. Coimbra: Almedina, 2008.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins fontes, 2008.

GOULD, Carol C. Transnational solidarities. **Journal of social philosophy**, vol. 38, n. 1, spring 2007, p. 148-164.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?**: a genealogia filosófica de uma grande aventura humana. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John; ROSSITER, Clinton (ed.). **The federalist papers**. New York: New American Library, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. 1991. Disponível em: <<http://www.geocities.ws/bcentaurus/livros/h/hessenpdf.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas de Valério Rohden. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

_____. **Textos seletos**. Tradução de Floriano de Sousa Fernandes. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

_____. **Metafísica dos Costumes**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa – Portugal: Edições 70, 2007.

KHUSHF, George. Solidarity as moral and political concept: beyond the liberal/comunitarian impasse. In: BAYERTZ, Kurt (org.). **Solidarity**. London: Kluwer Academic Publishers, 1999.

KORSGAARD, Christine M. **Rawls and Kant: on the primacy of the practical**. 1995. Disponível em: <<http://www.people.fas.harvard.edu/~korsgaard/CMK.Primacy.Practical.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea: uma introdução**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma constituição?**. 1933. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

LUKES, Steven. Solidarity and citizenship. In: BAYERTZ, Kurt (org.). **Solidarity**. London: Kluwer Academic Publishers, 1999.

MAUÉS, Antônio Moreira. Problemas da judicialização do direito à saúde no Brasil. In: SCAFF, Fernando Facury; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MERRILL, Roberto. Quatro teorias da justiça aplicadas à saúde. **Mateus DOC**, vol. 6, 2014, p. 58-67. Disponível em: <https://www.academia.edu/8261415/_Quatro_teorias_da_justi%C3%A7a_aplicadas_%C3%A0_sa%C3%BAde_Mateus_DOC_vol._6>. Acesso em: 10 out. 2016.

MILL, John Stuart; GRAY, John (ed.). **On liberty**. London: Routledge, 1991.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MULGAN, Tim. **Utilitarismo**. Tradução de Fábio Creder. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NUNES, António José Avelãs; Os tribunais e o direito à saúde. In: ____; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

OLIVEIRA, Fábio Cesar dos Santos. **Solidariedade e Estado Democrático**: uma proposta de (re)leitura dos direitos fundamentais após a Constituição da República de 1988. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2009.

OLIVEIRA, Silvio Luiz de. **Tratado de metodologia científica**: projetos de pesquisas, TGI, TCC, monografias, dissertações e teses. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

PAIXÃO, Leonardo André. **A função política do Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado – Universidade de São Paulo, 2007.

POGGE, Thomas Winfried Menko. **John Rawls**: his life and his theory of justice. Tradução de Michelle Kosch. New York: Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John. **Conferências sobre a história da filosofia política**. Tradução de Fábio M. Said. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

____. **O liberalismo político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

____. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

____. **História da Filosofia Moral**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

____. **Collected papers**. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

____. **A theory of justice**: revised edition. Cambridge: Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

____. **A brief inquiry into the meaning of sin and faith**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

RIBEIRO FILHO, Hermann Duarte. **O Direito Fundamental à Saúde como Direito Subjetivo**: a perspectiva do liberalismo de princípios. Dissertação de Mestrado – Universidade Federal do Pará, 2016.

ROSAS, João Cardoso. **Concepções de justiça**. Lisboa: Edições 70, 2011.

____. O custo da saúde: entre utilitarismo e justiça. **Le Monde Diplomatique**, 2012.

SAMÕES, Orlando. Liberalismo. In.: ROSAS, João Cardoso; FERREIRA, Ana Rita. **Ideologias políticas contemporâneas**. Coimbra: Almedina, 2014.

SANDEL, Michael J. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 15. ed. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: LEITE, George Salomão et al (coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional**: estudo em homenagem a J.J Gomes Canotilho. São Paulo: Editora revista dos tribunais; Coimbra editora, 2009.

SCAFF, Fernando Facury. **Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos**. Revista Verba Juris. Paraíba: Universidade Federal da Paraíba, ano 4, n.4, jan/dez. 2005. Disponível em: < <http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/vj/article/view/14814/8375> >. Acesso em: 29 jul. 2015.

_____. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

_____. A efetivação dos direitos sociais no Brasil: garantias constitucionais de financiamento e judicialização. In: _____.; ROMBOLI, Roberto; MIGUEL, Revenga (coord.). **A eficácia dos direitos sociais**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SELL, Carlos Eduardo. **Sociologia Clássica**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2009.

SEN, Amartya. Por que equidade na saúde?. In: _____.; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução de Bernardo Ajzenberg e Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, Ricardo Augusto Dias da. **O direito fundamental à saúde**: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SIMÕES, Mauro Cardoso. **A filosofia moral de John Stuart Mill**: utilitarismo e liberalismo. São Paulo: Ideias e Letras, 2016.

SOUSA, Bruno Stigert de. **O constitucionalismo solidário**: responsabilidade, democracia e inclusão. Dissertação de Mestrado – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por decisão judicial**. 15 set. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325411&caixaBusca=N>>. Acesso em: 01 out. 2016.

_____. **Pedido de vista adia julgamento sobre acesso a medicamentos de alto custo por via judicial**. 28 set. 2016b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326275>>. Acesso em: 01 out. 2016.

TEREZO, Cristina. **Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais**. Curitiba: Appris, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. 2. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2013.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado. **O Protagonismo Judicial e a ilegitimidade democrática da Judicialização da Política**. Dissertação de Mestrado – Curso de Mestrado em Ciência Política, Universidade Federal do Pará, 2011.

_____. **A Judicialização da Política à luz da teoria de Ronald Dworkin**. In: Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/090.pdf>>. Acesso em: 07 de fev, 2017.

VITA, Álvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VOLAND, Eckart. On the nature of solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (org.). **Solidarity**. London: Kluwer Academic Publishers, 1999.

WALDMAN, Tatiana Chang. Movimentos migratórios sob a perspectiva do direito à saúde: imigrantes bolivianas em São Paulo. **Revista de Direito Sanitário**, v. 12, n. 1, p. 90-114, junho de 2011. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13239/15054>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

WALDRON, Jeremy. **Political polical theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WEBER, Thadeu. **Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana**. Petrópolis: Vozes, 2013.

WERLE, Denilson Luis. O liberalismo contemporâneo e seus críticos. In: RAMOS, Flamarion Caldeira; MELO, Rucion. **Manual de filosofia política: para os cursos de teoria do estado e ciência política, filosofia e ciências humanas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas**. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.

WOLFF, Jonathan. **The human right to health**. New York: Norton, 2012.